Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

Facultad de Derecho
Programa de Doctorado: Derecho y Libertad

CAPACIDAD NATURAL *VERSUS* CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO: UN DILEMA A RESOLVER PARA EL INGRESO RESIDENCIAL FORZOSO DE NATURALEZA ASISTENCIAL

TESIS DOCTORAL

María Usue Beloqui Marañón

2015

Universidad de Deusto
Deustuko Unibertsitatea

Facultad de Derecho
Programa de Doctorado: Derecho y Libertad

CAPACIDAD NATURAL *VERSUS* CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO: UN DILEMA A RESOLVER PARA EL INGRESO RESIDENCIAL FORZOSO DE NATURALEZA ASISTENCIAL

TESIS DOCTORAL

Presentada por Dña. María Usue Beloqui Marañón
Dirigida por la Dra. Gemá Tomás Martínez

La Directora La doctoranda

Bilbao, 30 de septiembre de 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. 13

PRIMERA PARTE. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I. LA DECISIÓN DE INGRESO RESIDENCIAL. MARCO CONCEPTUAL 21

1. ENFOQUE SOCIO-POLÍTICO 21

1.1. LA OPCIÓN RESIDENCIAL DE LA POBLACIÓN MAYOR DE 65 AÑOS 22

1.2. EL ENVEJECIMIENTO EN EL PROPIO DOMICILIO 23

1.3. EL PERFIL ACTUAL DE LA PERSONA RESIDENTE EN CENTROS GERONTOLÓGICOS. EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD SOCIAL....31

1.4. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA EN LAS POLÍTICAS GERONTOLÓGICAS 36

2. ENFOQUE PSICOLÓGICO 40

2.1. CARACTERIZACIÓN DE LA DEMENCIA 40

2.2. LA FUNCIÓN MENTAL DE TOMA DE DECISIONES EN LA VEJEZ Y EN LA DEMENCIA … 44

2.3. LA VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DE DEMENCIA…… ..... ……47

2.4. LA CAPACIDAD DE DECISIÓN RELATIVA A LA PERMANENCIA EN EL PROPIO DOMICILIO 52

2.4.1. Caracterización de la decisión....53

2.4.2. Evaluación de la capacidad de decisión de vida independiente 55

3. ENFOQUE JURÍDICO. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DE LA CAPACIDAD....61

3.1. EL COMPONENTE COGNITIVO DE LA CAPACIDAD NATURAL 63

3.2. BREVE REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE OBRAR 69

3.3. EL CONCEPTO ACTUAL DE AUTOGOBIERNO 72

3.4. EL LÍMITE A LA CAPACIDAD DE OBRAR: LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD .86

3.5. LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 93

3.6. NUEVAS TENDENCIAS EN LA CONCEPCIÓN DE LA CAPACIDAD 96

CAPÍTULO II. LA CONCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO MODELO PARA EL ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL FORZOSO EN EL DERECHO CIVIL.....105

1. EL PARADIGMA DE LA PRESCINDENCIA Y EL MODELO TRADICIONAL DE LA DISCAPACIDAD 107

2. EL PARADIGMA DE LA REHABILITACIÓN Y EL MODELO MÉDICO 111

3. EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y EL MODELO SOCIAL 115

3.1. EL ORIGEN DEL MODELO Y DEL NUEVO PARADIGMA....115
3.2. EL MODELO INTEGRADOR DE LOS AÑOS OCHENTA....118
3.3. EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL....121

SEGUNDA PARTE. CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

CAPÍTULO III. BREVE REFERENCIA AL INTERNAMIENTO FORZOSO EN LA ETAPA DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD....133
1. EL INCAPAZ EN LA ETAPA DE LA EXCLUSIÓN....133
2. CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LOS INTERNAMIENTOS ASILAR Y PSIQUIÁTRICO EN LOS AÑOS PRECEDENTES A LA CODIFICACIÓN....138
2.1. EL INTERNAMIENTO ASISTENCIAL....138
2.2. EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO....142
2.2.1. La Instrucción General para los Establecimientos Benéfico Asistenciales contenida en el Real Decreto de 22 de abril de 1873....144
2.2.2. El Real Decreto de 12 de mayo de 1885....145
3. RECAPITULACIÓN....150

CAPÍTULO IV. EL INTERNAMIENTO EN LA ETAPA DEL MODELO MÉDICO. 153
1. LA CAPACIDAD DE LOS ENFERMOS MENTALES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889 153
2. LA PRIMERA REGULACIÓN GENERAL DEL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO 167
2.1. EL REAL DECRETO DE 19 DE MAYO DE 1885 167
2.1.1. El ingreso de observación....168
2.1.2. El ingreso definitivo....171
2.2. LA VIGENCIA DEL RD DE 19 DE MAYO DE 1885 TRAS LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL....172
2.3. FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL 177
2.4. LA RELACIÓN ENTRE EL INTERNAMIENTO Y LA INCAPACITACIÓN 178
2.5. LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA PSIQUIATRÍA....179
3. LA SEGUNDA REGULACIÓN DEL INGRESO PSIQUIÁTRICO 182
3.1. LA MEDICALIZACIÓN DE LA PSIQUIATRÍA....182
3.2. El DECRETO DE 3 DE JULIO DE 1931....185
3.2.1. Los propósitos que subyacen en el Decreto 185
3.2.2. El ingreso voluntario....187
3.2.3. La admisión por indicación médica 188
3.2.4. La admisión por orden gubernativa 191
3.2.5. El transcurso del internamiento y la salida del centro 193

3.2.6. Aislamiento forzoso en el domicilio familiar 194

3.3. LA RELACIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y EL INTERNAMIENTO DEL DECRETO DE 1931 195

4. RECAPITULACIÓN 197

TERCERA PARTE. REGULACIÓN ACTUAL DEL INTERNAMIENTO FORZOSO

CAPÍTULO V. EL INTERNAMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL (LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE) 201

1. EL CONTEXTO DEL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO Y ASISTENCIAL EN LA ÉPOCA .. 202

1.1. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA PSIQUIÁTRICA 202

1.2. EL INGRESO RESIDENCIAL DE LAS PERSONAS MAYORES 207

2. LA CAPACIDAD EN LA ETAPA DE LA PROTECCIÓN PERSONAL DEL INCAPAZ 209

3. LEGITIMACIÓN JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO 225

4. EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL. CRITERIOS PARA SU INTERPRETACIÓN RESULTANTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH 229

5. INTERNAMIENTO E INCAPACITACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1983 236

6. LOS TIPOS DE INTERNAMIENTO CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 211 240

6.1. EL INGRESO VOLUNTARIO 241

6.2. EL INTERNAMIENTO ORDINARIO Y EL INTERNAMIENTO URGENTE 244

6.2.1. Los supuestos que constituyen el internamiento urgente 244

6.2.2. El carácter excepcional del internamiento urgente 246

6.3. LA CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO VOLUNTARIO EN FORZOSO 247

7. ELEMENTOS PROCESALES DEL INTERNAMIENTO FORZOSO 248

8. ÁMBITO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 211 260

8.1. LA CONSIDERACIÓN LEGAL DEL PRESUNTO INCAPAZ 261

8.2. LA PRESUNTA INCAPACIDAD Y LA CAPACIDAD NATURAL 265

8.3. LOS ENFERMOS MENTALES NO SUSCEPTIBLES DE INCAPACITACIÓN 267

8.4. LAS PERSONAS INCAPACITADAS SOMETIDAS A TUTELA 270

8.5. EL INTERNAMIENTO DEL SOMETIDO A CURATELA 273

9. EL INTERNAMIENTO DECIDIDO EN LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN 274

10. EL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL EN EL ARTÍCULO 211 DEL CC 279

11. RECAPITULACIÓN 283

CAPÍTULO VI. EL INTERNAMIENTO EN EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL 285

1. AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL 285

1.1. PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL 286

1.2. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA CIVILISTA 293

2. EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO EN LAS REFORMAS DE LA LEY 1/1996 Y 1/2000 295

2.1. ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA: HACIA EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO 297

2.1.1. La capacidad natural como determinante del ámbito subjetivo del artículo.. 297

2.1.2. El trastorno psíquico como razón del internamiento.....300

2.2. LA REFORMA PROCESAL DEL INTERNAMIENTO: SU APLICABILIDAD AL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL.....305

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 211 DEL CC Y 763 DE LA LEC POR FALTA DE RANGO NORMATIVO PRECEPTIVO 313

4. ADMISIÓN EXPRESA DEL INTERNAMIENTO PREVISTO EN LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN 316

5. LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO 319

6. EXCLUSIÓN DE OTRAS ALTERNATIVAS JURÍDICAS EN LAS QUE INCARDINAR EL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL.....322

6.1. EL INTERNAMIENTO DECIDIDO EN VIRTUD DE LA TUTELA *EX LEGE* DEL ARTÍCULO 239 DEL CC 322

6.2. LAS MEDIDAS DEL ART. 158 DEL CC 327

6.3. EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA 328

7. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA MENOR 330

8. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 26 FEBRERO 2002. H. M. CONTRA SUIZA. 335

9. RECAPITULACIÓN.....337

CAPÍTULO VII. TOMA DE POSTURA SOBRE EL ENCAJE DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL FORZOSO EN LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA DISCAPACIDAD 339

1. LA CAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK 339

1.1. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA 342

1.2. EL MANTENIMIENTO DE LA FIGURA DE LA TUTELA EN UN SISTEMA POTENCIALMENTE FLEXIBLE 348

1.3. LA SITUACIÓN LEGISLATIVA EN EL MOMENTO ACTUAL PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA 353

1.4. MODIFICACIONES NECESARIAS EN LAS FIGURAS CIVILES EN APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK 359

2. PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL INCAPAZ SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN NÚM. (99) 4 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA 368

3. CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO FORZOSO ACTUAL 371

3.1. COMPATIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 760 Y 763 DE LA LEC CON LOS ARTÍCULOS 12, 14 Y 19 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK 371

3.2. TOMA DE POSTURA EN RELACIÓN CON EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO 376

3.3. ENCAJE JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL 380

3.3.1. Supuesto en el que procede el internamiento residencial forzoso 380

3.3.2. El internamiento residencial forzoso como parte de la sentencia de incapacitación. Su admisibilidad a la luz de la Convención de Nueva York 384

3.3.2.1. La coincidencia del motivo y de la causa de modificación de la capacidad de obrar en el supuesto de internamiento residencial forzoso 387

3.3.2.2. Supuestos de internamiento residencial en los que no concurre motivo para la modificación judicial de la capacidad 390

4. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL 392

CONCLUSIONES 399

BIBLIOGRAFÍA 411

ANEXO NORMATIVO 449

ANEXO JURISPRUDENCIAL 459

INTRODUCCIÓN

El internamiento asistencial de personas mayores constituye una de las estrategias de las políticas gerontológicas actuales para afrontar el reto del envejecimiento al que se enfrentan las sociedades contemporáneas. La atención residencial se concibe como una contribución a la procura del bienestar de la persona mayor que compensa las situaciones de vulnerabilidad asociadas a la falta de apoyo social durante la senectud. La aplicación de la medida al caso concreto entra en el ámbito de la toma de decisiones, que se torna extremadamente difícil cuando confluyen en ella la indefinición y la naturaleza difusa de las situaciones de capacidad e incapacidad del adulto con capacidades cognitivas deterioradas[1]. El problema del internamiento en estas circunstancias, radica en establecer en cada sociedad el umbral a partir del cual el Estado tiene legitimidad para imponerlo de manera forzosa a un individuo necesitado de protección, lo que exige de las disciplinas médicas, sociales y jurídicas un pronunciamiento sobre los criterios que puedan ofrecer seguridad a la decisión que se adopte.

La situación del enfermo que presenta una demencia derivada de la enfermedad de Alzheimer es actualmente la más representativa del ingreso residencial forzoso de naturaleza asistencial. Constituye además el ejemplo paradigmático de la dificultad en el establecimiento de criterios certeros para la toma de decisiones relativas al internamiento, en cuanto influyen en ella la variabilidad de los efectos de la enfermedad en cada persona, su curso degenerativo, el contexto social en el que se desarrolla el caso particular y las peculiaridades propias del ingreso residencial como elemento central de la toma de decisión. Por ello, adoptamos la enfermedad de Alzheimer como patrón del objeto de estudio de este trabajo, que consiste en determinar si el Derecho ha de atender a la capacidad natural o a la capacidad de autogobierno de la persona mayor con trastorno neurocognitivo, cuando está necesitada de un internamiento para la asistencia de sus necesidades básicas, a fin de imponerlo con carácter forzoso.

En España, la aprobación de la Constitución Española y del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, constituye un hito en el tratamiento jurídico de la cuestión del internamiento forzoso, por la

[1] PECES MORATE, J.E., "Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos", *Actualidad Civil, núm. 35. Semana 22-28 de septiembre de 1986*. *Vol.2., núm. 756*, pp. 2429-2436 [2430].

afectación que supone del derecho fundamental de la libertad reconocido en ambos textos.

Con ocasión de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el internamiento se regula por primera vez en una norma de alcance general, en el derogado artículo 211 del Código Civil, cuyo contenido será trasladado por la reforma de la Ley 1/2000 al artículo 763 de la norma rituaria. Desde su incorporación al Código, la regulación del internamiento involuntario ha sido objeto de estudio por la doctrina civilista, que ha centrado su interés en la delimitación del alcance del mismo por lo que a los sujetos que pueden ser internados se refiere, en su aplicabilidad a los distintos supuestos de guarda, así como en las cuestiones procesales derivadas de su regulación. Como consecuencia de este análisis jurídico se cuestiona doctrinalmente, y se plantea también en la praxis judicial, el alcance de la regulación contenida en los artículos citados al internamiento residencial de personas mayores. El problema suscita un amplio debate en la doctrina civilista de finales de los años 90 y principios de 2000, al que se le da respuesta, en uno u otro sentido, aplicando el enfoque hermenéutico propio del Derecho privado (histórico, gramatical, lógico y sociológico). El trabajo que aquí se presenta pretende contribuir a la discusión, planteando la pregunta desde una perspectiva teórica que profundiza en el significado de la figura jurídica de la capacidad en el Derecho de la persona. A diferencia de la cuestión de la capacidad en relación con otros aspectos esenciales de la personalidad, como son la vida, la protección del propio cuerpo, el honor, la intimidad y la propia imagen…, analizadas conceptualmente por parte de la doctrina desde el enfoque de los derechos de la personalidad, ésta no ha abordado de manera sistemática la capacidad de decisión de un sujeto sobre su propio internamiento, con base en el tratamiento de la capacidad de los derechos sobre la esfera personal[2]. Siendo la libertad un bien primario entre los de la personalidad, cuya restricción no debe exceder de lo estrictamente necesario[3], nos parece procedente plantear la cuestión del internamiento en este campo.

Nuestra intención es reconducir la pregunta comúnmente formulada sobre si el internamiento residencial tiene cabida en el internamiento forzoso regulado actualmente en el art. 763 de la LEC, al análisis de la modalidad de capacidad que éste contempla, comparativamente con la capacidad de autogobierno que determina el pronunciamiento judicial de la incapacitación, en el que el juez puede acordar también la medida de internamiento (art. 760 de la LEC). Se trata de dilucidar si la decisión

[2] A salvo SANTOS MORÓN, M.J. *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002. Apunta también a la vinculación derecho de la personalidad e internamiento GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad" en GARCÍA GARNICA, M.C., (Dir.), *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp.41-98 [42] y.

[3] DE CASTRO Y BRAVO, F. *Temas de Derecho Civil*. Madrid: Ed. Marisal, 1972, p. 16

relativa al ingreso residencial de una persona mayor, faceta de su derecho de libertad, es una cuestión de capacidad natural o de capacidad de autogobierno.

El objeto de estudio que constituye la pregunta permite el análisis de tres elementos, que aunque diferenciados, se explican mutuamente: la decisión del ingreso, el ingreso residencial de personas mayores como cuestión social y su regulación e implicaciones jurídicas.

Metodológicamente, el tratamiento de cada uno de ellos es diverso. El relativo a la decisión del ingreso en un centro se aborda desde una perspectiva esencialmente teórica basada en la revisión bibliográfica de las fuentes más recientes de la clínica relativa a la capacidad de toma de decisiones, fundamentalmente norteamericana, así como de la doctrina jurídica sobre los conceptos esenciales de la capacidad en Derecho civil. El ingreso residencial de las personas mayores como cuestión social se caracteriza mediante el análisis legislativo de las políticas sociales y el análisis descriptivo de la opinión de la población residente en centros de la tercera edad, a partir de los últimos datos oficiales publicados.

El enfoque psicológico y psiquiátrico del fenómeno forma parte del marco conceptual psicosocial de un trabajo eminentemente jurídico relativo a la toma de decisiones. Por ello, las referencias a las enfermedades neurodegenerativas de carácter cognitivo o a demencias tipo Alzheimer no deben interpretarse con la precisión de la patología concreta que reclama un trabajo de naturaleza clínica. La caracterización de la sintomatología de la demencia tiene sentido en este trabajo a los únicos efectos de hacer comprensible al lector el proceso de toma de decisiones y la influencia que este tipo de enfermedades tiene en él.

Las implicaciones jurídicas del internamiento residencial se abordan desde el diálogo legislativo y conceptual del significado jurídico de las distintas figuras afectadas. Se recurre para ello al análisis de los preceptos reguladores del internamiento civil forzoso desde finales del siglo XIX hasta la actualidad, a fin de identificar la *mens legislatoris* en la regulación del internamiento forzoso. Asimismo, se realiza un contraste continuo del internamiento con las figuras de capacidad y guarda reguladas en el Código, requerido por su interpretación sistemática. Dado que la regulación del internamiento vigente hasta los últimos veinte años del siglo XX está contenida en normas sectoriales de naturaleza administrativa, no son frecuentes estudios de doctrina civilista sobre el internamiento anteriores a los años 70. Se ha recurrido para afrontar esta dificultad a las obras y comentarios de las figuras jurídicas afines reguladas en las instituciones de guarda. Con la incorporación del internamiento al Código Civil, éste se convierte en objeto de estudio de los comentaristas y se incrementa el volumen de publicaciones especializadas, lo que nos ha permitido

realizar la revisión bibliográfica que sustenta este trabajo. La jurisprudencia, más allá de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, -que en contadas ocasiones se suscita con motivo del ingreso residencial-, es prácticamente inexistente. Por esta razón, se ha analizado en el trabajo la jurisprudencia menor resultante de las resoluciones de los pronunciamientos de las Audiencias provinciales sobre el internamiento residencial.

Por lo que respecta a los modelos de análisis, se ha añadido a los criterios clásicos de interpretación jurídica, como marco de referencia para el análisis legislativo, la evolución social de la concepción de la discapacidad, siguiendo el modelo de GARCÍA GARNICA de aplicación de dicha concepción al Derecho civil de la discapacidad[4]. El recurso a un modelo de la discapacidad en el ámbito de la tercera edad no debería ofrecer a priori dificultades, pues como se verá a lo largo del trabajo, la discapacidad, concebida como el resultado de la interacción de las condiciones de salud de una persona con su entorno, constituye una de las características del colectivo objeto de nuestro estudio.

El trabajo se estructura en tres partes diferenciadas:

La Primera Parte tiene como objetivo conceptualizar la decisión de internamiento desde una triple perspectiva: social, psicológica y jurídica (Capítulo I), así como de explicar el marco de la concepción de la discapacidad, que justifica la división histórica de la regulación del internamiento que subyace en el resto del trabajo (Capítulo II). Se trata de sentar las bases que permitan comprender el fenómeno de la capacidad de toma de decisiones de manera teórica: la identificación del sujeto de internamiento desde un enfoque social, la capacidad cognitiva de toma de decisiones, así como los conceptos jurídicos esenciales en el tratamiento de la capacidad, además de la influencia en el concepto del principio de autonomía y del tratamiento de la diversidad.

La Segunda Parte estudia el tratamiento jurídico del internamiento residencial durante el siglo XIX y principios del siglo XX, esencial para comprender cuál ha sido históricamente la mente del legislador y la función del juez en relación con el internamiento. Comprende los Capítulos III y IV, dedicados respectivamente a las normas jurídicas en las que se regula el internamiento de la época.

[4] GARCÍA GARNICA, M.C., "Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica" y "Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su situación jurídica"en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 173-210 y 211-274, respectivamente.

La Tercera Parte contiene el análisis estrictamente jurídico civil del internamiento en su regulación moderna. Se estructura en tres capítulos que permiten, cada uno de ellos, abordar el análisis con la profundidad que exige el tema. El último capítulo contiene el pronunciamiento de la autora en relación con la pregunta objeto del trabajo y finaliza con la formulación de una propuesta de regulación del internamiento residencial forzoso consecuente con tal postura.

Queremos advertir que un análisis de estas características nos ha obligado a prescindir de cuestiones conexas a nuestro objeto de estudio. La delimitación del objeto de estudio del trabajo la configuran los elementos sustantivos de naturaleza jurídico-civil que forman parte de la toma de decisión del internamiento. Quedan fuera del ámbito del mismo las discusiones procesales derivadas de la regulación del internamiento, la relación jurídica que se establece entre quien proporciona una plaza residencial y quien la ocupa, por tanto todo elemento asociado al derecho de obligaciones, así como los derechos y otras cuestiones jurídicas que se susciten tras el acto de internamiento residencial. Asimismo, por centrarse el objeto en el internamiento de personas mayores con enfermedades neurodegenerativas, el trabajo prescinde del internamiento de menores o de adultos con capacidad modificada judicialmente sometidos a patria potestad, sin perjuicio de que dada la mayor longevidad de las personas con discapacidad intelectual, sea un tema que deba ser abordado en futuras ocasiones.

El lector probablemente eche de menos el tratamiento que el Derecho comparado da al internamiento residencial forzoso. Dada la estrecha vinculación jurídica del internamiento con la capacidad, el análisis de la figura del internamiento habría de ir precedido, a nuestro juicio, del estudio de la regulación interna de la capacidad de las personas en cada país y, en particular, de las reformas generales de la capacidad de las personas vulnerables que han tenido lugar recientemente en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (así, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido y Suíza). La extensión de este trabajo nos ha impedido abordarlo. Reconocemos su relevancia a efectos de inspiración de una regulación del internamiento residencial, reclamada reiteradamente por la doctrina. Dejamos abierta esta línea de investigación para un futuro, a expensas de que se complete en el ordenamiento jurídico español la recepción de la nueva concepción de la discapacidad contenida en la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, en la línea de las últimas reformas legislativas introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica aspectos relacionados no sólo con la capacidad del menor, sino también relativos a la capacidad de la persona con discapacidad, como se verá en este trabajo.

Por lo que respecta al lenguaje utilizado, en el trabajo confluye la necesidad de un tratamiento igualitario de las personas que constituyen el objeto del mismo, desde un triple enfoque: la discapacidad, el género y la edad. Se ha intentado utilizar un lenguaje inclusivo. Sin embargo, precindir de términos jurídicos como “incapaz” o “incapacitado” o incluso “persona con discapacidad” y sustituirlos por otros menos estigmatizantes o parciales desde los tres puntos de vista, habría dificultado la comprensión del trabajo, no tanto por los inconvenientes que pudieran surgir en la lectura del mismo, sino sobre todo por las exigencias derivadas del propio objeto de investigación que habrían supuesto la imposibilidad de contraste o identificación certera de nuetras posiciones con lo establecido en las normas jurídicas, que mantienen mayoritariamente las expresiones tradicionales. En este sentido, queremos advertir que en ningún caso se pretende identificar a todas y a cada una de las personas mayores con las afirmaciones que aquí se realizan; que cuando nos referimos a la persona con discapacidad o similar, lo hacemos al único objeto de identificar lo que es relevante para el Derecho y para nuestro estudio, sin que ello signifique atribuir a nuestra concepción de persona un significado distinto por razón de la discapacidad, y que todas las referencias a aspectos personales deben ser entendidas como predicables a cualquier persona en la que concurran, sea hombre o mujer.

PRIMERA PARTE. MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I. LA DECISIÓN DE INGRESO RESIDENCIAL. MARCO CONCEPTUAL

1. ENFOQUE SOCIO-POLÍTICO

En España, según datos del INE, el 3,3% de las personas mayores de 65 años vive en una residencia[5], lo que supone un total de 270.000 personas[6]. De ellas, el 72% tiene más de 80 años[7], siendo la edad media de ingreso de 82 años para las mujeres y de 80 años para los hombres[8]. La mayoría de las personas residentes, el 91,3%, tiene algún tipo de discapacidad[9]; el 71% está en situación de dependencia[10] y casi la mitad, el 47,6%, está afectada por una deficiencia mental[11].

Cabe afirmar, por tanto, que envejecimiento, discapacidad, dependencia y trastorno mental son elementos comunes en el colectivo de personas mayores residentes en centros geriátricos.

Estas circunstancias unidas, como se verá, a las dificultades actuales para recibir cuidados en el propio hogar, dan lugar a situaciones de vulnerabilidad social de las personas mayores, que favorecen su ingreso residencial. El factor fundamental por el que una persona mayor decide incorporarse a la vida en una residencia es precisamente la inviabilidad de otras alternativas de atención en su propio domicilio.

---

[5] Para las edades de 70-79, los porcentajes son del 1,5% (hombres) y 1,6% (mujeres) y para la edades de 80-89, del 5% y del 7,5%, respectivamente. INE. *Censos de Población y Viviendas,* 2011.
Población residente en establecimientos colectivos. http://www.ine.es/prensa/np777.pdf

[6] INE. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Censos de población y viviendas,* 2011. http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t20/e244/colectivos/p02/&file=pcaxis&L=0

[7] IGLESIAS DE USSEL J. y LÓPEZ DOBLAS, J. "Participación social, formas de vida, relaciones sociales y la forma de envejecer" en *Las personas mayores en España. Informe 2012. Tomo I. Datos estadísticos estatales y por comunidades autónomas*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, pp. 162-196, p. 175.

[8] MADRIGAL MUÑOZ, M. "Servicios Sociales dirigidos a personas mayores en España" en *Las personas mayores en España. Informe 2012. Tomo I. Datos estadísticos estatales y por comunidades autónomas*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, pp. 199-235, p. 205. (Datos de 2011).

[9] INE. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia,* 2008. (Encuesta dirigida a Centros. Discapacidades, deficiencias y enfermedades diagnosticadas. Cifras relativas). La encuesta entiende por discapacidad, alguna enfermedad o deficiencia.
http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft15%2Fp418&file=inebase

[10] MADRIGAL MUÑOZ, *op. cit.,* p. 205.

[11] INE. *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia*, 2008. (Población con discapacidad mayor de 6 años). En la encuesta el término deficiencia mental incluye, entre otras, la demencia y la enfermedad mental.

Esta razón justifica también el ingreso, cuando la decisión se toma no por la persona que ingresa, sino por sus familiares, allegados o por otras instancias.

1.1. LA OPCIÓN RESIDENCIAL DE LA POBLACIÓN MAYOR DE 65 AÑOS

Los datos estadísticos revelan que la vida en una residencia es una opción minoritaria para la sociedad española, especialmente para el grupo de personas mayores. Según la Encuesta de Mayores del Imserso de 2010, el 65% de la población desea seguir viviendo en su domicilio, porcentaje que aumenta al 87,3% en el caso de las personas mayores de 65 años[12].

Sólo el 3,8% de las personas mayores desea vivir en una residencia o urbanización para la tercera edad[13]. Esta preferencia por la alternativa residencial se vincula a la necesidad de cuidados. Cuando se pregunta por la opción preferida para el caso de necesitar ayuda, el porcentaje anterior aumenta al 18,3%[14]. La asociación entre el centro residencial y la necesidad de cuidados se va consolidando además en el tiempo, situándose dicho porcentaje nueve puntos por encima respecto de los datos de 2006[15]. A pesar de ello, todavía un 15,4% de las personas mayores manifiesta que desearía continuar en su propio domicilio aun necesitando ayuda, aunque fuese en solitario[16].

Entre la población que vive en un centro de la tercera edad, la opción residencial como opción preferente es mayor que en la población en general. Con la edad aumenta el número de ingresos y aumenta también la opción por la residencia. Así, en el estudio Condiciones de Vida de Mayores en Residencias, realizado por el Observatorio de

[12] IMSERSO, *Encuesta Mayores*, 2010.
http://envejecimiento.csic.es/estadisticas/encuestas/index.html
http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf (Última recuperación 14 de junio de 2015)

[13] Respuesta dada a la pregunta: «Independientemente de donde viva en la actualidad, ¿dónde preferiría vivir usted?». El 5,5% desearía residir en el domicilio de los hijos u otros familiares y el 1,8% compartir la vivienda con personas que no sean parientes. IMSERSO, *Encuesta Mayores, 2010*; IGLESIAS DE USSELL, J. y LÓPEZ DOBLAS, J., *op. cit.,* p.171, en relación a datos de la propia encuesta.

[14] Ante esta pregunta, el 46,1%, señala que en casa de algún hijo o hija, mientras que únicamente el 15,4% desearía continuar mejor en la suya propia aunque fuese en solitario. IMSERSO, *Encuesta Mayores, 2010*; IGLESIAS DE USSELL, J. y LÓPEZ DOBLAS, J., *op. Cit,*, p.172.

[15] En 2006 la residencia como opción preferente para el caso de necesitar ayuda era del 7,3% y del 1,8% otras formas de vida como centro de día y vivienda compartida. La opción prioritaria era la permanencia en el propio hogar con atención y cuidados (77,2%), seguida de vivir con los hijos (10,5%). Ninguna forma o no sabe, o no contesta al 3,2%. CIS. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, *Condiciones de vida de las personas mayores*, 2006.
http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=7740&cuestionario=8954&muestra=14085 Pregunta 24. (Última recuperación 1/09/2015).

[16] IMSERSO, *Encuesta Mayores, 2010.*

Mayores del IMSERSO[17], el 58,6% de las personas residentes en centros gerontológicos señala la residencia como opción preferente de vida, porcentaje que aumenta al 62% en el grupo de 85 y más años. Quienes habrían preferido otra alternativa diferente a la residencia constituyen el 35,8% (el 31,7% de las personas residentes mayores de 85)[18], pero esta posibilidad habría resultado viable según su propio criterio, sólo en el 20,1% de los casos y en el 17,1% de los mayores de 85 años.

El estudio pone de relieve que la decisión de ingresar en una residencia es asumida como propia por el 64,4% del total de residentes (63,6% en el grupo de 85 años y más)[19]. Una de cada cinco personas que vive en una residencia para personas mayores, el 22,5%, afirma que esta decisión no fue suya, sino de su familia o de los servicios sociales. El porcentaje alcanza el 27,3% en el caso de las personas mayores de 85 años[20]. A ello habría que añadir los ingresos de personas que no son capaces de decidirlos por sí mismas, y que no son, en consecuencia, destinatarios de la encuesta. El grupo de edad inferior a 85 años es el que presenta un mayor desajuste entre el hecho de vivir en una residencia y su opción ideal de vida: el 39,4% habría preferido otras opciones y el 22,8% considera que ello habría sido posible[21]. Sin embargo, la decisión adoptada es asumida como propia por el 71,9% o, conjunta, por el 14 %.

De estos datos y de los relativos al porcentaje de personas con discapacidad y dependencia, presentados al inicio del capítulo, se desprende que en España el deseo de vivir en una residencia es minoritario entre la población mayor, pero que las circunstancias asociadas a la salud en la vejez imponen esta forma de vida. La necesidad de asistencia y cuidados de la población mayor, sobre todo en los tramos de edad superiores, tiene mayor peso que el deseo de permanecer en el propio domicilio y determina la decisión de ingreso residencial, tanto cuando se asume personalmente, lo que ocurre en la mayoría de los casos, como cuando la decisión es tomada por la familia o por los servicios sociales.

1.2. **EL ENVEJECIMIENTO EN EL PROPIO DOMICILIO**

Tanto desde el respeto a la voluntad manifestada por las personas mayores como desde el punto de vista profesional, la permanencia en el propio hogar es una

[17] PÉREZ ORTIZ, L., "Mayores en residencias" En *Las personas mayores en España. Informe 2004. Tomo I. Datos estadísticos estatales y por Comunidades Autónomas.* Madrid: IMSERSO, 2005, pp. 843 y 901.
[18] Los porcentajes de respuestas no contestadas a esta pregunta (ns./nc.) son del 5,6% y del 6,2% para el total y para el grupo de mayores de 85, respectivamente.
[19] Porcentaje calculado a partir de las respuestas "Mía, aunque tengo familia" (50,9% para el total y para los mayores de 85 años) y "Mía, porque no tengo familia" (13,0% y 12,7%, respectivamente).
[20] El resto de personas señalaron que fue una decisión conjunta 12,4% y 9,1%, respectivamente. El 1,2% del total no contestaron a la pregunta.
[21] El 55% señala la residencia como opción preferente y el 5% ns./nc.

opción prioritaria frente al ingreso residencial. El mantenimiento en el domicilio resulta beneficioso para la salud y el bienestar en cuanto favorece la integración social y, en el caso de las personas mayores específicamente porque aporta la seguridad emocional y psicológica[22] derivada del contacto con lo conocido, del mantenimiento de las rutinas y del arraigo con la propia historia de vida[23]. Ello se hace extensible incluso a las personas mayores con demencia, que tienen una mayor calidad de vida percibida que aquellas que viven en un centro residencial[24].

En España, la atención en el propio domicilio constituye la forma tradicional de prestación de cuidados en la vejez. Frente a la tradición medieval de ingreso del anciano rico en instituciones religiosas a cambio de legados, así como a la atención recibida por establecimientos pertenecientes a los gremios y cofradías y por los centros reales para el retiro de militares, desde el siglo XVI es práctica común en las familias adineradas cuidar a los ancianos en el hogar, confiando en la atención médica domiciliaria para conseguir el alargamiento de la duración de la vida[25]. A ello contribuye la reducción de la acción de los monasterios, gremios y cofradías como consecuencia de la desarticulación gremial y posteriormente, la desamortización del siglo XVIII. En el siglo XIX, los profesionales y los políticos abogan por el auxilio médico individualizado de las personas pudientes en el propio domicilio frente al ingreso

[22] ONU. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Plan de Acción Internacional de Madrid sobre Envejecimiento. Madrid, 8 al 12 de abril de 2002. Nueva York: Naciones Unidas, 2003, (Punto 95).

[23] VIVAS TESÓN, I., "Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de lege ferenda acerca de la protección de las personas diversamente capaces" en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa.* Madrid: Dynkinson, 2013, pp. 1670-1671.

Subraya también RODOTÁ, el desarraigo, la pérdida del sentido del yo y el aumento de la dependencia que se deriva de la segregación resultante del ingreso residencial. RODOTÁ, S., *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho.* Madrid: Trotta, 2010, p. 261.

[24] SERIES, H., "The Happy Dementia Patient". *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.).* Oxford: Hart Publishing, 2014, pp.105-109.

[25] MAZA ZORRILLA, E., *Pobreza y beneficencia en la España contemporánea (1808-1936)*. Ariel: Barcelona, 1999, pp. 28-29.

Reproducimos un fragmento de la Memoria de J.A. PIQUER (1820), premiada por la Suprema Junta General de Caridad en la que se señalan las ventajas de la asistencia y curación domiciliaria frente a la hospitalaria, recogido por ÁLVAREZ URÍA:

> *Vaya al hospital el mendigo, el transeúnte, el hombre sin domicilio o el solo, sin relaciones de familia, de sociedad, de corporación alguna, (...) pero el artesano, el menestral y el vecino contribuyente y útil tienen otros derechos, (...) no le quiten el consuelo de su familia y de su casa; no le aumenten su mal, exponiéndole a nuevos peligros; no le añadan amargura a su aflicción atormentándole sus sentidos con la privación de lo que les es más grato y apreciable, y con aspectos e imágenes tristes y horrorosas; no les despojen de los derechos que les dan las leyes de la naturaleza y de la sociedad: socórrasele en su casa, donde tiene derecho a vivir y morir; y déjesele siquiera expirar entre su familia (...)*

ÁLVAREZ URÍA, F., *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX.* Barcelona: Tusquets Editores, 1983, p. 107.

hospitalario, extendiéndose paulatinamente esta forma de atención preferente al resto de clases sociales[26], e incluso a las capas más pobres a finales de siglo[27].

Ya en el siglo XX, desde mediados de los ochenta, siguiendo los postulados de las políticas sociales internacionales y, con la implantación en España del sistema de servicios sociales[28], el centro de atención de la política gerontológica se pone en la atención domiciliaria y en los servicios comunitarios, en aras de la integración y normalización de las personas mayores.

La Asamblea Mundial de la ONU sobre el Envejecimiento celebrada en Viena en 1982, establece como principio fundamental de la atención prestada a las personas de edad la "vida independiente en el seno de la comunidad durante el mayor tiempo posible" (Punto 62). El mantenimiento en el hogar se fija como objetivo a alcanzar a través de la atención del nivel primario, sin que sea necesario recurrir a la institucionalización, incluso en los casos de personas muy mayores o con trastornos mentales, haciendo uso de servicios sociales y sanitarios de atención domiciliarios, del acondicionamiento de la vivienda y de la prestación de apoyos a las familias cuidadoras (Recomendaciones número 2, 4, 13, 19, 26 y 30)[29].

[26] La Ley General de Beneficencia de 1822 establece que se atenderán a los indigentes en sus necesidades en las casas de socorro sólo cuando por ningún otro medio puedan ser socorridos en las suyas propias (arts. 86 y 91). Asimismo, limita la misma ley la curación en los hospitales, a los enfermos que no tengan domicilio en el pueblo, a los que padezcan enfermedades sospechosas y a los que no sean puedan ser atendidos en sus propias casas (arts. 98 y 104).

[27] Los Reales Decretos de 12 de julio y 2 de septiembre de 1816, por los que se aprueban y comunican respectivamente el Reglamento para gobierno de la hospitalidad domiciliaria en los diez quarteles *(sic)* y sesenta y dos diputaciones de barrio de Madrid. Este Reglamento regula la asistencia médica domiciliaria gratuita para pobres vergonzantes, - que son los que tratan de ocultar su condición de "venido a menos"- y será graduada "según la honrada calidad de sus personas e indigencia, o con respecto a ser unos honestos bienquistos artesanos, cabezas de familias, que con su constante trabajo, oficio, tráfico e industria sostienen su casa y familias" (I). Se excluye de la asistencia de enfermería pública, de una parte, a los vecinos pobres que ya tienen cubierto el socorro por algún gremio, congregación, hermandad o cofradía, aunque se tendrá contacto con estas instituciones (XX) y, de otra, a los pordioseros y mendigos, así como a los padres y madres cuyos hijos e hijas en edad de escolarización no asisten a la escuela gratuita (XXI). El Reglamento puede encontrarse como documento anexo nº 1, en MAZA ZORRILLA, E. *Pobreza y beneficencia en la España contemporánea (1808-1936).* Ariel, Barcelona, 1999, p.57.

Esta asistencia domiciliaria no fue sin embargo suficiente para cubrir las necesidades existentes. Así, el Real Decreto de 14 de junio de 1891, por el que se aprueba el Reglamento del servicio benéfico sanitario de los pueblos, que impone a los ayuntamientos la obligación de facilitar asistencia médica y farmacéutica gratuitas a los vecinos pobres en sus domicilios. Gaceta de Madrid, núm.167, de 16 de junio de 1891, pp 914-915.

[28] El artículo 50 CE, hace recaer en las Administraciones Públicas la responsabilidad de la suficiencia económica y el bienestar de las personas mayores, que actuarán sobre la problemática sanitaria, de salud, vivienda y ocio a través de los servicios sociales, con independencia de las obligaciones familiares.

[29] Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Celebrada en Viena del 26 julio a 6 de agosto de 1982. La Asamblea General hace suyo el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, en su Resolución 37/51, de 3 de diciembre de 1982.

El Plan Gerontológico Español de 1992 se plantea como uno de sus objetivos, el mantenimiento de las personas en su propio hogar. Se promueve "la posibilidad de vivir en una casa normal, en un barrio normal, en un entorno de amistades normal, teniendo derecho a unos niveles de participación y de calidad de vida normales" (principio de normalización). Con ello se favorece la incorporación a las formas de vida y condiciones de existencia cotidianas de la sociedad a la que se pertenece (principio de integración)[30]. Estos principios de integración y de normalización son asumidos por las primeras leyes autonómicas de servicios sociales, con el objetivo de mantener a las personas mayores en su entorno social[31].

Desde mediados de los años noventa, las políticas gerontológicas incorporan un matiz al envejecimiento en el propio domicilio. Queda éste condicionado, en aras de la protección de la persona mayor, a la viabilidad efectiva de la prestación de los cuidados, que se va tornando cada vez más difícil, debido por un lado al

[30] INSERSO. *Plan Gerontológico*. Madrid: MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, 1992, p. 77.

[31] Estos principios aparecen recogidos en las siguientes leyes de servicios sociales.

- Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (arts. 3 y 5). BOPV, núm. 71, de 2 de junio de 1982, pp.1263-1273
- Ley 26/1985 de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Cataluña (arts. 3 y 5).BOE, núm.57, de 7 de marzo de 1986, pp.8779-8782.
- Ley 11/1984, de 8. de junio de 1984, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Madrid (arts. 3 y 8). BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984, pp. 21851-21854
- Ley 5/1989, de 6 de Julio, de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana (arts. 3 y 8). BOE núm. 187, de 7 de agosto de 1989, pp. 25324-25327.
- Ley 2/1988, de 4 de abril. de Servicios Sociales de Andalucía, (arts. 2, 10 y 11). BOE núm. 154, de 28 de junio de 1988, pp. 20135-20139.
- Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura (arts. 3 y 7). Diario Oficial de Extremadura núm. 37, de 12 de mayo de 1987, pp. 591-600.
- Ley 3/1986, de 16 de abril de 1986, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (arts. 2 y 8). BOE, núm. 174, de 22 de julio de 1986, pp.26389-26392.
- Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia (arts. 6, 13 y 27).BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1986, pp. 10271-10281.
- Ley 3/1987, de 27 de mayo, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 3). BOE núm. 173, de 21 de julio de 1987, pp. 22213- 22215.
- Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales de la Comunidad de Castilla y León. (Exposición de Motivos y art. 1). BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989, pp 6520-6526.
- Ley 2/1990, de 10 de mayo, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja (arts.2 y 9). BOE núm. 132, de 2 de junio de 1990, pp.15397- 15403.
- Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social, de la Comunidad Autónoma de Aragón (art. 3). BOE núm. 86, de 10 de abril de 1987, pp. 10749-1075.
- Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social, de la Comunidad Autónoma de Cantabria (arts. 3 y 6). BOE núm. 181, de 29 de julio de 1992, pp. 26306-26311.
- Ley 9/1987. de 11 de febrero. de Acción Social de la Comunidad Autónoma de Baleares (arts. 6 y 10). BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1987, pp. 13982-13988).
- Ley 51/1987, de 11 de abril. de servicios sociales del Principado de Asturias.(arts. 3 y BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987, pp. 17219-17222.
- Ley 9/1987. de 28 de abril de Servicios sociales de Canarias (arts. 3 y 4). BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987, pp.15618-15624.
- Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, sobre Servicios Sociales de Navarra (art. 3). BOE núm. 148, de 22 junio 1983, pp. 17598-17560.

envejecimiento de la población, y por otro, a la crisis del sistema tradicional de cuidados en el hogar.

Durante la década de los noventa, se asiste a un despunte demográfico del envejecimiento, que preocupa a todos los países desarrollados[32], con el incremento de las personas de más edad entre los mayores[33] y, consecuentemente, de la población mayor dependiente[34], (entendiéndose por dependencia "el estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria"[35]).

Al mismo tiempo, aumentan las dificultades para mantener el modelo tradicional de cuidados familiares, como resultado de la conjunción de los siguientes factores: la despoblación de las zonas rurales provocada por el éxodo de las personas más jóvenes a las grandes ciudades; las nuevas formas familiares caracterizadas por el reducido número de miembros y por el distanciamiento geográfico entre las generaciones; la reducción del tamaño de las viviendas, debida al incremento del valor del suelo; así como la incorporación de la mujer al mundo laboral y a otras esferas de la vida privada[36].

[32] Así se reconoce por las instituciones europeas e internacionales. La Decisión del Consejo de la Comunidad Europea de 26 de noviembre de 1990, relativa a acciones comunitarias en favor de las personas de edad avanzada (91/49/CEE) advierte de las repercusiones económicas y sociales del envejecimiento, DOUE núm.28, de 2 de febrero de 1991, pp. 29-31. El envejecimiento demográfico es calificado de "riesgo social" por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Recomendación Nº (98) 9 a los Estados Miembros relativa a la dependencia, adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998 (641 g reunión de Delegados de Ministros), y, con una visión más positiva de la ancianidad, de "reto" para los países desarrollados, por la Organización de Naciones Unidas en su Segunda Asamblea Mundial sobre Envejecimiento (art.2 de la Declaración Política).

[33] En España, en 1991, los mayores de 65 años representan el 34,1% de la población española y la proporción de octogenarios se sitúa en el 3% del total**.** Se estima que entre 1981 y 2021 el porcentaje de personas mayores de 80 aumenta un 1% por década, mientras que hasta 1981 se necesitaban cuatro décadas para que se produjese ese incremento. ABELLÁN GARCÍA, A.; VILCHES FUENTES, J.; PUJOL RODRÍGUEZ, R., *Un perfil de las personas mayores en España, 2014. Datos estadísticos básicos.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), 2014, p. 5.

[34] Por todos, RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales" en *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia (Sempere Navarro, Antonio. Director y Charro Baena, Pilar Coordinadora).* Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008, pp. 29-31.

[35] Recomendación (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros relativa a la dependencia. Punto 1 del Anexo.

[36] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., "Evolución de las residencias y otros alojamientos en el contexto internacional" en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores (Coordinadora Pilar Rodríguez Rodríguez)*. Madrid: Panamericana, 2007, pp. 3-27, [5-14]. ALONSO MEDINA, C., "La incapacidad y tutela en las personas mayores institucionalizadas" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas*. León: Junta de Castilla y León, 1998.p. 95. IMSERSO. *Libro Blanco de Atención a las personas en situación de dependencia en España*. Madrid: Imserso, 2004, Cap. V, p.13.

Ya no se trata, por tanto, de evitar el internamiento, sino de retrasarlo al máximo. Así se refleja en los instrumentos internacionales de política gerontológica a partir de los años 90, en la legislación relativa a la dependencia y en la normativa autonómica reguladora de los servicios sociales (la cursiva utilizada en los puntos siguientes es nuestra):

a) El principio de independencia supeditado a la viabilidad de los cuidados en sede internacional:

- El principio de independencia, contenido en la Resolución de la ONU 46/91 de Principios a favor de las Personas de Edad[37]**,** exige que las personas de edad puedan vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a sus capacidades en continuo cambio, así como la residencia en el propio domicilio *por tanto tiempo como sea posible* (principios 5 y 6).

- El Plan Internacional sobre Envejecimiento, resultante de la Asamblea Mundial de la ONU de Madrid de 2002[38], reitera la condición anterior y señala que *"*es importante que, *siempre que sea posible*, las personas de edad tengan la posibilidad de elegir debidamente el lugar donde quieren vivir, factor que es preciso incorporar a las políticas y programas" (punto 95). Reconoce que la asistencia residencial puede ser la solución preferible para las personas de edad enfermas y para los encargados de atenderlas (punto 104), sin perjuicio de que, si la calidad de los cuidados está garantizada, *el objetivo del envejecimiento en el propio entorno se extiende a las personas que tienen la enfermedad de Alzheimer o enfermedades mentales debidas a otras causas de demencia* (Punto 86.c), así como *a las personas de edad que viven solas*, *a fin de prolongar su capacidad para vivir con independencia como posible alternativa a la hospitalización y al ingreso en residencias de ancianos* (punto 105.b).

- La Declaración Ministerial de Viena de 2012, adoptada en la Conferencia Ministerial sobre Envejecimiento de 2012[39], establece como estrategia para garantizar la dignidad, la salud y la independencia en la edad avanzada, que "se envejezca en el hogar mediante la promoción de servicios y apoyo a la familia y al individuo para que las

[37] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas**,** el 16 de diciembre de 1991.

[38] El resultado de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento de Madrid de 2002 es una Declaración Política y un Plan de Acción con título "Plan Internacional de Madrid sobre Envejecimiento (MIPAA)".

El Plan tiene como objetivo "promover el envejecimiento en la comunidad en que se ha vivido, teniendo debidamente en cuenta las preferencias personales y las posibilidades en materia de vivienda asequible para las personas de edad" (punto 98).

[39] La Declaración se adopta por unanimidad por los Estados Miembros de la CEPE (Estados Miembros de las Naciones Unidas, Comisión Económica para Europa). La conferencia se celebra los días 19 y 20 de septiembre de 2012.

personas mayores continúen viviendo *el mayor tiempo posible* en su entorno y comunidad". (Objetivo III, punto h).

b) El principio de independencia en la política gerontológica española

A partir de los noventa, se mantiene la actuación de los servicios sociales comunitarios que persiguen la integración de la persona mayor en su entorno habitual, pero el planteamiento del envejecimiento en el propio hogar comienza a circunscribirse a quienes tienen un mayor nivel de independencia física o un grado mayor de apoyo familiar. Las acciones y prestaciones comunitarias se plantean como servicios de apoyo a las personas que pueden valerse por sí mismas, y/o como complementarias a la ayuda que se recibe de la familia y ello porque se considera que en las situaciones más graves, el cuidado que pueden proporcionar los servicios sociales comunitarios no llega a cubrir las necesidades de la persona mayor dependiente[40].

En España, el reto de la atención a la dependencia se manifiesta en la publicación del Libro Blanco de la Dependencia en 2004, por el IMSERSO [41] y en la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia[42]. La ley establece como uno de sus principios "la permanencia de las personas en situación de dependencia, *siempre que sea posible*, en el entorno en el que desarrollan su vida" (art. 3.h) y orienta las prestaciones a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal (art. 13) con el objetivo de facilitar una existencia autónoma en el medio habitual, todo el tiempo que se desee y sea posible. (art.13, letra a). Admite la posibilidad de que la persona con dependencia reciba una prestación económica para ser atendida por cuidadores no profesionales, *siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda* y así lo establezca su Programa Individual de Atención (arts. 14.4 y 18.1). Ello puede suceder incluso cuando la persona tiene reconocido el mayor grado de dependencia del sistema, (Grado III), caracterizado porque requiere el apoyo indispensable y continuo de otra persona o porque tiene necesidades de apoyo generalizado (art. 26). En este supuesto, la persona dependiente tiene derecho a un número de horas mensuales de servicio de ayuda a domicilio que puede llegar a las

[40] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Evolución de las residencias….,* pp. 5-14. ALONSO MEDINA, *op. cit.,* p. 95.
En España, aunque el Servicio de Ayuda a Domicilio incrementa su número de usuarios de 9.977 en 1989 a 112.797 en 1999, su intensidad horaria media se reduce de 22,53 horas mensuales en 1993 a 15,16 en 2001 (IMSERSO. *Libro Blanco*…, Cap. V, pp. 30 y 36). Ello significa que se atiende a más personas en el domicilio, pero a las que tienen menor dependencia.
[41] IMSERSO, *Libro Blanco…, 2004.*
[42] BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp. 44142-44156.

70[43], lo que requiere claramente de un complemento de atención por parte de familiares o personas contratadas al efecto.

Las leyes autonómicas de servicios sociales y de protección de la tercera edad reproducen el modelo de los cuidados viables en el hogar. Se mantienen los principios de normalización y de integración en los servicios sociales dirigidos a toda la ciudadanía[44] y se incorporan expresamente en los servicios dirigidos a las personas mayores[45]. Se especifica en la primera década de 2000 que el entorno en el que se promueve la permanencia de la persona[46] mayor es su entorno de convivencia[47] personal, familiar y social[48]; que los principios de normalización e integración tratan de

[43] Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Anexo II. BOE núm.313, de 31 de diciembre de 2013, pp. 107128-107142.

[44] Los principios de normalización e integración como rectores de los servicios sociales se recogen en la siguiente normativa autonómica:

- Ley 2/1990, de 10 de mayo, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja (art. 9). BOE nº 132, de 2 de junio de 1990, pp. 15397-15403
- Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de la Generalitat de Catalunya que refunde varias normas en materia de asistencia y servicios sociales (art. 6). DOGC nº 1997, de 13 de enero de 1995, pp. 198-207.
- Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social de Cantabria (art. 3.f). BOE nº 181, de 29 de julio de 1992, pp. 26306-26311
- Ley 4/1993. de 14 de abril. de servicios sociales de Galicia (art. 2.7). BOE nº 112, de 11 de mayo de 1993, pp. 13897-13910
- Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 3.4). BOE nº 17, de 20 de enero de 2012, pp. 4564-4580.
- Ley 2/1998, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía (art. 2). BOE nº 154, de 28 de junio de 1988: pp. 20135-20139.

[45] Los principios de normalización e integración como rectores de los servicios sociales dirigidos a las personas mayores, se recogen en:

- Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad de Castilla-La Mancha (artículo 22). BOE nº 56, de 5 de marzo de 1996, pp. 8667-8679.
- Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones de la Comunidad Autónoma de Canarias, (art. 1.h).
- Ley 5/2003 de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León (artículo 1.e). BOE nº 108, de 6 de mayo de 2003, pp. 17158-17172.
- Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social de Cantabria, (art. 6).
- Ley 5/1997. de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana (art. 20). BOE nº 192, de 2 de agosto de 1997, pp. 24405-24422.
- Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de la Generalitat de Catalunya, (art. 10.1).

[46] Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (arts. 5. h e i). BOE 20 de agosto de 2009, nº 201, pp. 71537- 71584.

[47] Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León (art. 7.j). BOE nº 7, de 8 de enero de 2011, pp. 1756- 1803; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 3.g). BOE nº 157, de 2 julio 2003, pp. 25487- 25505.

[48] Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha (art. 6.f). BOE nº 38, de 14 de febrero de 2011, pp. 15496- 15540; Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (art. 4.j). BOE núm. 15, de 17 de enero de 2009, pp. 5513-5553; Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja (art. 7.f). BOE nº 14, de 16 de enero de 2010, pp. 3808-3852; Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (art. 5.i). BOE nº 35, de 10 febrero 2004, pp. 5792-5803; Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra

prevenir el desarraigo[49]; y que para ello se deberán evitar "los servicios que separen a las personas de su unidad de convivencia"[50].

Se identifican en esta normativa como principales factores que pueden truncar la viabilidad de los cuidados en el domicilio y que favorecen el ingreso residencial: el grave deterioro físico o psíquico de la persona mayor[51]; su alto grado de dependencia[52] y las dificultades en la convivencia familiar[53].

1.3. **EL PERFIL ACTUAL DE LA PERSONA RESIDENTE EN CENTROS GERONTOLÓGICOS. EL CONCEPTO DE VULNERABILIDAD SOCIAL**

Si los servicios sociales de acción comunitaria tienen por destinatarias a las personas mayores cuyas necesidades pueden satisfacerse en su propio domicilio, a partir de los 90, los centros residenciales se conciben como equipamientos sustitutivos del hogar[54] para las personas que no pueden permanecer en su entorno habitual por requerir apoyos de mayor intensidad que los que se pueden prestar en él[55], o por tratarse de situaciones irreversibles que requieren una atención y vigilancia constante[56]. Las personas destinatarias del ingreso residencial se determinan por la situación de vulnerabilidad que se produce en el domicilio, bien porque la carga de

(art. 5.i). BOE nº 27, de 31 enero 2007, pp 4507-4525; Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 7.e). BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2011, pp. 105335-105396.

[49] Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 5. h). BOE 20 de agosto de 2009, nº 201, pp. 71537- 71584.

[50] Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña (art. 5.l). BOE nº 226, de 6 noviembre 2007, pp. 45490-45519.

[51] La Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad de Castilla-La Mancha, establece este colectivo como destinatario principal de las viviendas tuteladas y las residencias (art. 25).

[52] Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 1 a); Ley 7/1991. de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano, del Principado de Asturias (art. 13), BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1991, pp.16045-16052.

[53] Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones de la Comunidad Autónoma de Canarias (arts. 14 y 16).

[54] Ley 5/1995, de Castilla La Mancha (art. 12).

En cualquier caso, la estructura y ubicación de los centros residenciales deben favorecer en la medida de lo posible la normalización de las condiciones de vida, el mantenimiento en el medio habitual y la integración en el entorno comunitario de la persona mayor. Ley 11/2003, de Madrid (art. 11); Ley 3/1996, de Canarias (art. 7.3); Ley 6/1999, de Andalucía (art. 11); Ley 2/1994, de Extremadura (art. 13) y Ley 3/2003, de Murcia(art. 6).

[55] Así, establece la Ley 3/2003, de Servicios Sociales de Murcia que se podrán establecer centros especiales *tan sólo para aquellos supuestos en que las características personales del ciudadano impidan, incluso con los apoyos precisos, el uso y disfrute de los centros y servicios generales, procurando, en todo caso, la permanencia y el contacto con el medio social y familiar habitual* (art.6). Incide el artículo 8.2 de la misma en que los supuestos que justifican la creación de centros específicos son aquellos en los que *la circunstancia marginante, por su intensidad, así lo requiera, orientando su actuación esencialmente el asesoramiento, y apoyo tanto del beneficiario como del recurso social ordinario en el que aquél reciba la misma atención normalizada que el resto de los ciudadanos.*

[56] Ley 3/2003, de Murcia (art. 17).

cuidados asistenciales desborda las posibilidades de la ayuda familiar[57] y/o de los servicios domiciliarios, bien porque la situación tiene un componente sanitario importante, característico sobre todo de las situaciones cercanas al final de la vida.

Frente a la concepción imperante en la década de los 80, en la que el modelo residencial se asimila al hotelero y se dirige fundamentalmente al ocio y al disfrute de la jubilación de "ancianos válidos"[58], -producto en gran medida del art. 50 de la CE y consecuencia de la generalización de las pensiones y de los servicios sociales públicos; los servicios residenciales para la tercera edad se caracterizan desde principios de los noventa por prestar atención a la dependencia[59]. La asistencia residencial gerontológica actual consiste en ofrecer prestaciones y servicios desde equipamientos concebidos como sustitutivos del hogar para hacer frente a las necesidades derivadas de la vida diaria, tanto para la supervivencia (cuidado personal, alojamiento, vestido, comida), como para la integración y la autorrealización (actividad, mantenimiento de relaciones sociales, del sentido de pertenencia, desarrollo personal).

Coincidiendo con la crisis del cuidado tradicional, el perfil de la persona residente se va tornando hacia el de una persona cada vez más dependiente y con dificultades familiares en su entorno, que le impiden satisfacer aquellas necesidades. Así, desde principios de los 90 se incorpora paulatinamente la situación de dependencia como dimensión del perfil del residente, junto a la tradicional de desamparo familiar.

[57] El 80% de las familias continúan, sin embargo, manteniendo a la persona mayor dependiente en su propio domicilio. La institucionalización se produce cuando la persona cuidadora no puede seguir desempeñando la tarea de cuidados. DÍAZ MARDOMINGO, M.C., "Deterioro cognitivo, edad y situación de dependencia en centros residenciales" en LASARTE ÁLVAREZ, C. y MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia.* Madrid: Colex, 2010, pp. 271-291, [275].

[58] Expresión utilizada por la legislación de la época. ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B. *La asistencia social y los servicios sociales en España.* Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 339-341; MIRANDA LÓPEZ, M.J., *Aspectos sociológicos del internamiento de ancianos*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Política y Sociología, 1985, p. 118. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Evolución de las residencias…,* p. 4; IMSERSO. *Libro Blanco*…, pp. 40-42, 68 y 118.

Los problemas de las personas residentes son fundamentalmente de carácter social: dificultades familiares, de vivienda y/o económicas Puede comprobarse la escasa relevancia que se otorga a la situación de salud en la siguiente normativa:

- Real Decreto 1878/1978, sobre establecimientos residenciales de la tercera edad, de 23 de junio. BOE nº 190, de 10 de agosto de 1978, pp.18770-18771.
- Resolución de 30 de mayo de 1981, de la Dirección General de Acción Social por la que se aprueba el nuevo baremo de admisiones, traslados y permutas en las Residencias Gerontológicas del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de la Seguridad Social. BOE nº 181, de 30 de julio de 1981, pp. 17422-17424.
- Orden de 21 de septiembre de 1981, por la que se regulan los sistemas de concesión de plazas en los Centros gestionados por el Instituto Nacional de Asistencia Social y se fija el procedimiento para la aplicación de la tarifa de precios. BOE nº 236, de 2 de octubre de 1981, pp. 22948-22954.

[59] ALONSO SECO, *op. cit.,* p. 340; ALONSO MEDINA C. *op. cit.,* p. 96.

Como consecuencia de las dificultades para mantener a la persona mayor en su entorno, en la década de los noventa se produce un aumento del internamiento residencial y, sobre todo, del número de plazas para personas dependientes. En España, el número de plazas residenciales pasa de 163.338 en 1988, a 199.058 en 1999, y a 266.392 en 2004. El porcentaje de plazas asistidas pasa del 5,1% en 1988, al 49,3% en 1999, y al 59,9% en 2004[60]. En el mismo sentido, las normas que regulan los baremos para la admisión en los centros residenciales comienzan a incorporar desde finales de los 80 la incapacidad física y psíquica como criterios a ponderar en la adjudicación de las plazas[61].

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ establece la siguiente tipología de personas usuarias de las residencias para mayores[62]:

a) personas convalecientes de una operación o enfermedad

b) personas que necesitan rehabilitación

c) personas cuyas familias necesitan un respiro para descansar de las tareas del cuidado

d) personas en estado vegetativo o terminal

e) personas en situación de dependencia funcional por patología crónica, con preservación de facultades mentales

f) personas con deterioro cognitivo sin graves pérdidas de la capacidad funcional

g) personas con demencia[63] y dependencia importante en actividades de la vida diaria

[60] IMSERSO. *Libro Blanco*…, pp. 115 y 124.

[61] MIRANDA LÓPEZ, *op. cit*., p.118. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Evolución de las residencias…,* p. 4.; IMSERSO, *Libro Blanco*…, p.347.

La problemática priorizada en los baremos es la familiar, la incapacidad física y/o psíquica, la económica, la vivienda, los problemas de inserción, la edad y otros problemas sociales:

- Orden de 8 de enero de 1986 por la que se aprueban los nuevos baremos de admisiones, traslados y permutas en los Centros residenciales para la tercera edad del instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), de la Seguridad Social. BOE nº 15, de 17 de enero de 1986, pp.2404-2407.
- Resolución de 26 de agosto de 1987, de la Dirección General del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), por la que se regulan los ingresos, traslados y permutas en los Centros Residenciales para la Tercera Edad. BOE nº 235, de 1 de octubre de 1987, pp. 29272-29275.

Esta normativa está vigente en la fecha de redacción de este trabajo.

[62] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., *Conceptualización de los alojamientos para personas mayores* en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores (Coordinadora Pilar Rodríguez Rodríguez)* Madrid: Panamericana, 2007, pp. 47-75, [66].

[63] En cierto momento, los ingresos de las personas mayores con trastorno mental severo, incluida la demencia, quedaron excluidos de la atención social residencial, previéndose que sean objeto de atención por el sistema sanitario. Así la Resolución de 26 de agosto de 1987, excluye expresamente de la atención residencial pública o concertada las personas "que padezcan trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia en el Centro", y las que tienen "demencia senil avanzada que requiera tratamiento en un Centro Psiquiátrico" (art.3). También la Orden de 16 de mayo de 1985 por la que se aprueba el Estatuto Básico de los Centros de la Tercera Edad, establece como requisito de admisión "no padecer enfermedad infecto contagiosa, enfermedad crónica en estado terminal, ni trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia" (art. 17). BOE nº128, de 29 de mayo de 1985, pp. 15947-15951. En el mismo sentido, la Ley 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica, de Extremadura (artículo 25) establece que quedan excluidas de la posibilidad de ingreso en

h) personas con dependencia ligera pero con problema social importante (sin familia ni allegados, malas condiciones de la vivienda, aislamiento, sin recursos, etc.)

Siendo el objeto de este trabajo el internamiento residencial permanente de naturaleza asistencial, se deja fuera del análisis los ingresos residenciales dirigidos a prestar cuidados socio-sanitarios a las personas en estado terminal, así como los ingresos temporales de personas mayores que tienen por finalidad la rehabilitación médica. En consecuencia, podemos concluir que el perfil actual de la persona residente en un centro asistencial de la tercera edad se caracteriza por un deterioro en su salud física y/o psíquica, generador de dependencia, y por una situación socio-familiar incompatible con la recepción de cuidados en el hogar[64]. Esta problemática se refleja en los motivos del ingreso residencial que se apuntan como principales: la soledad (37,1%), la situación de la salud-dependencia (36,3%), y los motivos familiares (15,1%)[65].

Sin embargo, a nuestro juicio, estos factores considerados aisladamente no determinan el ingreso residencial. Es la concurrencia de varios de ellos la que da lugar a la necesidad de ingreso. En este sentido, el ingreso residencial entronca con el concepto de vulnerabilidad social, que hace referencia a la situación o al conjunto de

centros residenciales dependientes de la Administración regional aquellas personas que por su situación o patología, tanto somática como psíquica, constituyan un impedimento para el normal desarrollo de las relaciones y convivencia de los usuarios. Actualmente, la atención de estas personas se realiza también en establecimientos residenciales de carácter asistencial, independientemente de que puedan sean alojadas en unidades específicas dentro de tales centros. Así, la Orden de 8 de enero de 1986, barema positivamente a los estados de descontrol emocional que pueden ocasionar molestias y alteraciones serias en la vida de los que rodean a la persona mayor. En el mismo sentido, hay que destacar que la demencia no es una condición de exclusión del servicio residencial en la Ley de Dependencia. De hecho, el deterioro cognitivo severo y las alteraciones conductuales constituyen actualmente factores asociados a la institucionalización. DÍAZ MARDOMINGO, *op. cit*., p. 275.

[64] Se han identificado como factores predictores de la institucionalización: la dependencia, el deterioro cognitivo, la fragilidad y la ausencia de vínculos familiares adecuados. KAUFMAN, S.R. & BECKER, G., *Frailty, Risk, and Choice: Cultural Discourses and the Question of Responsibility* en Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.) New York: Springer Publishing Company, 1996, pp. 48-70 [51-53].

Destaca en este sentido la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, que establece que la atención residencial tiene por objeto atender a las personas que no disponen de alojamiento, o que teniéndolo, carecen de los apoyos necesarios para permanecer en él en condiciones adecuadas de convivencia y seguridad (art. 37.g). BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2011, pp. 15496- 15540.

[65] Porcentajes obtenidos a partir de PÉREZ ORTIZ, *op. cit*, p. 827. Hemos agrupado en la dimensión soledad las respuestas: no tengo familia (2,6%) y por no estar solo/a (34,5%); en la dimensión salud-dependencia: porque no podía atender la casa (4,3%), no puedo valerme por mí mismo/a (10,1%), por estar mejor atendido (10,6%) y por motivos de salud (11,3%); en la dimensión motivos familiares: porque mi familia no puede hacerse cargo (6,2%) y por no estorbar a mi familia (8,9%). El resto de motivos son los siguientes: por estar más libre (0,5%); para estar más seguro en el futuro (1%); por acompañar a mi marido/esposa (4,5%); no tenía otra solución (2,7%); motivos económicos (0,3%); otros (0,7%); no sabe (0,9%); no contesta (0,9). (Datos de 2004).

características que tiene una persona, grupo o comunidad y que determina su incapacidad para anticipar, sobrevivir, resistir y recuperarse al/del impacto de acontecimientos previsiblemente próximos[66], o lo que es lo mismo, para defenderse de un daño[67]. Así, la vulnerabilidad se caracteriza, por un lado, por las amenazas que pueden surgir en un determinado entorno y, por otro, por la indefensión de la persona ante ellas. Aunque es una condición universal, afecta fundamentalmente a dos etapas de la vida: la niñez y la vejez[68].

En el caso de las personas mayores estas amenazas se derivan de los eventos específicos asociados al proceso de envejecimiento (pérdida de la salud, discapacidad, disminución de ingresos, viudedad, pérdida de redes familiares y sociales y soledad)[69] y la situación de indefensión se asocia a la disminución de las capacidades para hacerles frente, que pueden ser personales (físicas, cognitivas o de control de la propia vida, en general) o sociales (la disminución de las posibilidades de cuidado y atención por parte de las familias[70] o de los sistemas de protección social[71]). La vulnerabilidad social significa que existe una amenaza de pérdida de bienestar en la persona mayor, que puede conllevar incluso su muerte[72]. Por todo lo dicho, cabe afirmar, en nuestra opinión, que el destinatario actual del recurso residencial asistencial es la persona mayor en situación de vulnerabilidad social.

[66] El concepto de vulnerabilidad es un concepto analítico que surge en el ámbito de las ciencias ambientales para el estudio de la población susceptible de sufrir un daño ante los riesgos naturales. El término es definido por BLAIKIE como un conjunto de características de una persona o grupo de personas en términos de capacidad para anticipar, afrontar, resistir y recuperarse del impacto de riesgos naturales. BLAIKIE, p.M., CANNON, T., DAVIS, I. & WISNER, B. *At Risk: People's Vulnerability and Disasters.* London and New York: Routledge, 1994 y BLAIKIE, p.M., "The tsunami of 2004 in Sri Lanka: An introduction to impacts and policy in the shadow of civil war". Norsk Geografisk TidsskriftNorwegian Journal of Geography, 2009, Vol. 63, pp. 2-9, [2].

[67] HALL, M.I., "Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy and Vulnerability", *McGill Law Journal-Revue de Droit de McGill, 2012, 58, 1*, pp. 1-35, [30].

[68] HALL, M.I., "Dementia, Autonomy and Guardianship for the Old" en *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.)*. Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 339-349 [347].

[69] En los ochenta el enfoque social de la vulnerabilidad se incorpora a las ciencias sociales, sobre todo en Latinoamérica. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. y EGEA JIMÉNEZ, C. "Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores" *Papeles de Población*, julio-diciembre 2011, vol. 17, núm. 69, pp. 151-185, [153-154].

[70] SÁNCHEZ GONZÁLEZ y EGEA JIMÉNEZ, *op. cit.,* pp. 157 y 166.

[71] SHRÖEDER-BUTTERFILL, E. y MARIANTI, R., "A framework for understanding old-age vulnerabilities". *Ageing and Society*, 2006, n. 26, pp. 9-35, [19].

[72] BILOTTA, C.; CASÉ, A.; NICOLINI, p.; MAURI, S.; CASTELLI, M.; VERGANI, C., "Social vulnerability, mental health and correlates of frailty in older outpatients living alone in the community in Italy". Aging & Mental Health, November 2010, vol. 14, nº.8, pp. 1027-1036; ANDREW, M.K.; MITNITSKI, A.B.; ROCKWOOD, K., "Social Vulnerability, Frailty and Mortality in Elderly People". *Plos one.* May 2008, Volume 3, Issue 5, pp. 1-8.

1.4. **EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA EN LAS POLÍTICAS GERONTOLÓGICAS**

Como se ha visto en el apartado relativo a las preferencias de las personas mayores, la vida en el propio domicilio es la opción elegida mayoritariamente por este grupo de población. El respeto a la autonomía de la voluntad de las personas mayores, comienza a promoverse socialmente en los años 80, en atención a su dignidad[73] y se incorpora a las políticas sociales gerontológicas en la década de los noventa. Ello coincide con el reconocimiento de la autonomía de los usuarios de los servicios sociales en general[74] y, en especial, con la línea instaurada en el ámbito de las personas con discapacidad, como se verá más adelante.

En el plano internacional se subrayan los principios de autonomía y libertad de decisión de las personas mayores en los siguientes instrumentos normativos:

- La Decisión del Consejo de la Comunidad Europea, (91/49) de 26 de noviembre de 1990, que establece como ámbito de acción prioritaria, entre otros, las medidas tendentes a mejorar la capacidad de las personas mayores para llevar una vida independiente y fomentar su autonomía (Anexo. Puntos 1 y 2).

- Los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad de la ONU de 1991, que formulan las cuestiones relacionadas con los derechos humanos de las personas de edad. Destacan entre ellas, la independencia, la participación, los cuidados, la realización personal y la dignidad de las personas mayores[75]. El Principio núm. 12 establece que "las personas de edad deberán tener acceso a servicios sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado".

---

[73] HOMEL, p.A., "Guardianship Reform in the 1980s: A Decade of Substantive and Procedural Change" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.).* New York: Springer Publishing Company, 1996, p. 228.

[74] Así, sancionan el derecho a la libertad de elección del sistema, centro o prestación de las personas usuarias la Ley 2/1990 de Servicios Sociales de la Rioja (art. 11) y la Ley de 5/1997 de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana (art. 20).

De manera más detallada lo hace la Ley 4/1993 de Servicios Sociales de Galicia (art. 34):

1. En el ingreso, permanencia y salida de los Centros prestadores de servicios sociales se respetará la propia voluntad del usuario o de su representante legal cuando se trate de menores de edad o mayores incapacitados. En este último caso será necesaria además la pertinente autorización judicial de acuerdo con el artículo 211 del Código civil.

2. En caso de urgencia podrán procederse al ingreso sin la autorización judicial según lo dispuesto en el párrafo anterior y habrá de comunicarse inmediatamente a la autoridad judicial competente para que dicte la resolución que proceda.

3. En el caso de incapacidad sobrevenida previo su internamiento, los responsables del Centro deberán ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad judicial a los efectos de lo previsto en el referido artículo del Código civil.

[75] ONU, *Segunda Asamblea …,* p.9.

- La Recomendación 98 (9) del Consejo de Europa relativa a la dependencia, que concibe la libertad como una garantía del derecho al respeto de la dignidad humana y de la autodeterminación de las personas dependientes. La elección sobre los servicios que ésta puede recibir debe contemplar el deseo de la persona en situación de dependencia de permanecer en su propio domicilio (Puntos 3.1. y 3.5. del Anexo a la Recomendación)[76].

- El Plan de Acción de la 2ª Asamblea Mundial del Envejecimiento de Madrid de 2002, establece como uno de los temas centrales de acción, la plena realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas de edad[77].

Las políticas sociales recurren como vía para la garantía de los derechos, no sólo a su reconocimiento explícito, sino también a la recomendación de instaurar mecanismos jurídicos de protección para los casos de pérdida de la capacidad de decisión. Así, se establece en los Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad de la ONU de 1991 (principio núm. 12) y en la Recomendación 98 (9) del Consejo de Europa relativa a la dependencia (punto 3.2. del anexo).

Por lo que respecta a la legislación estatal, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, define la autonomía como *"la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias,* así como de realizar las actividades básicas de la vida diaria" (art.2) (la cursiva es nuestra). La ley se inspira, entre otros, en el principio de promoción de las condiciones para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía (art. 3, letra h) y reconoce a las personas dependientes el disfrute de todos los derechos reconocidos en la legislación vigente (art. 4.2.), entre otros, los derechos humanos y las libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad, así como el derecho a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación (letras a y e). El reconocimiento del derecho a la libertad y a la autonomía se extiende a la libre decisión relativa al propio ingreso residencial, reconocida como derecho de las personas en situación de dependencia (art. 4.2.g)[78]. La ley, sin embargo, no precisa en qué términos se valora la

[76] La elección será informada, accesible, objetiva, completa (Punto 3.2. del Anexo) y versará sobre los derechos y libertades de la persona dependiente, las opciones y facilidades disponibles, así como la evolución de la legislación que le concierne. (Punto 2. del Anexo).

[77] ONU, *Segunda Asamblea…,* pp. 11-12 (del Plan de Acción).

[78] El artículo 4 constituye, en este sentido, el primer reconocimiento explícito en el ordenamiento jurídico español del derecho del interesado a rechazar el ingreso en un centro residencial. MORETÓN SANZ, M.F., "Nuevas perspectivas socio-económicas en la gestión de las entidades prestadoras de

capacidad de decisión de la persona que va a ingresar, limitándose el artículo 4 a establecer en su punto 3, que "los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia"[79].

La normativa autonómica reguladora de los servicios sociales durante la primera década de 2000, incorpora también expresamente como principio regulador de sus actuaciones la autonomía de las personas usuarias sobre su propio proyecto vital[80], así como su derecho a consentir, a renunciar o a adoptar decisiones libres sobre las intervenciones sociales[81], supeditadas en este último caso a las alternativas que le sean presentadas por adecuarse al criterio profesional y a la legislación civil vigente, en los casos de personas incapacitadas[82] o presuntas incapaces[83]. Algunas normas prevén incluso el derecho a declarar su voluntad en relación con los cuidados y atención que

servicios de atención a las personas mayores y en situación de dependencia. Especial referencia a la gestión basada en la calidad y en la responsabilidad sociales corporativa (RSC)" en LASARTE ÁLVAREZ, C. y MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia.* Madrid: Colex, 2010, pp. 83-107 [102].

[79] La definición de autonomía y de capacidad de decisión se retomarán en el apartado 3 de este Capítulo I y el alcance que actualmente ha de darse al derecho de decidir el ingreso residencial, será objeto de tratamiento en la Tercera Parte de este trabajo.

[80] Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 5.g); Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, (art. 6.g); Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León (art. 7.k); Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. BOE nº 226, de 6 noviembre 2007, pp. 45490- 45519. Cataluña (art. 5.m); Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura. BOE nº 108, de 6 de mayo de 2015 (art. 5.m); Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (art. 4.q); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (art. 4.h); Ley foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra (art. 5.i).

[81] Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 6.j y k); Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales, de Asturias (art. 39.g); Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria (art. 5.k y p). BOE nº 94, de 19 de abril de 2007, pp 17216-17242; Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, (art. 7.2.d); Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León (art. 11.1.f y n); Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. de Cataluña (art. 9.2. f y g); Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura (art. 7.f y h); Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (art. 7.e, f y g); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (art. 6.3.h e i); Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 4.f); Ley foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra (art. 6.e, f y g); Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 9.d y f).

[82] Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria (art. 5.k); Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León (art. 11.1.f y n); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (art. 6.3. i); Ley foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra (art. 6.e); Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 9.d y k); Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears en relación con la prestación de consentimiento(art. 7.f).

[83] Incluyen tanto el supuesto de las personas incapacitadas como el de las presuntamente incapaces las siguientes leyes: Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 6.j) y Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. de Cataluña (art. 9.2. f); Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears distingue el (art. 7.g) en relación con la renuncia a la prestación.

desean recibir en un futuro para el supuesto de que pierdan la capacidad para hacerlo[84]. En las directrices de la normativa de servicios sociales, se impone también la protección jurídica de las personas mayores[85] que "tienen limitaciones", "son dependientes", han perdido su facultad de "autogobierno" o "de discernir" o están "incapacitadas" o "declaradas legalmente incapaces", al objeto de garantizar la tutela de sus intereses y en especial, su dignidad y su derecho a la libertad[86]. Por lo que respecta a la capacidad de decisión relativa al uso de los servicios sociales en general y, en especial, con respecto al ingreso residencial, las normas autonómicas en materia de servicios sociales se remiten al ordenamiento jurídico civil para determinar el alcance de la capacidad de decisión. En este sentido, se refieren a las medidas judiciales de internamiento[87], a personas con capacidad de obrar limitada[88], a personas incapacitadas o sometidas a medidas judiciales de internamiento[89], o a las normas jurídico civiles reguladoras del internamiento[90].

[84] Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha (art. 7.g); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (art. 6.3.l); Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 9.i).

[85] En este sentido se afirma que la legislación civil, puede contribuir a las políticas sociales y fiscales de cuidados de larga duración. ROCA TRÍAS, E., "La autonomía personal, fundamento de la gestión de los intereses de la tercera edad en Cataluña" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General.* Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 817-844 [825].

[86] INSERSO, *op. cit*., p. 116; Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León (art. 1); Ley 5/1995, de Castilla-La Mancha (art. 22); Ley 3/1996 de Canarias (art. 1.h); Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de Andalucía, (arts. 3.a y 20.9); Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano, del Principado de Asturias (art. 17); Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León (art. 13.3); Ley 6/2001, de Cantabria, de 20 de noviembre, de Atención y Protección a las Personas en Situación de Dependencia (arts. 1, 6 y 7). BOE núm.302, de 18 de diciembre de 2001, pp. 47919- 47925. Corrección de errores BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002, p. 1671; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales, de Asturias (art. 31).

[87] Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 7.1.a); Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria (art. 5.k y p).

[88] Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales de Asturias (art. 39.d); Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (art. 6.3 i)

[89] Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales. de Cataluña (art. 12.a); Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears (art. 7.a); Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja (art. 8.c).

[90] Así, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid considera aplicable el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regulador del de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 4.i). También se remite a la regulación del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (art. 9.f). La Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (art. 33) considera que el internamiento de la persona incapacitada, está supeditada a la voluntad de su representante legal, que precisa la autorización preceptiva del art. 211 del CC (derogado a la fecha de aprobación de la Ley 3/2003).

2. ENFOQUE PSICOLÓGICO

Este apartado tiene por objetivo describir la capacidad de toma de decisiones en relación con el ingreso residencial gerontológico, desde el punto de vista psíquico. Las fuentes utilizadas son fundamentalmente anglosajonas, ya que los estudios científicos en este ámbito se han realizado principalmente en EEUU, Reino Unido y Canadá.

El apartado caracteriza la demencia en sus elementos esenciales y analiza su incidencia en la capacidad de toma de decisiones. Asimismo, se identifican los criterios y procedimientos que se utilizan en la actualidad para determinar si una persona es o no capaz de tomar decisiones y las particularidades que, en este sentido, tiene la decisión de ingreso residencial, que desemboca, como se verá, en la necesidad de valorar la capacidad de decisión relativa a la permanencia en el propio domicilio. Como se ha señalado en la introducción de este trabajo, en el análisis se toma como referencia la demencia tipo Alzheimer, por ser la demencia que mayor prevalencia tiene en las edades en las que se produce el ingreso residencial.

2.1. CARACTERIZACIÓN DE LA DEMENCIA

El internamiento en un establecimiento residencial de personas mayores es el mayoritario entre las personas con dificultades de carácter psíquico ingresadas en algún tipo de centro (70,2%)[91], siendo la prevalencia de la demencia entre la población ingresada en centros residenciales del 50%[92].

Al objeto de ilustrar el significado de la demencia, presentamos a continuación su caracterización en los dos grandes manuales nosológicos utilizados a nivel internacional: la Clasificación Internacional de las Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE-10)[93] y el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM versiones IV y V)[94]:

[91] El resto vive en residencias para personas con discapacidad (20,3%) y en hospitales psiquiátricos y geriátricos (9,5%). Porcentaje calculado a partir de las cifras absolutas de la población con discapacidad mayor de 6 años, residente en centros. INE, *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia,* 2008. (Población con discapacidad mayor de 6 años).

[92] IMSERSO, *Libro Blanco…,* p.424.

[93] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS, *CIE 10.Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión, vols.1, 2 y 3. 8ª edición.* Washington, D.C: Organización Panamericana de la Salud, 2008.

[94] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Texto revisado. (Dir. De la versión española López-Ibor Aliño, Juan J.) 4ª edición*. Barcelona: Masson, 2005 ; *DSM-V TM, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition.*. Washington, DC: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013.

a) La Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE-10), define la demencia como "un síndrome debido a una enfermedad del cerebro, de naturaleza habitualmente crónica o progresiva, en el cual existe un deterioro de múltiples funciones corticales superiores, entre las que se cuentan la memoria, el pensamiento, la orientación, la comprensión, el cálculo, la capacidad para el aprendizaje, el lenguaje y el juicio". Los deterioros cognoscitivos se acompañan frecuentemente de un deterioro del control emocional, del comportamiento social o de la motivación[95].

b) El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-V) cataloga la demencia y los trastornos neurocognitivos como trastornos mentales, y los concibe como las perturbaciones clínicamente significativas que se generan en la cognición, en la regulación o en el comportamiento de las personas, que reflejan una disfunción en los procesos psicológicos, biológicos o de desarrollo subyacentes en el funcionamiento mental[96]. En esta última edición del Manual (2013) la expresión "trastorno neurocognitivo" sustituye a la "demencia" como categoría diagnóstica, por su mayor amplitud[97], y aunque la demencia queda eliminada como trastorno específico[98], el Manual continúa admitiendo el uso del término, sobre todo en lo relativo a las demencias degenerativas que afectan a las personas mayores[99] (razón por la que mantenemos aquí su utilización como sinónimo de trastorno neurocognitivo).

La demencia en la versión anterior del Manual se definía como un síndrome adquirido caracterizado por el desarrollo de múltiples déficits cognoscitivos, que incluyen el deterioro de la memoria[100]. La demencia es un síndrome persistente, que tiene lugar

[95] OMS, *CIE-10…*, Capítulo V.

[96] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-V…*, p.20.

[97] Actualmente el grupo de los trastornos neurocognitivos incluye: el delirium, el trastorno neurocognitivo grave, el trastorno neurocoginitivo moderado y los subtipos etiológicos, es decir, los trastornos neurocognitivos graves y moderados, clasificados en función de la causa que los genera: el trastorno neurocognitivo por enfermedad de Alzheimer, el trastorno neurocognitivo vascular, el trastorno neurocognitivo con cuerpos de Lewy; el trastorno neurocognitivo por enfermedad de Parkinson; el trastorno neurocognitivo frontotemporal; el trastorno neurocognitivo por daño cerebral traumático; el trastorno neurocognitivo por infección de VIH; el trastorno neurocognitivo inducido por sustancias o mediación; el trastorno neurocognitivo por enfermedad de Huntington; trastorno neurocognitivo por enfermedad de priones; el trastorno neurocognitivo por otras condiciones médicas; el trastorno neurocognitivo por etiologías múltiples e inespecífico. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-V …,* p. 591.

[98] Los trastornos de la sección "Delirium, demencia, trastornos amnésicos y otros trastornos cognoscitivos" de la versión anterior (DSM-IV, 2005) son sustituidos en el DSM-V por los "trastornos neurocognitivos".

El DSM-IV ya había eliminado el encabezamiento de la versión anterior (DSM-III, de 1987), "Síndromes y trastornos mentales orgánicos", que agrupaba el delirium, la demencia, los trastornos amnésicos y otros trastornos cognoscitivos, los trastornos mentales debidos a enfermedad médica y los trastornos relacionados con sustancias. Su sustitución obedece a que tal expresión implica incorrectamente que el resto de trastornos mentales carecen de base biológica AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV…,* p. 11.

[99] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-V…*, p. 591.

[100] *Ibid.,* p. 168.

sin alteración del nivel de conciencia y que afecta al funcionamiento social de la persona[101]. Igualmente, en la DSM-V, los trastornos neurocognitivos se caracterizan por dar lugar a un déficit clínicamente predominante en la función cognitiva. Además, se señala su carácter adquirido (ausente en el nacimiento o en los primeros años de vida) y el declive que supone respecto del nivel previo de funcionamiento alcanzado por la persona[102].

Los trastornos cognitivos, en especial la demencia, generan una discapacidad en las funciones intelectuales[103], entendidas éstas como las funciones mentales generales necesarias para comprender e integrar de forma constructiva todas las funciones cognitivas y su desarrollo a lo largo del ciclo vital[104]. Los criterios diagnósticos principales de la demencia y de los trastornos neurocognitivos son el deterioro de la memoria y de la atención. Los síntomas se manifiestan en olvidos de las acciones realizadas, en la incapacidad de retener información reciente en la memoria y en la dificultad de mantener la atención y de aprender cosas nuevas. En los estadios más avanzados de la demencia, la persona olvida quiénes son sus amigos y familiares e incluso puede olvidar quién es ella misma.

Otros dominios cognitivos afectados son los siguientes[105]:

- Deterioro del lenguaje, que se manifiesta en el olvido de la capacidad de nombrar a las cosas concretas, (se utilizan circunloquios o términos vagos o genéricos) y en estadios avanzados se producen repeticiones automáticas de lo oído o de los discursos. La capacidad del lenguaje puede llegar a perderse completamente.
- Pérdida de la capacidad de reconocimiento e identificación de los objetos y de las personas.
- Mayor esfuerzo y pérdida progresiva de la capacidad de realización de actividades cotidianas (uso de herramientas, vestirse, cocinar, etc), incluso aunque no haya afectación motora.

[101] MARTÍN CARRASCO, M.; AGÜERA ORTIZ, L.; PELEGRÍN VALRO, C. y MORÍÑIGO DOMÍNGUEZ, A., "Las demencias". *Psiquiatría Geriátrica (Eds. Luis Agüera Ortiz, Manuel Martín Carrasco, Jorge Cervilla Ballesteros).* Barcelona: Masson, 2002, pp. 201-313, [201-202].

[102] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-V…*, p. 591.

[103] Demencia significa etimológicamente "ausencia de inteligencia". Demencia= *de* (fuera de) + *mens* (mente) + *ia* (estado de). MARTÍN CARRASCO, M., *op. cit.,* p. 201.

Es un término introducido por Pinel para denominar un conjunto de trastornos que causan una disminución o anulación de la capacidad intelectual. MADRIGAL GALICIA, J. J., "Las demencias: aspectos biopsicosociales de la incapacidad". *La tutela de las personas mayores incapacitadas.* Valladolid: Junta de Castilla León. Consejería de Sanidad y Bienestar Social, 1998, pp. 33-44.

[104] ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. OMS. CIF: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Madrid: IMSERSO, 2001, p. 52.

[105] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-V…*, p. 592-595 y *DSM-IV…,* pp. 169-171.

- Pérdida de la capacidad de respeto de las normas y convenciones sociales que da lugar a comportamientos desinhibidos. Se da también una dificultad en interpretar las señales del entorno y las expresiones emocionales.
- Como dominio cognitivo de especial relevancia, deterioro de las funciones ejecutivas del cerebro, como más adelante se verá.
- Pobreza de introspección y de juicio crítico sobre la propia capacidad (ausencia de conciencia de la pérdida de memoria y valoraciones poco realistas de los riesgos y déficits que se derivan de la situación actual). Se da un déficit en el reconocimiento de la propia situación, en especial de la propia enfermedad, que recibe distintas denominaciones, tales como: negación, ausencia de "insight", inconsciencia o anosognosia[106].

La demencia tiene una prevalencia en la población de edad igual o superior a 65 años de entre el 5 y 10%[107]. La causa más habitual de la demencia es la enfermedad de Alzheimer, que representa entre el 60% y el 70% de los casos[108]. Tanto la prevalencia de la demencia, como la del Alzheimer aumentan con la edad. La prevalencia de la demencia en las personas mayores se dobla cada cinco años, pasando del 1% en las personas de 60 años a entre el 30% y 45% en las personas de 85[109]. La prevalencia del Alzheimer pasa del 0,6% en hombres y 0,8% en mujeres de 65 años, al 11% y 14% respectivamente, a los 85 años; al 21% y 25% a los 90 y al 36% y 41%, a los 95 años[110].

[106] La anosognosia se concibe como la ausencia de toma de conciencia de la enfermedad, o la toma de conciencia disminuida de un trastorno cognitivo o de un déficit sensorio-motor adquirido después de una lesión cerebral. ARROYO-ANLLÓ, E.M. y GIL MÉNDEZ, C., "La anosognosia en la enfermedad de Alzheimer". *Revista Española de Geriatría y Gerontología, 2007, 42(3)*, pp. 181-187, [181]. Se ha explicado la etiología de la enfermedad desde dos perspectivas: la psicodinámica, según la cual el paciente desarrolla el déficit como mecanismo de defensa, y la neurológica, que identifica la anosognosia como un déficit neurológico. La anosognosia se admite como síntoma propio de la esquizofrenia que dificulta el tratamiento de manera voluntaria, pero que mejora con el tratamiento. Sin embargo, en relación con la Enfermedad de Alzheimer, en la que la prevalencia de la anosognosia se estima entre el 40% y el 75% de los casos, no existe acuerdo sobre si ésta es un trastorno de la propia enfermedad o de otros trastornos asociados a la misma, como la distimia o la depresión mayor. En los casos en los que la anosognosia se presenta de manera temprana, se considera un indicador de un diagnóstico futuro de síndrome demencial. FERREIRÓS MARCOS, C.E., *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario. Colección CERMI, nº 27*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI, 2008, pp. 368-371; ARROYO-ANLLÓ, y GIL, *op. cit.,* pp.181-187.

[107] MARTÍN CARRASCO, *op. cit.*, p. 203.

[108] AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMISION ON LAW AND AGING & AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSSOCIATION. ABA, *Assessment of Older Adults with Diminished Capacity: A Handbook for Lawyers.* Washington, DC: AMERICAN BAR ASSOCIATION & AMERICAN PSYCHOLOGICAL, 2005, p. 1.

[109] *Ibid.*, p. 1.

[110] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *DSM-IV…*, p. 178.

2.2. **LA FUNCIÓN MENTAL DE TOMA DE DECISIONES EN LA VEJEZ Y EN LA DEMENCIA**

La Organización Mundial de la Salud, en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), define la toma de decisiones como el proceso de "elegir una opción entre varias, llevar a cabo la elección y evaluar los efectos de la elección"[111]. La toma de decisiones implica formarse una opinión sobre la cuestión a decidir, de ahí su relación con las funciones de juicio, que son las "funciones mentales implicadas en la discriminación y en la evaluación de diferentes opciones"[112].

Desde el punto de vista neurológico, la toma de decisiones es una función mental perteneciente al grupo de las funciones cognitivas superiores o ejecutivas del cerebro, caracterizadas por constituir procesos complejos que guían el comportamiento humano[113]. Además de la toma de decisiones, forman parte de las funciones cognitivas superiores el pensamiento abstracto, la planificación y la realización de planes, la flexibilidad y la decisión de cuál es el comportamiento adecuado en función de las circunstancias[114].

Se considera que un sujeto es capaz de tomar de decisiones cuando tiene la aptitud psicológica necesaria para que éstas puedan serle atribuidas, para poder afirmar que sus decisiones son reflejo o consecuencia de su personalidad[115].

La capacidad de toma de decisiones varía su curso en la vejez, pero no se ve impedida si no es debido a una patología, como son los trastornos neurocognitivos frecuentes en esta etapa de la vida. Se han identificado cambios morfológicos y fisiológicos en el córtex frontal del cerebro asociados a la edad[116]. Algunos estudios demuestran que la disminución de la capacidad cognitiva del sujeto provocada por la edad incluye el deterioro de las funciones ejecutivas[117] y da como resultado la elección de opciones

[111] OMS, *CIF*…, p. 138.
[112] *Ibid.,* p. 62.
[113] FOSTER, S.M.; CORNWELL, R. ELISABETH; K., MICHAEL A. & DAVIS, H.p., "Cognitive Changes across the Life Span" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls).* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, p. 29.
[114] OMS, *CIF*…., p. 61.
[115] SIMÓN-LORDA, p., "La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente". *Revista de la Asociación. Española de Neuropsiquiatría,* 2008, vol.28, nº10.2, pp. 325-348, [329].
[116] SMYER, M.A., "Aging and Decision-Making Capacity: An Overview" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls).* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, pp. 3-24 [7-8].
[117] FOSTER, *op. cit.*, p. 29.; SALTHOUSE, T.A., "Commentary: A Cognitive Psychologist´s Perspective on the Assessment of Cognitive Competency" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.)* New York: Springer Publishing Company, 1996, pp.

menos ventajosas a partir de los 70 años[118]. Sin embargo, estas dificultades se concentran en la toma de decisiones que implican procesos deliberativos y de la memoria operativa[119], asociada a las decisiones en las que están implicados principalmente datos objetivos que es necesario procesar.

Para compensar este declive, la mente de las personas mayores recurre en la toma de decisiones a mecanismos cerebrales asociados a los afectos y a las emociones, lo que resulta de especial utilidad en las decisiones sobre temas sociales o afectivos[120]. Así, los estudios realizados sobre las decisiones certeras, -decisiones cuyas consecuencias son previsibles-, indican que con la edad no disminuye la calidad de las decisiones tomadas, sino el curso cognitivo para llegar a ellas, que se hace más sencillo, más cauto, más lento y utiliza mayor número de mecanismos de compensación frente al declive de la memoria[121]. Las personas de más edad recurren a una menor búsqueda de información para tomar las decisiones, a un menor número de criterios en los que basar sus decisiones e incorporan elementos intuitivos y emocionales en mayor medida, pero sus elecciones siguen siendo racionales[122] y consistentes con sus valores, así como con otras decisiones tomadas por ellas en el pasado[123]. La incapacidad de toma de decisiones deriva, por tanto, no de la edad, sino de las condiciones de salud.

Aunque actualmente no existe un acuerdo científico sobre las enfermedades o deficiencias concretas que inhiben la capacidad de toma de decisiones[124], cabe afirmar que son dos los grupos de deficiencias que dan lugar a la incapacidad de toma de decisiones: los pensamientos distorsionados que derivan de trastornos psiquiátricos tales como la psicosis, la esquizofrenia, o la depresión severa, y los déficits en las funciones neurocognitivas[125].

29-39, p.34; WOOD, S. & TANIUS, B.E., "Impact of Dementia on Decision Making Abilities" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls)* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, pp. 91-97. CALABRESE, p., "Neuropsychological assessment" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, p. 13.

[118] FOSTER, *op. cit.*, pp. 30-34.

[119] SALTHOUSE, *op. cit.*, p.34.

[120] WOOD & TANIUS, *op. cit.,* pp. 91-97.

[121] FOSTER, *op. cit.*, p. 30-34.

[122] SALTHOUSE, *op. cit.,* p.34.

[123] SANFEY, A.G. & HASTIE, R., "Judgement and decision making across de adult life span: A tutorial review of psychological research" en *Cognitive Aging (Park, Denise c. & Shwarz Norbert Eds.),* Philadelphia: Taylor & Francis, 2000, p.262-264.

[124] SABATINO, C, p., "Competency: Refining Our Legal Fictions" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.)* New York: Springer Publishing Company, 1996, pp. 1-28, [7].

[125] ZARIT, S.H & ZARIT, J.M., *Mental Disorders in Older Adults. Fundamentals of Assessment and Treatment. 2nd. Edition.* New York: The Guilford Press, 2007, p. 177-183; ABA. AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMISION ON LAW AND AGING & AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSSOCIATION, *Judicial*

Las funciones ejecutivas, y entre ellas la capacidad de toma de decisiones, se ven afectadas significativamente cuando la persona tiene una demencia o un trastorno neurocognitivo. En la demencia se deterioran las capacidades de pensamiento abstracto, de planificación, secuenciación, monitorización y comportamiento complejo. El menoscabo de estas funciones está especialmente relacionado con trastornos del lóbulo frontal o de las vías subcorticales asociadas y dificulta la capacidad para afrontar situaciones nuevas y aquellas que requieren el procesamiento de información nueva y compleja. Se produce también una disminución de la capacidad para cambiar esquemas mentales establecidos. Los pensamientos llevan más tiempo de lo normal y los elementos no se procesan cognitivamente, salvo que se simplifiquen[126]. Se deterioran, en consecuencia, la capacidad de decisión y de juicio[127].

A pesar de ello, los autores se muestran de acuerdo en que algunas de estas capacidades subsisten en las personas con demencia, sobre todo en sus estadios iniciales. Varían de persona a persona, en cuanto en ellas inciden las características únicas de cada sujeto[128], su personalidad y su entorno[129]. Además, dado que el deterioro es gradual y prolongado, se puede tener capacidad para tomar un tipo de decisiones y no tenerla para otras. Por ello no cabe afirmar que del diagnóstico de demencia se derive automáticamente la incapacidad de la persona para tomar decisiones[130], sino que es preciso valorar específicamente tal capacidad en relación con la decisión concreta que se vaya a tomar[131].

Determination of Capacity of Older Adults in Guardianship Proceedings. Handbook for Judges. Washington DC AMERICAN BAR ASSOCIATION & AMERICAN PSYCHOLOGICAL, 2006, p. 11-13.

[126] AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic…*, pp. 592-595 y *DSM-IV-TR. Manual diagnóstico…*, pp. 169-171.

[127] CALABRESE, *op. cit.,* p. 14.

[128] WILLIES pone de relieve la influencia del nivel educativo en la capacidad de resolución de problemas de las personas mayores. En su estudio el 55% de los pacientes mayores de 75 años, sin demencia y con bajo nivel educativo, es competente en la resolución de problemas de la vida diaria, porcentaje que aumenta al 60%, en el caso de enfermos de Alzheimer con nivel educativo alto. El porcentaje se reduce al 30% en las personas con Alzheimer y bajo nivel educativo. WILLIS, S. L., "Assesing everyday Competence in the Cognitively Challenged Elderly" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.;Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.).* New York, Springer Publishing Company, 1996, pp.87-127, [103-104]. También SALTHOUSE ha destacado la influencia del nivel educativo en la capacidad de toma de decisiones, en este caso como factor influyente en la capacidad de comprensión. SALTHOUSE, *op. cit.*, pp. 34-35.

[129] BERMEJO, L., *Estudio sobre la creación de una unidad de calidad de vida en personas con demencia en sus fases iniciales*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Servicios Sociales e Igualdad, 2014, pp. 14 y 22.

[130] VORM, A. & OLDE RIKKE, G.M., "Informed consent in dementia research" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, pp. 85-92, pp. 85-92; ENGEDAL, K. & KIRKEVOLD, Ø., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Norway" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, pp. 137-141.

[131] MAREK L. & STOPPE G., "Why is competence assessment important? Development of the EDCon Consensus Statement" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, pp. 1-11.

2.3. **LA VALORACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TOMA DE DECISIONES EN SITUACIONES DE DEMENCIA**

La valoración de la capacidad de toma de decisiones no es una cuestión resuelta. Su dificultad radica fundamentalmente en la implicación de distintas funciones cerebrales, así como de elementos cognitivos, emocionales y afectivos.

En primer lugar, en la toma de decisiones confluyen las funciones cognitivas básicas con las funciones superiores del cerebro. Para poder afirmar que una decisión se ha tomado racionalmente, la persona que la toma ha de estar ubicada mentalmente y ser consciente de cuál es su situación en general[132], para lo cual es indispensable el adecuado funcionamiento de sus funciones cognitivas básicas: la consciencia de la persona en el tiempo y en el espacio, la comprensión, la memoria a corto plazo, la capacidad de atención y concentración y la capacidad de emisión de alguna forma de lenguaje[133]. Sin embargo, la mera valoración de estas funciones no determina la capacidad de toma de decisiones de un sujeto, pues lo que se trata de evaluar es la funcionalidad del proceso cognitivo que da como resultado la decisión y no otras funciones afectadas en las personas con demencia, tales como la memoria o la atención[134]. Por ello, se propone que la evaluación de la capacidad de decisión combine las pruebas dirigidas a la evaluación de las funciones ejecutivas frontales, en concreto la de toma de decisiones, con las pruebas que valoran las funciones cognitivas básicas, al objeto de excluir la capacidad de decisión en los casos de menoscabos cognitivos sustanciales[135].

Los procedimientos de evaluación de la capacidad basados en el proceso de toma de decisiones tampoco están exentos de críticas. La evaluación consiste en este caso en la

[132] SALTHOUSE afirma que "las decisiones difícilmente pueden ser racionales si el individuo está desorientado con respecto a la fecha o al lugar, o si tiene dificultades en la comprensión o en la comunicación y si su capacidad de atender a la información o recordarla en intervalos cortos está gravemente disminuida" SALTHOUSE, *op. cit.*, p.36.

En igual sentido, WILLIES, *op. cit.*, pp. 94-97; CENTENO ESCUDERO, R., "La práctica pericial en la incapacitación de las personas mayores" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas.* León: Junta de Castilla y León, 1998, pp. 90 y 92; SIMÓN LORDA, p.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, A y CONCHEIRO CARRO, L., "El consentimiento informado en psiquiatría: un formulario escrito de consentimiento para terapia electroconvulsiva (TEC) o electroshock". *Anales de Psiquiatría*, 1992, Vol.8, Nº 7, pp. 9-16, [10].

[133] WILLIES, *op. cit.*, pp. 94-97; CENTENO, *op. cit.*, pp. 90 y 92. SIMÓN, RODRÍGUEZ y CONCHEIRO CARRO, L., *op. cit.*, p. 10; SKELTON, F.; KUNIK, M.E.; REGEV. T. & NAIK, A.D., "Determining if an older adult can make and execute decisions to live safely at home: A capacity assessment and intervention model". Archives of Gerontology and Geriatrics, 2010, 50. 3, p. 301; ZARIT, S.H & ZARIT, *op. cit.*, pp. 180-181.

[134] SIMÓN, RODRÍGUEZ y CONCHEIRO CARRO, *op. cit.*, p. 10; CALABRESE, *op. cit.,* pp. 13-25.

MOYE y cols., han concluido que cuando se analiza la capacidad de decisión poniéndose el énfasis en el desempeño de la capacidad de decisión más que en la memoria, disminuyen los índices de incapacidad en la toma de decisiones entre los adultos con demencia. MOYE, J.; SABATINO, C.J. & WEINTRAUB BRENDEL, R., "Evaluation of the Capacity to Appoint a Healthcare Proxy" *American Journal of Geriatric Psychiatry*, April 2013, 21, 4, pp 329-335. 329-332; ABA. *Assessment of Older Adults…*p.10.

[135] SIMÓN, RODRÍGUEZ y CONCHEIRO CARRO, *op. cit.*, p. 10.

valoración de las aptitudes o habilidades psicológicas (criterios) que el paciente ha de poseer en un grado suficiente (estándares) en relación con el tipo de decisión que se haya de tomar[136]. Los criterios para la toma de decisiones admitidos por la comunidad científica mayoritaria tienen su origen en la psiquiatría de finales de los años 70, y se han desarrollado fundamentalmente para la valoración del consentimiento informado en los tratamientos médicos, así como para la participación en tratamientos experimentales[137]. Se admiten como criterios en este ámbito los establecidos por Appelbaum y Grisso, que se incorporan al procedimiento clínico de evaluación de la capacidad a través del instrumento MacCAT-T (Mac-Arthur Competence Assessment Tool)[138]. Los criterios son[139]:

- Entendimiento de la información que se recibe sobre el diagnóstico, el tratamiento y sus riesgos y beneficios.
- Apreciación de la situación y de sus consecuencias. Se refiere a la capacidad de relacionar la información relativa al tratamiento con la situación propia. Exige reconocer la enfermedad subyacente y la capacidad para entender las implicaciones del tratamiento en la vida de la persona. La apreciación supone que la persona incorpora el pensamiento de que el diagnóstico es válido y que el tratamiento redundará en su beneficio.
- Razonamiento, entendido como la capacidad de evaluar las alternativas de tratamiento a través de la comparación de los riesgos y beneficios de cada una de ellas para la vida de la persona. Se trata de poder manejar y tratar la

[136] SIMÓN LORDA, P; RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J.; MARTÍNEZ MAROTO, A.; LÓPEZ PISA, M. *et. al.*, "Ability of Patients to Take Decisions". *Medicina Clinica* 117 (2001), pp. 419-426, [419].

[137] Las investigaciones comienzan a finales los años 70 en EEUU en el ámbito de la psiquiatría por Roth, Meisel y Lidz. Estos autores recogen en un artículo titulado "Tests of competency to Consent to Treatment", una clasificación de los criterios de valoración de la capacidad en el ámbito del consentimiento para el tratamiento y para el sometimiento a investigaciones experimentales. Con esta primera investigación se sientan las bases para el establecimiento de criterios para evaluar la capacidad de toma de decisiones, así como el principio de adecuación de los estándares de capacidad exigibles, en función del riesgo que conlleva la decisión a tomar. ROTH, L.H.; MEISEL, A.J.D. & LIDZ, A.W. "Tests of competency to Consent to Treatment". *American Journal of Psychiatry*, march 1977, 134:3, pp. 279-284.

[138] Los criterios actuales tienen su origen en los recogidos por ROTH, MEISEL Y LIDZ en 1977. Se desarrollan por APPELBAUM, primero en colaboración con ROTH y después con GRISSO desde 1982 hasta 2009. En las publicaciones de APPELBAUM Y GRISSO los criterios se incorporan a instrumentos estandarizados. Así, el instrumento MacCAT-T (desarrollado entre 1988 y 2009) se utiliza para el consentimiento informado para el tratamiento médico y para la valoración de la capacidad de sufragio. APPELBAUM, p. D. AND T. GRISSO, "Assessing Patient's Capacities to Consent to Treatment" *New England Journal of Medicine,* 1988, 319, pp. 1635-1638. El instrumento MacCAT-CR (1997) se utiliza para la toma de decisiones relativas a la participación en investigaciones.
VORM & OLDE RIKKE, *op. cit.,* pp. 85-92.

[139] APPELBAUM & GRISSO, *op. cit.,* pp. 1635-1638; ABA, *Assessment of Older Adults…*, pp. 11-12; KOLVA, E.A. & ROSENFELD, B., "Legal Perspectives on Civil Capacity and Competence" en G.J. Demakis Ed. Civil Capacities in Clinical Neuropsychology. New York: Oxford University Press, 2012, pp. 17-39, pp. 23-24; MAREK & STOPPE, *op. cit.,* p. 1-11; VORM & OLDE, *op. cit.*, pp. 85-92; SIMÓN-LORDA, *op. cit.,* pp. 325-348, p. 338; ASO ESCARIO, J.; MARTÍNEZ QUIÑONES, J.V. y ARREGUI CALVO, R., *Aspectos médico legales de las demencias.* Barcelona: Masson, 2004, p. 104.

información recibida. Exige un pensamiento lógico secuencial, comparativo y predictivo, así como la consistencia interna del procedimiento de elección. Es el criterio que incorpora el estándar de capacidad más alto.

- Expresión clara de la decisión tomada, ya sea verbal, escrita, gestual o por medio de viñetas. Actualmente se considera el estándar más bajo. Su cumplimiento se consigue cuando subsisten las capacidades cognitivas básicas. Por el contrario, se considera excluida la capacidad de decisión según este criterio, en los supuestos de inconsciencia, trastornos severos del pensamiento o disrupciones de la memoria a corto plazo.

Junto a la valoración de estos criterios[140], se incorpora también a la teoría de la capacidad de toma de decisiones el elemento de la "escala móvil" de capacidad, que supone la exigencia de adecuar el estándar de cumplimiento de los criterios al riesgo que se deriva de la decisión a tomar. Así se exige un estándar cognitivo mayor para las decisiones que tienen consecuencias más relevantes y con más riesgo en la vida de las personas[141].

Muchos autores critican el excesivo componente cognitivo de la valoración del proceso, que deja de lado los elementos afectivos y valorativos que entran en juego en decisiones distintas a las de carácter médico[142]. Proponen, en consecuencia, eliminar los criterios más avanzados y sustituirlos por otros que reflejen la calidad de la decisión tomada, valorando la coherencia, la razonabilidad o la consistencia de la decisión.

Aplicando esta línea de pensamiento, se observa que los pacientes con demencia en estadio moderado sufren un descenso significativo en las habilidades complejas de apreciación, razonamiento y comprensión y especialmente en la capacidad de mantener al alcance la información, e integrar el *feedback* recibido en el proceso de decisión[143]. Sin embargo, son capaces de tomar una decisión, cuando la valoración de

[140] También se han desarrollado criterios desde el ámbito de la neurología que incorporan las capacidades cerebrales. Estos criterios no han llegado a cuajar y reflejan en gran medida los establecidos por Appelbaum y Grisso. SIMÓN-LORDA, *op. cit.*, p. 339.

[141] El origen de la adecuación del estándar de capacidad se debe, como se ha dicho, a la publicación de ROTH, MEISEL & LIDZ, *op. cit.,* pp. 283-283. El concepto de Escala Móvil de Capacidad se desarrolla por DRANE, *op. cit.,* pp. 925-927. La variabilidad del estándar es actualmente asumida por la mayoría de la literatura científica, así VORM & OLDE, *op. cit.*, pp. 85-92; ENGEDAL, & KIRKEVOLD, *op. cit.*, pp. 137-141; KOLVA & ROSENFELD, *op. cit.,* p. 25. Estos autores exponen, sin embargo, que también se ha afirmado que es precisamente en las decisiones más trascendentales en las que a la persona debe exigírsele un estándar menor de capacidad, como respeto de su autodeterminación y a su autoestima. También, SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. Madrid: Escuela Libre de Derecho y Economía, 2000, p. 76.

[142] Además de los que se citan en las referencias siguientes del ámbito internacional, en España, ASO; MARTÍNEZ y ARREGUI, *op. cit.,* pp. 103-105.

[143] MOYE, J. & MARSON, D.C., "Asessment of Decision- Making Capacity in Older Adults: An Emerging Area of Practice and Research". The Journal of Lifelong Learning in Psychiatry. Winter 2009, Vol. VII, No. 1, p. 92.

su capacidad considera como criterio central del proceso de toma de decisiones la comprensión de la información relevante y de los aspectos esenciales de la situación[144], y admite como resultado acertado de la decisión tomada, el que cumple los criterios de racionalidad de la decisión tomada[145], -criterio que sirve sobre todo de centinela para evaluar en profundidad la capacidad de la persona ante una decisión insensata[146]-, y sobre todo, el de la consistencia de la decisión con los valores y preferencias de la persona[147], según los patrones demostrados en las decisiones tomadas en su pasado o valorando la consistencia de sus respuestas ante preguntas sucesivas[148].

Sobre la base de estos criterios, cabe afirmar que, en general, en la enfermedad de Alzheimer la capacidad de toma de decisiones está más deteriorada que en otras enfermedades mentales debido a la pérdida de las funciones cognitivas de memoria, entendimiento, juicio, razonamiento y planificación[149]. Sin embargo, no cabe concluir que la demencia elimine totalmente la capacidad decisional del enfermo[150], que se mantiene sobre todo en los estadios iniciales de la enfermedad[151].

[144] SALTHOUSE, *op. cit.*, pp. 34-35.

[145] Así, SALTHOUSE, *op. cit.*, p.34. La decisión se considera razonable cuando ante una situación dada, el paciente escoge la alternativa evidentemente congruente. Si el paciente escoge la que es manifiestamente incongruente, la decisión es calificada como irracional. MARSON, D. C.; INGRAM, KELLY K.; CODY, H. A. & HARREL, L. E., "Assessing the Competency of Patients with Alzheimer's Disease under Different Legal Standards. A Prototype Instrument", *Archives of Neurology*, 1995, 52 (10), pp. 949-954, [951].

[146] SIMÓN, RODRÍGUEZ, MARTÍNEZ, LÓPEZ *et. al..*, *op. cit.,* pp. 419-426. MOYE, J., "Clinical Frameworks for Capacity Assessment" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls)*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, pp. 177-191 [182]; ABA, *Judicial Determination…*, p.5*.* Entre los criterios que se recomienda tener en cuenta para decidir la consistencia de la decisión destacan los aspectos que el sujeto considera significativos, si el individuo da importancia al bienestar de la familia, a la privacidad, al mantenimiento de los ahorros, etc.

[147] VORM & OLDE, *op. cit.*, pp. 85-92.

[148] MOYE, J; SCHAIE, K.; WARNER, W.; SHERRY L., "Decision Making Capacity" en *Handbook of the Psychology of Aging (Seventh Edition)* Ed. by: K. Warner Schaie and Sherry L. Willis. 2011., p. 377; ZARIT, S.H & ZARIT, J.M *op. cit.*, pp. 180-181. SIMÓN, RODRÍGUEZ y CONCHEIRO, *op. cit.*, p. 10. Los autores se refieren a esta característica de la decisión como "autenticidad". MOYE, *Op. Cit*., p. 182; ABA, *Judicial Determination…*, pp. 5 y 11-13. También BERMEJO, *op. cit.*, p.23.

[149] MARSON, INGRAM, CODY,& HARREL, L. E., *Op. Cit.*, p.949.; MOYE, SCHAIE, WARNER & SHERRY, *op. cit.*, p. 368.

[150] Del mismo modo que no se puede afirmar psicológicamente que los niños que aún no han adquirido la capacidad de pensamiento operacional no sean capaces de hacer elecciones y tomar decisiones. DOLL, B.; SANDS, D.J.; WEHMEYER M.L. & PALMER, S., "Promoting the Development and Acquisition of Self Determined Behaviour" en *Self-Determination Across the Life Span. Independence and Choice for People with Disabilities* (*Sands, Deanna J. and Wehmeyer, Michael L. Eds)*. Baltimore: Paul H. Brookes, 1996, pp. 65-110 [76-77].

[151] ABA. *Assessment of Older Adults…*, p. V; MOYE J.; KAREL, J.M.; GUERRERA R.J. & ARMIN A., "Neuropsychological predictors of decision-making capacity over 9 months in mild-to-moderate dementia", *Journal of General Internal Medicine. Volume 21, Issue 1,* January 2006, pp. 78-83; ZARIT & ZARIT, *op. cit.*, p. 375.

En la primera fase de la enfermedad de Alzheimer, las dificultades son fundamentalmente de carácter neurocognitivo básico[152], lo que no impide afirmar la capacidad de decisión en los momentos en los que la persona se encuentra ubicada. Los enfermos de Alzheimer en estadio leve son capaces de tomar decisiones cuando se establece como estándar de capacidad la comprensión de las consecuencias que se derivan de opción tomada y la racionalidad de dicha elección. Además, en estos estadios las personas mantienen su capacidad emocional, así como la conciencia del sentido de su propia vida[153], elementos que sirven de base para la toma de muchas decisiones[154].

En los estadios moderados, las personas con Alzheimer mantienen la capacidad de manifestar una decisión razonable pero se deteriora su capacidad de apreciar las consecuencias de la decisión[155].

[152] ZARIT & ZARIT, *op. cit.*, p. 180; WOOD. & TANIUS, *op. cit.,* p.98; MOYE & MARSON, *Op. Cit*., p. 92.

[153] Así, en la investigación de MARSON INGRAM, CODY & HARREL, *Op. Cit*., pp. 950-953, sobre toma de decisiones relativas tratamiento médico, las personas con Alzheimer leve resultaron ser competentes para manifestar una decisión en el 87% de los casos, (siendo ésta razonable en todos los casos). El 67% fue competente además para apreciar las consecuencias emocionales y cognitivas de la decisión: conciencia del impacto emocional, de las exigencias racionales y de las consecuencias futuras de la opción. El porcentaje de capacidad se redujo al 47%, en la competencia para exponer las razones que justifican la decisión adoptada, (capacidad de utilizar un procesamiento lógico para comparar los riesgos y beneficios de un tratamiento y usar esta información para tomar una decisión). Finalmente ninguno de los sujetos investigados fue capaz de comprender la situación y las alternativas de tratamiento.

En el mismo sentido, SMYER, *op. cit.,* pp. 3-24, determina que la incompetencia de las personas con Alzheimer leve es del 0% cuando se valora la capacidad de expresar una opción y cuando se valora la racionalidad de la opción; del 20% cuando se valora la capacidad de apreciar las consecuencias de la misma y la capacidad de dar respuestas razonables para la opción tomada. La incompetencia, sin embargo, se eleva al 93% cuando se valora la capacidad de comprensión de la situación médica, de las alternativas de tratamiento y de sus respectivos riesgos y beneficios.

La valoración de la capacidad para la toma de decisiones relativa a la investigación se realiza proponiendo al sujeto a evaluar una situación hipotética de toma de decisiones (por ejemplo la de vacunarse contra la enfermedad de Alzheimer) y pidiéndole que parafrasee la información facilitada relativa al curso del tratamiento y las ventajas y desventajas del mismo (evaluación de la comprensión); identificando el reconocimiento por parte del enfermo de alguno de los beneficios que supone el tratamiento propuesto (apreciación); identificando en la explicación que se solicita al enfermo consecuencias y comparaciones y consecuente relación lógica con la decisión adoptada (razonamiento) y declaración de la decisión adoptada (expresión). HAMMAN, J., "Patient Participation in Medical and Social Decisions in Alzheimer's Disease", *American Geriatric Society*, 59, 2011, p. 2047; SMYER, M.A*. Op. Cit*., p.7.

[154] VORM & OLDE, *op. cit.,* pp. 85-92. Destacan estos autores que el Instrumento de valoración MacCAT no recoge los elementos emocionales ni los relacionados con los valores personales.

[155] En el estudio de MARSON, INGRAM, CODY & HARREL, L. E., *Op. Cit*., p.950-953, las personas con Alzheimer moderado resultan competentes para manifestar una decisión razonable en el 79% de los casos, pero el porcentaje se reduce al 37% en la capacidad de apreciación de las consecuencias de la decisión. Únicamente el 7% fue capaz de utilizar el razonamiento lógico de comparación de riesgos y beneficios y adoptar la decisión en función del mismo.

Para SMYER, en el caso de Alzheimer moderado, la incapacidad de expresar una opción se sitúa únicamente en el 14% y su irracionalidad en el 21%. Sin embargo, el 50% de los enfermos son incapaces

2.4. **LA CAPACIDAD DE DECISIÓN RELATIVA A LA PERMANENCIA EN EL PROPIO DOMICILIO**

Desde los años 80 cobra auge la investigación médica, jurídica y bioética relativa a la capacidad[156] y se especializa en función del objeto de la decisión. En la década de los 90 se desarrollan procedimientos y herramientas estandarizadas, así como criterios y estándares para la evaluación de la capacidad de tomar decisiones concretas.

La valoración de la capacidad se pone al servicio de los tribunales en relación con las siguientes áreas: vida independiente, asuntos económicos (capacidad para contratar, para donar y para testar), elección y sometimiento o rechazo de tratamiento médico, otorgamiento de poderes, capacidad para ser sujeto de investigación y capacidad para conducir[157]. Las más desarrolladas científicamente son la capacidad de decisión relativa a aspectos patrimoniales[158] y la capacidad de emitir el consentimiento para someterse a tratamiento médico[159], que continúa siendo considerada una capacidad de decisión autónoma del resto, debido a su complejidad y consecuencias[160].

El Derecho anglosajón produce una importante literatura en torno a la capacidad. En él la decisión relativa al ingreso residencial no constituye una figura jurídica específica sino que forma parte de la valoración de la necesidad del sometimiento a la figura de guarda legal[161], en la que el riesgo constituye un elemento central. En la decisión de sometimiento a la institución de guarda correspondiente, lo que se valora no es la capacidad de decisión del ingreso residencial en concreto, sino la capacidad de vida independiente, es decir, la capacidad de permanecer en el propio entorno asumiendo unos riesgos razonables. Se incorpora así el riesgo asociado a la tercera edad, constructo reciente, que ocupa un lugar prominente en las valoraciones y decisiones de la capacidad[162]. Ello supone el traslado de la problemática social que se vivía en la familia o en la comunidad a las instancias formales, como consecuencia de la

---

de apreciar las consecuencias derivadas de la opción, el 71% de dar respuestas racionales para la opción tomada y ninguno es capaz de solventar el estándar más complejo. SMYER, M.A. *op. cit.,* pp.3-24.

[156] SIMÓN, RODRÍGUEZ, MARTÍNEZ MAROTO, LÓPEZ *ET. AL.*, *op. cit.*, pp. 419-426.

[157] MARSON, INGRAM, CODY & HARREL, *Op. Cit.*, p. 949.; ZARIT & ZARIT, *Op. Cit.*, p. 175-177; ABA, *Assessment of Older Adults…,* p. 6.

[158] SABATINO, "Competency: Refining…, pp. 4-5; SABATINO, C.P. Y BASINGER, S.L., "Competency: Reforming our Legal Fictions" Journal of Mental Health and Aging, 2000, vol. 6, n. 2, pp. 119-144, [121-122].

[159] MOYE & MARSON, *op. cit.,* p. 90.

[160] SABATINO, "Competency: Refining…", pp. 14-15.

[161] En EEUU, el sometimiento a "guarda limitada" (el equivalente a la tutela parcial) tan sólo suele determinarse para asuntos financieros o relacionados con decisiones médicas. El resto de decisiones forman parte de la "guarda general". KOLVA. & ROSENFELD, *op. cit.*, p. 27.

[162] El riesgo se constituye como el elemento central de la decisión judicial. ABA. *Judicial Determination*…, p.5.

expansión de la aplicación de los principios de la ética de la toma de decisiones en el ámbito clínico[163].

2.4.1. Caracterización de la decisión

La doctrina que ha analizado la capacidad de toma de decisiones relativa a la vida independiente atribuye a esta decisión las siguientes características:

a) La decisión relativa a la permanencia en el propio hogar tiene una dimensión emocional y de sentimientos y de valor, que no está presente en el consentimiento médico informado y que está prácticamente ausente en las decisiones contractuales[164], caracterizadas por su carácter eminentemente cognitivo[165]. Hay que tener en cuenta, además, que la comprensión de las cuestiones contractuales y médicas requiere de unos conocimientos especializados[166] ausente en otro tipo de decisiones. Ello explica, por ejemplo, que en la primera fase los enfermos de Alzheimer reclamen una alta participación en la toma de decisiones relativas a cuestiones sociales, en especial en relación con su ingreso en residencia, mientras que delegan las decisiones de naturaleza médica en el facultativo[167]. Se pone en duda en consecuencia la utilidad de las valoraciones del proceso cognitivo de toma de decisiones[168], en relación con la capacidad de permanencia en el propio entorno.

b) La decisión relativa a la vida independiente se considera una elección certera, por la previsibilidad de sus consecuencias, a diferencia por ejemplo, de las decisiones sobre inversiones financieras o sobre el sometimiento o no a una intervención quirúrgica, decisiones calificadas de "riesgo" por sus resultados inciertos[169]. Ello posibilita tomar medidas ante los riesgos y amenazas que se puedan detectar y completar en la

[163] KAUFMAN & BECKER, *op. cit.*, p. 62.

[164] MOYE, J.; MARSON, D.C. & EDELSTEIN, B., "Assessment of Capacity in an Aging Society" *American Psychologist*, 2013, n. 68, pp. 158-171; MOYE, SCHAIE, WARNER & SHERRY, *op. cit.,* pp. 371 y 377; SKELTON, KUNIK, REGEV & NAIK, *op. cit.*, p. 303. En la doctrina española, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.* Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 147.

[165] SABATINO, "Competency: Refining…", pp. 14-15; ABA, *Assessment of Older Adults…*, p. 6.

[166] RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General.* Madrid: Thomson Civitas, 2002, pp. 845-806 [884].

[167] HAMMAN, *op. cit*, pp. 2045-2052.

[168] HALL, "Mental Capacity…", p.7; KAPP, M.B. & MOSSMAN, D., "Measuring Decisional Capacity: Cautions on the Construction of a "Capacimeter", *Psychology, Public Policy, and Law*, 1996, Vol 2, num. 1, pp. 73-95.

[169] La decisión de continuar viviendo en el propio hogar o de ingresar en un centro se puede hacer en función de las consecuencias previsibles de ambas opciones (por un lado, poder elegir lo que se come cada día, permanecer en el mismo barrio; por otro, mayor seguridad por la noche, acceso a los servicios residenciales, etc.), aunque desconozcamos si en el momento de ingresar seremos capaces de habituarnos al nuevo entorno residencial. SANFEY & HASTIE, *op. cit.,* p. 254; FOSTER, *op. cit.*, pp. 30-34.

valoración de la capacidad de toma de decisiones el elemento cognitivo con otros aspectos de la realidad de la persona, como son sus habilidades funcionales o la disponibilidad de medios para hacer frente a los riesgos.

c) A diferencia de las capacidades para tomar otro tipo de decisiones, -tales como el consentimiento informado sobre tratamientos médicos, la capacidad exigida para testar, para consentir ser sujeto de investigación o experimentación-, el riesgo que se genera en relación con la decisión sobre la vida independiente está determinado por elementos ajenos a la propia capacidad cognitiva del sujeto. La decisión será más o menos acertada en función de la capacidad funcional del sujeto (habilidades para ejecutar la decisión[170]) y del contexto en el que se encuentra[171], en el que se incluyen las necesidades personales y los recursos disponibles. Por ello, algunos autores proponen sustituir la valoración de la capacidad de decisión en relación con el ámbito de la vida diaria por la valoración de la vulnerabilidad social, concepto descrito en el apartado 1.3. de este capítulo.

Todos estos elementos que confluyen con la capacidad cognitiva de toma de decisiones (los riesgos derivados de la situación, las necesidades personales particulares, los recursos disponibles y las preferencias y valores de la persona[172]), conforman lo que se conoce como "componentes interactivos", que forman parte de la valoración[173] y que permiten modular el estándar de capacidad exigible en función del riesgo generado.

d) Los valores personales tienen una gran influencia en las decisiones relacionadas con la vida cotidiana. Así, se aprecia en los enfermos de Alzheimer una disonancia entre la conciencia sobre las propias limitaciones y la que manifiestan los familiares, con la consecuente disparidad de juicios[174]. Aunque ello pudiera apuntar a estados de anosognosia[175], también parece deberse a que las personas mayores, incluso las que tienen algún déficit cognitivo, intentan evitar la incursión que la toma de decisiones

[170] MOYE & MARSON, *Op. Cit*., p. 89; ABA, *Assessment of Older Adults…*, p.12.
[171] HALL, "Mental Capacity…", p. 25.
[172] Entendemos por valores los ideales, en muchas ocasiones reflexionados, pero también sentidos o vivenciados por la persona, que dan significado a la propia vida y que constituyen la base de la toma de decisiones. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. "El daño al "proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo.* Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 531-566, [538-539].
[173] ABA, *Assessment of Older Adults…*, pp. 10-11; ZARIT & ZARIT *op. cit.*, pp. 180-181; WOOD, S. & KUBIK, J., "Presenting the Complex Client in Court: Practical Issues Related to the Assessment of Capacity", *Rehabilitation psychology 50, 2005,* pp. 201-206.
[174] WOOD & TANIUS, *op. cit.,* p.98.
[175] HAMMAN, *op. cit.,* pp. 2045-2052 Los resultados de la investigación, llevada a cabo en Alemania, demuestran, sin embargo, que los enfermos entrevistados consideran ser más capaces para la toma de decisiones que lo que se deduce de la valoración de su capacidad a partir del instrumento MacCAT-T (Véase nota 138138) y de la valoración que hacen de su capacidad los familiares y los facultativos.

por parte de terceros supone para su sentido del yo, aun a costa de mantener los problemas potenciales que ello pudiera suponer[176].

2.4.2. Evaluación de la capacidad de decisión de vida independiente

La evaluación de la capacidad de vida independiente se realiza a través de distintos procedimientos establecidos en función de las definiciones legales de incapacidad en los diferentes Estados. Señalamos aquí los más habituales:

a) Evaluación de la capacidad cognitiva para la toma de decisiones

Al evaluar la capacidad de toma de decisiones relativa a la vida en el propio entorno frente al ingreso residencial, los autores rebajan el estándar de capacidad respecto del establecido para el consentimiento informado[177], sobre todo en relación con el criterio de razonamiento. El razonamiento exige capacidad de integrar la información relacionando el problema con las opciones que se le presentan al sujeto; capacidad de predecir las consecuencias que se derivan de las opciones, que debe abarcar los riesgos y beneficios de cada una de ellas; capacidad de comparar y de evaluar las opciones, y como corolario, capacidad de realizar una elección[178]. Ello exige retener en la mente dos alternativas con la información relativa a sus correspondientes riesgos y beneficios y ser capaz de comparar ambas a la luz del impacto que tienen en la vida de una persona[179].

Siguiendo esta línea, en la decisión relativa a la vida independiente el criterio ha de centrarse en la capacidad de comprensión de la situación y de las consecuencias que se derivan de la alternativa elegida[180]. La comprensión tiene por objeto las

[176] KAUFMAN & BECKER, *op. cit.*, p. 61.
Afirman los autores que la determinación de la fragilidad suele surgir de las instancias que rodean a la persona mayor (familia, vecinos, servicios sociales, médicos, etc.) y raramente por la propia persona mayor. "Una persona mayor está unida a la noción de riesgo cuando los miembros de su familia, o el personal de los servicios sociales o los profesionales del sistema de salud perciben un cambio en la condición de la persona, ya sea debido a una disminución de su capacidad funcional, al comienzo de una enfermedad o simplemente a la sensación de que algo va mal. En ese momento el sistema de salud es concebido como el lugar en el que el riesgo puede ser definido, controlado y quizá, disminuido". KAUFMAN & BECKER, *op. cit.*, p. 50.

[177] Para un mismo nivel de deterioro la persona puede ser competente para trabajos poco exigentes y no para aquellos más complejos. Por ello, resulta razonable exigir una capacidad mayor para consentir el tratamiento médico o para consentir la participación en investigaciones que, por ejemplo, para nombrar una persona que actúe como sustituto en la toma de decisiones. MOYE, SABATINO, WEINTRAUB & BRENDEL, *op. cit.,* pp. 329-225.

[178] SALTHOUSE, *op. cit.*, p.30-37. SKELTON, KUNIK, EGEV, NAIK, *op. cit.*, p. 201.

[179] MOYE, KAREL, GUERRERA & ARMIN, *op. cit.,* pp.78-83.

[180] En este sentido, MOYE Y COLS. exigen que se comprenda la información, así como las consecuencias que se derivan de la opción que el profesional propone al sujeto, sin que sea necesario que éste

circunstancias del contexto en el que se vive y la naturaleza y riesgos que se derivan del mismo[181]. Se complementa la valoración del proceso con el criterio de coherencia con las preferencias de la persona[182]. Teniendo en cuenta estos criterios, las investigaciones afirman la capacidad de toma de decisiones de los enfermos de Alzheimer en estado leve, cuando se presentan al enfermo de manera simple dos alternativas, tales como ingresar en un centro residencial o vivir al cuidado de un familiar concreto[183].

b) Valoración de la capacidad de realización de las actividades instrumentales de la vida diaria

Esta forma de valoración de la capacidad de vida independiente en el propio hogar tiene por finalidad expresa la protección del individuo[184] y enfatiza el elemento de riesgo de las definiciones de capacidad de vida autónoma, ajeno al proceso mental de toma de decisiones. La persona debe demostrar en la evaluación que tiene capacidad de realizar las actividades cotidianas, conocidas como "actividades instrumentales de la vida diaria"[185]. Este tipo de actividades implican capacidad de realizar las tareas domésticas, gestionar la salud, el dinero, el transporte, la comida y la comunicación[186]. Se considera que en ausencia de esta capacidad se genera un riesgo, ante el que el Estado debe intervenir. En estas situaciones el deber de protección reemplaza al de autonomía individual, sin entrar en disquisiciones sobre si existe o no libertad[187] y en consecuencia, sin valoración directa de la capacidad decisoria. A pesar de ello, con este método se está valorando indirectamente la capacidad cognitiva de decisión porque la realización de estas actividades está relacionada con las funciones

concluya el complejo proceso del razonamiento o que pueda razonar la opción tomada. MOYE, KAREL, GUERRERA & ARMIN, *op. cit.,* pp.78-83.

SMYER *op. cit.*, p.8, establece el estándar en la capacidad del sujeto para comprender la información que se le suministra y en la capacidad del sujeto para medir las consecuencias de su acción o inacción.

[181] WILBER, K. H., "Commentary: Alternatives to Guardianship Revisited: What´s Risk Got to Do whit It?" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.)*, New York: Springer Publishing Company, 1996, pp. 213-224, [220]; WILLIES, *op. cit.*, pp. 94-97.

[182] ZARIT y ZARIT *op. cit.*, 180-183, ponen el énfasis en que la persona comprenda el riesgo que se deriva de su situación y en que sea capaz de explicar las razones por las que ha adoptado una decisión o discuta con el profesional el razonamiento que le ha llevado a ello. También, WOOD & KUBIK, *op. cit.,* pp. 201-206.

[183] WOOD & TANIUS, *op. cit.,* pp.99-103.

[184] ABA, *Assessment of Older Adults…*, p.7; CALABRESE, *op. cit.,* p.15.

[185] Para ello se utilizan instrumentos de valoración, como la Escala de Actividades Instrumentales de la Vida Diaria de Lawton y Brody (1969). EVERHART, E.D.; LEHOCKEY, K.A.; MORAN, A.M.; HIGHSMITH, J.M., "Personal Care and Independence" en Civil Capacities in Clinical Neuropsychology (G.J. Demakis Ed.). New York: Oxford University Press, 2012, pp. 139-163 [144]. Más recientemente, el instrumento TEFA Test of Everyday Functional Ability (TEFA) para la evaluación de las actividades de la vida diaria. WEINER, M.; GEHRMANN, H.R.; HYNAN, LS; SAINE, K.C. & CULLUM, C.M., "Comparison of the test of everyday functional abilities with a direct measure of daily function", *Dementia and Geriatric Cognitive Disorders,* 2006; 22 (1), pp. 83-6.

[186] ABA, *Assessment of Older Adults…*, p. 12.

[187] SMYER, *op. cit.,* p.7; ZARIT & ZARIT, *op. cit.*, p. 177.

ejecutivas del cerebro[188]. El principal problema que se deriva de esta valoración es la determinación de la incapacidad para la permanencia en el entorno debida a deficiencias físicas de personas capaces cognitivamente, si carecen de los apoyos adecuados, determinación que a nuestro parecer no podría justificar por sí misma el internamiento forzoso.

c) Valoración de la capacidad de juicio ante las demandas del entorno

Esta valoración es la que a nuestro parecer mejor incorpora los criterios recogidos en la definición de incapacidad propuesta en la Uniform Guardianship and Protective Proceedings Act (1997) de EEUU[189], según la cual la persona incapacitada es aquella que por razones distintas a la minoría de edad, es incapaz de recibir y evaluar información o de tomar o comunicar decisiones hasta el punto de que carece de habilidad para satisfacer los requerimientos esenciales para su salud física, seguridad o autocuidado, incluso con la asistencia tecnológica apropiada[190]. Como se aprecia en la definición, la imposibilidad de satisfacción de las necesidades se deriva directamente de la incapacidad de toma de decisiones o de su comunicación. La pregunta relativa a la capacidad a la que se debe responder es si el grado de capacidad decisoria que tiene el sujeto es suficiente para satisfacer las demandas que le plantea su situación particular[191], partiendo de la premisa de que a través de la toma de decisiones se satisfacen las exigencias físicas de salud, seguridad y autocuidado[192].

En consecuencia, este tipo de evaluación centra su atención en la capacidad de juicio de la persona en relación con las tareas que ha de realizar en el día a día. Consiste en tener conciencia de las demandas de la vida cotidiana y de tomar de decisiones que permitan gestionar las emergencias que puedan surgir, resolver los problemas, compensar las propias áreas de incapacidad, minimizar los riesgos para la propia persona, así como para el resto, y demostrar motivación para la realización de las actividades diarias[193].

[188] EVERHART, LEHOCKEY, MORAN & HIGHSMITH, *op. cit.*, p. 144.
[189] QUICKEL, J.W. & DEMAKIS, G. J., "The independent Living Sacales in civil competency evaluations: Initial findings and prediction of competency adjudication", *Law and Human Behavior, 37.3,* June, 2013*,* pp.155-162 [155].
[190] Uniform Guardianship and Protective Proceedings Act (1997/1998) Article 1. Section 102 (5) (La traducción es nuestra). Esta ley persigue que los estados incorporen los criterios de incapacidad mencionados cuando revisen sus estatutos relativos a la guarda. EVERHART, LEHOCKEY, MORAN & HIGHSMITH, *op. cit.*, p. 141.
[191] HALL, "Mental Capacity…", p. 25.
[192] WOOD & KUBIK, *op. cit.,* pp. 201-206; ZARIT & ZARIT, *op.cit*., pp. 182-183 y 378.
[193] WILLIES, *op. cit.*, pp. 94-97; WOOD & KUBIK; *op. cit.*, pp. 201-206. ABA. *Assessment of Older Adults…*, p.12.

A diferencia del supuesto anterior, el riesgo se determina no por el hecho de que la persona no sea capaz de realizar por sí misma la tarea, sino por su incapacidad cognitiva de tomar la decisión para realizarla, es decir, la incapacidad cognitiva para la resolución de problemas. Esta capacidad exige desde el punto de vista teórico habilidades para identificar los componentes de un problema y las alternativas para solucionarlo, para desechar opciones que se prevé que no vayan a funcionar dadas las circunstancias personales y para priorizar las opciones viables[194].

La evaluación se realiza a través de procedimientos en los que se plantea a la persona situaciones hipotéticas sobre eventualidades que pueden tener lugar en la vida diaria y se le pregunta cuál sería su actuación. Ello permite una evaluación no sólo de la toma de decisión, sino también de las posibilidades de su implementación ya sea por uno mismo, o a través de la acción de terceros. Las herramientas más utilizadas son los guiones de entrevista estandarizados basados en preguntas[195] y las escalas de vida independiente. Entre ellas, destaca el instrumento Independent Living Scale, elaborado por Patricia Loeb en 1996[196], que recoge además de la capacidad cognitiva de resolución de problemas, elementos emocionales y valores personales.

Esta concepción de la capacidad de toma de decisiones resulta coherente con la concepción actual de la inteligencia y de los apoyos ante la discapacidad. La inteligencia no es solamente cognitiva, sino también práctica y social y esencialmente adaptativa, en el sentido de que hace referencia no tanto a la inteligencia en abstracto, sino al abordaje de las demandas de un ambiente cambiante[197].

En esta línea se sitúa en España, la valoración de algunas tareas en el baremo de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en este caso para valorar, no la incapacidad de permanencia en el propio hogar, sino la situación de dependencia por falta de autonomía[198]. Se analiza, a través de la entrevista, si las tareas se desarrollan no sólo con control físico, sino también con iniciativa, coherencia y orientación. Por ejemplo, la actividad de mantenimiento de la salud implica la capacidad de reacción para hacer frente a los

[194] WILLIES, *op. cit.*, pp. 94-97; OMS. *Clasificación…*, pp. 137-138.

[195] ZARIT propone preguntas focalizadas en la situación para evaluar el grado de percepción de los riesgos (¿Adonde iría?, ¿qué tipo de cuidados necesitaría?, ¿qué cree que puede ocurrir?). ZARIT & ZARIT, *op. cit*., pp. 182-183 y 378.

[196] LOEB, p. A., *Independent Living Scales*. San Antonio, Texas: Psychological Corporation. 1996.

[197] SCHALOCK, R. L., "Hacia una nueva concepción de la discapacidad", en *Hacia una nueva concepción de la discapacidad. Actas de las III Jornadas Científicas de Investigación sobre perosnas con discapacidad.* (Coords. Verdugo Alonso, M. Ángel y Jordán de Urríes Vega, F. de B), Salamanca: Amarú, 1999, pp.79-109, [90-91].

[198] Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011, pp. 18567-18691,

riesgos relacionados con la misma. Exige la realización de tareas tales como solicitar asistencia terapéutica, evitar situaciones de riesgo dentro y fuera del domicilio y pedir ayuda ante una urgencia[199]. También la actividad de toma de decisiones por parte de las personas con afectación del funcionamiento mental tiene un contenido estrechamente relacionado con la capacidad de resolución de problemas[200].

d) Valoración interdisciplinar de la situación

A pesar de los intentos de medición precisa de la capacidad de toma de decisiones, la práctica forense más habitual es el recurso a una combinación de herramientas diagnósticas completadas con la exploración clínica y la entrevista[201]. Algunos autores subrayan la mayor eficacia de la entrevista y de las herramientas menos estructuradas para determinar los problemas humanos que se derivan de las enfermedades que afectan a la capacidad, en sus diversas dimensiones y en distintos grados, y abogan por la utilización complementaria de los métodos tradicionales de diagnóstico de la enfermedad neurocognitiva[202]. Se plantea para poder afirmar la capacidad de vida independiente la comprensión de las demandas que la vida diaria plantea, la posibilidad de realizar las tareas necesarias para cubrir esas demandas y, en su defecto, la capacidad de gestionarlas por medio de terceros y, por último, capacidad de juicio o de resolución de problemas ante eventuales imprevistos[203]. Los autores partidarios de una evaluación interdisciplinar son autores que promueven el enfoque

[199] Real Decreto 174/2011. BOE citado, pp.18575 y 18630.

[200] Se valora la actividad de toma de decisiones por parte de las personas con afectación del funcionamiento mental en relación con las tareas de la vida cotidiana, en función de si son capaces de:
- Decidir sobre la alimentación cotidiana se refiere a las decisiones sobre el cuándo y el qué comer en relación con las necesidades personales.
- Decidir sobre los hábitos de higiene personal comprende las decisiones relativas al mantenimiento de las condiciones de higiene personal tales como reconocer la necesidad de higiene y decidir sobre el desarrollo de la tarea de acuerdo con las preferencias personales.
- Decidir sobre la planificación de los desplazamientos fuera del hogar corresponde a la acción de determinar la necesidad o deseo de realizar un desplazamiento fuera del hogar, así como a seleccionar el itinerario y los medios de transporte más adecuados para alcanzar un determinado objetivo.
- Decidir sobre la orientación de sus relaciones interpersonales se refiere a desarrollar las acciones y conductas necesarias para establecer con otras personas (desconocidos, amigos, familiares y pareja) las interacciones personales básicas de manera adecuada para el contexto y el entorno social.
- Decidir sobre el uso y gestión del dinero se refiere a las transacciones económicas básicas: comprar comida o hacer trueques, intercambiar bienes o servicios; o ahorrar dinero; garantizar una seguridad económica para las necesidades presentes y futuras, identificando intereses y oportunidades.
- Decidir sobre la disposición del tiempo y las actividades cotidianas: iniciarla, disponer el tiempo, espacio y materiales necesarios para realizarla, pautar su desarrollo y llevarla a cabo, mantenerla en marcha o completarla; procurando un equilibrio entre las actividades productivas y lúdicas o de ocio.
Real Decreto 174/2011. BOE citado, p. 18635.

[201] SIMÓN-LORDA, "La capacidad…", p. 332.

[202] HALL, "Mental Capacity…", pp. 14-24. También KAPP & MOSSMAN, *op. cit.,* p. 79-95. Los autores son muy críticos con el recurso a escalas de capacidad como la de Appelbaum y Grisso para la determinación de la capacidad legal.

[203] EVERHART, LEHOCKEY, MORAN Y HIGHSMITH, *op. cit.*, pp. 139-163, [151].

de la vulnerabilidad social en sustitución del enfoque cognitivo de la capacidad de toma de decisiones, en la valoración de la capacidad legal[204]. Ponen el acento no en la cognición[205], sino en la voluntad de la persona de superar los problemas o de protegerse a sí misma de las amenazas del entorno, así como en la existencia o disponibilidad de medios para hacerles frente. Además, resulta un enfoque coherente con el modelo social, como se verá, porque dirige la atención hacia los elementos contextuales que impiden formarse una voluntad, obstáculo que puede ser compensado, en su caso, con la provisión de apoyos individualizados, fortaleciéndose así la capacidad de autodeterminación del sujeto[206] y su permanencia en el hogar.

Este enfoque resulta para nosotros coherente con el destinatario del recurso residencial gerontológico descrito en el punto 1.3 (la persona mayor en situación de vulnerabilidad). La valoración de la capacidad para permanecer en el propio entorno tratará de identificar a la persona en situación de vulnerabilidad que no tiene consciencia de tal situación. En consecuencia, consideramos preferible una valoración legal de la capacidad de carácter interdisciplinar a partir de diferentes instrumentos que valoren la capacidad cognitiva, la capacidad funcional, el estilo de vida que ha llevado la persona hasta el momento, así como las posibilidades que ofrece el entorno para continuar viviendo en él, es decir, las dificultades y riesgos para la persona y para la comunidad en caso de que se continúe viviendo en el entorno[207], así como las implicaciones para la familia[208]. La capacidad exigible será mayor cuanto mayor sea el riesgo que se deriva de la situación de capacidad funcional, del entorno y de la disponibilidad de personas de apoyo[209], en definitiva cuanto mayor sea, la vulnerabilidad de la persona[210].

[204] A lo largo del trabajo utilizamos puntualmente la expresión "capacidad legal". Con ella nos referimos a la capacidad desde el punto de vista jurídico, a la capacidad para el Derecho, sin identificarla expresamente con ninguna capacidad concreta (jurídica, de obrar, natural, etc.). En el capítulo relativo a la Convención de Nueva York. El significado de la "capacidad legal", se utiliza, sin embargo, en un sentido técnico.

[205] HALL, "Dementia…, p. 347.

[206] DONNELLY, M., "A Legal Overview" en *The Law and Ethics of Dementia* (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.) Oxford: Hart Publishing 2014, pp. 271-283, [276-279].

[207] SKELTON, KUNIK, REGEV & NAIK, *op. cit.*, p. 303. ; MOYE, SCHAIE, WARNER & SHERRY, *op. cit.,* p.377.

[208] SIMÓN, RODRÍGUEZ, MARTÍNEZ, LÓPEZ *et. al.*, *op. cit.*, pp. 419-426.

[209] MOYE, *Op. Cit*., p. 179.

[210] El propio comportamiento peligroso en la enfermedad de Alzheimer es menor en los estados iniciales. Se apunta a que los enfermos son capaces de adaptar sus hábitos al deterioro que se produce como consecuencia de la enfermedad. Parece ser también que la anosognosia está asociada al comportamiento peligroso. STARKSTEIN, S.E.; JORGE, R.; MIZRAHI, R.; ADRIAN, J. & ROBINSON, R.G., "Insight and danger in Alzheimer's disease", *European Journal of Neurology* 2007, 14 (4), pp.455-460.

3. ENFOQUE JURÍDICO. FUNDAMENTOS CONCEPTUALES DE LA CAPACIDAD

En este apartado presentamos los conceptos jurídicos que configuran el marco teórico que servirá de base para el análisis de la concepción del internamiento residencial forzoso en la evolución histórica del Derecho civil y que tiene como referencia la persona como sujeto de relaciones jurídicas tendentes a realizar sus fines existenciales[211].

La pertenencia al género humano justifica por sí misma el reconocimiento jurídico de la personalidad humana[212], y en consecuencia, de la capacidad jurídica[213]. La persona

[211] GARCÍA CANTERO, G., "¿Persons with Disability vs. Personas Incapacitadas... o Viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español". *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre, 2014, Estudios, pp. 67-106 [79].

[212] GULLÓN BALLESTEROS, A., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar" en GONZÁLEZ POVEDA, P. y MARCOS PICÓN, J.M., (Dirs.) *Los discapacitados y su protección jurídica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 1-25 [15].

La personalidad jurídica es el reconocimiento jurídico de la subjetividad, de la relevancia que para el Derecho tiene el hecho de ser persona. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Capacidad de obrar...", p. 42; GORDILLO CAÑAS, G., *Capacidad, incapacidad y estabilidad en los contratos.* Madrid: Tecnos, 1986, p.25.

[213] DE DIEGO, F. C., *Curso elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo VII*. *Derecho de Familia*. Madrid: 1927, p. 380; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La persona y su estado civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952, p.45; LETE DEL RÍO, J. M. *Comentario al Título IX. De la tutela. Generalidades, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albadalejo). Tomo IV. Artículos 181 a 332 del Código Civil*, Madrid: Edersa, 1978, pp. 142-147 [142].

La mayor parte de la doctrina concibe la capacidad jurídica como la manifestación del concepto de personalidad jurídica. ALBADALEJO, M., *Compendio de Derecho Civil. 13ª edición*. Madrid: EDISOFER, 2007, p. 37; GULLÓN, *op. cit.,* p. 13; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 17; Constituye el reconocimiento del Derecho de la pertenencia a la comunidad jurídica; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 28, 32 y 34; GARCÍA GARNICA, M.C. "Discapacidad y dependencia (II)…", p. 212.

Considera RAMS ALBESA que "se tiene personalidad jurídica porque el ordenamiento reconoce en los hombres la existencia de derechos subjetivos de naturaleza fundamental y, además, se les reconocen los capitales bienes y derechos de la personalidad". RAMS ALBESA, J., "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* enero-febrero 2011, núm. 723, 2011, pp.211 y ss, p. 235. En sentido similar, MORENO QUESADA, B., "La capacidad y el estado civil de las personas", *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona (Coord. F.J.Sánchez Calero, 3ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp.81-89, [82].

CASTÁN TOBEÑAS identifica los conceptos de personalidad y capacidad jurídica. CASTÁN TOBEÑAS, J*., Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Volumen II. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. 13ª edición. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos*. Madrid: Reus, 1982, p. 159. Para GETE-ALONSO personalidad y capacidad jurídica se vinculan de tal modo que en el art. 16 del Proyecto de Libro I de 1869 llegan a identificarse. Art. 16 "Sólo el hombre es susceptible de derechos y obligaciones: en eso consiste su capacidad jurídica o su personalidad". GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "Persona, personalidad, capacidad" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, p. 72.

además de ser reconocida como sujeto de las relaciones jurídicas[214] y del goce potencial[215]de los derechos y deberes incluidos en ellas[216]; es en esencia y sobre todo objeto propio del Derecho[217].

A diferencia del reconocimiento universal[218], absoluto[219], formal[220] e innato[221] de la capacidad jurídica[222] que, en consideración a su dignidad humana alcanza también a las personas que tienen su capacidad racional alterada[223], la ausencia de racionalidad cognitiva justifica la limitación de la actuación jurídica eficaz[224] por sí mismos a quienes están afectados por tal carencia[225][226] o perturbación, en cuanto la actuación en el

[214] ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I. Introducción y parte general. Volumen I. Introducción y Derecho de la Persona. 11ª edición*. Barcelona: Bosch, 1989, p. 230.

DE CASTRO define la capacidad jurídica como la aptitud de ser sujeto en las relaciones de derecho, a fin de incluir en esta expresión además de los derechos, obligaciones y deberes jurídicos, las facultades que no son derechos subjetivos. DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 41. También ROGEL VIDE, C., *Derecho de la persona*, Barcelona: Bosch, 1998, p.12; RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Madrid: Tecnos, 1995, p. 49; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R, *Derecho de la Persona*. Madrid: Montecorvo, 1976, p. 197 y el mismo autor en *Manual de Derecho civil: Derecho privado y Derecho de la persona*. Madrid: Bercal, 1996, p. 71.

[215] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Madrid: Dykinson, 2013, pp.15-40, [21]; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 19.

[216] DE DIEGO GUTIÉRREZ, F. C., *Instituciones de Derecho civil español.* Madrid: 1929, p. 162; ARAMBURO Y MACHADO, M., *La capacidad civil*. 2ª edición, Madrid: Reus, 1931, p.7. El autor entiende por capacidad jurídica "la propiedad por cuya virtud el hombre puede exigir prestaciones y debe cumplir obligaciones".

[217] DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona*. 5ª edición. Madrid, 1970, p. 162.

[218]Señala CASTÁN, que "en el Derecho moderno es principio fundamental que todo hombre es persona". CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 115; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil...*, pp. 41.; GULLÓN, *op. cit.,* p. 13..

[219] En el sentido de inmune a graduaciones. Por todos, GULLÓN, *op. cit.,* p. 13 y GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 43.

[220] RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 235.

[221] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", p. 104.

[222] Es necesario diferenciar esta capacidad jurídica, concebida como posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas, de la capacidad jurídica especial que supone una prohibición o indignidad para ser titular de determinados poderes o derechos (ej. extranjero, tutor, quebrado). DE CASTRO, *Compendio...*, pp. 164-165. ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Madrid: Bosch, 1970, pp. 160-161. BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, pp. 197-198; BERCOVITZ, *Manual de Derecho...*, p.71. DE DIEGO, *Instituciones...*, pp. 164 y 172.

[223] ARAMBURO, *op. cit.*, pp.5-6.

[224] DIÉZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema… 8ª edición.* Madrid: Tecnos, 1992, p.224; GETE-ALONSO Y CALERA, en "Capacidad de obrar…", p. 41 y en "Persona, personalidad…", p. 107. GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 34; ROGEL VIDE, *Derecho de la Persona...*, p.12.

[225] Así afirma ALBADALEJO que la capacidad de obrar "ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos. ALBADALEJO, *Compendio…*, p.39.

[226] DE CASTRO sitúa el origen de la diferencia entre capacidad jurídica y de obrar en algunos textos romanos. La formulación moderna de la distinción la atribuye a Grocio, quien afirma que el menor tiene derecho de posesión pero no de uso. Savigny proporciona el valor doctrinal a la distinción y los pandectistas definen la capacidad jurídica contraponiendo la situación del cives a la del esclavo y a la del extranjero y construye el concepto de capacidad de obrar a partir de los textos romanos que exigían

mundo de las relaciones jurídicas exige un discernimiento, una voluntad consciente expresada *ad extra*[227].

Esta limitación puede tener lugar respecto de un acto concreto que la persona no es capaz de consentir, o en relación con un conjunto de actos o incluso la totalidad de ellos regidos por la norma de la incapacidad. A estas dos situaciones responden respectivamente las figuras de la capacidad natural y de la capacidad de obrar, que se analizan a continuación.

3.1. **EL COMPONENTE COGNITIVO DE LA CAPACIDAD NATURAL**

El ejercicio de los derechos exige capacidad para consentir cada uno de los actos jurídicos[228] vinculados a los mismos. Ello requiere una aptitud psicológica real (o de hecho) para comprender y querer[229] el acto particular que se realiza. A esta aptitud psicológica hace referencia la expresión "capacidad natural".

La capacidad natural tiene en el Derecho civil distintas acepciones. La doctrina utiliza a menudo las expresiones "incapaz", "incapaz natural" o "presunto incapaz"[230] para aludir al incapaz no incapacitado. La capacidad natural, así entendida, ha sido definida

inteligencia y voluntad para que los actos tuviesen eficacia jurídica. *Derecho Civil...*, p. 40. También, DÍEZ-PICAZO, "Capacidad civil…", p. 994.

[227] DE DIEGO, *Curso elemental…*, P 380 y el mismo autor en *Instituciones...*, p. 164

[228] ÁLVAREZ LATA, N., "Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental" en SEOANE, J.A., (Coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso menta*l. A Coruña: Fundación Paideia, 1999, pp.91-198, [96]; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 69; DELGADO BUENO, S., "Evaluación de la capacidad de obrar", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 4, 2004,* pp. 97-133, [100]; BOADA ROVIRA, M. Y ROBLES BAYÓN, A., *Documento de Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluació*n. Barcelona: Glosa, 2009, (En adelante, Documento de Sitges), p. 42. El Documento de Sitges se elabora con la finalidad de analizar científicamente la capacidad de decidir en los distintos tipos de actos que puede realizar la persona.

[229] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil..." en *Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, pp.177-196, [177].

[230] Esta expresión es utilizada en los arts. 303 (en su redacción anterior a la Ley 26/2015, de 28 de julio) y 304 del CC, para referirse a la situación de la persona no incapacitada sometida a guarda de hecho. También se utilizaba la expresión "presunto incapaz" en el derogado art. 211 del CC. A nuestro parecer es una expresión errónea técnicamente porque la incapacidad no puede presumirse. En su sentido propio, equivale al "supuesto" o "hipotético" (En el Diccionario de la Real Academia Española, la voz incapaz remite a las de presunto y supuesto). REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), *Diccionario de la Lengua Española. 22ª edición.* Madrid: Real Academia Española, 2001. Sirve por tanto para referirse a la persona que presenta signos externos de falta de autogobierno que hacen pensar que en caso de instarse un procedimiento de incapacitación la resolución sería estimatoria de la demanda. (En igual sentido se utiliza la referencia al "heredero presunto" en relación con el cumplimiento de la condición el art. 803 del CC).

La LEC, utiliza el término "presunto incapaz" para referirse a la persona incursa en un procedimiento de incapacitación o respecto de la cual se puede interponer la demanda de incapacitación (arts. 757, 758, 759, 762).

como la situación genérica de normalidad social respecto de aquella con la que se compara la situación particular de un sujeto para proceder, en su caso, a su incapacitación[231]. Consideramos que por referirse esta situación a un estado genérico de funcionamiento, el significado que subyace en esta definición alude a la capacidad de autogobierno que se abordará en el punto siguiente.

En este trabajo entendemos por capacidad natural "la aptitud psicológica de una persona en relación con un acto o negocio concreto al tiempo de su celebración"[232]. Esta valoración trata de determinar si la capacidad psicológica del sujeto en el momento de la celebración[233] del acto fue la suficiente para formarse la voluntad necesaria[234]. Se compara, por tanto, la aptitud que real o efectivamente tiene la persona, -puede ser aptitud o ineptitud[235]- con la exigible por el ordenamiento jurídico para ese acto específico[236]. Utilizaremos la expresión "capacidad natural"

[231] Así, RAMOS CHAPARRO, E., "El internamiento de incapaces presuntos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Año137, núm. 3. Septiembre de 1988, (Segunda época. Tomo XCVII (265 de la colección), pp. 479-540 [507]. Así se afirma "que la incapacitación ha de modularse o adecuarse a "la capacidad natural" de aquél cuya capacidad se limita".GARCÍA LLERENA, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*. A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2002, p. 149.

PARRA LUCÁN utiliza la expresión "incapaz natural" para referirse a quien debiendo estar incapacitado, no lo está, PARRA LUCÁN, M.A., "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp.423-461 [446].

[232] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, *Ibid*, p. 149. En el mismo sentido, ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I…,* 1989, p. 231, define la incapacidad natural como "la falta de idoneidad de la persona para celebrar *ahora* actos" que procede de sus condiciones psíquicas. También, ARAGONCILLO IBEAS, A., "Elementos subjetivos: juicio de capacidad" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*. *Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004,* Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, pp.102-109, [104], para quien la capacidad natural es "la facultad de enterarse, de tener conciencia del acto y de consentirlo libremente".

GETE-ALONSO parece referir la capacidad natural tanto a un periodo estable, como a un momento puntual. Para la autora la capacidad natural constituye el conjunto de condiciones psíquicas, intelectuales y de madurez de una persona acordes al momento temporal de su vida y que permiten concluir que actúa con el suficiente grado de consciencia, conocimiento, libertad y autonomía de manera que conoce y comprende el alcance del acto que realiza. GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", pp. 45-45.

La STS de 25 de octubre de 1928, define la capacidad natural para testar como "la integridad mental bastante para decidirse de un modo consciente y deliberado en la expresión de su postrimera voluntad" (Motivo tercero). Repertorio de Jurisprudencia, 1928, III, Tomo 185, Núm. 131, pp.532-548 [544].

[233] DELGADO BUENO, S. Y RUIZ DE LA CUESTA, J.M., "Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación" en GONZÁLEZ POVEDA, P. y PICÓN MARTÍN, J.M., (Dirs.), *Los discapacitados y su protección jurídica.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp.23-118 [55-56].

La STS 848/1998, de 19 de septiembre, se refiere al "momento mismo" de celebración del acto (FJ 1). Ponente. Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil. RJ 1998/6399.

[234] Salvo excepciones expresamente establecidas en la ley, la capacidad de obrar del sujeto mayor de edad no incapacitado se presume y con ella, la capacidad natural para la realización de un determinado acto. En consecuencia, la valoración de esta última se realiza generalmente *a posteriori*, es decir, una vez realizado el acto a fin de impugnar su eficacia con base a su falta. ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 55.

[235] Ineptitud: Inhabilidad, falta de aptitud o de capacidad. RAE, *Op. Cit*., (voz ineptitud, única acepción).

[236] Para referirse a esta capacidad el Código Civil utiliza los términos "suficiente juicio" (arts. 92, 159 y 162 en relación a los menores; arts. 231, 237 y 248 para la audiencia del incapacitado en el

indistintamente en ambos sentidos[237], sin perjuicio de añadir los adjetivos real o exigible cuando sea necesario para distinguirlos. Dado que el ordenamiento jurídico establece como requisito para la realización de los actos jurídicos la aptitud del sujeto, -la ineptitud se tiene en consideración para los actos forzosos, que se determina por la inexistencia de la capacidad natural para realizarlos voluntariamente-, utilizaremos la expresión "incapaz natural" para referirnos a la persona que no cumple los requisitos psicológicos exigibles para la realización de un acto concreto de manera voluntaria. Los términos "incapacidad" e "incapaz", sin el complemento natural, los utilizamos en su acepción vulgar para hacer referencia, respectivamente, a cualquier situación más o menos genérica de incapacidad de decisión al margen de su reconocimiento legal y a la persona que se encuentra en ella. Se utilizarán como sinónimos de las expresiones "discapacidad psíquica" y "persona con discapacidad psíquica" o "discapaz" en su sentido no técnico[238] e incluyen, en consecuencia, tanto la incapacidad natural como la incapacidad de autogobierno; la situación de la persona con capacidad modificada judicialmente y la del incapaz que conserva su capacidad legal.

El concepto de capacidad natural en el Derecho español es un concepto eminentemente cognitivo[239]. El criterio jurídico para determinar la capacidad natural es la consciencia de la persona y su capacidad de formarse una voluntad respecto del acto[240], considerándose incapaz natural al sujeto que está imposibilitado para darse cuenta de lo que verdaderamente realiza[241].

---

nombramiento y remoción del tutor) o "capacidad suficiente" (arts. 133, 137 y 140 para las acciones de reconocimiento de hijos).

[237] DE CASTRO se refiere a la primera como capacidad vista "desde la persona" y a la segunda como capacidad vista "desde el acto". *Derecho Civil...*, p. 55. GETE-ALONSO las distingue como "incapacidad simple o incapacidad de hecho" y "capacidad natural". GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 55.

[238] Tratará de evitarse en la medida de lo posible el recurso al término "incapaz" sin matización, por la injusta generalización que supone para la persona su identificación a partir de una única característica.

[239] Así, DE DIEGO afirma que la voluntad que constituye la esencia del acto jurídico es una "voluntad racional consciente". Exige inteligencia o discernimiento y libertad o dominio de sí mismo. DE DIEGO, *Instituciones...*, p. 240.

GETE-ALONSO Y CALERA en"Capacidad de obrar…", pp. 45-45, concibe la incapacidad natural como la ausencia o deficiencia en el discernimiento, de las condiciones de inteligencia, lucidez y raciocinio para la puesta en marcha de un acto jurídico y para la asunción de sus consecuencias

[240] La doctrina se refiere tradicionalmente a la necesaria concurrencia de entendimiento y voluntad. Por todos, ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I…,* 1989, p.231.

[241] TORRALBA SORIANO, V., "La llamada incapacidad natural" en Libro-Homenaje al profesor Luis Martín-Ballestero. Zaragoza: Institución Fernando el Católico (CSIC), 1983, p. 569; ÁLVAREZ LATA, N., "La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico-privada" en SEOANE, J.A., (Coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso menta*l. A Coruña: Fundación Paideia, 1999, pp. 199-255 [220].

GÓMEZ GARZÁS define la capacidad natural como la aptitud de entender y querer lo que se está haciendo con pleno conocimiento de sus consecuencias. GÓMEZ GARZÁS, J. "Aspectos legales en relación con las demencias asociadas a la edad" en PERAITA ADRADOS, H., (Coord.) *Envejecimiento y enfermedad de Alzheimer*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 193-213 [198].

La capacidad natural exige una capacidad intelectual específica[242], que equivale, en términos generales, a la razón natural[243], al sentido común, a la suficiencia de conocimiento o a la suficiencia de juicio (*suficiente, cabal o sano juicio*)[244] y en términos más precisos, a la aptitud mental suficiente para formarse y exteriorizar una voluntad[245], a la facultad de razonar o de discernir[246], lo que implica comprender y asumir la naturaleza del acto y su alcance[247], es decir, sus consecuencias[248] jurídicas[249] y, por tanto, personales[250].

En la práctica, los criterios utilizados para verificar la capacidad natural del sujeto en la realización de un acto concreto son diversos. Se recurre al estado de consciencia sobre las circunstancias que conforman la situación, es decir, "estar situado/a", -criterio

[242] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 176.

[243] STS, Sala 1ª, 1104/2004, de 19 de noviembre. (FJ 3). RJ 2004\6910. Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón.

[244] GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", pp. 46 y 55.

Está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se halle en su cabal juicio (art. 663.2º del CC).

[245] PARRA LUCÁN, M.A., "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp.423-461, [188].

En este sentido la STS 1104/2004, de 19 de noviembre, define la capacidad natural como la situación física o psíquica en la que se encuentra el sujeto que "elimina su entendimiento y voluntad" y le impide "entender y querer el acto que realiza". (FJ 3). RJ 2004\6910. Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón.

[246] SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos…*, p. 46. RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y GARCÍA ALGUACIL, M. J., *La representación Legal de Menores e Incapaces. Contenido y límites de la actividad de representación*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 195; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2005, p. 62; GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 46.

Discernir en su primera acepción es "distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas" RAE, *Op. Cit*. La OMS la define como la presencia de facultades mentales para tomar decisiones o adoptar cursos de acción. OMS. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación,* 2006. Disponible en http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf última recuperación 29 de septiembre de 2015, p.45.

[247] DE BUEN LOZANO, D., *Derecho civil español común*. Madrid, 1922, p. 420. GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 47.,

[248] SANTOS URBANEJA, F., "Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores. ¿Qué debemos proteger? ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismos?", *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre la tutela, asistencia y protección a mayores. Córdoba 17 y 18 de noviembre de 2000*. Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, pp. 71-85 [78].

Así, la STS de 11 de diciembre de 1962 entiende por "cabal juicio" el juicio "normal" y exige para considerar que la persona se halla en él a los efectos de otorgar testamento, "(…) que el acto de testar reúna los requisitos propios del acto verdaderamente humano, caracterizado porque se realice con inteligencia o conocimiento de significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue" (Considerando 2º). Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1962, núm. 5063, pp. 3443-3444.

[249] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 222; ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p.220.

[250] Para GARCÍA PONS la capacidad natural es "la posibilidad o facultad de entender y querer el significado o el alcance del acto concreto, lo que éste representa para él y el carácter beneficioso del mismo que le puede resultar favorable". GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Editorial Universitaria. Centro de Estudios Ramón Areces, 2008, p. 122.

habitual entre los notarios-[251]; al cumplimiento de "las condiciones necesarias de conciencia, libertad, voluntad, discernimiento y seriedad", -criterio de imputación del acto a su autor a efectos de responsabilidad civil[252]-; a la capacidad de ser "un razonador práctico independiente" y responsable ante la sociedad de las consecuencias de los actos elegidos[253]. Minoritariamente, se tiene en consideración también la afectación de la voluntad, que impide a la persona realizar la acción que es capaz de planificar cognitivamente[254].

El estándar o grado de capacidad natural exigible para cada acto variará en función de la trascendencia, del peligro o de la repercusión que tenga éste para la vida de la persona que lo realiza[255]. Ello dependerá a su vez de la naturaleza del propio acto, de su complejidad[256] y de las consecuencias que se derivan del mismo. Así, se exigirá una mayor capacidad natural para enajenar una propiedad que para una compra de escaso

[251] GARCÍA CANO, T., *Función calificadora de la capacidad en documentos notariales. Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, p. 91.

[252] GARCÍA CANO*, op. cit.,* p. 88. También, DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por las personas en las que concurre causa de incapacitación.* Valencia: Tirant lo Blanch*,* 2003, p. 96.

[253] SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., "Las personas con discapacidad intelectual ante la Administración de Justicia y el proceso judicial", *Discapacidad intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003,* p. 97 y el mismo autor, en "La persona, el retraso mental y el Derecho" en SEOANE, J.A., (Coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso menta*l. A Coruña: Fundación Paideia, 1999, pp.35-90 [69].

En relación con los actos de contenido personal, se recurre habitualmente a los criterios establecidos por APPELBAUM y GRISSO para la toma de decisiones de carácter sanitario, descritos en el capítulo anterior. DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 58.

[254] SANTOS URBANEJA destaca las "enfermedades de la voluntad" que preservan completamente las facultades intelectuales pero cuyos efectos sobre el desvalimiento de la persona son parejos: depresiones crónicas, fase depresiva del trastorno bipolar, etc. en *"Dos cuestiones..."*, p. 77.

SANCHO GARGALLO, en relación con los trastornos que limitan el control de los impulsos, así la ludopatía, etc. SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 35.

[255] Ya lo manifiesta en su momento DE DIEGO al distinguir la capacidad exigible para los actos de administración y de disposición. *Instituciones...*, p. 165.

Hoy lo admite la doctrina mayoritaria. Así, GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", pp. 47, 55 y "Persona, personalidad…", p. 112; DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 59; GARCÍA CANO, *op. cit.*, p. 85; DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 96; GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 224; GARCÍA LLERENA*, op. cit.*, p. 152; SIMÓN, RODRÍGUEZ, MARTÍNEZ, LÓPEZ *ET. AL., op. cit.*, pp. 419-426; DELGADO BUENO, "Evaluación de...", p.103; SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos…*, p. 47; SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 78. Asimismo, BOADA ROVIRA, M. Y ROBLES BAYÓN, A., *Documento de Sitges 2009*, p. 30 y CALCEDO ORDÓÑEZ, A., "La pericial médica en el procedimiento de incapacitación" en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 227-264 [234].

En el ámbito internacional, DRANE, JAMES F., "Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments" *Journal of the American Medical Association, august 17, 1984, Volume 252, n.7*, pp. 925-927.

[256] Así señala la STS 848/1998, de 19 de septiembre, que la capacidad natural necesaria para testar en caso enjuiciado no es una "capacidad media", sino que ha de ser "más que suficiente y equilibrada". (FJ 3). Ponente. Excmo. Sr. Alfonso Villagómez Rodil. RJ 1998/6399.

valor. La determinación de la trascendencia del acto en la vida del sujeto se realiza en términos de riesgos-beneficios previsiblemente derivados de aquél[257]. En este balance se tienen en cuenta las condiciones particulares de cada situación[258]. Aunque el estándar de capacidad natural exigible para un acto sea el mismo para todas las personas, el resultado de la valoración de la capacidad real de una persona en relación con el estándar exigible, -es decir, el cumplimiento del estándar de entender y querer el acto por una persona en concreto-, variará en función de sus circunstancias socio-personales[259]. La capacidad natural exigible será la misma pero la capacidad real puede ser distinta. Así, podrá mantenerse la incapacidad natural de una persona mayor con síntomas de deterioro cognitivo leve que por primera vez va a invertir una cantidad de dinero en bolsa, y considerar, sin embargo, capaz natural a otra persona de la misma edad y con los mismos síntomas, que vaya a invertir idéntica cantidad, siendo ésta una actividad habitual en su vida. Aunque el grado de capacidad natural exigible para el acto de inversión de dinero en bolsa sea el mismo, la capacidad real para cumplir el estándar varía de una persona a otra, porque la determinación de esa capacidad cognitiva en un sujeto es distinta en función de sus circunstancias.

En cualquier caso, hay que advertir que el cumplimiento del estándar de capacidad natural no es graduable. Es decir, de la valoración de la capacidad se concluye que se tiene o no se tiene capacidad para realizar el acto, sin que quepa afirmar que se tiene capacidad para ello en mayor o menor medida. Esta afirmación puede ponerse en cuestión en el actual modelo de apoyos de la concepción social de la discapacidad. Siendo cierta para los actos realizados cuya nulidad se pretenda afirmar por falta de consentimiento, no lo es para la determinación de la capacidad de obrar en relación con los actos particulares o categorías de actos determinados en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar. La capacidad natural del sujeto para la realización de tales actos, será graduable a efectos de determinar el apoyo de terceros necesario para su realización.

[257] DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 59; GARCÍA CANO, *op. cit.*, p. 85. GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 55 y "Persona, personalidad...", p. 112.

[258] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", p. 112. También VARELA AUTRÁN afirma que las modulaciones a la capacidad natural habrán de ser valoradas expresamente en cada caso en función de las circunstancias que concurren en él. VARELA AUTRÁN, B., "La protección jurídica de las personas con discapacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras", en La *defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, julio/agosto de 2007*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 80.

[259] GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 47.

3.2. **BREVE REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE OBRAR**

Decíamos al principio que la capacidad de toma de decisiones es un elemento tenido en cuenta por el Derecho para determinar tanto la capacidad natural, como la capacidad de actuación jurídicamente eficaz en general[260].

A este concepto hace referencia la figura jurídica de la capacidad de obrar[261], que al igual que la capacidad natural, sirve tanto para denominar a la aptitud necesaria exigida por el ordenamiento jurídico, como a la efectiva capacidad reconocida a un sujeto. Al igual también que la capacidad natural, la capacidad de obrar es una construcción jurídica que persigue la libre actuación del sujeto capaz y, eventualmente, la protección del sujeto incapaz, pero la capacidad de obrar, sirve además a una finalidad que está ausente en la capacidad natural, cual es la seguridad jurídica necesaria para el funcionamiento social[262]. En este sentido, la capacidad de obrar supone una abstracción u objetivación de la capacidad natural, que configurada sobre el concepto de estado civil, permite aplicar un mismo régimen jurídico[263] a quienes carecen de ella o la tienen limitada y evita tener que comprobar caso por caso la aptitud psicológica del sujeto para cada acto concreto[264].

Dado que la mayoría de las personas tiene capacidad para realizar los actos de la vidacivil[265], que la prohibición de actuación es una medida grave[266] y que la seguridad

[260] LACRUZ define la "capacidad de obrar real" como la suma de la capacidad de obrar abstracta y la disposición síquica concreta, (Epígrafe redactado por DELGADO ECHEVARRÍA, J.) en la Segunda Edición del manual de LACRUZ, BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. 2, Personas.* Barcelona: Bosch, 1990, p. 13. Por ello, afirma DE CASTRO que "hay que distinguir la voluntad, como requisito propio del acto, de la capacidad de obrar, presupuesto general de eficacia". *Derecho Civil...*, p. 51. En este sentido, la capacidad natural y la incapacitación no constituyen conceptos opuestos, sino simplemente diferentes. ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p. 220.

[261] Por todos, ROCA TRÍAS, para quien la capacidad de obrar es la posibilidad reconocida a la persona a partir de la mayoría de edad de actuar con efectos jurídicos. ROCA TRÍAS, E., "Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Bermejo. Vol 2. (Coordinación a cargo del Área de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza)*. Barcelona: Bosch, 1993, pp.1895-1912 [1906].

[262] SILLERO CROVETTO B. "Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el sistema jurídico español" en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor José González García (Coord. Domingo Jiménez Liébana)*. Jaén: Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, pp. 139-162 [147].

[263] ACEDO PENCO, A., *Derecho privado general y Derecho de la persona*. Madrid: Dykinson, 2010, p.64.

[264] Por todos, ROGEL VIDE, *Derecho de la Persona...*, p.13.

[265] MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentario al Código Civil Español. Tomo II. 5ª edición*, Madrid: Reus, 1925, p. 770; GARCÍA CANTERO, G., "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Dykinson, 2013, pp.41-56 [48].

[266] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 41; DE COUTO GÁLVEZ, R.; MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDARIZ LEÓN, C., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protege. El internamiento involuntario y su incidencia penal*. Madrid: Colex, 2007, p.36.

del tráfico jurídico reclama una fórmula ágil para actuar[267], el Derecho ha optado por presumir la capacidad de obrar a partir de circunstancias objetivas fácilmente constatables, que se concretan actualmente en la mayoría de edad y en la ausencia de incapacitación judicial[268] (arts. 322, 323 y 199 del CC[269]). De ahí que el incapaz natural no incapacitado judicialmente pueda actuar jurídicamente con una voluntad viciada[270].

En atención a una dignidad humana construida sobre la racionalidad esencial del ser humano[271], la presunción de capacidad de obrar del mayor de edad tiene un alcance prácticamente absoluto, -no queremos decir con ello indestructible-, hasta el punto de que se considera que el sujeto con capacidad de obrar tiene la posibilidad de regir la propia persona y los bienes en la esfera del Derecho con autonomía y libertad[272], y de realizar, en consecuencia, la mayor parte de los actos de la vida civil (art. 322 del CC). En este desempeño únicamente estará limitado por los derechos de los demás, que el ordenamiento jurídico concreta en las exigencias de la buena fe y del ejercicio social de

[267] MAYOR FERNÁNDEZ, D., "La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006", *Boletín del Ministerio de Justicia. Año LXV. Núm. 2133. Julio de 2011, Ministerio de Justicia*, pp. 1-37 [8].

[268] ROGEL VIDE, *Derecho de la Persona...*, p.13.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, pp.187-220 [203]; el mismo autor en "La persona y el Derecho de la persona" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp. 319-330 [124]. También en "El tratamiento jurídico...", p. 27; TORRES GARCÍA, T.F. Y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "La incapacitación", en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 54-121, [57]; TENA PIAZUELO, PIAZUELO, I., "La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica en la jurisprudencia", *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, pp.127-184, [133]. También SILLERO CROVETTO, B., "Tratamiento jurídico de la incapacitación de personas de edad avanzada", *en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp.974-1008 [979]; GARCÍA RUBIO, M.p. "La persona en el Derecho Civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas". *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, nº 14, diciembre de 2013,* pp. 82-108 [94].

[269] Artículo 322:

El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Artículo 323:

La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

Art. 199:

Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.

[270] ZURITA MARTÍN, *Protección civil*…, p.55.

[271] La personalidad civil es emanación de la naturaleza racional, dice DE DIEGO, *Instituciones...*, p. 172. También CASTÁN TOBEÑAS sustenta la personalidad jurídica en la esencia racional del ser humano (independientemente de sus circunstancias particulares) y de su voluntad también esencialmente autónoma o de autoconciencia, *Derecho civil español*…, p. 114

[272] O´CALLAGHAN MUÑOZ, X., "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho"en en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 289-364 [290].

los derechos (art. 7 del CC), o en relación con las obligaciones, del cumplimiento de la ley, la moral y el orden público (art. 1255 del CC). La capacidad de obrar exigida para la actuación jurídica en general sin embargo, no exime de la necesidad de capacidad natural para la realización del acto concreto, que como se ha dicho, también se presume, pero que puede desvirtuarse si se demuestra que no existió al tiempo de la realización del acto, lo que dará lugar a la nulidad jurídica del mismo[273].

En el caso de las personas mayores de edad, la capacidad de obrar sólo resulta vedada a quienes han sido declarados incapaces por sentencia judicial recaída en procedimiento de modificación de la capacidad[274], sobre la base de un juicio general de falta de "capacidad de autogobierno" (200 del CC[275]), concepto que se analizará en el apartado siguiente. A partir de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar se adquiere el estado civil de incapacitado en los términos de la misma, -para nosotros el estado de incapacitado[276] se constituye por resolución judicial-, y su actuación se rige por las normas reguladoras de tal estado[277]. La consecuencia fundamental es que deja de funcionar la presunción de capacidad general. No resulta necesario demostrar en cada caso la ausencia de capacidad natural[278], porque el Código Civil protege al incapacitado con la acción de anulabilidad (arts. 1300 a 1304 del CC) con respecto al acto para el cual la capacidad ha sido modificada (art. 1263 del CC, en su nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio[279]). Con el carácter constitutivo de la incapacitación se protege al incapacitado, incluso respecto de quienes entran en

[273] Por todos, ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 193.

[274] Denominación dada por la Disposición Final 1ª de 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. BOE núm. 73, de 29 de marzo de 2009, pp. 29173-29142.

[275] Art. 200:
Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

[276] En este trabajo se mantiene la expresión tradicional "incapacitado" hasta el Capítulo VII, en el que se profundiza en la concepción actual de la capacidad.

[277] ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 194; ROGEL VIDE, *Derecho de la Persona...*, p. 18; TENA PIAZUELO, *op. cit.*, p. 134; GARCIMARTÍN MONTERO, R., "La sentencia de incapacitación: posibles contenidos" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad.* Zaragoza: El Justicia de Aragón. 2010, pp.221-246, p. 236.

El estado civil es puesto en cuestión actualmente porque no cabe afirmar que exista una situación de la persona que determine un núcleo de derechos y obligaciones específico y distinto de otro en otra situación. Por todos ROCA TRÍAS, "Metodología...", p.1910; GARCÍA CANTERO, admite su vigencia normativa y judicial por la seguridad que aporta al tráfico jurídico. "¿Persons with Disability…", p. 73.

[278] BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, p. 78; ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 195.

[279] Art. 1263.*No pueden prestar consentimiento:*
2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial.

relación con él creyendo que es capaz, y a los terceros que contratan con el representante legal del incapacitado, aun teniendo éste capacidad natural[280].

La incapacitación tiene eficacia de cosa juzgada formal y material[281] sobre la misma base fáctica[282] y carece de efectos retroactivos[283], lo que no impide que un acto particular anterior a la resolución pueda ser anulado si se prueba ausencia de voluntad[284] o que se pueda instar una nueva declaración de incapacidad si sobrevienen nuevas circunstancias (Así la STS de 28 de julio de 1998, FJ. 2)[285].

3.3. **EL CONCEPTO ACTUAL DE AUTOGOBIERNO**

El concepto de autogobierno, cuya falta sirve de referencia para la determinación de la incapacidad de obrar de un sujeto, es un concepto jurídico indeterminado cuyo significado ha ido evolucionando con el tiempo[286].

El autogobierno hace referencia al estado psíquico general de la persona, -en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE utiliza la expresión "capacidad natural de autogobierno"[287]- que le permite manejarse adecuadamente en sociedad[288]. Para

[280] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 292.
[281] TENA PIAZUELO, *op. cit.*, p. 134.
[282] BARBERO GARCÍA, O., "Incapacitación y tutela. Acciones Civiles" en Llamas Pombo, E. (Dir.), *Tomo I. Derecho de la persona. Derecho de sucesiones. Derecho de familia*. Madrid: La Ley, 2013, pp.163-261., p. 192. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentarios a los arts. 212 y 213 del Código Civil" en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos*,* 1986*,* PP.210-212 [211].
[283] BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, p. 78.
[284] Por todos, GULLÓN BALLESTEROS, *op. cit.,* p. 17.
[285] STS (Sala de lo civil), núm. 818/1998. EDJ 1998/12946. Ponente: Martinez-Corraleda Gómez, Luis.
[286] TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO afirman que una de las preocupaciones de la doctrina ha sido la de limitar su alcance y significado. *op. cit.,* p.83; VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 86; MARTÍNEZ DÍE, R., "Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección" en GONZÁLEZ POVEDA, P. y MARCOS PICÓN, J.M., (Dirs.) *Los discapacitados y su protección jurídica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP. 171-205, [193]. DÍEZ-PICAZO lo califica de concepto poco técnico pero "sumamente expresivo". En "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil…", p. 179.

PÉREZ ALGAR destaca su carácter social, evolutivo, relativo y esencial. PÉREZ ALGAR, F., "La incapacitación", en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I),* Madrid: Ediciones ICAI, 1984, pp.73-109 [85-89].
[287] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 16.

A menudo se utiliza la expresión capacidad de obrar o capacidad de obrar general, para denominar a la capacidad de autogobierno.

DE CASTRO, *Derecho Civil...*, pp. 41 y 50, caracteriza la capacidad de obrar frente a la capacidad jurídica, como una aptitud natural –que luego matiza como "cualidad jurídica" que es el estado civil-, como el origen de la eficacia jurídica de los actos y no como el resultado. Para nosotros la capacidad de obrar es el reconocimiento jurídico de la capacidad de una persona para actuar válidamente (el resultado) y el autogobierno, la capacidad psicológica que tiene esa persona (el origen de la capacidad de obrar).

referirnos a la persona que se encuentra en estado psicológico de incapacidad de autogobierno y cuya capacidad de obrar no ha sido limitada en un procedimiento de incapacitación, utilizaremos la expresión "incapaz no incapacitado".

La capacidad de autogobierno es una capacidad general[289], global[290] o estable[291] para el desenvolvimiento en la vida corriente[292]. Corresponde al juez valorar en conjunto esta funcionalidad del sujeto en sociedad. Por lo que respecta a su contenido, la evolución doctrinal del concepto va incorporando junto al elemento cognitivo, elementos funcionales y sociales. Las definiciones clásicas de autogobierno giran en torno a las relaciones jurídicas con terceros. Así se define como la capacidad de comprender los derechos o de guiarse o dirigirse en el ejercicio de los mismos[293], de manejarse en el mundo del Derecho[294], y de entender y querer los elementos jurídicos de los actos[295], de manera coherente con la concepción decimonónica en la que surge

SILLERO CROVETTO destaca también la relación existente entre capacidad de obrar y capacidad natural, subyacente en la ficción jurídica de la presunción de capacidad. "Tratamiento jurídico...", p.978.

[288] DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", p. 84. Retomando la SAP de Cantabria de 11 de enero de 1994. Fundamento primero. También RAMOS CHAPARRO se refiere a esta capacidad como la de regir sus asuntos en sociedad. *La persona...*, p. 49.

[289] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, pp. 190-210; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.,* p. 84; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 38

Señala en este sentido la AP de Bizkaia en su sentencia de 14 de marzo de 2008, que "la doctrina considera que gobernarse a sí mismo significa referirse al comportamiento normal que tiene una persona en términos generales, no en determinados aspectos concretos, o por ser más precisos, el impedimento a gobernarse por sí mismo supone una discordancia del sujeto con el molde social de comportamiento, que no supone que el sujeto no pueda gobernarse por sí mismo en un sentido abstracto, sino que no puede gobernarse, no puede actuar de acuerdo con los principios del funcionamiento social del marco en que se encuentra"(FJ. 2). Sentencia de 14 de marzo de 2008, 220/2008 Roj: SAP BI 530/2008

[290] DELGADO BUENO, "Evaluación de...", p. 100.

[291] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 48

MORENO QUESADA distingue la capacidad exigible para un acto concreto de la capacidad de obrar por su permanencia. MORENO QUESADA, B., "La incapacidad y la incapacitación" en *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona (Coord. F.J. Sánchez Calero, 3ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, PP.111-122, [114].

[292] ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 112; GÓMEZ GARZÁS, "Aspectos legales…", p. 202.

Una visión más cognitiva del concepto, la aporta CENTENO ESCUDERO. *op. cit.*, pp. 86-91.El autor establece como elementos de la valoración relacionados con la voluntad en la incapacitación: el conocimiento de la persona sobre los derechos y deberes y las normas de la vida social, un juicio suficiente para aplicar esos conocimientos al caso concreto y la firmeza de voluntad precisa para inspirar una libre decisión. Así, la misión pericial para el autor es averiguar el grado de discernimiento, la capacidad de conocer el valor de las cosas y de los actos y las posibilidades de inhibir o no las voliciones.

[293] MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, pp.188 y 192. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS. Se trata de ser capaz de dirigir su persona y conducirse razonablemente en sus relaciones de familia o con terceros y estar mentalmente habilitado para administrar y disponer de los propios bienes. *Derecho civil español…*, p. 329.

[294] DE DIEGO, *Instituciones...*, p. 175. El autor se refiere a la capacidad de atender por sí al mundo de relaciones jurídicas. El mismo autor en *Curso elemental…*, p.381.

[295] Para DE BUEN la capacidad en el terreno teórico es aquella condición de las personas, por virtud de la cual éstas se dan cuenta de los actos que realizan y del alcance los mismos DE BUEN, Op. Cit., p. 420.

Más recientemente DÍEZ-PICAZO y GULLÓN conciben el autogobierno como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, formada ésta por relaciones jurídicas, que son el cauce de realización de

la figura de la capacidad de obrar. En la doctrina moderna, en consonancia con el giro personalista de las instituciones de protección del incapaz posteriores a la reforma de 1983, se va incorporando el contenido personal a los actos sobre los que recae la facultad de autogobierno, de manera expresa[296], o incluido la capacidad de toma de decisiones relativa a los actos de la vida en general[297]. Desde la década de los noventa, se aprecia también una línea que recurre a la incapacitación como protección ante la

intereses. DIÉZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.10ª edición.* Madrid: Tecnos, 2001, p. 369.

Entre otros autores contemporáneos que siguen esta línea, cabe citar a CHIMENO CANO, mantiene una definición de contenido estrictamente jurídico, de la que excluye todo componente social o circunstancial. Para la autora el autogobierno es "la capacidad que tiene la persona para velar por sí misma, por sus intereses y para ejercer con responsabilidad sus derechos y deberes sociales". CHIMENO CANO, M., *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. *2ª edición*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 44. También, GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 47 y MUÑIZ ESPADA, que concibe el autogobierno como la capacidad de gestionar los propios asuntos, de actuar y defenderse. MUÑIZ ESPADA, E., "Descripción de las causas que originan la formación de la tutela", *Actualidad Civil, nº 11/14, 20 de marzo de 1994*, PP.201-217 [210].

[296] Para MARTÍNEZ-CALCERRADA gobernarse a sí mismo es conducirse en la vida de relación con la normalidad propia de las demás personas, cuidarse de sí o de sus bienes como lo hacen los demás. MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., "La responsabilidad jurídica del subnormal. Especial estudio de su modalidad civil" en DÍEZ-PICAZO, L. (Dir.), *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español.* Madrid: Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, PP.111-139, [119].

LACRUZ define al incapaz como aquel que "no se halla en condiciones de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir las restantes incumbencias de una mínima vida de relación". LACRUZ, *Elementos de Derecho*..., 1990… (Epígrafe redactado por Jesús Delgado Echeverría), p.130.

MORENO QUESADA, "La incapacidad...", p. 117, afirma que tiene capacidad de autogobierno "la persona que conoce la situación real ante la que se encuentra en cada momento, y actúa de manera adecuada con dicha situación; que está en condiciones de adoptar decisiones y realizar actos relativos tanto a la esfera personal como a la patrimonial y de hacerlo acertadamente"..

CENTENO ESCUDERO asocia el autogobierno al conocimiento y a la toma de decisiones que afectan a la persona, así como a la expresión de la voluntad en términos generales. CENTENO ESCUDERO, *op. cit.*, p. 89.

VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 84, se refiere al gobierno propio o de los bienes.

Para SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 35, el autogobierno es la "aptitud necesaria para obrar como uno mismo, o dicho de otro modo, de actuar libremente"..

[297] GETE ALONSO se refiere a la capacidad general de discernimiento. GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. *Segunda edición*. Madrid: Civitas, 1992, p. 187.

ROCA TRÍAS concibe la capacidad de obrar como "la posibilidad material de actuar cuidando de los propios intereses, con el nivel de diligencia socialmente tolerable, que se supone que se tiene con la mayoría de edad". ROCA TRÍAS, E., "Comentarios a los artículos 215 a 217" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* Madrid: Tecnos, 1986, PP.218-234, [221].

RIVERO HERNÁNDEZ identifica capacidad de la persona de gobernarse por sí misma como la de "regir su vida e intereses por sí misma; adoptar decisiones y realizar actos jurídicos de cuanto le conciernen a ella". En RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La capacidad de obrar y la incapacitación judicial", en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense.* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1994, PP.230-245 [23]

SANTOS MORÓN se refiere a la gestión adecuada de los propios intereses SANTOS MORÓN, M.J., "La situación de los discapacitados psíquicos" en *Los derechos de las personas con discapacidad (Coord. Ignacio Campoy Cervera).* Madrid: Dykinson, 2005, pp. 167-186 [168].

vulnerabilidad a la influencia indebida de terceros, relacionada sobre todo con los supuestos de personas mayores en estados iniciales de demencia[298].

La capacidad de autogobierno evoluciona actualmente hacia definiciones que incluyen el ámbito del autocuidado y de la satisfacción de las necesidades vitales[299], lo que supone a nuestro juicio, la incorporación de la segunda dimensión de la vulnerabilidad: la personal o de respuesta a las demandas del entorno. Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE define el autogobierno como "la capacidad natural de atender a las propias necesidades personales y patrimoniales y de gobernar los propios asuntos"[300] o a la capacidad para atender por uno mismo al cuidado de su persona y bienes[301]. Estos elementos son una constante en las definiciones más recientes: capacidad de realización de las actividades de la vida diaria[302], de desenvolvimiento[303], de comportamiento autónomo en la vida cotidiana[304], de satisfacción de las necesidades[305], de actuación de acuerdo con los principios de funcionamiento social[306],

[298] Así, la descripción de la situación de restricción de autogobierno descrita por la SAP Barcelona de 24 de abril de 1991 se refiere a la situación de una persona con trastornos neurológicos, afectación del juicio crítico (facultad cognoscitiva), la afectividad y la voluntad (facultad volitiva), "lo que hace que en su toma de decisiones sea fácilmente influenciable por otras personas (es decir, no puede gobernarse por sí misma… etc.)". Recogida por NADAL I OLLER, N., *La incapacitación. Comentarios al Título IX del Libro I del Código Civil, según redactado de la Ley 13/83, de 24 de octubre y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*. Barcelona: Bosch, 1999, p. 43. Se refieren a esta vulnerabilidad, ASO, MARTÍNEZ y ARREGUI, *Op. Cit*., p. 98-99. Asimismo, RUIZ JIMÉNEZ subraya la vulnerabilidad ante terceros derivada de la incapacidad de autogobierno. RUIZ JIMÉNEZ, J., "El procedimiento de incapacitación: consecuencias jurídicas de la pérdida de capacidad en las personas mayores", LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores.* Madrid: Tecnos, 2007, PP.179-196, p. 181. También ZURITA MARTÍN, *Protección civil…,* p. 56. La autora define la capacidad de autogobierno como la actuación libre y consciente, p.60. En sentido similar, BERCOVITZ Y VALLADARES justifican la incapacitación en la protección que merecen quienes están afectados por alguna enfermedad que impide la libre formación o expresión de su voluntad. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E., *Manual de introducción al Derecho*. *5ª edición*. Madrid: Bercal, 2000, p. 71.

[299] DE CASTRO, que sitúa a la persona como centro del protección del Derecho civil a lo largo de su obra, afirma que la incapacidad de autogobierno incluye la de cuidar su propia persona, de los propios intereses morales y patrimoniales. DE CASTRO, *Compendio...*, p. 245.

[300] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 27.

[301] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La persona…" p. 124.

[302] Así, FÁBREGA RUIZ, C.F., "Protección de incapaces: actuaciones previas del fiscal. Medidas cautelares y de protección" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad.Jornadas Fundación Aequitas*, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, pp. 48-64, pp. 48-51. También, GÓMEZ GARZÁS, "Las enfermedades que cursan con deterioro cognitivo y sus efectos e incidencia en la esfera patrimonial de la persona", en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Madrid, 27-29 de junio de 2005.* Madrid: IDADFE; UNED y el Derecho Editores, 2006, pp.199-207 [206].

[303] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental...", p. 62.

[304] DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 31.

[305] SANTOS URBANEJA, F., "Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código Civil" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas*, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, pp.25-40, [28]. El mismo autor en *"Dos cuestiones..."*, p. 73.

de superación de los problemas diarios[307], de gobierno de la propia vida[308], o capacidad de cuidado de los bienes y autocuidado personal[309]. Esta evolución se aprecia también en la jurisprudencia[310].

---

[306] DOLADO PÉREZ, A., "Criterios generales de valoración de la discapacidad en la incapacitación judicial" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, PP. 61-81 [69].

[307] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 228.

[308] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, considera que la autonomía es la "facultad humana de gobernar las propias acciones, la propia vida", de suerte que la fuente de los actos de una persona es su propia voluntad. Afirma que gobernar las propias acciones supone tener capacidad para elegir por uno mismo las reglas de su conducta, la orientación de sus actos y los riesgos que se está dispuesto/a asumir. *Conceptualización…*, pp. 61 y 62. ARNAU RIPOLLÉS denomina esta autonomía como "autonomía moral". Así, ARNAU RIPOLLÉS, M.S., "La vida independiente como fin de las políticas públicas de discapacidad en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor; Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 469-495 [473]. De la obra de ROMEO CASABONA se deriva también que el autogobierno es la capacidad de autodecisión, de dirigir y tomar decisiones sobre los aspectos más variados de la vida personal. ROMEO CASABONA, C. M., "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español", *Actualidad y Derecho. Número 43. Semana 21 al 27 de octubre de 1991, Madrid, Actualidad Editorial (Antes Editora General de Derecho),* 1991, PP.703-740 [703]. En sentido similar afirma RAMS ALBESA que la capacidad de autogobierno es la capacidad de gobernarse a uno mismo en sentido jurídico pero también en sentido vulgar RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 277.

[309]GULLÓN, *op. cit.,* p. 14; También SANTOS MORÓN, "La situación...", p. 168.
ALBADALEJO caracteriza las instituciones de guarda como figuras que se proponen ocuparse de la persona y bienes, o sólo de una de las dos, de quienes "necesitan ser atendidos y representados". ALBADALEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil. IV, Derecho de familia*. *11ª edición*. Madrid: EDISOFER, 2008, p. 297. RIVERO HERNÁNDEZ afirma que el autogobierno se refiere tanto a la esfera personal (cuidado de sí mismo, riesgos posibles, móviles autodestructivos…) y ejercicio de los derechos de la personalidad, como a la patrimonial. RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 237.

Para LACRUZ en la capacidad de gobernarse por sí mismo, "será decisiva la capacidad habitual de la persona para cuidad (sic) de sí y convivir, junto con la de entender lo preciso a la defensa de sus intereses". LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen II. Personas. 6ª edición. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría.* Madrid: Dykinson, 2010, p. 153.

[310] La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994 se refiere a la incapacidad en relación con el "conocimiento de la realidad" (FJ1) Sentencia nº 967/1994. Sala de lo Civil. RJ 1994/8004. Pte: Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1996, alude a que la desnutrición y atrofia senil general de la incapaz imposibilita en ella "un comportamiento normal". (FJ 1) Sentencia nº 119/1996. RJ 1996/1413. Pte: Villagómez Rodil, Alfonso. La Sala 1ª del TS en sentencia de 28 de julio de 1998 núm. 818/1998, Pte: Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis, define la incapacidad de autogobierno "en el sentido de no poder actuar por sí mismo en el mundo jurídico".

La esfera personal comienza a ser considerada en la década de 2000. La Sentencia de 16 de septiembre de 1999 se refiere ya a la "capacidad de decidir y gobernar sobre su persona" (FJ1). Sala de lo Civil. Sentencia nº 738/1999. RJ 1999/6938. Pte: O´CALLAGHAN, Xavier. Profundiza en el ámbito personal, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004. (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 781/2004. RJ 2004/5204. Pte: González Poveda, Pedro. Su Fundamento Jurídico 3 establece que:

> *El autogobierno se concibe como la idoneidad de la persona para administrar sus intereses, intereses que comprenden no sólo los materiales, sino también los morales y, por ende, la guarda de la propia persona, o, como dice un autor, «el gobierno de si mismo por si mismo significa la adopción de decisiones y la realización de actos concernientes a su propia esfera jurídica tanto en el plano estricto de la personalidad como en el plano económico o patrimonial».*

Pudiera pensarse que definido así el autogobierno, - quizás como efecto del incremento de las situaciones de dependencia debidas al envejecimiento de la población- se hace primar la protección de la persona en detrimento de su libertad. Esta hipótesis ha de ser rechazada[311]. La incapacidad física por sí misma no genera incapacitación sino dependencia. En el mismo sentido, la valoración de la capacidad de autogobierno del sujeto en relación con las necesidades de su entorno o de su propio cuidado[312] se realiza en la práctica forense desde una aproximación funcional[313], que sigue las teorías psicológicas actuales relativas a la toma de decisiones sobre los aspectos esenciales de la vida diaria[314] descritas en el apartado 2 de este capítulo y que tienen como eje la capacidad de control de la propia conducta.

Este enfoque lo introduce acertadamente en el ordenamiento jurídico español la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en la definición que en la primera parte del art. 2.1. hace de la noción de autonomía[315], concebida como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias (…). Sin embargo, la falta de autonomía

---

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, exige que la falta de capacidad, "comprendida esta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad" (Sala 1ª). Sentencia núm. 282/2009. Ponente: Roca Trías, Encarnación. Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2014, subraya el deterioro cognitivo moderado y el impedimento físico que impiden a la incapaz "cuidarse por sí misma". (FJ 2). Señala la sentencia que el autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Relaciona el autogobierno con el conocimiento suficiente y adecuado de la realidad, con la posibilidad de realizar juicios de conveniencia y con la formación de la voluntad y referido a algunas "actividades vitales" y no a otras (FJ 6). STS nº 341/2014. Sala 1ª. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio.

[311] La tutela al servicio de la incapacidad de toma libre de decisiones la pone de manifiesto ya MANRESA, cuando señala que el verbo gobernarse no ha de ser tomado en su acepción material, pues está colocado para significar la disminución o pérdida de la capacidad civil, de lo que deduce que la tutela sólo puede amparar a los ciegos, paralíticos y ancianos cuando además del menoscabo de sus fuerzas físicas o impedimentos puramente corporales, "a éstos acompañan los morales, hasta el punto de que la inteligencia se turbe". Se pregunta el autor: "Pero si se hallan en el pleno goce de sus facultades intelectuales, ¿qué razón habría para privarles de sus derechos civiles?". MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 188.

[312] El Documento de Sitges de 2009 distingue en la noción de autogobierno dos dimensiones: una externa, relativa a los actos jurídicos o no, que tienen que ver con terceros; y una interna, relativa a actos propios como el autocuidado, el control de los tratamientos médicos, de los propios recursos económicos, etc.. BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p.33.

[313] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 234; DE SALAS MURILLO, S. "La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: el Justicia de Aragón, 2010, PP.15-58, p. 29; COMES MUÑOZ, E. y ESCALONILLA MORALES, B.M., "Discapacidad y procedimiento de incapacitación". *Los derechos de las personas con discapacidad". Vol. I. Aspectos jurídicos.(Coord. José Luis Terreros).* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, PP.169-226 [183].

[314] MAREK & STOPPE, *op. cit.*, pp. 1-11.

[315] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 98.

así concebida no tiene como resultado en esta Ley a la falta de capacidad en sentido jurídico civil, sino la situación legal de dependencia[316].

Se centra la atención en la capacidad adaptativa[317] del sujeto al contexto en el que se encuentra. Para ello se valora su capacidad de elaborar estrategias de actuación eficientes a fin de resolver los problemas que se le presentan[318]. El centro de interés no se pone en la capacidad de realización de las actividades de la vida diaria por el propio sujeto, sino en la capacidad de iniciativa y control que tiene sobre las respuestas necesarias a las demandas que plantea el entorno, con los medios que la persona tiene a su alcance.

Para afirmar la capacidad de autogobierno los informes periciales valoran no la capacidad de decisión, en abstracto, sino la capacidad de resolución de los problemas[319] que se le presentan a la persona. Los requisitos establecidos para afirmar la capacidad de autogobierno son: la conciencia de la situación, la voluntad de afrontarla de una determinada manera y la disponibilidad de medios para poner en práctica la estrategia[320].

a) Conciencia: La capacidad de autogobierno requiere una actitud reflexiva sobre la situación en la que se vive (tener conciencia de la realidad, de sus límites, de la complejidad o sencillez de un problema, de las hipótesis de solución y de las consecuencias de cada una de las opciones[321]), pero también conciencia de las propias posibilidades de actuación, de la propia incapacidad y de los efectos de ambas[322]. En

[316] En sentido contrario, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *Conceptualización…*, p. 61, utiliza el término persona independiente para referirse a aquella que no está en situación de dependencia y el término autónoma para referirse a aquellas que tienen capacidad de decisión sobre su propia vida.

Este concepto de autonomía no estaba previsto en el proyecto de ley inicial. Al concepto de dependencia del proyecto de ley, se le añade en el Senado, junto a la necesidad de ayuda para la realización de las actividades de la vida diaria, la de *otros apoyos para su autonomía personal,* con la finalidad de hacerlo aplicable a las personas con discapacidad intelectual y enfermedad mental. En consecuencia y a fin de equilibrar la definición de autonomía se incorpora en este concepto la capacidad para desarrollar las actividades de la vida diaria. Enmienda nº 49, del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado. Serie II: Proyectos de Ley, nº 74 (d), 8 de noviembre de 2006. P 47. . La enmienda se aprueba en el Pleno del Congreso. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 219, 30 de noviembre de 2006, p.11138.

[317] La capacidad adaptativa se refiere a cómo afrontan los sujetos efectivamente las exigencias de la vida cotidiana y como cumplen las normas de autonomía personal esperables de alguien de su edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria. DELGADO BUENO, "Evaluación de...", p. 113.

[318] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", pp. 233 y 239.

[319] VILLANUEVA LUPIÓN, C., "Autogobierno personal y discapacidad: la modificación judicial de la capacidad de obrar en la toma de decisiones"en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitaicón y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP.429-443 [435].

[320] BOADA Y ROBLES, *op. cit.*, p. 21.

[321] *Ibid,* p. 43.

[322] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 28.; DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", p. 84; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 112; COMES y ESCALONILLA, *op. cit.,* p. 181.

este sentido, en el análisis de los mecanismos de toma de decisiones cobra un papel esencial la capacidad de introspección[323], que es la capacidad del individuo para acceder a su interior[324] y poder entender lo que siente, lo que piensa y cómo se comporta. Se trata de valorar las fortalezas y debilidades personales para abordar de una forma eficaz las amenazas y oportunidades derivadas de la situación concreta[325]. Así, en la capacidad de autogobierno se tiene en cuenta además de la capacidad intelectual, la capacidad de alcanzar el significado de los hechos propios[326].

b) Voluntad: La decisión tomada ha de surgir de la voluntad interna del propio sujeto. Cabe afirmar que se ha tomado una decisión cuando ésta tiende a convertirse en acto o conducta[327]. La decisión es tal si la persona tiene intención (no sólo pensamiento) de llevarla a la práctica[328] y además debe poder controlar el curso de su acción. GETE ALONSO lo expresa acertadamente, a nuestro juicio, en su definición de capacidad de obrar: "la aptitud para entender y decidir (querer) la conducta que se hace y su alcance"[329]. Igualmente, ÁLVAREZ LATA asocia la capacidad de obrar con "las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección"[330]. En consecuencia, tiene especial consideración la toma de decisiones la capacidad de iniciativa[331] y la capacidad de control sobre la decisión que se toma[332]. El comportamiento general del sujeto tiene que ser en este sentido autodirigido[333].

[323] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 233.
[324] Señala la Sentencia de la AP de Álava de 12 de noviembre de 2014, que "el auto-gobierno implica una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en la esfera patrimonial" (FJ 1). Sentencia 12 de noviembre de 2014, núm. 283/2014.
[325] BASSY IZA, N., "Determinación de la competencia. Juicio de capacidad" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad.* Jornadas Fundación Aequitas, *Madrid 8 y 9 de marzo de 2004.* Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.110-130 [124].
[326] VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", pp. 79 y 86. El mismo autor en VARELA AUTRÁN, B., "La Discapacidad en el Derecho español y en la Constitución Española", *Discapacidad intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004, PP.43-58, [46].
[327] FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *op. cit.,* p. 538.
[328] BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 22.
[329] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", p. 108.
[330] ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p. 243.
[331] GARCÍA PONS, *op. cit.,* pp. 63, 65 y 66.
[332] COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.,* p. 182
[333] PALACIOS RIZZO, A. Y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional.* Madrid: Ediciones Diversitas- AIES, 2006, p.124.

Desde el punto de vista psicológico, el comportamiento autodirigido o autorregulado constituye uno de los componentes esenciales de la autodeterminación de la persona. La autodeterminación consiste en "la actuación como agente causal primario de la propia vida y la realización de elecciones y decisiones relativas a la propia calidad de vida libre de influencias o interferencias externas indebidas". DOLL, B.; SANDS, D.J.; WEHMEYER M.L. & PALMER, S. *op. cit.,* p.65.

Para poder afirmar que un sujeto está autodeterminado, WEHMEYER establece cinco requisitos:
1. El sujeto actúa autónomamente, es decir, según sus intereses y libre de influencias externas.

Como se ha dicho, esta concepción del autogobierno, que pone la atención en la capacidad de iniciativa y control de las estrategias, permite diferenciar la falta de capacidad de autogobierno y la situación de dependencia. Con la modificación judicial de la capacidad de obrar se pretende proteger no a quienes no pueden realizar las actividades de la vida diaria por sí mismos (dependencia), sino a las personas que no pueden ser conscientes de los riesgos que se derivan de una determinada situación, en nuestro caso, de la permanencia en el propio hogar, o a las personas que aun siendo conscientes de su propia situación no tienen la motivación suficiente o la capacidad de puesta en marcha o de gestión de los medios necesarios para evitar esos riesgos (falta de autogobierno). Así, la diferencia entre la persona sin capacidad de autogobierno y la persona dependiente radica en que la primera carece de capacidad de entendimiento, iniciativa, control o medios para superar las demandas de la vida cotidiana[334]; mientras que la segunda, puede presentar tales deficiencias[335], o simplemente carecer de las capacidades físicas o psíquicas necesarias para realizar por sí misma los actos de la vida cotidiana[336]. Ello permite considerar a la persona sin patología mental y con grave

2. Sus comportamientos están autoregulados, lo que supone que la persona es capaz de examinar su repertorio de respuestas para hacer frente a las demandas de su entorno. El comportamiento autorregulado implica los siguientes elementos: realización de elecciones, toma de decisiones, resolución de problemas, fijación y consecución de objetivos, autoobservación, autoevaluación y autorefuerzo, *locus of control* interno, atribuciones positivas de eficacia y de expectativas realizadas, autoconciencia y autoconocimiento.

3. Actúa de manera empoderada. Ello significa que el sujeto tiene control interno sobre sus actos, tiene las habilidades necesarias para alcanzar los resultados deseados y si elige ponerlas en práctica, estas expectativas tendrán lugar.

4. El sujeto está autorrealizado, es decir, utiliza en su actuación el conocimiento que tiene sobre sí mismo, sobre sus fortalezas y limitaciones.

WEHMEYER, M. L., "Self-Determination as an Educational Outcome. Why Is It Important to Children, Youth, and Adults with Disabilities?"en *Self-Determination Across the Life Span. Independence and Choice for People with Disabilities (Sands, Deanna J. and Wehmeyer, Michael L. Eds)*. Baltimore: Paul H. Brookes, 1996, pp. 17-35, pp. 21-28. También WEHMEYER, M. L; KELCHER, K. & RICHARDS, S., "Essential Characteristics of Self-Determined Beharvior of Individuals with Mental Retardation", *American Journal of Mental Retardation, Vol. 100, nº 6, 1996*, PP.632-642.

[334] DELGADO BUENO y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 98; MARTÍNEZ DÍE, "Los discapaces...", p. 193; BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 40. Nótese que según la definición el incapaz de autogobierno es siempre dependiente.

PALACIOS Y ROMAÑACH , *op. cit.,* p.124, distinguen en este sentido entre autonomía moral o capacidad de autodeterminación y autonomía funcional.

[335] Así, establece el artículo 2.2 de la Ley 39/2006 que se entiende por dependencia:

*El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisa*n de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas *de la vida diaria o, "en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal".* (Las comillas son nuestras). Ello equivale a afirmar, según el propio concepto de autonomía de la Ley (art. 2.1), apoyos para *la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.*

[336] El concepto de dependencia gira en torno a la necesidad de concurso de tercera persona DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p. 26. También DÍAZ PARDO, G., "La incapacitación como procedimiento

deficiencia física capaz de autogobierno aun siendo dependiente y a la persona con demencia avanzada incapaz de autogobierno y dependiente a un mismo tiempo[337].

c) Disponibilidad de medios: el concepto de autogobierno incluye la disponibilidad del sujeto de los medios necesarios para llevar a cabo la decisión tomada, la estrategia planteada. Ello implica que la realización material de las tareas puede realizarse por el propio sujeto o por medio de terceros, en calidad de asistentes[338].

Como resultado de la evolución de la concepción de la capacidad hacia un enfoque social, que más tarde se describirá, la capacidad de autogobierno viene determinada por las circunstancias sociales de la persona que inciden en su bienestar cotidiano[339] y, en consecuencia, la capacidad de autogobierno variará no sólo en función del grado y de la naturaleza de la deficiencia o enfermedad, sino también en función de las circunstancias del contexto como generadoras de riesgo[340] o facilitadoras de la adaptación.

---

necesario en la defensa de nuestros mayores". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014*, pp. 8-22 [13].

[337] Sin embargo, la gestión de los intereses propios o la capacidad de resolución de problemas por propia iniciativa puede encontrar su límite en una discapacidad física. Así, la STS 14 de julio de 2004 niega capacidad de obrar porque no se puede comunicar por propia iniciativa.

Señala la Sentencia:

> *Atendidas las circunstancias fácticas expuestas ha de concluirse que el recurrente, debido a la enfermedad o deficiencia física que padece acreditada sin ningún asomo de duda en cuanto a su entidad y carácter permanente e irreversible, no se halla en situación de gobernarse por sí mismo. No obstante conservar intactas sus facultades intelectivas, tanto cognitivas como volitivas, su afasia le impide comunicarse de forma libre y espontánea con el medio exterior; el precario medio de comunicación que utiliza puede resultar suficiente para su relación con las personas de su entorno encargadas de su cuidado, pero no es bastante para una comunicación normal con el medio exterior que le habilite para regir su persona y bienes. Esa forma de comunicación no es espontánea, no se produce a su instancia sino de terceras personas, por lo que carece el recurrente de libertad para llevar a la práctica las decisiones que haya tomado anteriormente, tanto respecto de su persona como respecto de la administración de sus bienes.* Sala de lo Civil. Sección 1ª. Sentencia nº 781/2004. Pte: González Poveda. RJ 2004/5204.

Esta posibilidad ya la prevé GETE-ALONSO Y CALERA, cuando afirma que la facultad de autogobierno implica no sólo la capacidad de discernimiento, sino también la posibilidad de manifestarlo. GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 196.

[338] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", pp. 98-99; GARCÍA PONS, *op. cit.,* p. 44.

[339] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", pp. 256-257; DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 32, 33 y 39; GARCIMARTÍN MONTERO, R., "La designación judicial del guardador legal" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Madrid: Dykinson, 2013, pp. 97-116, p. 102; DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", p. 75.

[340] COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.,* p. 183. Señala RIVERO HERNÁNDEZ que aunque en términos generales parece que debiera bastar la comparación del sujeto a incapacitar con la aptitud media de autogobierno, el significado de la incapacitación para dos personas con modelos de vida distintos es

La capacidad de obrar se califica por tanto como individual, relativa[341] o circunstancial[342]. En su valoración se contemplan conjuntamente tanto las demandas del entorno: actividades que desarrolla, responsabilidades familiares, personales y económicas[343], como los apoyos disponibles: apoyos técnicos o personales, públicos o privados, tales como apoyo familiar, tratamientos médicos, entorno físico, la utilización de servicios o prestaciones técnicas[344]. Todas ellas consideradas en el momento presente, sin que la capacidad de obrar de la persona pueda determinarse en previsión del surgimiento futuro de la necesidad[345].

El autogobierno es un concepto general, que abarca diferentes aspectos de la vida. Es en este sentido, multidimensional[346]. DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA aportan

distinto. El autor lo ejemplifica con una persona oligofrénica no profunda sin recursos y otra que con idéntica enfermedad hereda una rica fortuna con múltiples negocios. Para el primero, nada resuelve la incapacitación, mientras que para el segundo es necesaria, porque no puede hacer frente a sus problemas. RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 238.

[341] TENA PIAZUELO, O*p. Cit.*, p. 130.

[342] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 26.

[343] DOLADO, *op. cit.*, p. 69; NADAL I OLLER, *op. cit.*, p. 43.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991 que asocia la incapacidad de autogobierno a sus actividades laborales, a las relaciones sociales y familiares, en especial al cuidado y atención de las dos hijas de la persona incapaz. (FJ 1º). Sentencia nº 995/1991. Sala de lo Civil. Sección 1ª. ROJ: STS 16390/1991. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2014, hace referencia a que el trastorno del incapacitado ha interferido ampliamente en su vida familiar, social y laboral. (FJ 2). Sentencia núm. 698/2014. Sala de lo Civil, Sección 1ª. RJ 2014\6032. También alude al deterioro en su vida profesional, laboral y socio-familiar la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013 (FJ.1). Sentencia núm. 421/2013. Sala 1ª. Pte: Seijas Quintana, José Antonio.

Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1999, que se pronuncia expresamente sobre la incapacidad en relación con "las actividades que superen las suyas habituales". (FJ 2, 4 y Fallo). Sentencia nº 683/1999. Sala de lo Civil. Pte: Gullón Ballesteros, Antonio. RJ 1999/7845.

[344] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 27.

Nótese la diferencia con el concepto de autogobierno, de carácter más individual y menos social, anterior a la concepción social de la discapacidad. Señala en este sentido DÍEZ-PICAZO que en la imposibilidad de autogobierno "dejada la persona a merced de sus propios impulsos y fuerzas, existe la posibilidad de que lleve a cabo una actividad socialmente valorada como inconveniente o perjudicial para ella misma". Cuando se produzca esta situación en grado estimable, la incapacitación será procedente. DÍEZ-PICAZO, "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil..." , p. 180.

[345] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 33. En contra SABATINO que afirma la importancia del diagnóstico a los efectos de establecer el pronóstico de la enfermedad, y en consecuencia el curso probable de la discapacidad, lo que a su vez será un indicador de las medidas de protección necesarias. SABATINO, C, p. "Competency: Refining…", p. 17.

[346] ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 112.

ESBEC RODRÍGUEZ analiza la influencia de las variables del contexto en las decisiones judiciales relativas al internamiento psiquiátrico involuntario. La relación de variables según su grado de influencia es la siguiente: fiabilidad de seguimiento de la medicación y del tratamiento ambulatorio; incapacidad de trabajar, junto con la ausencia de vivienda adecuada; la incapacidad para el autocuidado y el apoyo de la familia respecto al ingreso. ESBEC RODRÍGUEZ, E. "La prueba pericial en el proceso de incapacitación". *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas*, *Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.181-202, p. 182 [194].

una clasificación de las dimensiones de la capacidad de gobernarse por uno mismo[347], asumidas por el Tribunal Supremo[348]:

- La dimensión patrimonial: consiste en la autonomía e independencia en la actividad socioeconómica.
- La dimensión adaptativa e interpersonal: es la capacidad para afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que será de esperar para su edad y contexto sociocultural.
- La dimensión personal: supone mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado.

DÍEZ-PICAZO propone una clasificación en función de la naturaleza de los actos: actos de la esfera personal, de carácter patrimonial, de administración y de disposición[349]. CALCEDO ORDÓÑEZ clasifica la capacidad de autogobierno en función de las siguientes dimensiones: vida independiente, gestión económica, cuidado de la salud y uso del transporte[350]. El Documento de Sitges de 2009, establece dos grandes grupos de actos: decisiones personales y decisiones patrimoniales, cada una de las cuales se clasifica en decisiones de grado mayor y decisiones de grado menor, en función del estándar de capacidad que se exige para adoptarlas[351]. Otra clasificación, que consideramos acertada, establece las siguientes dimensiones: habilidades de vida independiente; habilidades económico-jurídico administrativas; habilidades sobre la salud; habilidades para el transporte y manejo de armas; habilidades en relación con el propio procedimiento de modificación de la capacidad de obrar; capacidad contractual[352].

La exigencia creciente de que la capacidad que permanece en el sujeto sea reconocida y promovida, hace necesaria una valoración real y afinada de la capacidad de autogobierno de cada persona, que sea al mismo tiempo razonable. Este tipo de

[347] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", p. 54. Las recogen también DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 31 y BERROCAL LANZAROT, A.I. "La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014,* 2014, PP.23-40 [24].

[348] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2004. (FJ 3) Sala de lo Civil. Sección 1ª. Sentencia núm. 781/2004. Pte: González Poveda. RJ 2004/5204.

[349] DÍEZ-PICAZO, "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil...", p. 196. A favor de la clasificación en actos genéricos se pronuncian también LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p.191 y GARCIMARTÍN, "La sentencia...", p. 226.

[350] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 234 y ss.

[351] BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* pp. 65-93.

[352] LÓPEZ EBRI, G. A. *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad. Formularios y dictámenes*. Valencia: Fundación Aequitas, 2009, pp. 12-16, y 22-23. La recoge también CAMPO IZQUIERDO, L. "Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014*, pp. 2-7 [6]. Sigue esta clasificación la Instrucción nº 3/2010 de la Fiscalía General del Estado sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

clasificaciones resulta de utilidad porque permiten graduar de manera sistemática en cada dimensión o categoría tanto la capacidad de autogobierno, como los apoyos necesarios para promoverla.

Sin embargo, esta aproximación dimensionada de la capacidad de autogobierno y su particularización en relación con el caso concreto, nos lleva a cuestionarnos el carácter global predicado tradicionalmente de la determinación de la capacidad de obrar y la propia función de la actuación judicial.

Tanto la doctrina[353] como la jurisprudencia han puesto empeño en enfatizar la diferencia entre la valoración de las habilidades funcionales del sujeto, determinadas por los informes médicos[354] y del contexto[355], y el juicio general sobre el autogobierno que realiza el juez conforme a las reglas de su sana crítica[356]. Si la finalidad del pronunciamiento judicial es ahora determinar las áreas de necesidad de protección de la persona y su alcance[357], a la luz de los hechos probados[358]y dado que la importancia de la valoración de la capacidad natural en la determinación del autogobierno es cada

[353] DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p.29; CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 260; DOLADO, *op. cit.*, p. 78; GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 51.

[354] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", pp. 60-61, recogen el Protocolo actual de la valoración de capacidad en el procedimiento de incapacitación en su obra. El Protocolo incluye los siguientes elementos:

- Fuentes de información (documentos médicos y/o psicológicos del paciente)
- Aproximación psicobiográfica
- Anamnesis (antecedentes patológicos personales y familiares)
- Evaluación del estado mental del sujeto
- Exploración psicopatológica
- Exploración clínica
- Pruebas complementarias médicas y psicológicas:
  . Mini examen cognoscitivo
  . Escala Global de deterioro de Reisberg
  . Evaluación de la capacidad adaptativa
  . Otras
- Consideraciones psiquiátrico forenses
- Conclusión

[355] DE SALAS MURILLO añade al protocolo anterior los informes de los trabajadores sociales. DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 92. En el mismo sentido DOLADO se refiere a los informes psicosociales. *op. cit.*, p. 78. También BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 21.

[356] MARTÍNEZ DÍE, "Los discapaces...", p. 193; COMES Y ESCALONILLA, 848, p. 183; CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 240; DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p. 29; DOLADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 69.

El examen de la persona con discapacidad en el procedimiento de incapacitación es descrita por el TS en el siguiente sentido: "El examen del presunto incapaz del art. 208 se traduce en una entrever que, debe ser dirigida por el Juez y que no precisa orientaciones periciales ni directrices psiquiátricas o cosas parecidas, que tiene, en suma por finalidad obtener el Juez una percepción sensorial inmediata de las circunstancias y de la situación real del presunto incapaz". STS sala 1º de 31 de diciembre de 1991 Califica el examen como de "prueba directa, legal, autónoma y obligada. DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", pp. 51-52.

[357] RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 276.

[358] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 260; DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p. 29.

vez mayor[359], nos cuestionamos la validez de la tradicional consideración de "juicio global" de la resolución, y si no será la función actual del juez la de mero "declarante" de las áreas de incapacidad identificadas por otros profesionales[360].

Opinamos que el concepto de autogobierno es un concepto jurídico[361] que ha de ser interpretado conforme a la realidad social del momento en el que ha de ser aplicado (art. 3 del CC). En la medida en que puede dar lugar a la incapacitación del sujeto y, siendo necesaria una enfermedad o deficiencia de carácter persistente, en virtud del art. 200, será exigible la comprobación médica de la misma. Una vez obtenido este dato, corresponde al juez valorar el funcionamiento de la persona a la luz de los fundamentos y juicios sociales[362], que determinan los patrones de la convivencia[363], sin que quede vinculado por las pruebas, que deberá apreciar globalmente[364] para pronunciarse sobre la incapacitación y sobre el mejor sistema de guarda.

Consideramos que la función judicial no ha dejado de tener relevancia en la determinación de la capacidad de actuar válidamente en derecho, en un doble sentido: el juez es el garante del cumplimiento de los requisitos que exige el legislador para modificar la capacidad de obrar de una persona y además encarna la autoridad pública a la que corresponde determinar respecto de una persona en concreto, si existe riesgo suficiente de que se le provoquen daños y procede, por tanto su incapacitación[365], teniendo como referencia las convicciones sociales existentes en ese momento. Sigue teniendo validez a nuestro parecer la atribución a la autoridad judicial de la función de determinar la situación social de la persona, su posibilidad de vivir independientemente y su necesidad de ser protegida[366].

---

[359] MARTÍNEZ AGUIRRE, "La persona…", p. 327. GÓMEZ GARZÁS hace referencia al Derecho basado en la evidencia, a modo del estadounidense, que prescinde de las presunciones jurídicas tradicionales y recurre a las pruebas médicas para tomar decisiones jurídicas basadas en datos científicos, que dotan de racionalidad al sistema. GÓMEZ GARZÁS, J., "El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimier y otros trastornos afines" en LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores* Madrid: Tecnos, 2007, pp. 216-233 [218]. El mismo autor, "Aspectos legales…", p. 196.

[360] Esta postura nos acerca, sin identificarnos con ellas, a posturas realistas como las de GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, RAMOS CHAPARRO, *La persona...* y recientemente, MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*.

[361] ASO ESCARIO, J.; MARTÍNEZ QUIÑONES, J.V.; ARREGUI CALVO, R. *Op. Cit*., p. 94.

Consideramos vigente el "criterio práctico social" mencionado por DE DIEGO, en el que el juez se inspira para determinar la incapacitación. *Instituciones...*, p. 175.

[362] PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"..., pp. 85-89.

[363] Afirma PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2429, que "la autosuficiencia es un mito y hay quienes precisan más que otros de la ayuda y cooperación de los demás. La dificultad está en fijar, aún con elasticidad, los márgenes. En delimitar capacidad de incapacidad y sobre todo, en movernos con garantía de acierto en ese momento o ámbito entre la capacidad plena y la evidente incapacidad. Son estos conceptos relativos y empíricos".

[364] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 89.

[365] SABATINO & BASINGER, *op. cit.,* p.124.

[366] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 303.

3.4. EL LÍMITE A LA CAPACIDAD DE OBRAR: LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

El ejercicio de los derechos tiene lugar a través de las elecciones que, por decisión propia, la persona va realizando a lo largo de su vida y que el Derecho protege reconociéndoles eficacia jurídica. Este reconocimiento se realiza en virtud de la consideración que merece el ser humano como único legitimado para decidir qué riesgos asume o a qué bienes renuncia, en relación a su vida y a su propio proyecto vital. Así, la autodeterminación o la autonomía personal, -empleamos aquí las expresiones como sinónimas de autogobierno-, consiste en la posibilidad que tienen los sujetos de adoptar decisiones libres y conscientes sobre su propia persona[367] o, dicho en términos más generales, en poder organizar su existencia del modo que consideren más oportuno[368].

La evolución del Derecho hacia un enfoque social promotor de la dignidad y de la autonomía de las personas con discapacidad, lleva al Derecho civil a prescindir paulatinamente de las generalizaciones propias de la capacidad de obrar tradicional, circunscribiéndolas al ámbito y en los límites que sea estrictamente necesario por razones de seguridad jurídica y/o de protección del incapaz[369]. Al mismo tiempo el Derecho otorga un mayor reconocimiento a la capacidad natural y en consecuencia, a la autonomía decisoria, como fuente de elección de las propias opciones, también para la persona cuya capacidad de obrar se modifica judicialmente[370], reduciéndose así el espectro de actos que hasta tiempos recientes quedaban fuera del campo de actuación del individuo incapaz[371].

Existen en consecuencia en el ordenamiento jurídico dos tipos de actos: unos, para los que se exige capacidad general de obrar y capacidad natural para consentirlos y, otros, para cuya validez y eficacia jurídica es suficiente, pero necesaria, la capacidad natural. En relación con éstos la capacidad natural adquiere entidad en sí misma[372], sin perjuicio de que se requieran garantías o requisitos añadidos para su verificación en aras de la protección de la persona[373]. Por lo que respecta al ámbito regido por la

[367] ALVENTOSA DEL RÍO, J. "El derecho a la autonomía de los pacientes" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General,* Madrid: Thomson Civitas, 2003,PP.172-205, p. 172.
[368] SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos…*, p. 41.
[369] ROCA TRÍAS, "Metodología...", p.1909, justifica la limitación de la capacidad de obrar no por razones de seguridad jurídica, sino como sistema de protección de quien tiene limitada la capacidad de autogobierno. ROCA TRÍAS,
[370] GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p.60.
[371] BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 23.
[372] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, pp.163 y 193-195.
[373] DE CASTRO *Derecho Civil...*, p. 55, utiliza la expresión "capacidad especial" para referirse a los requisitos peculiares de capacidad de una serie de actos para los que no se requiere la capacidad de obrar como presupuesto de eficacia, que es la norma general. Afirma que "la capacidad especial significa una autorización especial". Así, por ejemplo, el dictamen médico sobre la aptitud para prestar el

capacidad natural, lo constituye por un lado el de los actos patrimoniales que únicamente pueden reportar beneficios al titular del derecho[374] y, por otro, el de los actos personales[375], fundamentalmente el de aquellos que, por su especial naturaleza, se realizan en ejercicio de los derechos de la personalidad[376].

Los derechos de la personalidad[377], concebidos como "el poder que el ordenamiento jurídico concede a la persona para la autoprotección de sus intereses más

---

consentimiento de matrimonio a las personas afectadas por anomalías o deficiencias psíquicas (art. 56 del CC) o del dictamen de dos facultativos para el otorgamiento de testamento por persona incapacitada por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar (art. 665 del CC) o aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal para el reconocimiento de hijos otorgado por incapaces (art. 121 del CC). La falta del cumplimiento de esa capacidad especial determina la nulidad de tales actos, como imperfectos, al faltarles un requisito *sine qua non* para su validez.. MARTÍNEZ AGUIRRE, "La persona…", p. 329, considera también capacidad especial la facultad que se otorga a una persona que no tiene capacidad general de obrar, para la realización de un acto concreto.

DÍEZ-PICAZO, matiza la dualidad capacidad jurídica y, capacidad de obrar haciendo referencia a "múltiples capacidades" para referirse a la capacidad para contraer matrimonio, hacer testamento, recibir atribuciones por vía sucesoria, adoptar, etc. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Capacidad civil y capacidad penal". (en la obra *Los menores ante el Derecho. Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio Comparado de Isabel Ruiz Gallardón y Antonoio García de Pablos* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM, Madrid, 2005. Prólogo) en *Luis Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Teoría General. Derecho subjetivo. Derecho y Masificación Social. Teoría y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de la Familia . Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp, 993-996, [993].

Cuestión distinta es la prohibición legal. Consiste ésta en la prohibición de realizar un acto, es decir, en la limitación de la capacidad de obrar respecto al mismo, aun teniendo quien pretende realizarlo capacidad natural para consentirlo, en atención a circunstancias que concurren. Por todos, SANCHO GARGALLO, Incapacitación y tutela..., p. 30.

[374] GORDILLO CAÑAS se refiere a ellos como puramente benéficos o de escasa relevancia, en la medida en que agotan su completa efectividad en una ventaja jurídica neta para el incapaz, o que no pueden ocasionar un verdadero perjuicio al incapaz por ser actos ordinarios o menudos propios de la vida cotidiana. *Capacidad…*, p. 207

BADOSA COLL los concreta en la adquisición de la posesión (art. 443 del CC) y la aceptación de donaciones puras (art. 626 del CC) cualquiera que sea su edad para el caso de los menores y para actos personales de eficacia económica no perjudicial, si es mayor de 14 años. BADOSA COLL, F., "La personalitat civil restringida. Les seves causes, el seu estatut jurídic. La personalitat civil" en *Segones Jornades Jurídiques de Lleida* (3 i 4 de Maig de 1984), Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984, PP.1-44 [9-11].

Reconocen la capacidad natural del incapacitado en relación con los actos beneficiosos GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 169; ROCA TRÍAS, "Metodología...", p. 1908; RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, pp: 363-77 y MARTÍN AZCANO, E.M. "De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014,* pp. 76-84 [81].

[375] ZURITA MARTÍN, *Protección civil…,* p. 86.

[376] GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 57; ZURITA MARTÍN, *Protección civil…,* p. 131. Señala en este sentido el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 1928 que: "la capacidad para ejecutar un acto jurídico consiste en poseer la facultad que se concede a las personas, individuales o jurídicas, para exteriorizar su volund, en las condiciones y con los requisitos que la ley exige para su validez; *y si de personas individuales se trata, tienen la capacidad necesaria todas las que no tienen prohibido o limitado el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad humana, que se hallen en las condiciones físicas y de inteligencia indispensables para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente* (…)" . (La cursiva es nuestra)

[377] La teoría de los derechos de la personalidad se remonta en sus orígenes al individualismo renacentista. En Roma se desconoce esta categoría de derechos. El cristianismo sienta sus bases, pero el

consustanciales"[378], encuentran su fundamento último en la tutela de la dignidad[379] y del libre desarrollo de la personalidad[380]. Su reconocimiento tiene por finalidad la conservación y el desenvolvimiento de la individualidad[381] de las personas; "como seres libres que tienen fines altísimos que cumplir"[382].

Derecho medieval concebido como ordenación total de la vida, no da relieve a este tipo de derechos. La primera afirmación de la existencia de un derecho sobre sí mismo se atribuye a GÓMEZ DE AMEZCUA "Tractatus de ptestate in se ipsum" (1604), teólogo español.

La formulación de los derechos de la personalidad se sitúan en la corriente filosófica iusnaturalista del siglo XVII, que sobre las bases establecidas por el cristianismo y la filosofía escolástica, afirma su preexistencia al Estado. En la doctrina comparada se atribuye su construcción a KOHLER y GIERKE.

Los derechos individuales de la persona se incorporan a las Declaraciones del siglo XVII y en especial a la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, así como a las Constituciones liberales de finales del siglo XIX.

En Derecho civil, se afirma que los derechos de la personalidad comienzan a ser protegidos con la aplicación del art. 1902 del CC al daño moral (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912), con una aplicación específica a las privaciones de libertad injustificadas, impuestas por los guardadores legales a las personas confiadas a su protección BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, p. 199. En la doctrina española civilista, su tratamiento sistemático se ubica a mediados del siglo XX.

Las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial dotan de especial reconocimiento y protección a algunos derechos de la personalidad como derechos fundamentales, que constituyen un límite infranqueable para el Estado en su ordenación de los derechos y deberes y cuyo ejercicio éste ha de garantizar. Cobra con ello auge su protección desde el Derecho público.

CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos...*, pp.10-13 y *Derecho civil español…*, pp.346-349; CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil...*, (Bienes de la Personalidad) pp. 8-9; MADRILEJOS SARASOLA, J. "Los derechos personalísimos". *Revista de Derecho Privado, abril de 1962, Tomo XLVI,* pp. 270-285 [273-276]. ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas.* Bolonia-Madrid: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985, p. 20; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., La protección de la personalidad en el Derecho Privado. *Revista de Derecho Notarial. Año XX, Núm. LXXXIII 1974, enero-marzo*, p. 7-82, [34]; OSSORIO SERRANO, J.M., "Los derechos de la personalidad" en *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona (Coord. F.J.Sánchez Calero, 3ª edición).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 165-186 [167]; BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 18 y 27-32; GARCÍA RUBIO, "Los derechos…", pp. 596-597 y "La persona…", pp. 102-106; MONTES PENADÉS V.L., "La categoría de derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales", en *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón (J.C. Carbonell, J.L. González y E. Orts, Dirs). Tomo II.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1383-1405; BONILLA SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 42-51; TORRES GARCÍA, T.F., "La persona y el Derecho civil" en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García.* Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 163-173 [163-168]; GOMEZ-OLIVEROS, J.M., "Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de octubre". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *Mayo-junio 1984*. *Año LX. Número 562*, PP.652-676 [664-665]; LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, pp. 51-52. ORTIZ NAVACERRADA, *op. cit.,* pp. 125-126.

[378] ORTIZ NAVACERRADA, S., "El proceso civil desde la perspectiva del artículo 10 de la Constitución" en en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 1995, pp. 123-143 [125].

[379] Doctrinalmente se afirma su carácter innato por su derivación directa de la personalidad. GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 47; RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.156.

[380] GARCÍA GARNICA, M.C. "El artículo 162 del CC: una regla especial de capacidad de obrar en el ejercicio de los derechos de la personalidad" en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008, pp. 151-171[153].

[381] ROGEL VIDE, *Derecho de la Persona...*, p. 125.

[382] BONILLA SÁNCHEZ, J.J. *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 2010, p. 30.

Admitidos actualmente por la doctrina civilista además de como derechos fundamentales[383], como auténticos derechos subjetivos[384], reconocen a su titular facultades de goce y protección concretadas en poderes[385] que recaen en los aspectos que constituyen el núcleo más profundo o fundamental de la personalidad humana[386]: los atributos e intereses esenciales e inherentes a la persona, los más personales e íntimos, la propia existencia, la integridad e inviolabilidad, las propias facultades humanas y en definitiva, el dominio de la persona sobre sí misma[387]. El ejercicio de estos derechos asegura la satisfacción de las necesidades primarias y fundamentales y el desarrollo integral de la persona[388]. Se trata de titularidades jurídicas cuyo punto de partida y referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo, relativas no a bienes exteriores (patrimoniales, familiares o sociales[389]), sobre los que la persona se proyecta al actuar, sino personales, en cuanto forman parte de ella misma; teniendo por consiguiente un contenido ideal o inmaterializado[390].

[383] Hoy se admite de manera pacífica la proyección del límite que constituyen los derechos fundamentales, tanto en las relaciones de naturaleza pública, como en las de índole privada. En este sentido, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Op. Cit*., pp. 83-93. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Los derechos de la personalidad…", p. 549, subraya la doble caracterización de estos derechos como de la personalidad y como derechos fundamentales. La identificación entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad es tal que MONTES PENADÉS, *op. cit.,* pp. 1396-1400, niega, su distinción en atención a su reconocimiento constitucional y, fundamentalmente, a la inexistencia de un régimen de protección diverso para ambos (principios de preferencia para los procedimientos que pidan la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental, salvo el derecho de rectificación, (249.1.2ª de la LEC) y recurso de amparo).

[384] SÁNCHEZ-CALERO, *La actuación...*, p. 46. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, pp. 354-358. LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 58. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. "Los derechos de la personalidad" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp. 545-580.

El cuestionamiento de tal naturaleza radica en la imposibilidad de distinguir en ellos entre el sujeto y el objeto, su naturaleza limitadamente disponible, su relación inescindible entre ellos y su vinculación al orden público. BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, p. 199. Ello lleva a DE CASTRO Y BRAVO, a denominarlos "bienes de la personalidad". *Temas de Derecho Civil*…. BERCOVITZ, en su edición de 1996 admite que la tendencia generalizada a identificar cualquier poder jurídico con la existencia de un derecho ha dado lugar a que se implante la denominación derechos de la personalidad, en relación con estos bienes. BERCOVITZ, *Manual de Derecho...*, p. 86.

[385] GARCÍA GARNICA, "El artículo 162...", p. 153; BONILLA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 30.

[386] CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, pp.15-22; MADRILEJOS SARASOLA, J. "Los derechos personalísimos". *Revista de Derecho Privado, abril de 1962, Tomo XLVI,* pp. 270-285 [273].

[387] GARCÍA GARNICA, "El artículo 162...", p. 153; BONILLA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 30; BUSTOS PUECHE, J.E. *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. *2ª edición*. Madrid: Dykinson, 2008, p.22; GARCÍA RUBIO, M.p."Los derechos de la personalidad" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, PP.595-631 [598-599].

[388] BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, p. 22. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *Op. Cit*., p. 186.

[389] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, pp. 345-346.

[390] O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 338 recogiendo las palabras de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, en su recepción pública, el día 29 marzo 1976.

En el plano de la técnica jurídico civil, la relación entre la capacidad natural y el ejercicio de los derechos de la personalidad radica en el respeto de la voluntad, incluso del del incapacitado judicialmente que es capaz de decidir sobre ellos[391]. Resulta indiferente, como se ha dicho, la capacidad de obrar como presupuesto del acto, y se excluye de ellos, en principio, la actuación del representante legal[392]. Como argumento favorable a la capacidad natural, añadido al respeto esencial al principio de dignidad, se alude a que no se ve qué perjuicio puede suponer que la persona incapacitada adopte sus propias decisiones[393]. En ello influye la escasa relación de los derechos de la personalidad con la seguridad jurídica[394], ya que los derechos de la personalidad se ejercen fundamentalmente a través de actos unilaterales[395], que no llevan aparejada la necesidad de protección de terceros, -sobre la que, en cualquier caso, a nuestro parecer tendría prevalencia la autonomía del sujeto[396], como consecuencia de su especial protección en el Derecho[397].

Hasta tiempos recientes, con fundamento en la seguridad jurídica, la capacidad natural ha estado tradicionalmente subordinada a la capacidad de obrar. En este sentido, se afirma que la capacidad natural resulta irrelevante tras la sentencia de incapacitación[398]. Aunque el ámbito propio de la aplicación de la presunción de incapacidad del incapacitado es el patrimonial[399], la presunción ha venido predicándose también de su esfera personal[400] (a salvo de los actos personalísimos). A

[391] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.257.
Se afirma que en los derechos de la personalidad la titularidad potencial (capacidad jurídica) y la real -titularidad *in actu*- (el ejercicio del derecho) coinciden. VARELA AUTRÁN, "La Discapacidad...", pp. 46-49 y "La protección jurídica…", p. 74; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 27-28. En términos similares, RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, pp. 161-163, considera que son derechos que se adquieren con el nacimiento y que no tienen más requisito de capacidad que el de la capacidad jurídica. En nuestra opinión tienen como requisito la capacidad natural porque su titular tiene que comprender los actos que realiza, ejercicio que en otro caso, le estará vedado.

[392] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 27-28, 169 y 178-179 ; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 36; VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 79. BADOSA COLL, *op. cit.,* pp. 32-33. DOLADO PÉREZ, *op. cit.*, p. 65 para los actos personalísimos.

[393] SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos…*, p. 42. Dice en este sentido GORDILLO CAÑAS que "donde no está en peligro la situación de quien actúa, tampoco se hace necesaria la verificación de su capacidad de obrar". GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 207.

[394] SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos…*, p. 49. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 202; "El tratamiento jurídico...", p. 27.

[395] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 114; PÉREZ ALGAR, F., "Derechos individuales e incapacitación" en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I)*, Madrid: Ediciones ICAI, 1984, PP.55-71 [55-61].

[396] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 217 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 202; "El tratamiento jurídico...", p. 27.

[397] DE CASTRO, *Compendio...*, p. 164.

[398] PARRA LUCÁN, "Resoluciones…", p. 435.

[399] TORRES GARCÍA, "Efectos…", pp. 128-129.

[400] Reconocen la posición doctrinal favorable a la presunción LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona, 3ª edición.* Madrid, Tecnos, 1996, p. 106; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 154. Afirma expresamente esta presunción de incapacidad a partir de la sentencia de incapacitación SANCHO GARGALLO, *Incapacitación*

tal presunción contribuye la dicción del artículo 1263. 2º[401] y 267 del CC[402], así como la ausencia de una norma similar al artículo 162.1 del CC relativa a los menores[403], que lleva a afirmar que el incapaz carece de capacidad de actuación en relación con sus actos personales, en ausencia de disposición contraria por la ley o por la sentencia de incapacitación[404]. Esta afirmación cede actualmente ante el posicionamiento de la doctrina mayoritaria que reconoce la eficacia de la actuación de la persona incapacitada con capacidad natural en el ejercicio de sus derechos de la personalidad[405], principio general[406] que resulta de la aplicación analógica del artículo 162, o directamente del principio de interpretación restrictiva de la incapacidad, que excluye la interpretación extensiva de los actos limitados al incapaz, en especial en relación con los actos de naturaleza personal. Consideran estos autores que la

---

y tutela..., p. 29. ALBADALEJO, sin embargo, se pronuncia en contra de tal presunción. ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I…,* 1989, pp. 277-278.

[401] Establece el art. 1263.2 del CC en su redacción anterior a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que no pueden prestar consentimiento: los incapacitados.

[402] Art. 276 del CC:

El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.

[403] Art. 162 del CC: *Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos no emancipados. Se exceptúan: 1º. Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, e acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo.*

Matizado por la reforma de la Ley 26/2015, con el siguiente añadido: "No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia".

[404] SERRANO GARCÍA, I., "La voluntad anticipada del incapaz", en *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida (Coords. José Mª de la Cuesta Sáenz, Elena Vicente Domingo, Mª Teresa Carrancho Herrero, José M Caballero Lozano y Raquel de Román Pérez*). Cizur-Menor, Aranzadi, 2013, PP.133-151 [1138].

[405] TORRES GARCÍA, T. F., "Efectos de la incapacitación", Tratado de Derecho de la Persona Física. Tomo II. (Mª Carmen Gete-Alonso y Galera. Directora). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, PP.123-171 [139-140]; GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)...", p.216. La misma autora, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que considera toda limitación de la capacidad de obrar afectación de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Sentencias de 2 diciembre 2010, SSTC 14 febrero 2011 y 2 de julio 2012 sobre vulneración del Derecho de libertad. En el mismo sentido, SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos…*, pp. 42-43, basándose en el art. 10 de la CE, afirma que "no cabe entender que la incapacitación con sometimiento a tutela implica la pérdida de la posibilidad de ejercicio de los derechos de la personalidad del incapacitado salvo que la sentencia disponga lo contrario".

VARELA AUTRÁN considera que los actos de naturaleza personal, como ejercicio de los derechos de la personalidad, corresponden a su titular, aun incapacitado, siempre que conserve la capacidad natural para ello, salvo que otra cosa se determine legalmente o en la propia sentencia en atención carácter protector de la incapacitación. El autor se expresa en los siguientes términos: "Las enfermedades relevantes, incluso las susceptibles de tutela, no siempre eliminan la capacidad de entender y de querer por lo que, en la medida en que se conserve esa facultad, debe permitirse el ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad propios de todo ser humano (…). Siempre que se acredite una aptitud para actuar de una forma racional, no cabe negar el libre y autónomo ejercicio de esos derechos inherentes a la persona". "La protección jurídica...", pp. 79-80.

En esta línea también SERRANO ALONSO, "Comentario...", p. 638; GARCÍA PONS, *op. cit.,*, p. 122 y TENA PIAZUELO, *op. cit.*, p.137.

[406] Se admite la aplicación de los principios generales como protección de los derechos de la personalidad no regulados legalmente. ACEDO PENCO, *op. cit.*, p. 122; BUSTOS PUECHE, *op. cit.*, pp. 54-58.

presunción de incapacidad sería en todo caso una presunción del juez (*presumtio hominis)* y no una *presumtio legis*[407].

En cualquier caso, el alcance de la presunción tradicional de incapacidad se reduce paulatinamente, como consecuencia de la progresiva regulación de los derechos de la personalidad por distintas normas del ordenamiento jurídico[408], entre ellas, el internamiento forzoso. Con la incorporación de la capacidad de decisión al supuesto de hecho que constituye tal acto (art. 763 de la LEC), en los términos que a lo largo de este trabajo se verán, se sitúa el internamiento en el elenco de actos personales expresamente regidos por la capacidad natural, lo que a nuestro juicio constituye para la persona con capacidad modificada judicialmente que mantenga la capacidad natural para decidir el internamiento, la garantía jurídica[409] del ejercicio de su derecho subjetivo a no ser internada[410]. Su vertiente positiva, es decir, la permanencia en el propio domicilio, sin embargo, no constituye un poder jurídicamente protegido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico interno[411], cuando menos hasta que el legislador dé cumplimiento al mandato 19.a[412] de la Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006[413] (en adelante, Convención de Nueva York). Ello, sin perjuicio de que siendo la

[407] ÁLVAREZ LATA, "La actuación…", p. 203 y GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 154 y ss. GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 218; RUIZ RICO Y GARCÍA ALGUACIL, *op. cit.*, pp. 195-196.

[408] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Los derechos de la personalidad…", p. 547; ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p.11. Consideran, sin embargo, RUIZ-RICO Y GARCÍA ALGUACIL, *op. cit.*, p. 92, que el hecho de que el ejercicio de los derechos de la personalidad corresponda a su titular no puede depender de que el legislador lo quiera, sino que es consecuencia de la especial naturaleza de los mismos.

[409] ORTIZ NAVACERRADA, *op. cit.,* p. 125.

[410] Afirmamos, con SÁNCHEZ-CALERO, *La actuación...*, p. 47, que cualquier faceta de la personalidad humana no constituye el contenido de un derecho subjetivo de la personalidad. Para CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, pp. 350, 352 y 358 es derecho subjetivo el identificado como tal por una norma jurídica y tutelado por una acción judicial. DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 46, atribuye la cualidad de auténticos derechos subjetivos a los que la ley les confiere la categoría de tale.. También en relación con el libre desarrollo de la personalidad, MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO,. *op. cit.*, pp. 39-40. En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Los derechos de la personalidad…", p. 551,atribuye a la configuración legal de los derechos de la personalidad su incidencia en la consideración de los mismos como derechos subjetivos..

[411] A diferencia, por ejemplo, del Reino Unido donde la privación de libertad está definida por la imposición de vivir en un determinado lugar sin prestar el consentimiento para ello, estando sometida la persona a supervisión continua y control, sin libertad de salida o imponiendo el acompañamiento en la salida. Corte Suprema del Reino Unido, 19 de marzo de 2014. Caso p. v Cheshire West and Chester Council. UKSC 19/2014, Párrafo 46. Disponible en https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0068_Judgment.pdf

Esta limitación de libertad puede tener lugar en un centro o en el propio domicilio de la persona vulnerable. GRIFFITH, R."Court-authorised deprivation of liberty", B*ritish Journal of Community Nursing, January 2015, Vol 20. N.1*, 2015, PP.38-41 [41].

[412] El art. 19) a impone a los Estados la adopción de medidas efectivas y pertinentes para asegurar que "las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico".

[413] Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007. BOE 21 abril 2008, núm. 96, pp. 20648.

libertad un derecho primario entre los derechos de la personalidad[414] y afectando la capacidad de decisión acerca de dónde y con quién vivir a la dignidad y al libre desarrollo de la persona (STC 174/2002, de 9 de octubre. FJ.5[415]), su vulneración merezca el reproche jurídico y resulten aplicables en consecuencia, las acciones contra intromisiones ilegítimas que dan lugar a la obligación de cesación del hecho dañoso o a la responsabilidad por daño moral por atentado con la dignidad[416].

3.5. **LA SUSTITUCIÓN DE LA VOLUNTAD EN LOS ACTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

Con la admisión de la capacidad natural establecida por el artículo 763 de la LEC para el internamiento por razón de trastorno psíquico como derecho de la personalidad, -hipótesis que se mantiene a lo largo del trabajo-, se excluye definitivamente el poder de representación del tutor sobre este acto, en aplicación de la salvedad establecida por el art. 267 del CC. Se reconoce con ello el derecho de la persona a negarse a un internamiento cuando tiene capacidad natural para tomar esta decisión. Sin embargo, cuando la persona carezca de capacidad para comprender el significado y el alcance del acto de internamiento comprendido en el art. 763, tal decisión habrá de tomarla un tercero, dando lugar en este caso, al internamiento forzoso o involuntario. Ésta es, por tanto, la definición que sostenemos de internamiento forzoso: el que se produce por decisión de instancias o personas distintas de aquélla que es objeto de internamiento[417].

Resulta pacífica en la doctrina[418] la admisión de la sustitución de la voluntad en relación con los actos personales del incapacitado ante su falta de discernimiento fuera del supuesto de los actos personalísimos[419]. Ya admite DE CASTRO que los actos

[414] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 377. MADRILEJOS SARASOLA, *op. cit.,* p. 276; ROBLES MORCHÓN, G. "El libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 de la C.E.) en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 1995, pp.45-62 [58]; SÁNCHEZ-CALERO, *La actuación...*, p.85.

[415] STC, Sala 2ª, de 9 de octubre de 2002, núm. 174/2002 (FJ 5). BOE 255/2002, de 24 de Octubre de 2002. EDJ 2002/44852. Ponente: Vives Antón, Tomás.

[416] DE ÁNGEL, *op. cit.*, pp.79-82.

[417] TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 113.

[418] Afirma MANRESA que en las situaciones en las que el hombre no puede obrar por sí, "es preciso para el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas que sea suplido por una representación, que es la tutela, a que están sometidos (…) los locos o dementes (…)". *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 192.
DÍEZ-PICAZO, admite la representación en relación con los actos de naturaleza no negocial y expresamente en actos y negocios jurídicos de Derecho de Familia. En *La representación en el Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1992, pp. 83 y 86-89. También GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, pp. 664-665; GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p. 57; ZURITA MARTÍN, *Protección civil…,* p. 132; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.,* p. 160.

[419] CASTÁN TOBEÑAS, identifica incapacidad de derecho o jurídica con los derechos que no pueden ser disfrutados por estar privados al incapaz y no ser susceptibles de representación. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…* pp. 164 y 234. Se trata en consecuencia de los derechos personalísimos.

personalísimos no admiten ejercicio por representación, pero que las facultades y acciones que aun versando sobre la esfera personal del incapaz sean meramente personales pueden ser ejercitadas por el tutor, en cuanto sirvan a la protección de los intereses del incapacitado[420]. Posteriormente, cuando se determina la exigencia de capacidad natural para los actos personales, la doctrina considera que aun siendo requisito esencial la capacidad natural del sujeto al tiempo de celebrarlos, su falta no puede dar lugar a permitir la actuación del incapaz, poniendo en riesgo sus intereses, como tampoco a la pasividad del tutor, con resultados igualmente desaconsejables para el tutelado[421]. Así, afirma ROCA TRÍAS que carece de sentido atribuir la titularidad abstracta del derecho de la personalidad a la persona incapaz sin reconocerle su capacidad de ejercicio directo o, en su caso, a través del representante[422] y que lo contrario equivaldría a su muerte civil[423]. La actuación del tutor será necesaria en beneficio del tutelado[424] y, en consecuencia, supondrá un correcto ejercicio de la tutela, en cumplimiento de sus fines de guarda de la persona y bienes del incapacitado[425].

Estas afirmaciones son predicables también a los derechos de la personalidad. A estos se atribuye, junto a su carácter esencial, innato, inherente a la persona y su oponibilidad *erga omnes*; su intransmisibilidad, indisponibilidad e irrenunciabilidad[426]. Sin embargo, estos atributos no pueden concebirse como absolutos, sino que admiten

---

Igualmente para DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p.56, los actos personalísimos son aquellos en los que la falta de actuación personal eficaz constituye una imposibilidad del hecho.. DE DIEGO, *Curso elemental...*, p.453, los concibe como actos en los que es requerida esencialmente la manifestación personal del incapaz. O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 337, los define como "aquéllos que sólo pueden ser realizados por el sujeto y si éste no puede o no quiere, nadie los puede hacer por él"; es decir o los realiza, si tiene capacidad natural suficiente, o no los realiza nadie. En sentido similar, LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 262"…, p. 292, para quien son los actos en los que deviene requisito esencial la manifestación de voluntad del incapacitado, directa y personal.

Estas definiciones suponen, como afirma GARCÍA LLERENA, que el concepto de derecho personalísimo es en gran medida tautológico, ya que se define precisamente por la consecuencia que conlleva serlo: la exclusión de la representación sobre ellos. *op. cit.*, pp. 43 y ss. Otras definiciones salvan esta tautología. Así para , GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 248, los derechos personalísimos son las opciones vitales básicas de toda persona. También ALBADALEJO, *Derecho civil...*, pp. 160-161, que recurre al concepto de incapacidad jurídica especial, que hace referencia a determinadas restricciones para ser titular de algunas relaciones jurídicas. En estos casos, si la propia titularidad está vetada al sujeto incapaz, imposibilita también la actuación por medio de su representante legal. En el mismo sentido, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 164. Véase nota 222.

[420] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 316.

[421] RUIZ RICO Y GARCÍA ALGUACIL, *op. cit.*, pp. 18 y 197-198.

[422] ROCA TRÍAS, "Metodología...", p. 1906.

[423] ROCA TRÍAS, "Comentarios...", p. 231.

[424] LÓPEZ FRÍAS, M. J. "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", *Revista de Derecho Privado, abril 1999*, PP.296-320 [318].

[425] GÓMEZ LAPLAZA, C. "Comentarios a los artículos 259 a 270" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos,1986, PP.447-537 [489].

[426] Por todos, OSSORIO, *op. cit.*, pp. 166-167.

matices[427]. De hecho, el ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de otra persona distinta a su titular es habitual en los actos normales para la conservación y desarrollo de la vida tanto jurídica, como existencial[428], en sus vertientes voluntaria y legal[429]. Se mantiene intacta en estos casos la dimensión estática del derecho, es decir, la capacidad jurídica[430].

En el ámbito de la representación voluntaria, el titular de un derecho de la personalidad, teniendo capacidad natural, puede disponer, transmitir o renunciar a la parte no esencial del contenido del mismo[431], siempre con carácter revocable[432]. En el supuesto de la representación legal, entendida por tal la establecida por las normas legales con finalidad protectora del sujeto representado[433], la sustitución sirve para ejercer la capacidad de obrar (en potencia) del incapaz[434] y, en consecuencia, para el desenvolvimiento de sus intereses[435] personales. Esta representación obedece al deber de vela y no a la sustitución de la voluntad del representado[436] y es una representación del interés, que no tiene que seguir necesariamente la voluntad del incapaz, en cuanto ello pueda perjudicarle[437]. Es habitual que en atención a este interés el ordenamiento jurídico imponga especiales garantías (intervención judicial, del Ministerio Fiscal, etc.), tanto sobre el ejercicio de la capacidad natural cuando

[427] Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos...*, pp.22-24. Sobre la cuestionable indisponibilidad y extrapatrimonialidad de los derechos de la personalidad, puede consultarse el análisis de GARCÍA RUBIO, "Los derechos…", pp. 618-631 y "La persona…", pp. 104-106.

[428] ARAMBURO, *op. cit.*, pp. 9 y 144.

[429]Coincidimos con SÁNCHEZ-CALERO, *La actuación...*, p. 43, en que la mayor parte de los actos que realizan los representantes legales en el ámbito personal de los incapacitados lo son precisamente en ejercicio de los derechos de la personalidad.

[430] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.269.

[431] DE ÁNGEL, *op. cit.*, p. 57. Cabe por ejemplo, autorizar al médico la intromisión en el propio cuerpo, pero no con carácter absoluto, ni de modo permanente. BONILLA SÁNCHEZ,. *op. cit.*, p. 37.

[432] ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad...*, p. 50; BONILLA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 35; RODRÍGUEZ TAPIA, *op. cit.*, p. 868.

[433] RUIZ RICO Y GARCÍA ALGUACIL, *op. cit.*, p. 13.

[434] DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil...*, (La Representación), p. 131.

[435] Como toda representación, se caracteriza porque las consecuencias del acto jurídico realizado recaen sobre la esfera jurídica del titular del derecho, es decir, de la persona representada. LACRUZ, *Elementos de Derecho…, 1999*, p. 269; SÁNCHEZ-CALERO, B. *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores incapacitados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 29; GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, p. 489.

[436] ALBADALEJO *Curso de Derecho...,* pp. 180 y 304, opina que la actuación de los representantes en el campo personal y familiar pueden realizarla los titulares de la patria potestad "no como representantes, sino como titulares de una potestad, que ejercitan en nombre propio (ya que les compete), pero en interés del sometido a ella.

GÓMEZ LAPLAZA, C., "Comentarios a los artículos 259 a 270" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos, 1986, PP.447-537 [493]. Más recientemente, GARCÍA GARNICA, "El artículo 162...", p. 159; RUIZ RICO Y GARCÍA ALGUACIL, *op. cit.*, p. 81, 180 y 198. VARELA, "La protección jurídica...", p. 79. SÁNCHEZ-CALERO admite una verdadera representación, *La actuación...*, pp. 54-56.

Así, la nueva redacción del art. 162.1 del CC.

[437] BERCOVITZ, *Manual de Derecho...*, p. 204; RUIZ RICO Y GARCÍA ALGUACIL, *op. cit.*, p. 17.

subsiste[438], como sobre el ejercicio por representación cuando está ausente. La sustitución será el último recurso y deberá quedar supeditada a que efectivamente resulte beneficioso objetivamente el ejercicio del derecho y desaconsejable la pasividad. Habrá de analizarse el caso expresamente y valorar incluso la admisión de la rebaja del estándar de la capacidad natural exigible[439].

La aplicación de estas consideraciones al derecho de libertad, nos lleva a afirmar que el internamiento voluntario constituye una renuncia al derecho de libertad, que por las consecuencias deshumanizadoras que puede conllevar[440], tiene como límite el orden moral con respecto a la propia persona[441]: ésta puede decidir su internamiento previa acreditación suficiente de la capacidad natural para decidirlo[442] y siempre de manera revocable[443]. Cuando la decisión de internamiento se toma en el ámbito de la representación legal, se adopta con la finalidad de protección de la persona a internar y se impone la adopción de especiales garantías, -las previstas en el art. 763 de la LEC[444]-, que protejan el respeto de la dignidad del internado[445]. Entre ellas destacan, como se verá más adelante, el papel esencial del facultativo y la autorización judicial.

3.6. **NUEVAS TENDENCIAS EN LA CONCEPCIÓN DE LA CAPACIDAD**

En este apartado queremos destacar tres elementos novedosos que están aflorando en la concepción actual de la incapacidad y que subyacen en este trabajo. Los dos primeros forman parte del pensamiento de la doctrina mayoritaria. El tercero constituye una crítica del enfoque jurídico de la discapacidad predominante actualmente. Nos referimos respectivamente a la centralidad de la capacidad de obrar, a la limitación de la incapacidad a su mínimo alcance y a la crítica de la centralidad de los elementos cognitivos en la determinación y protección de las personas incapaces.

1- Como se verá a lo largo del trabajo, el enfoque tradicional de la capacidad de obrar se ha modificado en aplicación del paradigma social de la discapacidad del nuevo

[438] GETE-ALONSO Y CALERA, "Capacidad de obrar…", p.65.
[439] LÓPEZ FRÍAS, "El ejercicio…", pp.297-299.
[440] ROMERO COLOMA, A.M. *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid: Tivium, 1985, p. 91.
[441] CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos...*, p.23.
DE CASTRO afirma que la pérdida voluntaria de la libertad exige la libre determinación en el momento de renunciar a ella y ha de hacerse por una causa que merezca amparo jurídico. *Temas de Derecho Civil...*, (Bienes de la Personalidad) p. 16.
[442] SÁNCHEZ-CALERO, *La actuación...*, pp. 87 y 91.
[443] El derecho de libertad conlleva la paradoja de que la persona es libre para obligarse, es decir, para perder la libertad, pero no de modo absoluto CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos...*, p.23.
DE CASTRO Y BRAVO afirma que la pérdida voluntaria de la libertad exige la libre determinación en el momento de renunciar a ella y ha de hacerse por una causa que merezca amparo jurídico). DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil...*, (Bienes de la Personalidad) p. 16.
[444] LÓPEZ-FRÍAS, *"El ejercicio…"*, p. 318.
[445] ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p.91.

milenio, representado jurídicamente en el art. 12 de la Convención de Nueva York. La capacidad jurídica ya no es objeto de atención exclusivamente como presupuesto teórico de la capacidad de actuación[446] sino que pasa a ser considerada el punto de llegada o meta a alcanzar para la consecución de la igualdad de todas las personas[447]. Los derechos de las personas con discapacidad se reconocen sin ningún tipo de condicionante y deben poder ser realizados plenamente[448]. La materialización de la capacidad jurídica, como goce potencial de derechos y obligaciones[449], deberá ser a partir de ahora alcanzable por todas las personas, incluidas las que carecen de capacidad natural, a las que se les deberá de dotar de los apoyos suficientes para que puedan participar en la toma de las decisiones que les afectan[450].

La capacidad de obrar constituye entonces el medio, el camino[451] para alcanzar la plena capacidad jurídica, así como el elemento a fortalecer, a través de los apoyos sociales y jurídicos adecuados para que la consecución de la igualdad sea un hecho. El ejercicio del derecho constituye el centro de interés y ha de garantizarse a través de normas universales[452].

SABATINO afirma, en este sentido, que el nuevo paradigma de la discapacidad exige que los elementos sustantivos de las definiciones dejen paso a una garantía real y a un refuerzo de los derechos procesales[453]. Sin estar de acuerdo con la sustitución de los elementos sustantivos, -consideramos que éstos constituyen la parte esencial de la teoría del Derecho y en ellos basamos precisamente nuestro trabajo-, somos de la opinión de que a partir de la Convención es preciso poner la atención en la reducción al máximo de toda extensión de la incapacidad y probar ésta siempre que se pretenda[454], para lo que deberán activarse todas las garantías procesales o salvaguardas jurídicas necesarias. En la jurisprudencia se aprecia la creciente

[446] RAMS ALBESA, *op. cit.*, pp. 232-234.
[447] PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CERMI, 2008, pp. 136 y 141. Esta idea está presente en DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 43, cuando afirma que es la preexistencia de esa capacidad (jurídica) la que permite o impone la representación legal.
[448] BARIFFI, F.J., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU" en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de* Lorenzo. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, PP.353-390 [356-357]; En la misma obra general, PÉREZ BUENO, L. C., "La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios", PP.319-330 [324].
[449] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 21. Se trata de llevar a su máxima expresión real el concepto de "capacidad de obrar potencial" reconocido a todos los seres humanos, derivado de su personalidad. BERCOVITZ en *Derecho de la Persona...*, pp. 197-198 y en *Manual de Derecho…* p. 71
[450] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 91-92; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 22.
[451] Subrayamos aquí el carácter dinámico de esta dimensión de la capacidad, admitido como lugar común. Por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 21.
[452] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p. 357.
[453] SABATINO, "Competency: Refining…", p. 25.
[454] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", p. 109.

importancia del ejercicio de los derechos en detrimento de las construcciones doctrinales, con respecto a la capacidad en el ejercicio de los derechos personalísimos. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre, abre el camino para prescindir de la categoría teórica de derecho personalísimo a fin de admitir el ejercicio de éste por medio de representante legal[455]. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 21 de septiembre de 2011, en la que retoma la del TC, desecha la aplicación de la teoría de los derechos de la personalidad, -que venía manteniéndose en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 mayo 1982[456] y de 27 de febrero de 1999[457]-, haciendo primar el derecho de igualdad de trato de las personas con discapacidad. Afirma la sentencia que "la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse" y que debe quedar garantizada la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) a través del ejercicio de la acción (en este caso de divorcio) por el tutor en nombre del tutelado prevista en el art. 271.6 del CC, que no excluye el supuesto de los derechos personalísimos. La tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad debe ejercerse en igualdad de condiciones con las demás y para ello deberán proporcionarse a éstas los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 12 de la Convención de Nueva York) (FJ. 6 y 7)[458].

2- En la nueva concepción, la interpretación restrictiva de toda limitación de la capacidad se lleva hasta sus últimas consecuencias hasta el punto de que desaparece la relación directa entre falta de capacidad de autogobierno e incapacitación y queda

[455] La sentencia otorga el amparo en el ejercicio de la acción de separación a través de representante legal, en este caso tutora. La sentencia no entra a valorar el carácter personalísimo de la acción y se argumenta desde el derecho a la tutela judicial efectiva, la igualdad de la persona capaz en relación con el cónyuge capaz y, por lo que a nosotros respecta, sobre los mandatos del art. 49 de la CE en cuanto al tratamiento de las personas incapaces (FJ 4º y 5º). El amparo se otorga en atención a que el ejercicio de la acción de separación sólo puede verificarse por medio del tutor, siendo ésta la única vía viable para el ejercicio de los intereses, -en este caso patrimoniales, de la incapaz. La denegación del amparo habría supuesto una violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE). F.J. 4º.

El Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas formula un voto particular, en el que entra a considerar el carácter personalísimo de la acción de separación. Señala que esta construcción es una categoría doctrinal a la que no se hace referencia ni en el art. 267 del CC, ni en el art. 271.6 del CC. El Magistrado atribuye la misma consideración al ejercicio por terceros de los derechos de la personalidad, (entre ellos el internamiento del incapaz), que a los que la doctrina considera derechos personalísimos. Su opinión profundiza en el argumento de la igualdad de trato señalando que el art. 49 del la CE exige amparar al incapacitado especialmente para el disfrute de los derechos que otorga el Título Primero a todos los ciudadanos, entre ellos el derecho a la tutela judicial efectiva a efectos de garantizar la igualdad de trato de los ciudadanos (art. 14 de la CE). La consideración de personalísima o no de la acción (naturaleza que considera que carece de base legal) queda supeditada al ejercicio del derecho de la persona incapaz, aspecto que adquiere la mayor relevancia.

STC, Sala 2ª, S 18-12-2000, nº 311/2000, BOE 14/2001, de 16 de enero de 2001. Rec. 1158/1998. Pte: Conde Martín de Hijas, Vicente.

[456] STS. Sala de lo Civil. Pte: Beltrán de Heredia y Castaño, José.

[457] STS 149/1999. Pte: González Poveda, Pedro.

[458] Sentencia del Tribunal Supremo nº 625/2011, de 21 de septiembre de 2011. Rec. 1491/2008. Sala 1ª. Pleno. Pte: Roca Trías, Encarnación.

mediatizada por elementos contextuales. Como consecuencia de la concepción social de la discapacidad, la incapacitación constituye, como se verá, la medida de última ratio[459] y se reduce a lo estrictamente necesario. Esta concepción se recepciona en el ordenamiento jurídico español posterior a 2006, constituyendo las reformas más recientes las operadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, que entre otras modificaciones da, como se ha visto, una nueva redacción al artículo 1263.2 del Código Civil e introduce la posibilidad autorización de actos sustitutorios puntuales por el guardador de hecho, a fin de evitar el recurso general a la incapacitación (art. 303).

Destaca en el plano teoríco, la teoría de la causa planteada por SANTOS URBANEJA y seguida por la un amplio sector de la doctrina actual[460]. Según esta teoría la incapacitación exige la concurrencia de dos requisitos: la causa, que es la falta de autogobierno en las condiciones expresadas en el art. 200 del CC y el motivo de la incapacitación, que es el beneficio o interés concreto que se prevé que conlleve la resolución para la persona cuya capacidad se solicita modificar. El juicio relativo a la protección (el autor se refiere a la incapacitación) tiene que incluir tanto la constatación de la existencia de la causa, como la constatación de un motivo suficiente para proceder a la incapacitación[461]. Los elementos personales y contextuales serán además definitivos en la determinación de la necesidad de incapacitación. A ello hay que añadir que ésta adquiere mayor relatividad ya que la promoción de la autonomía y de la toma de decisiones de las personas con discapacidad se consideran elementos beneficiosos para su calidad de vida y también porque la protección cede cada vez más en favor de la asunción de riesgos en la vida cotidiana[462].

3- Por último, queremos señalar una opinión que está aflorando entre los estudiosos de la capacidad en el ámbito de la gerontología contraria a una concepción

[459] Aunque teóricamente tal afirmación ya se hacía en los años inmediatamente posteriores a la reforma del sistema español de la tutela. Así, PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"..., p.78. Más recientemente SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 37, en la medida en la que el juez ha de decidir sobre la conveniencia de la incapacitación.

GETE-ALONSO explica acertadamente el planteamiento subyacente en esta idea: "La regla es que no se puede incapacitar a una persona, simplemente por el hecho de que padezca o sufra una determinada enfermedad o deficiencia que provoque que su adaptación a la sociedad no sea, llamémosle, la ordinaria. Es evidente que, en estos casos, la diferencia no origina limitación sino al contrario la necesidad de que existan los instrumentos jurídicos adecuados que permitan el desarrollo íntegro de la persona". GETE-ALONSO Y CALERA, *"Capacidad de obrar…",* , p. 59.

Frente a un previsible descenso del número de personas incapacitadas y del cuestionamiento creciente de la figura jurídica del estado civil, es destacable la relevancia que está adquiriendo el concepto de dependencia en el Derecho, hasta el punto que GETE-ALONSO la ha calificado de condición civil emergente. *"Capacidad de obrar…",* p 48.

[460] Así, FÁBREGA RUIZ, "Protección...", p. 48; CAMPO IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 3; ROGEL VIDE, C. Y ESPÍN ALBA, I. *Derecho de la persona*. Madrid: Reus, 2008, p. 51.

[461] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 25-30.

[462] VARELA AUTRÁN "La protección jurídica...", pp. 85-86.

"hipercognitiva" de la capacidad, basada en la construcción filosófica de la personalidad en términos de capacidad intelectual[463].

La dignidad se afirma por la consideración del ser humano, "en su condición superior y excelsa del ser racional"[464]. El libre desarrollo de la personalidad significa, en términos generales, autonomía de albedrío en la formación y emisión de la voluntad[465] y se garantiza a través del reconocimiento de la potestad de la persona de hacer o no hacer cualquier cosa[466], del reconocimiento a la persona de una esfera de libertad individual en la que desenvolverse responsablemente, con un cierto ámbito de autodeterminación en el orden jurídico y social[467], teniendo como límite el desarrollo moral de la personalidad.

Sin embargo, consideramos que aunque la libertad personal y la capacidad de decisión sean derechos inherentes a la dignidad humana, no la agotan y, a nuestro juicio, en modo alguno constituyen presupuestos de ésta. Así, nos recuerda MARTÍNEZ DE AGUIRRE que "tanta dignidad tiene un bebé, como un discapacitado intelectual, como una persona plenamente capaz"[468].

La noción de autonomía, reservada hasta el momento a las personas a las que se presupone una voluntad consciente e intencional, se amplía ahora de manera pacífica para dar cabida en ella no sólo a quienes tienen la capacidad de actuar de forma autodeterminada, es decir, dan muestras de que los actos que realizan son "causados" por ellas mismas[469], sino también a quienes tienen cierto grado de incompetencia para la propia dirección de la voluntad a través si no de la adopción de decisiones, sí de su participación en el proceso, que el Derecho tiene la función de promover[470], para

[463] MCGEE, A., "Best Interests Determinations and Substituted Judgement: Personhood and Precedent Autonomy", en *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.)*.Oxford: Hart Publishing, 2014, PP.135-149 [136-143]. También HALL, "Mental Capacity…", p.7-9.
Afirma RODOTÁ que la complejidad de la realidad "se manifiesta en situaciones en las que el respeto a la libertad absoluta de cada uno se traduce en abandono social". RODOTÁ, S. *op. cit.,* p. 126. En el mismo sentido, GÓMEZ GARZÁS alerta sobre el riesgo de que una excesiva defensa de la autonomía del paciente con deterioro puede dar lugar a engaños fruto de la vulnerabilidad de aquél. GÓMEZ GARZÁS, J. "Nuevas perspectivas socio-económicas en la gestión de las entidades prestadoras de servicios de atención a las personas mayores y en situación de dependencia. Especial referencia a la gestión basada en la calidad y en la responsabilidad sociales corporativa (RSC)" en LASARTE ÁLVAREZ, C. y MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia.* Madrid: Colex, 2010, pp. 83-107 [86].
[464] BONILLA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 30.
[465] BONILLA SÁNCHEZ*, op. cit.*, p. 39.
[466] ROMERO COLOMA, *op. cit.*, p.91.
[467] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 86.
[468] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general…", p.198. También se plantea esta reflexión ARNAU RIPOLLÉS, *Op. Cit*., p. 475.
[469] WEHMEYER, M. L., "Autodeterminación y personas con discapacidades severas". *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual. Vol 37 (4). Núm*. 220. 2006, pp. 5-16.
[470] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 165-166.

incrementar así su grado de autodeterminación[471] y posibilitar el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, la dificultad radica en que el propio concepto del desarrollo de la personalidad, que reclama que la aptitud psicológica que subyace en ella sea reconocida y promovida[472], se vincula comúnmente con la consecución del proyecto vital[473] de la persona, e ignora la dignidad de quienes no pueden decidir su rumbo cognitivamente[474]. Plantea, acertadamente en nuestra opinión, MAYOR DEL HOYO, que en el modelo de la autodeterminación, la dignidad se vincula con la autonomía, con el reconocimiento de las capacidades de la persona para comprender, entender, expresarse y actuar en defensa de los propios intereses[475], dejándose de lado, en cierta medida, a quienes tienen una capacidad natural prácticamente anulada, hasta el punto de que cabe cuestionarse si no se está negando

[471] Por ejemplo con su participación en la fase de generación de opciones o alternativas que luego serán analizadas, o a través de la evaluación de los intereses o preferencias WEHMEYER, "Autodeterminación...", pp. 5-16.

[472] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.152.

[473] MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L. "Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU", en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, PP.245-268, [259]. También MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *Op. Cit*., 20-23.

SEOANE describe la relación entre la toma de decisiones y el desarrollo de la personalidad:

El ser humano es capaz de compensar sus propias limitaciones a través de su actividad inteligente y transformadora de la realidad. Aprovecha en un sentido o en otro las oportunidades y retos que se le presentan a través del libre enjuiciamiento, decisión y subsiguiente actuación ante las diversas posibilidades que se le ofrecen en la vida y que van conformando su personalidad y su proyecto vital. La persona se hace así cargo de su vida y ejerce su facultad de autodeterminación, su derecho al libre desarrollo de su propia personalidad, que en virtud del principio de igualdad ha de permitirse, en principio, a todas las personas, incapaces o no. SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , pp. 50-53 y 67-68. Así entendida, la autodeterminación es una faceta del desarrollo personal. En este mismo sentido, afirma SEOANE que el comportamiento, la conducta humana es reflejo de la vocación y necesidad humana de tomar posiciones en la vida a fin de superar sus carencias y desplegar sus potencialidades en un proceso de autorrealización. Se pronuncia en este sentido también ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 94.

La autodeterminación es una necesidad humana, una propensión innata y natural de la persona, que dirige la conducta hacia la consecución de los propios intereses y hacia el ejercicio de las propias capacidades, a fin de alcanzar los retos más óptimos. RAPPAPORT, J. 1981, In praise of a paradox: A social policy of empowerment over prevention. *American Journal of Community Psychology, 9*, 1-25; WEHMEYER, "Self-Determination…", pp. 19-20.

Se trata de tener la libertad de elegir el propio destino, el control de los propios actos, pensamientos, opciones de vida, opciones políticas, religiosas, etc. MARAÑA, J. J. Y LOBATO, M., "El movimiento de vida independiente en España" en *El movimiento de vida independiente: experiencias internacionales (García Alonso, J. Vidal Coordinador).* Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, PP.259-282.

FERNÁNDEZ SESSAREGO afirma también la confluencia de las decisiones tomadas en el proyecto vital de la persona El autor profundiza en la consagración jurisprudencial latinoamericana (en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica) del concepto de "daño al proyecto de vida", como daño que infligido a la libertad ontológica del ser humano, y en consecuencia distinto al daño moral, referido éste último al dolor emocional o sentimental de naturaleza psíquica. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *op. cit.*, pp. 538-539 y 541-547.

[474] BERMEJO denomina "personeidad" a la continuidad vital manifestada a través de la toma de decisiones y señala tiene carácter no sólo reflexivo, sino que se ejerce también a través de la continuidad corporal y relacional, lo que permite afirmar que la capacidad de decisión se mantiene incluso en situaciones de demencia. BERMEJO, L. *op. cit.*, p. 23.

[475] MAYOR FERNÁNDEZ, Op. Cit., p.8.

así la dignidad de las personas carentes de capacidad de autodeterminación[476]. La propia Convención de Nueva York olvida, en cierto sentido, que la capacidad de toma de decisiones es distinta en función del área y grado de discapacidad[477]. Esta centralidad de la capacidad cognitiva remanente puede deberse, a nuestro juicio, a que aunque la Convención es aplicable a cualquier tipo de discapacidad, está pensada fundamentalmente para la eliminación de las barreras de las personas con discapacidad física y sensorial[478].

Consideramos que la dignidad de la persona se identifica con su personalidad, concebida como "lo más perfecto de la naturaleza"[479], como entidad cualitativamente diferente de los seres no personales[480], y en consecuencia, el derecho al desarrollo de la personalidad lo es tanto de quienes tienen capacidad de raciocinio, como de quienes carecen de él[481]. Si la dignidad es un mínimo invulnerable predicable para todas las personas[482], no puede quedar reducida a las personas cognitivamente capaces y responsables[483]. La dignidad manifestada en la libertad de acción y de pensamiento, -libre desarrollo de la personalidad-[484], se justifica en que la libre decisión es el medio natural para realizar los intereses humanos[485]-. Sin embargo, los fines humanos a los

[476] MAYOR DEL HOYO, M. V., "La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad". Boletín *del Ministerio de Justicia, año LXVIII, núm. 2173, diciembre de 2014*, PP.1-26 [19]. En este sentido, afirma la autora que "por supuesto, esta intervención del ordenamiento ha de ser respetuosa con la autonomía de la persona en el más amplio sentido (en extensión e intensidad); eso sí, sin que una defensa a ultranza de la misma, por encima de cualquier otro criterio, llegue a producir, en algunos casos, un efecto distinto o contrario al legítimamente pretendido".

Ya señaló acertadamente GARCÍA CANTERO que no hay razones para negar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 de la CE "tanto al menor como al incapacitado, quienes por causas ajenas a su voluntad se ven en la imposibilidad de alcanzarlo o proseguirlo". GARCÍA GARCÍA CANTERO, G. "El nuevo régimen de la tutela". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXXIII. Núm 4 (octubre) 1984, (Segunda época. Tomo LXXXIX (257 de la Colección),* 1984, PP. 465-499 [468].

[477] SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1144.

[478] *Ibid.*, p. 1143.

[479] DE CASTRO, *Compendio...*, p. 163.

[480] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p. 150.

[481] ARAMBURO caracteriza en su obra a los enfermos de idiotismo o imbecilidad o simpleza de espíritu, a los que equipara los enfermos de demencia senil, como aquellos cuya enfermedad les priva de "ideas generales y absolutas" o inhabilita para "discurrir por cuenta propia", de los que subraya como único el mantenimiento de capacidades relacionadas con las sensaciones. ARAMBURO, *op. cit.*, pp. 136-137.

[482] BONILLA SÁNCHEZ*. op. cit.*, p. 68.

[483] PALACIOS RIZZO entiende dignidad como la valoración a la persona por el hecho de serlo y no por su utilidad. Ello supone superar un concepto de dignidad humana y de derechos humanos elaborado sobre la capacidad de razonar, sentir y comunicar de las personas. *El modelo social...*, pp. 104, 156-160 y 259-260.

[484] ESCRIBANO TORTAJADA, p. "Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad" en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dynkinson, 2013, PP.137-159 [141].

[485] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 116.

que necesariamente ha de dirigirse el libre desarrollo de la personalidad[486] pueden realizarse también precisamente a partir de la protección de la persona y de la conservación de su existencia.

Para superar las limitaciones derivadas de la centralidad de la razón y de la autonomía de la voluntad, surge una corriente jurídica anglosajona que subraya el enfoque de la vulnerabilidad frente al enfoque de la capacidad de decisión en las cuestiones relativas al derecho de las personas mayores con demencia. Este enfoque promueve la identificación de la naturaleza y de causas de la vulnerabilidad en un caso concreto, a fin de proveer de las medidas de apoyo que sean necesarias para su superación. Según esta doctrina éste es el espíritu que ha de guiar la interpretación de la Convención de Nueva York y, en especial, de su art. 12 (puntos 1 a 4), que se analizarán en el Capítulo VII. Las medidas de apoyo se fundamentan no en que el sujeto no pueda tomar por sí mismo las decisiones, sino en que no se pueda proteger a sí mismo[487]. Así, la legislación de Reino Unido protectora de adultos, sobre todo mayores, define la vulnerabilidad en dos sentidos[488]: como vulnerabilidad ante abusos e injerencias indebidas, derivada de la ausencia de una capacidad de formación firme de la voluntad[489], pero también como vulnerabilidad ante situaciones de riesgo para la vida y la integridad física de la persona[490]. Relacionado con este enfoque, comienza a tener presencia un principio de cuidado y de protección de los mayores vulnerables, *cura maiorum,* que responde a la idea de que el bien prioritario a tutelar por los operadores jurídicos debe ser siempre el interés superior del mayor[491]. En esta misma línea el cuidado de la persona mayor exige reconocer, ante todo, la dimensión existencial de la persona, considerada en la perspectiva más amplia de su vida, en la integridad de sus

[486] La libertad de acción se admite en tanto persigue el acrecentamiento de las cualidades que constituyen el ideal de la persona, la formación de la personalidad en sentido moral. ESPINAR VICENTE, J.M., "Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social" en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 1995, pp. 43-77 [65 y 76]. También ROBLES MORCHÓN *op. cit.*, pp. 49-50.

[487] HALL, "Dementia…", pp. 347-348.

[488] Así, la Care Act de 2014 del Reino Unido, secciones 42-7. Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/23/part/1/crossheading/safeguarding-adults-at-risk-of-abuse-or-neglect/enacted.

[489] Situaciones que SANCHO GARGALLO califica como "voluntad cautiva". *Incapacitación y tutela...*, p. 43.

[490] También hace referencia a esta doble vulnerabilidad GÓMEZ GARZÁS, que alude a la protección del presunto incapaz de sí mismo, de la sociedad, y de todos aquellos que de él pudieran aprovecharse, así como apunta a la posibilidad de la persona mayor con deterioro cognitivo de realizar actos que conlleven perjuicios para él mismo y/o para su familia, o de ser víctimas de personas que se aprovechan de su situación. Respectivamente, en Aspectos legales …", p. 194 y "Las enfermedades…", p. 207.

[491] GÓMEZ GARZÁS, "El juicio notarial…", p. 221.

relaciones sociales, en la personificación del cuidado y en la protección integral de su personalidad[492].

[492] RODOTÁ. *op. cit.,* p. 263.

CAPÍTULO II. LA CONCEPCIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO MODELO PARA EL ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL FORZOSO EN EL DERECHO CIVIL

Los estudios sociopolíticos de la discapacidad describen tres grandes etapas que conforman la evolución de la regulación de las políticas dirigidas a su abordaje y a su tratamiento. Estas etapas están determinadas, a su vez, por la evolución de la concepción social de la discapacidad a lo largo de la historia. En España, sólo los autores más recientes han aplicado esta clasificación al estudio del Derecho civil de la persona con discapacidad. Destacan en este sentido las obras de GARCÍA GARNICA[493], DE ASÍS ROIG[494] y PALACIOS RIZZO[495]. A pesar de la ausencia de otros trabajos que profundicen en el análisis de la evolución de la capacidad civil[496] a partir de la concepción histórico-social de la discapacidad, sí existe desde los primeros años del nuevo milenio, como se verá, un consenso doctrinal en admitir la incorporación de los planteamientos de la concepción actual de la discapacidad en el ordenamiento jurídico civil interno, así como en la necesaria reformulación de las figuras jurídicas relacionadas con la capacidad, con base legal en la Convención de Nueva York (Ésta es objeto del Capítulo VII de este trabajo).

Por lo que respecta a las personas mayores, la literatura gerontológica especializada no aporta un análisis descriptivo de la evolución de las concepciones de la vejez que tenga parangón con el consenso internacional logrado sobre las etapas de la concepción de la discapacidad, ni tampoco una sistematización de la capacidad civil de las personas mayores que nos proporcione un modelo de análisis alternativo. Consideramos que es trasladable el enfoque de la evolución de la concepción de la

[493] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)..." y la misma autora en la misma obra "Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica", pp. 173-210.

[494] DE ASÍS ROIG, R.; BARIFFI, F.; PALACIOS RIZZO, A., "Principios éticos y fundamentos jurídicos" en DE LORENZO R. Y PÉREZ BUENO, L.C. (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno Dirs.)* Cizur Menor: Thomson Aranzadi 2007, PP. 83-110. DE ASÍS ROIG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, p.; PALACIOS RIZZO, A. "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español". *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español (Patricia Cuenca Gómez Editora).* Madrid: Dykinson, 2010, PP.11-35. También DE ASÍS ROIG, R. "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad" en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.) *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 310 y ss.

[495] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*. También DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", y DE LORENZO, R. Y PALACIOS RIZZO, A. "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional". en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, PP.3-124.

[496] Utilizamos en esta introducción al Capítulo II las expresiones "capacidad civil" y "capacidad legal" indistintamente para referirnos al concepto amplio de capacidad en el Derecho civil (incluidas la capacidad jurídica, capacidad natural y capacidad de obrar).

discapacidad a la cuestión que nos ocupa, cual es la toma de la decisión relativa al internamiento residencial en la vejez. En primer lugar, ello se justifica por la representatividad que tiene el grupo de personas mayores en el total de personas con discapacidad (el 58% de las personas que tienen algún tipo de discapacidad es mayor de 65 años)[497]. En segundo lugar, como se ha expuesto en el apartado 2.2 del Capítulo I, porque no existen razones psicológicas que justifiquen un tratamiento jurídico diferenciado de la toma de decisiones de personas adultas en función de su edad, sino que tal especificidad responde a las condiciones de salud que merman la capacidad de toma de decisiones, en combinación con los elementos sociales que pueden contribuir a favorecer o dificultar tal capacidad, es decir, a la discapacidad psíquica.

Dada, por tanto, la existencia de estudios que asocian la evolución de la concepción de la discapacidad a la capacidad jurídico civil; la admisión doctrinal unánime de la influencia de la concepción actual de la discapacidad en la configuración legal de la capacidad; y, siendo ésta una configuración que no distingue a las personas en función de su edad, -salvo los menores de 18 años-, hemos optado por basar el análisis que se realiza en este trabajo estructurando los siguientes capítulos en las etapas y en los postulados del estudio de la discapacidad.

Partiendo de la obra de DE JONG y de su adaptación a la realidad española realizada por CASADO, las obras que han analizado la evolución de las concepciones de la discapacidad identifican tres modelos de comprensión y de actuación ante la discapacidad, que alcanzan el rango de paradigmas[498] cuando se desarrollan en el ámbito científico. Los paradigmas y modelos se construyen a partir de los siguientes elementos: el origen o significado que la sociedad atribuye a la discapacidad, el rol social que se otorga a la persona afectada por ella, y la respuesta político-social a la discapacidad, en la que el internamiento cumple una función determinada[499]. Los paradigmas resultantes, según la literatura científica, son el paradigma de la prescindencia, el de la rehabilitación y el de la autonomía personal. Como modelos predominantes en cada uno de ellos, se han identificado respectivamente los modelos

[497] Porcentaje obtenido a partir de los datos del INE. Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia. 2008. Población con alguna limitación o discapacidad por edad y sexo. http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1&file=pcaxis

[498] Entendemos por paradigma la definición de la realidad desde un punto de vista científico, que proporciona el marco en el que se identifican y resuelven los problemas de tal carácter. DEJONG, *op. cit.*, p.442. Asimismo, coincidimos la distinción entre paradigma y modelo que hace DÍAZ VELÁZQUEZ. El paradigma es para el autor, siguiendo a Khun, el modo de conocimiento científico de la realidad, la visión del mundo, universalmente reconocida, basado en un esquema de pensamiento ideológico concreto. El modelo se inserta dentro del paradigma y es una aprehensión o representación simplificadora de la realidad en la que sólo se destacan las relaciones consideradas más significativas y definitorias del fenómeno. DÍAZ VELÁZQUEZ, E., "Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad" *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico*. *Vol. 3 (2), 2009*, PP.85-99 [86].

[499] Así, la obra de PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*

tradicional, médico y social. Describimos a continuación cada uno de estos paradigmas y modelos, así como la función del internamiento en cada uno de ellos, a fin de sentar las bases conceptuales que serán retomadas en los capítulos dedicados específicamente a la evolución de la capacidad civil, lo que a su vez servirá de referencia para el análisis de la toma de decisión relativa al ingreso residencial.

1. EL PARADIGMA DE LA PRESCINDENCIA[500] Y EL MODELO TRADICIONAL DE LA DISCAPACIDAD

Sin perjuicio de que la exclusión social de las personas con discapacidad haya sido una constante a lo largo de la historia[501], el modelo tradicional se caracteriza expresamente por asignar un papel residual a la persona con discapacidad. Ésta no es objeto de atención en sí misma sino por la utilidad moral o por la carga de cuidados que supone para la familia y para la sociedad.

Desde la Antigüedad y hasta la Época Moderna, la discapacidad se vincula a lo religioso[502], hasta el punto de que en su tratamiento intervienen tanto prácticas medicinales como prácticas de culto[503]. Se atribuye a la discapacidad un origen

[500] DÍAZ VELÁZQUEZ atribuye la consideración de paradigma a la visión excluyente o marginal que en esa época se tiene de la discapacidad. *op. cit.*, p. 88.
DE LORENZO Y PALACIOS consideran esta actitud generalizada un modelo y se refieren a ella como el modelo de la prescidencia. "Discapacidad…", p. 13.
Otros autores la identifican como simple práctica social. PUIG DE LA BELLACASA, R. "Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad", *Discapacidad e información. Documentos 14/90. 2ª edición.* Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 63-96, [67]; VERDUGO ALONSO, *op. cit.,* p. 8.
Dejando a un lado la consideración científica necesaria para atribuir a una visión el carácter de paradigma, por la abstracción que supone la idea de prescindencia durante una etapa tan amplia, admitimos calificarla de paradigma, no sin ciertas reservas.

[501] CASADO PÉREZ, D. *Panorámica de la discapacidad*. Barcelona: Intress, 1991, pp. 51-53; VERDUGO ALONSO, M.A., "Personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías", en VERDUGO ALONSO, M.A. (Dir.), *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras. 2ª edición, Madrid, Siglo XXI, 1998*, PP.1-33, [10].
A salvo de los discapacitados físicos heridos de guerra, que han sido objeto siempre de reconocimiento social. Así, los marinos mutilados de los Siglos XVII y XVIII CEBRIÁN ZÚÑIGA, J.A., "El tratamiento de la discapacidad en las ciencias sociales y culturales. Diferentes roles de la discapacidad en la historia social / personajes relevantes con discapacidad" en De Lorenzo y Pérez Bueno (Dirs.)*, Tratado sobre discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 1345-1364 [1349].

[502] Por todos, CASADO, *Panorámica…,* p. 44.

[503] Señala en este sentido GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 30, que el nombre de *furiosi* responde a que en Roma se clasifica a los alienados en función de la divinidad que es origen de su mal, en este caso, las Furias. Destaca también DÍEZ-PICAZO el carácter empírico de las definiciones romanas de la enfermedad mental. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Nuevas perspectivas del Derecho de las personas", (en *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*. Diputación de Barcelona, Barcelona, 1999) en *Luis Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Teoría General. Derecho subjetivo. Derecho y Masificación Social. Teoría y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de la Familia . Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 980-992 [982].

extraterrenal, bien asociado al mal, que genera temor o vergüenza y en consecuencia deseo de ocultación, -e incluso prácticas eugenésicas[504]-, bien asociado a lo sagrado, que suscita caridad y misericordia, con miras a la salvación personal.

En esta concepción influye la utilidad social de la persona con discapacidad. Se considera que la vida de la persona con discapacidad o bien no merece la pena ser vivida, o cuando menos supone una carga o un sacrificio para la familia o para la comunidad[505]. Las personas con discapacidad se consideran innecesarias y quedan relegadas a un estado de marginación. Sin perjuicio de algunas formas genuinas de solidaridad, la práctica social generalizada es la integración utilitaria de las personas con discapacidad en el seno de sus familias y de la comunidad, a través de la ocupación de los puestos de más bajo nivel, desempeñando roles productivos auxiliares en los ámbitos agrícola, doméstico o artesanal[506].

A pesar de que la mayoría de las personas con discapacidad viven con sus familias, es frecuente también en esta época su segregación, junto a las clases pobres, a través del asilamiento. El internamiento responde así indistintamente al deseo de ocultación[507] de una discapacidad asociada al pecado, a la evitación del peligro[508], o a la acción caritativa[509], propias del pensamiento cristiano medieval[510].

En los siglos XV, XVI y XVII, la práctica asistencial es todavía indiferenciada, -al sujeto con discapacidad se le atiende como al "atípico, al pobre y al diferente"[511]- pero adquiere una dimensión pública. El internamiento constituye una estrategia más de la función pública administrativa, ordenadora[512] y de control social del Estado moderno absolutista. Las autoridades comunales se ocupan de los enajenados, sobre todo de los

[504] DÍAZ VELÁZQUEZ lo concibe como un verdadero modelo eugenésico. *op. cit.*, p. 88.
[505] CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 51.
[506] Esta integración utilitaria desemboca en ocasiones en verdaderas prácticas de explotación. CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, *Ibid.*, pp. 51-53; GARCÍA GARCILAZO, H., *Programas de acción mundial para las personas con discapacidad: el gran desconocido.* Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Ministerio de Asuntos Sociales.1990, pp. 45-46.
[507] DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 983.
[508] Califica GUTIÉRREZ CALLES *op. cit.,* p. 38 las prácticas curativas como caracterizadas por un oscurantismo y superstición exacerbada.,
[509] "De objeto a eliminar, el lisiado, el deforme o el enfermo de lepra, el ciego mendicante, etc, pasan a ser pobres y objetos de caridad, junto con los "inocentes", los retrasados (idiotas, imbéciles) aunque estos pasen más desapercibidos y se acomoden mejor mientras la sociedad es más rural". PUIG DE LA BELLACASA*, op. cit.,* p.68.
[510] ALEMÁN BRACHO C. Y GARCÍA M., *Servicios Sociales Sectoriales*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005, p. 188; DE ASIS, BARIFFI Y PALACIOS, "Principios éticos...", p. 86; PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.67; VERDUGO ALONSO, *op. cit.*, p.8.; DE LA PUENTE LLORENTE, R., "Inserción laboral de colectivos con discapacidad". *Intervención social y demandas emergentes (Natividad de la Red y Daniel Rueda (Eds).* Madrid: CCS, 2003, p.111; GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p. 46; GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 36.
[511] VERDUGO ALONSO, *op. cit.*, p. 8.
[512] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.70.

peligrosos[513], surgen los hospitales regios[514] y proliferan los centros de salud y los albergues regentados por las órdenes religiosas[515].

Con la Ilustración, la concepción de la pobreza se seculariza y el internamiento se concibe como una función propia del Estado. Se crean los hospicios, en los que el tratamiento de la pobreza no es ya individualista y religioso, sino colectivo y racional, represivo y reeducador más que asistencial[516].

En toda Europa es común durante los siglos XVII y XVIII la "marginación administrativa de la irracionalidad", en la que el encierro se determina por la incomodidad o peligrosidad social del individuo. Las monarquías absolutas albergan a estos grupos en establecimientos comunes siguiendo el modelo del "Hôpital Génèral" de París[517]. El internamiento se produce a través de instrumentos administrativos, abiertos a la arbitrariedad gubernativa, a modo de la *lettre de cachet* francesa*,* consistente en una orden generalmente de prisión o encierro dictada como respuesta a una solicitud por parte de las familias, u otros individuos o grupos. Los supuestos en los que se emiten son muy variados: conductas inmorales, delitos, toxicomanías, infidelidades, locura, imbecilidad, etc, y constituyen una forma de control social de la vida cotidiana por parte de los propios particulares[518], con auxilio de la autoridad. Así, hasta el siglo XIX, cuarteles, hospicios, hospitales y cárceles serán instituciones de corrección permeables unas a otras[519].

[513] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 45.
[514] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.68.
[515] GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p. 47.
[516] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C.M. Y SÁNCHEZ GARCÍA, J.A. "Espacios para el refugio"; en *Vejez y envejecimiento en Europa Occidental. Semata - Ciencias Sociales e Humanidades, núm. 18, 2006*. Universidad de Santiago de Compostela, pp. 167-203.
[517] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Psiquiatría y Derecho" en GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J.L., VELA BUENO, A, y ARANA ARREGUI, J.A. (Coords.), *Manual de Psiquiatría.* Madrid: Karpos, 1980, PP.1239-1266 [1241].
[518] FOUCAULT, M., "Conferencia Cuarta" *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa, 1983, p. 107-112. Nótese además que las *lettres de cachet* dejaban de estar en vigor cuando quien la había solicitado afirmaba que el sujeto encerrado se había corregido.
[519] ÁLVAREZ URÍA, F., *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*. Barcelona: Tusquets Editores, 1983, p.55. MAZA ZORRILLA cita varias disposiciones españolas en este sentido. Así, la Real Orden de 18 de noviembre de 1777, en la que se ordena el recogimiento de los verdaderos pobres en el Hospicio de Madrid con aplicación a oficios y ocupaciones, a modo experimental para su desarrollo posterior por el resto del país; igualmente la Orden del 30 de marzo de 1778, que crea las diputaciones de caridad de los barrios, que tenían como una de sus funciones la de localizar periódicamente a los pobres para enviarlos al Hospicio y, por último, algunas Reales Órdenes de las dos últimas décadas del siglo XVIII que incorporan normas reguladoras del envío de los pobres de solemnidad a sus lugares de domicilio o naturaleza y la recogida de mujeres, niños e inválidos en las Casas de Misericordia. Igualmente el Decreto de las Cortes de 11 de septiembre de 1820 por el que los gitanos que andan vagando inútilmente, vagos, holgazanes y malentretenidos son enviados vía apercibimiento a las obras públicas, casas de corrección, misericordia, hospicios, arsenales y otros establecimientos en donde puedan trabajar.

La exclusión de las personas con discapacidad comienza a tener un rasgo distintivo. Si anteriormente la marginación se había compartido con las capas socialmente bajas, a partir del siglo XIX se da una creciente diferenciación social de la discapacidad, ya que los derechos civiles que se reconocen al tercer estado, no alcanzan a este sector de la población, considerado improductivo[520]. En este sentido, las personas con discapacidad se asimilan ahora a los más pobres entre los pobres.

A mediados del siglo XIX, los establecimientos asistenciales dejan de ser, -al menos formalmente- establecimientos en los que se recluye a vagos y mendigos[521]. La tipificación de las conductas de la mendicidad y de la vagancia en normas penales prevé una reclusión diferenciada. Los centros asilares se dirigen ahora a los "verdaderos pobres", es decir a los verdaderamente impedidos para trabajar[522], y mantienen su finalidad de control social a través de la vigilancia y de la corrección, -paradójicamente por medio del trabajo[523]-, de las conductas[524] que se apartan de la

Una muestra del carácter correctivo del internamiento asistencial se recoge en el Reglamento de la Santa y Real Casa de Misericordia de la Villa de Bilbao de 1832, que prevé el ingreso correctivo "por aprehensión", que consiste en un ingreso por parte de los celadores a los vecinos que pordiosean por las calles o de puerta en puerta, a quienes se les conservará en la Casa "ocupándolos inmediatamente en algún ramo y privándolos de la salida hasta que pierdan el hábito de insujección" (art. 172).

[520] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.68.

[521] Véase página 134. En el Reglamento de la Santa y Real Casa de Misericordia de la Villa de Bilbao de 1879 desaparece el ingreso correctivo "por aprehensión" previsto en el de 1832.

[522] Así, la Ley de Vagos sancionada por Real Decreto de 9 de mayo de 1845 aunque incluye como vagos a quienes no tienen oficio, profesión, renta, sueldo, ocupación o medio lícito para vivir, especifica como tipo de vagos específico los que no se dedican a ningún oficio ni industria y se ocupan habitualmente de mendigar siempre que puedan trabajar (art. 1). Gaceta de Madrid, núm. 3933, de 21 de junio de 1845, p. 2. El dictamen de la comisión sobre el proyecto de Ley de Vagos que se envía al Senado profundiza en esta idea. Se afirma sobre la definición de "vagos" que se han de tener presentes "todas las consideraciones que naturalmente se ofrecen respecto de las personas imposibilitadas para el trabajo temporal o perpetuamente que buscan su subsistencia en la caridad cristiana"; mendigos que el dictamen considera que deben quedar excluidas de la ley. Dictamen de 24 de enero de 1845. Gaceta de Madrid, núm. 3788, de 27 de enero de 1845, p. 3. Estas definiciones de vagos se reproducen en el artículo 13.4 de la Ley de Orden Público de 20 de marzo de 1867, Gaceta de Madrid núm. 81, de 22 de marzo de 1867, p.1. y en el artículo 258 del Código Penal de 1870 que incorpora el delito de vagancia por Ley de 27 de marzo de 1868. Gaceta de Madrid núm. 88, p.1. (En este caso, basta con que pudiendo no trabajen habitualmente, sin que se requiera el ejercicio de la mendicidad). Este artículo fue derogado por Decreto el 19 de octubre del mismo año. Gaceta de Madrid, núm.295, de 21 de octubre de 1868, p. 5.

La Ley conocida como de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 establece que podrán ser considerados en estado peligroso y sometidos a medidas de seguridad, entre otros, los vagos habituales y los mendigos profesionales (art. 2) y podrán ser internados en establecimientos de régimen de trabajo o colonias agrícolas por un máximo de tres años, en establecimientos de custodia por un periodo de entre uno y cinco años y en casas de templanza por tiempo absolutamente indeterminado (art. 4). Se abren así las vías para una vuelta a la indiferenciación de los colectivos acogidos por beneficencia y las personas detenidas como peligrosas. Gaceta de Madrid, núm. 217, de 5 de agosto de 1933.

[523] Sin embargo, BERCOVITZ interpreta la insistencia de la normativa que excluye el carácter correccional de los centros como reveladora de una realidad social contraria a la misma. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *La marginación de los locos y el Derecho*. Madrid: Taurus, 1976, p. 29.

[524] La Ley General de Beneficencia de 1822 sanciona ya la función reeducadora de los centros (arts. 74 a 78). Instrucción general para los establecimientos benéficos nacionales, contenida en el Real Decreto de

norma[525]. A pesar del incremento de asilos y del surgimiento de las casas de trabajo, "donde los inválidos, los ciegos y los retrasados algo debían producir", los centros de la época no dan abasto para cobijar en ellos a la gran cantidad de personas con discapacidad y a los enfermos de toda clase que vagan por las calles y que quedan fuera del sistema. Son considerados una carga para sus familias, y éstas tienen como meta lograr su internación[526]. Por ello, la época de la Revolución Industrial se convierte en la época de mayor asilamiento y segregación de la discapacidad[527].

2. EL PARADIGMA DE LA REHABILITACIÓN Y EL MODELO MÉDICO

La mayoría de los autores sitúan el modelo médico a finales de la II Guerra Mundial, con la atención que se presta a los veteranos que retornan a EEUU y a algunos países europeos[528]. A nuestro juicio, las bases del modelo se habían sentado ya en la época moderna, con la explicación biológica de las causas de la discapacidad[529] y la consiguiente posibilidad de curación o modificación de las mismas[530], así como la reclusión de las personas con discapacidad en las casas de trabajo.

En el siglo XIX con el desarrollo del interés científico, se considera objeto de estudio al "sujeto problema"[531], en este caso a la persona con discapacidad[532]. Las personas con discapacidad dejan de ser consideradas inútiles socialmente pero sólo en la medida en que puedan ser rehabilitadas[533]. La segregación se justifica ahora porque se interna a las personas en los centros para observar, estudiar, experimentar, curar y rehabilitar[534]

1873, admite el ejercicio coactivo del trabajo como elemento coadyuvante al tratamiento médico-moral o a la inserción del interno (arts. 13, 93 y 94). Gaceta de Madrid núm. 118, de 28 de abril de 1873, pp.244-247.

[525] FOUCAULT, *Op. Cit.*, pp. 89-114.

[526] GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, pp.47-48.

[527] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.69.

[528] *Ibidem*.

PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, p. 68-69, sitúa el modelo médico al finalizar la Primera Guerra Mundial, aunque reconoce que los cambios importantes en el modelo se dan al finalizar la segunda.

Se alude a la repercusión que tuvieron las políticas sociales desarrolladas en reconocimiento de heridos de guerra, en virtud de las cuales se crean fundaciones, instituciones y centros de rehabilitación. La autora cita además la influencia del reconocimiento de los accidentes laborales. En ambos casos, el reconocimiento social obedece al daño producido que es preciso reemplazar. Sin embargo, argumenta GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.49que la finalidad de estas políticas no es sólo el reconocimiento social sino también hacer frente a la preocupación de que los retornados fueran a engrosar las cifras de desocupados, consecuencia de la desactivación parcial de la industria bélica.

[529] DE ASIS, BARIFFI Y PALACIOS, "Principios éticos...", p.86; PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, p.67.

[530] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, p. 67.

[531] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.70.

[532] GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.48.

[533] DE LORENZO Y PALACIOS, "Discapacidad…", p. 14

[534] GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.48.

y ello alcanza a los enfermos físicos y a los psíquicos[535]. Se produce así la diferenciación de los hospitales, con finalidad curativa, de los asilos, cuya función continúa siendo el internamiento, la ocultación y el control social[536]. En esta época, la racionalización instrumental y la tecnificación contribuyen a la especialización médica[537].

El modelo médico da lugar al paradigma de la rehabilitación, que se mantiene hasta bien entrado el siglo XX. El paradigma de la rehabilitación supone que el problema de la discapacidad es un problema del individuo, de su enfermedad[538]. Su deficiencia y su falta de destreza son la fuente de sus dificultades de adaptación[539] y provocan un desajuste y/o una desviación respecto de las pautas y normas comunes en la sociedad[540]. La rehabilitación y adaptación ha de realizarse fundamentalmente desde el campo de la salud[541], con pleno control médico sobre el tratamiento.

La rehabilitación ocupacional adquiere una importancia central. El problema a superar es el funcionamiento inadecuado en la realización de las actividades de la vida diaria y en la inserción laboral[542]. La integración de la persona con discapacidad requiere precisamente del sometimiento a tratamiento médico para superar su deficiencia, su adaptación[543] y la rehabilitación de sus destrezas perdidas para ser productiva para la sociedad[544]. Así, la integración en esta época se sirve de la segregación para superar la diferencia[545]. Muestra de ello son los instrumentos normativos de la época, entre los que destacamos los más relevantes:

- La Carta Social Europea de 1961[546], establece el compromiso de las partes firmantes de "tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios

[535] AGUILAR DOMENECH cita las Reales órdenes de 12 de julio de 1800 y 31 de mayo de 1802, en las que se equipara al enfermo mental con la condición de los demás enfermos. AGUILAR DOMENECH, R. *La introducción a la historia de la legislación psiquiátrica española del siglo XIX (Tesis Doctoral)*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1991, pp.220-221.
[536] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.69.
[537] CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p.53.
[538] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, p. 66.
[539] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, pp.72-73.
[540] DE LA PUENTE, *op. cit.*, p. 111.
[541] GIMÉNEZ GLUCK, D. "El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento jurídico europeo y español" en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson, Reuters, 2009, pp.223-244 [224].
[542] DEJONG, G., "Independent Living: From Social Movement to Analytic Paradigm" en *Archives of Physical Medicine and* Rehabilitation, 1979, pp. 435-446, [442].
[543] GARCÍA PONS, *op. cit.*, p. 22.
[544] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, pp.72-73; GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.49, DE LA PUENTE, *op. cit.*, p. 111.
[545] DE LORENZO Y PALACIOS, "Discapacidad…", p. 17
[546] Número 35 del Consejo de Europa. Hecha en Turín el de 18 de octubre de 1961 y ratificada por España el 29 de abril de 1980 (BOE núm 153/1980, de 26 de junio, pp 14583-14540).

para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas" (art. 15).

- La Declaración de la ONU de Derechos del Deficiente mental de 1971[547], reconoce el derecho del deficiente mental a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y aptitudes (punto 2). Asimismo, el punto 5 señala que el deficiente mental debe poder contar con la atención de un tutor cualificado cuando esto resulte indispensable para la protección de su persona y bienes.

- La Declaración de la ONU de los Derechos de los Impedidos de 1975[548], designa como "impedido" en su punto 2 "a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales". La Declaración reconoce el derecho del impedido a las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible (punto 5), que consisten en atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; a la formación y a la readaptación profesional; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social (punto 6).

Por lo que respecta a la valoración del modelo, el elemento más criticado del paradigma de la rehabilitación es la "medicalización de la discapacidad". El énfasis que se pone en la enfermedad conlleva la adjudicación de un rol de enfermo a la persona con discapacidad, de quien se espera que haga todo lo posible para salir de esa situación siguiendo las pautas establecidas por el médico y su equipo. La meta del proceso rehabilitador es el funcionamiento máximo de la persona y el éxito de la rehabilitación se determina, en gran medida, en función de si el paciente ha seguido o no el régimen terapéutico prescrito[549]. El paradigma rehabilitador genera segregación y es especialmente excluyente en los casos en los que la curación de la deficiencia o enfermedad resulta imposible. Se asigna entonces a la persona con discapacidad un rol de impedida que da lugar a un estatus vital de dependencia, a un comportamiento

[547] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, Res 2856 (XXVI).
[548] Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975.
[549] DEJONG, *op. cit.*, pp.440-442; PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, pp.72-73.

pasivo y a tal tutela y protección, que se le releva de todas sus obligaciones, pero también de sus derechos y oportunidades de desarrollo personal[550].

En España, el paradigma rehabilitador se inicia en el campo de la psiquiatría, de la mano de los propios psiquiatras. Después, es asumido por las entidades del sector privado de atención a la discapacidad, sobre todo asociaciones de familiares de niños con retraso mental, que demandan una intervención técnica especializada con centros y prestaciones específicas para cada tipo y grado de discapacidad. Esta orientación es secundada por el sector público, que crea en 1971 el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (en adelante, SEREM), en el seno de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales y en 1975, el Instituto Nacional de Educación Especial[551].

Las críticas recibidas por las actuaciones hacia las personas con discapacidad reproducen los reproches internacionales[552] de estigmatización y segregación del colectivo[553]. A ellas se añade el hecho de que el modelo desemboca en una mera atención paternalista por parte de la administración pública, que reduce sus prestaciones a las pensiones de la seguridad social, las ayudas y subsidios del SEREM, la creación de centros de empleo protegido y el fomento de la discriminación positiva en el empleo[554]. Por lo que respecta al internamiento, el objetivo de la rehabilitación se sustituye en la práctica en muchas ocasiones por la mera atención residencial asistencial[555]. Como efecto del modelo médico, de la sobreprotección familiar y de la menor dignidad atribuida socialmente a las personas con discapacidad, a lo largo de todo el siglo XX se institucionaliza a muchas personas con dificultades funcionales físicas graves, a las que se cataloga de incurables, privándoles de la capacidad de decisión sobre sus propias vidas[556].

[550] DEJONG, *ibidem*.
[551] CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 54.
[552] En Estados Unidos, WARD, M. J., "Coming of Age in the Age of Self-Determination. A Historical and personal perspective", *Self-Determination Across the Life Span. Independence and Choice for People with Disabilities (Sands, Deanna J. and Wehmeyer, Michael L. Eds).* Baltimore: Paul H. Brookes, 1996, pp.3-16 [4].
[553] CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, pp. 54- 55, se pronuncia sobre esta etapa de "atención especializada y tecnificada". "El intervencionismo especializado y tecnificado es una concepción práctica que propicia la mejor calidad de la atención a los individuos con menoscabo en los aspectos clínicos, vamos a decir así. Conviene notar, en contrapartida, que propicia la dominación de los servicios y de los agentes especializados sobre los usuarios, así como la formación de «un mundo para ellos», un espacio privativo, exclusivo, excluyente … (…)".
[554] CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 49; PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 67 y 71.
[555] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 93-94.
[556] PALACIOS RIZZO Y ROMAÑACH, *op. cit.,* pp. 126-127.

3. EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y EL MODELO SOCIAL[557]

El modelo médico, en el que el rol director del tratamiento y de la actuación con el paciente descansa en el profesional, se ve superado por el modelo social, que aborda la intervención a partir del entorno. Asimismo, el paradigma de la rehabilitación es sustituido por el paradigma de la autonomía personal, que trata de dar respuesta a las limitaciones del anterior. En el plano científico, el paradigma de la rehabilitación fracasa, como se ha visto, cuando se enfrenta a situaciones en las que nada se puede hacer por recuperar las facultades deterioradas de la persona. Se considera insuficiente para abordar la mejora en la autonomía personal de las personas con discapacidad severa que no permite rehabilitación y centrado en la rehabilitación, ignora que el entorno físico y los mecanismos de control social constituyen parte del problema de la discapacidad[558].

El nuevo paradigma de la autonomía personal considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni biológicas, sino predominantemente sociales[559] porque impiden a la persona con discapacidad desarrollarse plenamente como ser autónomo.

3.1. EL ORIGEN DEL MODELO Y DEL NUEVO PARADIGMA

El modelo social surge a principios de los 70, en Estados Unidos, auspiciado por el "Movimiento de Vida Independiente". Sus postulados sobre la discapacidad adquieren el rango de nuevo paradigma científico[560].

El Movimiento de Vida Independiente nace en el seno del colectivo universitario de personas con discapacidad física[561] y tiene como objetivo principal "sacar a las

[557] DÍAZ VELÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 96, diferencia en este paradigma el modelo social y el modelo de la diversidad funcional. Nosotros describimos la diversidad funcional como elemento del paradigma social.
[558] DEJONG, *op. cit.*, pp.443.
[559] DE LORENZO Y PALACIOS, "Discapacidad…", p. 17.
[560] DEJONG, *op. cit.*, pp. 442-443.
[561] Los orígenes del Movimiento de Vida Independiente se sitúan primero en un programa de alojamiento y de autoayuda para estudiantes con discapacidad física de la Universidad de Illinois en 1962 y después en la creación de un Centro de Vida Independiente no residencial en la Universidad de Berckeley, California en 1972. Los integrantes del movimiento de vida independiente son adultos jóvenes, blancos, del entorno universitario, afectados por lesión medular, distrofia muscular, parálisis cerebral, esclerosis múltiple y discapacidades derivadas de la poliomelitis.
El movimiento se presenta en 14º Congreso de Rehabilitación Internacional en Winnipeg (Canadá), en junio de 1980, organizado por los técnicos y líderes del propio movimiento, muchos de los cuales son al mismo tiempo afectados. A raíz de ello, se crea la Disabled People´s International. CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 56. DEJONG, *op. cit.*, pp.435-436.

personas con discapacidad de los hospitales e instituciones, e incluso de sus propias casas donde se hallaban recluidas"[562]. Alimentado de los movimientos a favor de los derechos civiles de las minorías de los años 60, -sobre todo de la minoría negra-, proclama el reconocimiento de los derechos civiles del colectivo de personas con discapacidad, como estrategia de lucha contra su discriminación[563]. A nivel macrosocial plantea la desmedicalización, la desinsitucionalización y la remoción de barreras para la accesibilidad[564]. En el plano grupal, utiliza las ideas del modelo de autoayuda y promueve la defensa y la orientación por parte de los iguales, así como la provisión de servicios por el propio movimiento de vida independiente[565]. A nivel individual, se nutre del movimiento de la soberanía del consumidor y considera que la persona con discapacidad desempeña el rol de cliente en su relación con el servicio o producto que adquiere y, con ello, ejerce el control sobre el mismo[566]. Como consumidora, la persona con discapacidad tiene derecho a ser informada y a tomar decisiones propias, también en el marco de su tratamiento. Estas ideas se reflejan en la participación de la persona con discapacidad en su plan de rehabilitación [567].

La dimensión social de la discapacidad se incorpora a las políticas internacionales de atención a la misma. La OMS publica en 1980 la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías[568] (en adelante, CIDDM)[569], que contiene las

Subraya CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 56, que la característica de este movimiento es que "al contrario de lo sucedido en la asistencia psiquiátrica o en protección de menores, los afectados han ido por delante de los técnicos, y vienen ejerciendo el liderazgo del mentado movimiento".

[562] DE LA PUENTE, *op. cit.*, p. 117; WARD, *op. cit.*, p. 6.

[563] Esta reivindicación se asume en la *Rehabilitation Act* de 1973, que prohíbe la discriminación por razón de la discapacidad en actividades y programas con financiación del estado federal (sección 504). La *Rehabilitation Act* se considera la primera ley norteamericana de derechos civiles para las personas con discapacidad. DEJONG, *op. cit.*, pp.438; PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, p. 117.

[564] DEJONG, *op. cit.*, pp.440-443.

[565] *Ibid. op. cit.*, p.439.

[566] WARD, *op. cit.*, p.6.

[567] La participación queda recogida en la *Rehabilitation Act* de 1973. Los servicios para la vida independiente se reconocen en 1978, en las enmiendas contenidas en la 95-602, 6 de noviembre de 1978. DEJONG, *op. cit.*, p.437-439.

[568] En este trabajo se emplea el término "minusvalía" exclusivamente cuando se reproducen documentos oficiales o normas jurídicas que, siendo anteriores a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, utilizan tal expresión. Esta Ley establece en su Disposición adicional octava:

Terminología.

Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.

[569] La versión española se publica por el INSERSO en 1983. OMS. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad.* Madrid: Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO). Ministerio de Asuntos Sociales, 1994.

tres dimensiones que responden a diferentes planos de la experiencia que resulta de la enfermedad[570]:

- La deficiencia hace referencia "a las anormalidades de la estructura corporal y de la apariencia y a la función de un órgano o sistema, cualquiera que sea su causa". Las deficiencias representan trastornos a nivel de órgano.
- La discapacidad refleja "las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo". Es una alteración del comportamiento del individuo y representa un trastorno a nivel de la persona.
- La minusvalía hace referencia a "las desventajas que experimenta el individuo como consecuencia de las deficiencias y discapacidades".

La dimensión social de la discapacidad se concreta en la dimensión minusvalía, en la medida en que incorpora el entorno como elemento generador de desventaja de las personas con discapacidad[571]. Así la discapacidad se contempla "teniendo en cuenta las circunstancias que probablemente van a encontrarse las personas que tienen alguna discapacidad, circunstancias que colocarán a dichos individuos en una situación de desventaja en relación con sus semejantes cuando se tienen en cuenta las normas de la sociedad"[572]. Las minusvalías lo son en relación con las normas culturales, -estructurales, funcionales o de actuación-, respecto de las cuales la persona con discapacidad se ve en situación de desviación o de desventaja, porque como consecuencia de la deficiencia o de la discapacidad ve limitado o impedido "el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales)"[573].

La ONU aprueba por Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982 el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad[574]. Este Programa confirma la línea conceptual y terminológica iniciada por la CIDDM y relaciona los tres niveles de menoscabo con las tres estrategias de intervención: prevención ante la deficiencia, rehabilitación ante la discapacidad y equiparación de oportunidades ante la minusvalía[575]. El elemento fundamental del Programa es el principio de equiparación de oportunidades[576], que superando el enfoque de la rehabilitación, sitúa la

[570] OMS. *Clasificación Internacional de deficiencias...*, pp. 38-39 y 52-54.
[571] PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.87.
[572] OMS, *Clasificación Internacional de deficiencias...*, p. 12.
[573] *Ibid.*, p. 56 y 221.
[574] Asamblea General de las Naciones Unidas, (Documento A/37/51).
La ONU declaró además el Año Internacional para los Disminuidos Psíquicos, Físicos y Sensoriales (1981), bajo el lema "Participación e igualdad plenas", a través de la "equiparación de oportunidades". CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 57.
[575] VERDUGO ALONSO, *op. cit.*, p.22.
[576] GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.57.

responsabilidad de actuación contra la discapacidad en la accesibilidad en la sociedad en su conjunto, cuyas barreras físicas y sociales dan lugar a la desventaja de las personas con discapacidad (punto 2). Ello significa que el sistema social en su conjunto ha de hacerse accesible para todos, incluyendo el medio físico y cultural, la vivienda, el transporte, los servicios sociales y sanitarios, la educación y el trabajo y la vida cultural y social (punto 12). El Programa contempla la plena participación de las personas en las unidades básicas de la sociedad, -familia, grupo social y comunidad- como esencia de la experiencia humana (punto 71), así como la necesidad de que puedan vivir lo más normalmente posible, tanto en los hogares, como en la comunidad (punto 24), para lo que promueve la salida de los centros institucionales (puntos 61 y 75). Se incorpora la autonomía de las personas con discapacidad, canalizando la expresión de sus opiniones y la participación en las decisiones que les afectan (puntos 28 y 29) a través de las organizaciones de la discapacidad (puntos 91 a 94 y 144).

El Programa se concibe como un documento no de servicios sociales, sino como una declaración de derechos civiles de emancipación[577]. A pesar de ello, el Programa no se llevó a la práctica debido a que no tuvo dotación de recursos[578]. El cambio en la concepción de la discapacidad tuvo que esperar a la aprobación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades de 1993.

3.2. **EL MODELO INTEGRADOR DE LOS AÑOS OCHENTA**

Durante la década de los 70 en Europa y de los 80 en España, la atención a la discapacidad tiene como objetivo la integración a través de la normalización. El principio de normalización supone procurar a las personas con discapacidad un ambiente y unas condiciones de vida cotidiana lo más similares posibles a la sociedad a la que pertenecen[579]. Aunque la normalización es el presupuesto para que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos civiles[580], en esta época el principio de normalización adquiere entidad en sí mismo. La normalización es un principio común a los Estados de Bienestar Europeos, que se incorpora a las políticas sociales importadas del Movimiento de Vida Independiente estadounidense. De esta manera las proclamas emancipadoras quedan mediatizadas, en gran medida por el ideal normalizador[581]. Se

[577] VERDUGO ALONSO, *op. cit.*, p.22

[578] GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.57.
La Resolución de la Organización de Naciones Unidas A/RES/39/26 de la Asamblea General, de 23 de noviembre de 1984, que aprueba la Declaración del decenio 1982-1992 como Decenio Mundial de las Personas con Discapacidad, insta a poner en marcha el Programa de 1982. Sin embargo, esta resolución tampoco prosperó. LIDÓN HERAS, *op. cit.*, pp.33-34.

[579] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , p. 85.

[580] DEJONG, *op. cit.*, pp.438.

[581] En Suecia emerge el movimiento de "autodefensa" en el ámbito de discapacidad intelectual (self advocacy movement), como movimiento a favor de los derechos civiles que reclama el papel de la

enfatiza la vida en comunidad y los ambientes poco restrictivos[582], la adaptación al ritmo y a las rutinas diarias normalizadas. Asimismo, se subraya la posibilidad de vivir las experiencias vitales normales conforme a la etapa de la vida en la que se encuentra la persona, sobre todo la vida independiente durante la juventud y se favorece la oportunidad de que sus deseos y elecciones se tengan en consideración[583].

En España, la filosofía imperante de la política social de los 80 es la integración a través de la normalización[584], que se adapta, en cierta medida, al modelo de normalización de los países nórdicos[585]. Se trata de vivir de manera tan convencional como sea posible[586], accediendo a los mismos lugares, ámbitos y servicios que los demás[587]. Frente a la institucionalización característica del modelo anterior, se proclama la participación de las personas con discapacidad en la comunidad[588] en los diversos órdenes de la vida, sobre todo en el empleo y en la educación[589].

Las políticas sociales de la discapacidad se articulan en la Ley 13/1982, de 1 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) (en vigor hasta 2013)[590], cuyos principios se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la CE[591] reconoce a las personas

persona en sus propias elecciones. Lo hace sobre los postulados del principio de normalización desarrollado por NIRJE (Bengt) en 1972. WARD, *op. cit.*, p.9.

A finales de los 70 en el Reino Unido, las personas con discapacidad pertenecientes a las organizaciones que importan el modelo acuerdan con las instituciones competentes, en aplicación del principio de normalización, recibir las ayudas en términos económicos y mudarse a la comunidad. BARNES, C. "El movimiento de vida independiente en el Reino Unido" en *El movimiento de vida independiente: experiencias internacionales (García Alonso, J. Vidal, Coordinador).* Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, pp.191-216 [192].

[582] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental...", p. 85.

[583] WARD, *op. cit.*, p.9.

[584] CASADO PÉREZ distingue integración y normalización, y se muestra más partidario de la segunda. Afirma que "la normalización parece relativizar más las pautas y roles sociales que la integración". Por otra parte, la integración, dice, "no suele parar mientes en aquellos casos en que resulta inaplicable o no deseada por los supuestos beneficiarios". *Panorámica...*, p. 55

[585] DE LA PUENTE, *op. cit.*, pp. 112-113.

La integración ya había sido propugnada por las organizaciones de padres de las personas con discapacidad intelectual desde finales de los 50 y de los 60. Estas organizaciones proclaman la defensa del derecho de sus hijos a vivir en comunidad y a combatir el rechazo social que experimentaban. GARCÍA GARCILAZO, *op. cit.*, p.53; CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 55.

[586] CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 55.

[587] VERDUGO ALONSO, *op. cit.*, p. 11.

[588] DE LA PUENTE, *op. cit.*, pp. 112-113.

[589] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , p. 86.

[590] BOE nº 103, de 30 de abril de 1982, pp. 11106-11112. La LISMI se deroga por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (Disposición derogatoria única).

[591] El artículo 49 de la Constitución Español, ubicado en el Título I "De los derechos y deberes fundamentales", Cap. 3º "De los principios rectores de la política social y económica", 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 discapacidad en razón a su dignidad (art.1 de la Ley). La ley reproduce los tres niveles de intervención (prevención, rehabilitación e integración) a través de las obligaciones que impone a las administraciones públicas y que desarrolla a lo largo de su articulado: la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos y sociales mínimos y la Seguridad Social (art. 3).

En virtud del principio de normalización, la Ley prevé que las prestaciones de los servicios sociales se lleven a cabo por las instituciones y centros de carácter general, a través de los cauces y recursos de carácter ordinario, salvo en supuestos excepcionales en los que las características de las minusvalías exijan una atención singularizada (art. 50.c). La prestación ha de respetar al máximo la permanencia de las personas con discapacidad en su medio familiar y en su entorno geográfico (art. 50.d) y los servicios residenciales tienen como objetivo atender a las necesidades básicas de las personas con discapacidad carentes de hogar y familia o con graves problemas de integración familiar (art. 52.4), así como a las personas afectadas por una discapacidad severa (art. 52.6).

En este enfoque la "normalidad" cobra tal importancia que se plantea como ideal a alcanzar, de suerte que el contenido de la LISMI, para superar la situación de desventaja en la que se encuentran las personas con discapacidad, pone el énfasis en ellas mismas y en los apoyos que necesitan, y no en los cambios que precisa la sociedad[592].

[592] Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En este sentido, CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, pp. 78-79, ya advierte que el propio artículo 7.1. de la Ley 13/1982 define al minusválido como "toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia". El autor critica que la Orden de 8 de marzo de 1984, por la que se aprueban los baremos para determinar la minusvalía, lo hace a través de las tablas de la American Medical Association, tablas que miden grados de deficiencia, a las que se le añade el Baremo de factores sociales complementarios, al igual que lo había hecho antes el SEREM.

PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.72, percibe el paradigma rehabilitador en los puntos 1 y 2 del artículo 19 de la LISMI:

Art. 19 de la LISMI:

1. La rehabilitación médico-funcional, dirigida a dotar de las condiciones precisas para su recuperación a aquellas personas que presenten una disminución de su capacidad física, sensorial o psíquica, deberá comenzar de forma inmediata a la detección y al diagnóstico de cualquier tipo de anomalía o deficiencia, debiendo continuarse hasta conseguir el máximo de funcionalidad, así como el mantenimiento de ésta.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, toda persona que presente alguna disminución funcional, calificada según lo dispuesto en esta Ley, tendrá derecho a beneficiarse de los procesos de rehabilitación médica necesarios para corregir o modificar su estado físico, psíquico o sensorial cuando éste constituya un obstáculo para su integración educativa, laboral y social.

Ello ha dado lugar a que algunos autores consideren que el paradigma subyacente en la LISMI y en el propio artículo 49 de la CE es el rehabilitador[593] y ubiquen la concepción de la discapacidad de los años ochenta en el modelo médico[594].

3.3. **EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL**

La implantación del modelo social y del paradigma de la autonomía personal se produce a nivel internacional durante la década de los 90 y primera década de 2000, a través de tres instrumentos: las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de la ONU de 1993[595], la nueva Clasificación de la Discapacidad de la OMS en 2001 y la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

En España, a lo largo de la década de los 90 el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI) difunde los planteamientos del Movimiento de Vida Independiente, que se desarrollan en la década siguiente por el Foro de Vida Independiente[596], auspiciados por las posibilidades que ofrece la globalización tecnológica[597]. A principios del nuevo milenio, las políticas internas de atención a la discapacidad incorporan el paradigma de la autonomía personal desarrollado en las políticas sociales internacionales[598] y dan lugar a la aprobación en diez años de un entramado jurídico garante de los derechos de las personas con discapacidad[599], salvo como se verá, por lo que al Derecho civil de la persona se refiere.

El íter legislativo del Derecho de las personas con discapacidad es el siguiente:

[593] El Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad afirma que el art. 49 de la CE se inspiró en el modelo médico predominante en el momento de su aprobación.

[594] Así, PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 98 y 99; PUIG DE LA BELLACASA, *op. cit.*, p.80 y BLANCO EGIDO, E. Y SÁNCHEZ SALCEDO A.M,. "Enfoque de la discapacidad en los organismos oficiales". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 65, 2006*, PP.37-48, p.39. También, LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*. Madrid: Ramón Areces, 2011, pp. 57-58. PÉREZ BUENO, L. y MORAL ORTEGA, O., "Discapacidad y Administración de Justicia". *Los derechos de las personas con discapacidad*. *Vol. I. Aspectos jurídicos. (Coord. José Luis Terreros)*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, PP.125-168 [128-168].

[595] Las normas se aprueban por Resolución de la Asamblea General 46/96, de 20 de diciembre de 1993. Las normas no son de obligado cumplimiento (Punto 14).

[596] El Comité funciona de facto desde 1993 y se funda oficialmente en 1997. El Foro de Vida independiente se crea en 2001.

[597] MARAÑA Y LOBATO, *op. cit.*, p.272.

[598] La Ley 51/2003, hace referencia expresa en su Exposición de Motivos al modelo de vida independiente y a las políticas sociales de los organismos internacionales.

[599] Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley 26/2011: "La presente Ley, de acuerdo con la Convención, supera este modelo médico asumiendo la perspectiva social y de derechos y capacidades, que configura la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social".

La primera incorporación legislativa del modelo social de la discapacidad en España tiene lugar con la promulgación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[600] (LIONDAU). Esta ley se plantea como complemento e impulso a la acción contenida en la LISMI, a través de la igualdad de oportunidades y de la accesibilidad y, sobre todo, con el objetivo de superar el carácter asistencial de la anterior y de garantizar del ejercicio de los derechos subjetivos de las personas con discapacidad[601]. A fin de que tal garantía sea efectiva, se aprueba la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[602]. Ese mismo año[603] tiene lugar la firma y ratificación de la Convención de Nueva York de 2006[604], de obligado cumplimiento, que da lugar a su vez a la modificación de las normas que contravienen el Convenio, a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[605]. Por último, a fin de refundir, regularizar, aclarar y armonizar la legislación vigente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprueba bajo el título de Ley General de derechos de las personas con discapacidad[606], el texto refundido de las leyes 13/1982 (LISMI), Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que quedan derogadas como instrumentos jurídicos autónomos por la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto Legislativo. (Nos referiremos al Real Decreto Legislativo como Ley General de los derechos de las personas con discapacidad).

Describimos brevemente a continuación los elementos configuradores del paradigma de la autonomía personal y del modelo social de la discapacidad, al único efecto de sentar las bases que faciliten la comprensión en capítulos posteriores de los principios que inspiran la concepción actual de la capacidad en el Derecho civil. El paradigma de

[600] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003, pp. 43187-43195.
[601] Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Exposición de Motivos.
[602] BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007, pp. 53278-53284.
[603] Se aprueba también la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas con discapacidad auditiva y sordociegas. BOE núm.255, de 24 de octubre de 2007, pp. 43251- 43259.
[604] Firmada por España el 30 de marzo de 2007 y ratificada mediante Instrumento de 23 de noviembre 2007. BOE nº 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648-20659.
[605] BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87478-87494.
La Disposición final segunda de la citada Ley 26/2011, prevé inicialmente el plazo de un año para la aprobación del texto refundido. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, pp. 95636-95673.
El plazo se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2013, por la Disposición final quinta de La Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. BOE núm. 313, de 27 de diciembre de 2012, pp. 87639-87658.
[606] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, pp. 95636-95673.

la autonomía personal se caracteriza, a nuestro juicio, por los siguientes planteamientos: la concepción social de la discapacidad, la accesibilidad, la igualdad de oportunidades y las medidas de apoyo, el respeto de la diversidad funcional, la concepción de derechos humanos de los derechos de la discapacidad y la promoción de la autonomía personal.

a) La nueva concepción de la discapacidad

En mayo de 2001, la 54ª Asamblea Mundial de la Salud de la OMS aprueba en Ginebra[607] la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). En términos generales, si la CIDDM era una clasificación de las consecuencias de las enfermedades, la CIF es una clasificación de los componentes de la salud, que se centra en describir el concepto de funcionalidad, con el propósito de valorar los efectos de la enfermedad en la vida cotidiana de las personas y que tiene en cuenta todos los aspectos relevantes de su bienestar.

La nueva clasificación, difiere sustancialmente de la CIDDM en la representación de las interacciones entre los componentes de la discapacidad (entendida ésta en sentido amplio)[608]. En lugar de un proceso lineal de causalidad entre deficiencia, discapacidad

[607] Asamblea General, del 14 al 22 de mayo.

[608] OMS. *Clasificación..*, p. 20. Nota 15.

La nueva clasificación tiene dos partes, cada una con dos componentes. Los componentes pueden ser expresados tanto en términos positivos como negativos. Cada componente contiene varios dominios.

Parte 1: Funcionamiento y discapacidad.

a) Funciones y estructuras corporales
   - Las funciones corporales son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales (incluyendo las funciones psicológicas)
   - Las estructuras corporales son las partes anatómicas del cuerpo, tales como los órganos, las extremidades y sus componentes.

Las deficiencias son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida. Es un concepto más amplio que el de trastorno o enfermedad. Se clasifica la deficiencia en los siguientes criterios: pérdida o ausencia, reducción, aumento o exceso y desviación.

b) Actividades y participación:
   - La actividad es la realización de una tarea o acción por parte de un individuo. Las limitaciones en la actividad son dificultades que un individuo puede tener en el desempeño o en la realización de actividades.
   - La participación es el acto de involucrarse en una situación vital. Las restricciones en la participación son problemas que un individuo puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales.

Los dominios de las actividades y de la participación las tareas y acciones que forman parte de las áreas vitales, se califican en función del desempeño o realización, que describe lo que una persona hace en su entorno actual, y de la capacidad, que describe la capacidad de un individuo para realizar una tarea o acción.

Parte 2: Factores contextuales: representan el trasfondo total de la vida de un individuo y de su estilo de vida.

a) Factores ambientales: constituyen el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y conducen sus vidas. Son influencias externas sobre el funcionamiento y la discapacidad. Cuando tienen una influencia positiva se les denomina facilitadores y cuando la influencia es negativa, barreras u obstáculos. Interactúan con la discapacidad. Por ejemplo, la interacción

y minusvalía, la CIF parte de la existencia de una relación compleja entre la condición de salud y los factores contextuales, que intervienen de manera directa en el resto de elementos[609]. Ello se traslada al funcionamiento de un individuo en un dominio concreto, que es el resultado de la interacción entre su condición de salud y los factores de su entorno. El concepto de deficiencia agrupa en la nueva clasificación tanto la deficiencia como la antigua discapacidad, mientras que la discapacidad se concibe ahora como un término genérico que abarca tanto las limitaciones en la actividad, como las restricciones a la participación y que depende de las limitaciones funcionales de la persona y de los apoyos disponibles en su ambiente[610].

Esta concepción de la discapacidad es asumida por la normativa reguladora de la materia. La discapacidad queda configurada en la Convención de Nueva York como la situación "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" (Preámbulo, letra e)[611]. En términos muy similares, la Ley 1/2013 General de los derechos de las personas con discapacidad concibe la discapacidad como "la situación que resulta de la interacción de la persona con deficiencias previsiblemente permanentes y las barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (art.2. a), siendo éste el concepto de discapacidad que se maneja en este trabajo.

El Preámbulo de la Ley 26/2011 profundiza en los elementos de la interacción que dan como resultado la situación de discapacidad. Señala en este sentido que "la

entre la calidad del aire y la respiración. Incluyen el nivel individual, que lo forma el entorno inmediato del individuo (hogar, lugar de trabajo, escuela…). Incluye tanto las propiedades físicas y materiales del ambiente, como el contacto directo con otras personas; y el nivel social, compuesto por las estructuras sociales formales e informales, servicios o sistemas globales existentes en la comunidad o la cultura que tienen un efecto en los individuos (organizaciones, servicios, redes, actividades, reglas, normas jurídicas, actitudes, ideología…).

b) Factores personales. Constituyen el trasfondo particular de la vida de un individuo y de su estilo de vida. Están compuestos por características del individuo que no forman parte de una condición o estado de salud (sexo, raza, edad, otros estados de salud, forma física, estilos de vida, hábitos…) Son influencias internas sobre el funcionamiento y la discapacidad. No se clasifican en la CIF pero se expresan para mostrar su contribución.

OMS. *Clasificación...*, pp. 11-22.

[609] OMS. *Clasificación…*, p. 20.

[610] SCHALOCK, *op. cit.*, pp.81-82.; PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 123 y ss.

[611] Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de la ONU de 1993 mantienen todavía la concepción lineal de la CIDDM e identifican la discapacidad con la limitación funcional de las personas y la minusvalía con la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. (Introducción. Página 7, puntos 17 y 18). En la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003 ya se afirma, sin embargo, que "hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos".

discapacidad queda configurada como la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente, en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona normal".

El resultado de esta concepción, como destaca la doctrina, es la actuación sobre los elementos o las relaciones sociales que determinan la desventaja. Si la causa de las dificultades de las personas es un entorno social no concebido para ellas o que no es capaz de satisfacer sus necesidades y ello genera una exclusión estructural, ha de considerarse que es la sociedad, y no las personas, la que tiene la discapacidad y a quien hay que rehabilitar[612].

b) La accesibilidad universal, la igualdad de oportunidades y los apoyos complementarios

El derecho a la igualdad en la participación plena en la sociedad y en el ejercicio de los derechos, fundamento de la concepción social de la discapacidad, se concreta en los principios de accesibilidad universal y, sobre todo, en el principio de igualdad de oportunidades.

La concepción actual de la discapacidad supera la idea del diseño o accesibilidad como mera remoción de obstáculos físicos para el acceso de las personas con discapacidad a los espacios, característica de los inicios del Movimiento de Vida Independiente[613]. La accesibilidad universal tiene por finalidad la participación plena de la persona con discapacidad y se predica en relación con todos los aspectos de la vida. Abarca no sólo el acceso, sino también el uso y utilización de los productos y servicios en condiciones de igualdad y de autonomía[614].

[612] GARCÍA PONS, *op. cit.,*, p. 22; CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, pp. 69. PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 123-142.

[613] Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

[614] En el texto de la Convención de Nueva York los Estados firmantes asumen la obligación de "adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales" (art. 9).

La Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad de 2013, entiende por accesibilidad universal, la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible (art. 2.k). Su ámbito de aplicación en virtud del RDL es, además de las prestaciones sociales y económicas, la salud, la educación, el de las telecomunicaciones y la sociedad de la información, los espacios públicos, infraestructuras y edificación, los transportes, los bienes y servicios a disposición del público, las relaciones con las administraciones públicas, la administración de justicia, el patrimonio

La regulación de la igualdad de oportunidades y su aseguramiento en las leyes 51/2003 y 49/2007, actualmente contenidas en La Ley General de los Derechos de las personas con discapacidad de 2013, suponen el gran avance en materia de igualdad de las personas en España[615]. La Convención recoge entre sus principios el de igualdad de oportunidades y reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de trato y no discriminación, que habrá de ser protegido y garantizado por los Estados, a través de medidas de acción positiva y de la realización de los ajustes razonables (art. 5). La legislación interna en este campo da un significado al concepto jurídico de igualdad de oportunidades que incluye no sólo la ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de discapacidad, sino que incorpora en el propio significado del derecho de igualdad de oportunidades, la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o a compensar las desventajas de la persona con discapacidad, y destinadas a acelerar o lograr su igualdad de hecho y su participación plena en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad (art. 2 de la Ley General 1/2013)[616].

En consonancia con la concepción social de la discapacidad que reclama un sistema de apoyos[617] consistente en los elementos del entorno (técnicos, tecnológicos, jurídicos, asistenciales, personales[618]) necesarios para el ejercicio de la autonomía y de los derechos de las personas con discapacidad[619], la accesibilidad y la igualdad de oportunidades reclaman medidas de acción positiva y apoyos complementarios y la realización de los ajustes necesarios que sean razonables (arts. 66 a 68). La Ley 1/2013 entiende por tales ajustes, las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación, así como para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos (art. 2 m).

---

cultural y el empleo (art. 5), en relación con los cuales los públicos adoptarán las medidas necesarias para garantizar la accesibilidad universal (art. 22).

615 GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*, pp. 237-240.

616 El ámbito de aplicación de las medidas para garantizar la igualdad de trato es el mismo que el de la accesibilidad universal.

617 En el ámbito de la discapacidad intelectual el sistema de apoyos se constituye, por su desarrollo científico, en paradigma teórico. El paradigma de los apoyos surge en este ámbito como forma de reducir las limitaciones funcionales de las personas con discapacidad para que puedan desempeñar la conducta que requiere el ejercicio de su rol social. SCHALOCK, R. L., *op. cit.*, p.81. Se pueden consultar en este sentido las traducciones al castellano de la Asociación Americana de Retraso Mental de Verdugo, M.A. y Jenaro, C. "Retraso mental. Definición, clasificación y sistemas de apoyo" en sus ediciones 1997, y 2004, Madrid: Alianza Editorial.

618 Arts. 4.1.g, 12.3, 16.2, 19.b, 20,b. de la Convención de Nueva York.

619 Las Normas Uniformes de 1993 se refieren a ellos como "servicios de apoyo". Art. 4.

Destaca también en la misma Ley como elemento esencial de la garantía del derecho de igualdad de oportunidades, la inversión de la carga de la prueba[620] en los procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad. En estos supuestos, corresponde a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Además, cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes[621] (art. 77).

c) La diversidad en la concepción de la discapacidad

El modelo social concibe la discapacidad como una diversidad funcional. Se supera así la reducción que el modelo médico anterior hacía de la persona con discapacidad a una patología o limitación, y se aporta una visión positiva de aquélla, destacando y realzando sus capacidades y su dignidad. El modelo social acepta expresamente la diferencia de la persona con discapacidad, como aporte suyo particular de riqueza a la sociedad[622]. El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad, tiene sentido como parte de la diversidad y la condición humanas (art. 3 letra d de la Convención de Nueva York).

Frente a los principios de normalización e integración, que persiguen el derecho a no ser diferente, el objetivo a conseguir ahora es la definición de la propia identidad, el "derecho a ser diferente", supuesta la posibilidad de llevar una vida en igualdad de condiciones al resto y dadas las especiales dificultades de las personas con discapacidad para hacer frente a las mismas necesidades que el resto de sus conciudadanos[623].

La identidad apela a la singularidad de cada persona con discapacidad, a su individualidad como ser único e irrepetible[624]. Para ello, el modelo huye de las

[620] GIMÉNEZ GLUCK, *op. cit.*, p. 241.
[621] Ello no es de aplicación en los procesos penales, ni en los contencioso administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.
[622] LIDÓN HERAS, *op. cit.*, p. 60.
[623] Exposición de Motivos de la Ley 51/2003.
Nótese la diferencia con la concepción de la discapacidad en el modelo médico. En este sentido señala la Declaración de la ONU de los Derechos de los Impedidos de 1975 en su punto 8 que *el impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social.*
[624] GANZENMÜLLER ROIG, C. Y ESCUDERO MORATALLA, J.F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Barcelona: Bosch, 2005, p. 26.

taxonomías clasificadoras de la discapacidad y propone separar la esfera social de la médica, en la que las clasificaciones deben limitarse a dar soluciones sanitarias. La esfera social es el ámbito de la participación e inclusión donde debe garantizarse la igualdad de oportunidades[625], a través del reconocimiento de la diversidad.

d) La discapacidad como cuestión de derechos humanos

La igualdad de oportunidades es una cuestión de garantía del ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, no es ya una cuestión de mero bienestar[626] o de política social. Así se plantea en el Programa de Acción Mundial de 1982, en las Normas de en la Declaración de Viena de 1993 (puntos 22 y 63 a 65) y en las Normas Uniformes del mismo año[627], y del mismo modo se consagra la Convención de Nueva York de 2006[628], que se firma como tratado internacional de derechos humanos. La Convención tiene como propósito el "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (art. 1), a través del compromiso de los Estados firmantes (art. 4).

Las personas con discapacidad son sujetos plenos de titularidad de derechos[629] cuyo ejercicio los Estados se comprometen a garantizar. La Convención se acompaña de un Protocolo facultativo[630], que crea un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que velará por el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados[631].

[625] LIDÓN HERAS, *op. cit.,* pp.60-61.
[626] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 123- 142.
[627] Establecen las Normas que los ordenamientos jurídicos internos, en sus consagraciones de derechos y deberes, deben enunciar los derechos y deberes de las personas con discapacidad y garantizar que éstas puedan ejercer sus derechos, incluidos los derechos civiles y políticos, en un pie de igualdad con los demás ciudadanos (art. 15.1).
Las normas incluyen mecanismos de seguimiento y apoyo para su aplicación, entre ellos la figura del Relator Especial.
[628] Así lo expresa la Exposición de Motivos del RDL 1/2013, de 29 de noviembre.
[629] Preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
[630] Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. España firma el Protocolo el 30 de marzo de 2007. El Instrumento de ratificación es de 23 de noviembre de 2007. BOE núm.97, de 22 de abril de 2008, pp.20750-20752.
[631] La función del Comité es recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de las disposiciones de la Convención por los Estados firmantes del mismo, o en nombre de esas personas o grupos de personas (art. 1 del Protocolo).

Esta visión alcanza a la desinstitucionalización de las personas con discapacidad, que se plantea no como mera cuestión de forma de vida en condiciones sanitarias y sociales adecuadas, sino como ejercicio de los derechos humanos básicos[632].

e) La autonomía de las personas con discapacidad

Sin entrar a valorar la concepción jurídica de la capacidad de toma de decisiones, que será tratada en el Capítulo VII de este trabajo, queremos simplemente destacar en este apartado el principio de "el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas" (art.3.a de la Convención de Nueva York).

La autonomía personal, elemento central del paradigma, está definida por la libertad de toma de decisiones, que se vincula tanto como concepto de vida independiente, como con el ejercicio de los derechos fundamentales.

La Ley 1/2013 concibe la vida independiente, -reconocida como derecho en su art. 22-, como la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 2.h). El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones, que constituye además un derecho de las personas con discapacidad en sí mismo, en cuyo ejercicio se tendrán en cuenta las circunstancias personales del individuo para valorar su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto. Habrá de asegurarse además la prestación de apoyo para que tal toma de decisión pueda tener lugar (art.6 de la Ley 1/2013). En este sentido, la independencia se mide no por las actividades que la persona puede desarrollar sin ayuda, sino por la calidad de vida que puede tener con el apoyo adecuado[633]. Las adaptaciones y los apoyos se vinculan especialmente a la toma de decisiones, al desarrollo de la autonomía y al ejercicio del derecho de igualdad de oportunidades (arts. 13, 14, 15, 23 y 68 de la Ley 1/2013).

En el ámbito del internamiento, la independencia y la autonomía pasan por conseguir los apoyos asistenciales que pueda proporcionar el entorno, necesarios para que las personas puedan mantenerse fuera de las instituciones[634], quedando limitados en

[632] VARELA AUTRÁN "La protección jurídica...", p. 82-83; PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, pp. 147 y 154-156.
[633] WARD, *op. cit.*, p.6.
[634] PALACIOS RIZZO, *El modelo social...*, p. 117.

todo caso, por el principio de razonabilidad de los ajustes. A diferencia del artículo 19 de la Convención de Nueva York, que reconoce el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, -para lo que los Estados deberán proveer de los servicios de asistencia domiciliaria, residencial y comunitarios que eviten la separación de su entorno-; la Ley 1/2013, circunscribe la exigencia de servicios comunitarios a una "oferta de servicios y programas próxima" de atención integral a las personas con discapacidad (art. 13.4), sin especificar la necesidad de implementación de una oferta concreta de servicios sociales dirigidos al mantenimiento de la persona en la comunidad en aplicación del principio de vida independiente[635].

Señala el Preámbulo de la Ley 26/2011, que se plantea el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva.

[635] El art. 51, que prevé las clases de servicios sociales, se limita a establecer que:

4. Los servicios de atención domiciliaria tendrán como cometido la prestación de atenciones de carácter personal y doméstico, así como la prestación habilitadora o rehabilitadora tal y como ya dispone el artículo 14, todo ello sólo para aquellas personas con discapacidad cuyas situaciones lo requieran.

5. Los servicios de vivienda, ya sean servicios de atención residencial, viviendas tuteladas, u otros alojamientos de apoyo para la inclusión, tienen como objetivo promover la autonomía y la vida independiente de las personas con discapacidad a través de la convivencia, así como favorecer su inclusión social.

SEGUNDA PARTE. CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL: EVOLUCIÓN HISTÓRICA

CAPÍTULO III. BREVE REFERENCIA AL INTERNAMIENTO FORZOSO EN LA ETAPA DE LA EXCLUSIÓN SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Este capítulo se plantea con un doble objetivo. En primer lugar, describe la concepción jurídica de la incapacidad previa al Código Civil, coincidente temporalmente con el paradigma de la prescindencia, característico de la concepción tradicional de la discapacidad. Se pretende con ello iniciar el análisis sistemático del internamiento forzoso en relación con la capacidad legal del incapaz, lo que será una constante en el trabajo a partir de este capítulo.

En segundo lugar, con la finalidad de encontrar una explicación histórica a la diferente tradición reguladora de la voluntariedad del ingreso psiquiátrico y del asistencial, se profundiza en la caracterización de los establecimientos asistenciales y psiquiátricos del siglo XIX, -momento que coincide con su regulación jurídica en la legislación de la beneficencia-, y se realiza un análisis de las vías establecidas jurídicamente para el ingreso en uno y otro tipo de centros.

1. EL INCAPAZ EN LA ETAPA DE LA EXCLUSIÓN

La regulación del internamiento civil forzoso no tiene lugar en España con carácter general hasta 1885, momento que coincide con la codificación y con la incorporación de la incapacitación por primera vez en el ordenamiento jurídico.

Hasta ese momento, la exclusión social de la persona con discapacidad psíquica que, como se ha visto, es una constante desde la Antigüedad hasta la segunda mitad del siglo XIX, tiene su reflejo en la exclusión del ámbito jurídico. A pesar de los diversos momentos históricos que abarca esta larga etapa, la capacidad jurídica (en sentido amplio) presenta algunos rasgos comunes derivados de la escasa relevancia que la persona con discapacidad tiene para la sociedad, así como de la ausencia de conocimiento e interés científico de lo que es capaz de comprender y hacer: la incapacidad de actuación jurídica del incapaz como efecto inmediato de su enfermedad, la determinación de tal incapacidad en el ámbito privado (social o familiar), la ignorancia absoluta de la voluntad del incapaz y la ausencia de garantías protectoras de su esfera personal.

Al igual que en otros ámbitos de la vida, durante toda la etapa de la exclusión, el incapaz se ve excluido del ámbito de actuación jurídica. La enfermedad mental da lugar

ipso iure a la incapacidad[636]. En el Derecho romano, el término *capax* se predica exclusivamente respecto del *cives*[637], que no tiene evidentes o graves problemas de entendimiento, voluntad y apariencia física y que sabe expresarse de forma inteligible[638]. Por el contrario, al enfermo mental se le impide realizar actos jurídicos porque se considera que está desprovisto de inteligencia y voluntad[639]. Así, la incapacidad del enfermo mental es natural[640], total e intermitente, es decir, cesa en los intervalos lúcidos[641].

Su tratamiento es un asunto de familia[642], en el que no interviene la decisión de la autoridad[643]. La determinación de la incapacidad de actuación jurídica, a diferencia de la del pródigo, es ajena al jurista[644] y se basa en la notoriedad de los signos de la locura, que deben apreciarse por quien se relaciona jurídicamente con el enfermo[645]. Los vicios de la voluntad del incapaz debidos a la enfermedad se consideran suficientemente aparentes como para atribuir a la comunidad, al grupo social o, lo más frecuente, a la familia, la determinación de la incapacidad de actuación jurídica de la persona enferma[646].

A partir del Derecho clásico, aunque el magistrado comienza a intervenir en los supuestos de locura, lo hace al único fin de constituir la curatela del incapaz. Se trata de dar un curador a quien carece de *pater familias* o de tutor. El magistrado interviene en un primer momento para la constitución de la curatela y en un segundo momento, para el nombramiento de los curadores dativos. En el Derecho justinianeo se hace necesaria ya la intervención del magistrado para confirmar a todos los curadores[647].

[636] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 30.
[637] Entendido por tal el sujeto libre y miembro de una familia romana que ha devenido sui iuris por ausencia de sumisión personal a otro paterfamilias.
[638] RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 233.
[639] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 30.
[640] Por todos, LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 143.
[641] En el Derecho romano justinianeo en los intervalos lúcidos se admite la emisión del consentimiento, el matrimonio y la suspensión de los poderes de la curatela. ROGEL VIDE, C., "La tutela del deficiente mental", en DÍEZ-PICAZO, L. (Dir.) *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español,* Madrid: Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, PP.156-231 [165]; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…* p. 23.
[642] Como bien afirma DE DIEGO*, Curso Elemental…*, p. 386.
[643] Así opinan: ROGEL VIDE, "La tutela...", p. 162; DE DIEGO *Curso elemental...*, p. 386; GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 54; LÁZARO GUILLAMÓN, C., "La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas", *Studia Prawnoustrojowe (2011) núm. 13, 2011,* PP.181-193 [182].
[644] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.36.
[645] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, pp. 55 y 58.
[646] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.7. GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 54.
[647] GARCÍA-RIPOLL, *Ibidem*.

El Derecho Medieval mantiene tanto la prohibición de actuación del enfermo mental, como el carácter natural de la incapacidad. El loco carece de capacidad y de derechos. El Fuero Juzgo excluye al enfermo mental de la intervención en pleitos, del otorgamiento de testamento y de la posibilidad de ser cabezalero (una suerte de intermediario patrimonial) y en el Fuero Real el enfermo mental no se considera sujeto sino objeto de derecho[648].

También las Partidas prohíben al enfermo mental obligarse en términos generales. La prohibición de actuar se deriva, como en el Derecho Romano, de la carencia de sentido del enfermo mental y, consecuentemente, de su imposibilidad de prestar consentimiento[649]. Las leyes señalan expresamente que el loco no puede contratar, casarse- en este caso salvo en intervalo lúcido-, (Ley VI, Título II, Partida IV), hacer testamento (Ley XIII, Título I, Partida VI), ganar tenencia y ser vocero[650] (Ley II, Título VI, Partida III) o realizar donaciones (Ley I, Título IV, Partida V)[651]. Surge así, a nuestro parecer, una incipiente presunción de incapacidad de obrar del enfermo mental habitual, quien no puede realizar actos jurídicos, a diferencia de quien presenta perturbaciones debidas a dolencias periódicas o agudas. En estos casos, es necesario probar que cuando prestó el consentimiento el sujeto no estaba en uso de sus facultades intelectuales, y se admite la validez de su actuación en los intervalos lúcidos, probada la lucidez[652].

Hasta finales del siglo XIX la incapacidad natural justifica el nombramiento de curador[653], pero sobre todo la prohibición de actuar de la persona con discapacidad. Así, haya o no tenido lugar aquel nombramiento, se considera que el enfermo carece de aptitud para realizar actos jurídicos[654].

No media todavía intervención judicial en el conocimiento de la causa de incapacitación[655], al menos establecida formalmente; es decir, no existen normas reguladoras de un procedimiento para determinar la incapacitación. En los supuestos en los que se constata formalmente la enfermedad mental, esta tarea se realiza en el ámbito semiprivado. Corresponde generalmente al médico, con especial relevancia del testimonio del párroco, habitual conocedor de las dificultades funcionales del

[648] Fuero Juzgo (Lib. III. Tít. VI. Ley VIII). (Fuero Real, F.R. I, II, I). Citados por GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 37.
[649] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 45.
[650] Hombre que razona pleito de otro en juicio o el suyo mismo o demandado o defendiendo.
[651] Señala ROGEL VIDE que no pueden ganar tenencia y posesión de las cosas, heredar, casarse, ser testigos, obligarse, testar ni ser acusado. "La tutela...", p. 171.
[652] ARAMBURO, *op. cit.*, p. 156.
[653] COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.,* p. 172
[654] RIPOLL-MONTIJANO, *La protección...*, pp.56 y 58.
[655] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.7.

enfermo[656]. En este sentido, parece haber acuerdo doctrinal[657] en que no existe un cauce específico para la declaración judicial de incapacitación ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855[658], ni en la de 1881[659], a diferencia de la opinión cualificada de DE CASTRO[660], situación que se verá modificada con la introducción de la figura de la incapacitación en el Código Civil de 1889.

Por lo que respecta al contenido de las instituciones de guarda, el utilitarismo patrimonial de la protección de los incapaces, que caracterizará a la siguiente etapa, tiene su origen en las instituciones de la curatela y de la tutela del Derecho Romano[661]. En el Derecho primitivo la relevancia del tutor radica en que esta figura coincide con el heredero, a quien corresponde responsabilizarse de los miembros de la familia, para lo que precisa poderes patrimoniales. Así, en las XII tablas tanto la tutela de los menores, como la cura de los pródigos y de los locos tiene una finalidad eminentemente

[656] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 47.

[657] Afirma GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 59-60, que la intervención del juez tiene por objeto sólo el nombramiento del curador, sin que sea necesaria una resolución previa de declaración de incapacidad. En igual sentido se pronuncia GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, pp. 54-56, que aunque destaca como novedad la necesidad de intervención judicial en la incapacitación, afirma que en rigor no se trata de un procedimiento formalmente establecido, sino de "una mínima actividad procesal encaminada a acreditar la circunstancia determinante de la incapacitación" pues la demostración cumplida de la incapacidad podía resultar de una prueba testifical, de un examen personal del juez o de peritos, que en la época no eran sino testigos cualificados. En cualquier caso, el aspecto sustancial del procedimiento continúa siendo la designación del curador, que se mantiene en la Ley de 1881, en la medida en que el art. 1.848 reduce a un antejuicio los trámites necesarios para incapacitar a una persona por estado de demencia. A la misma conclusión llega GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 72.

No se pronuncia tan claramente BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 14, cuando hace referencia a lo que "se hacía siempre que judicialmente se proveía de curador a los incapacitados", en alusión a la incorporación de la incapacitación en el Código Civil.

[658] Establece la Ley de 1855 que "el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el Juez del domicilio que lo necesitare, luego que tenga noticia de su incapacidad" (art. 1.243) y que "a este nombramiento deberá proceder justificación cumplida de la incapacidad" (art. 1.244).

[659] Ley de Enjuciamiento Civil de 1881:

Art. 1847: *El Juez competente, a cuyo conocimiento llegue que alguna persona ha sido declarada, por sentencia firme, incapacitada para administrar sus bienes, le nombrará curador ejemplar, encabezando el expediente con testimonio de dicha sentencia*.

Art. 1848: *Cuando la incapacidad por causa de demencia no resulte declarada en sentencia firme, se acreditará sumariamente en un antejuicio, y se nombrará un curador ejemplar interino (…).*

Para FERNÁNDEZ, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 exige declaración de incapacidad realizada en juicio de mayor cuantía y sólo excepcionalmente se admite la incapacidad acreditada sumariamente. FERNÁNDEZ, M.A., "Los procesos de incapacitación". *La personalitat civil. Segones Jornades Jurídiques de Lleida* (3 i 4 de Maig de 1984) Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984, PP.45-75 [48].

[660] DE CASTRO, *Derecho Civil…*, p.290, atribuye a la LEC de 1855 (arts. 1244 y 1250, que utiliza el término "incapacitado") y a la LEC de 1881 (arts. 1847 y 1848) la exigencia de declaración judicial de incapacidad. En el mismo sentido, LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 185, que se instaura ya el procedimiento de mayor cuantía para determinar la capacidad de las personas (art. 483.e de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881: Se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía: Las relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas).

[661] En el Derecho Romano aparece diferenciada de la tutela de los menores, aunque el Derecho romano-justinianeo regula la curatela siguiendo lo establecido para la tutela. GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, pp. 42-43.

patrimonial[662] aunque con poderes de gestión directa en el caso del curador (*negotiorum gestio*), que alcanzan incluso la enajenación de los bienes[663], a diferencia del tutor, que desarrolla su función fundamentalmente por *auctoritatis interpositio* (asistencia y cooperación en los actos jurídicos que realiza el pupilo)[664]. Se establecen una serie de garantías para velar por la buena gestión del curador en la administración de los bienes del incapaz. No existen, sin embargo, salvaguardas para controlar el cumplimiento de las obligaciones personales para con el pupilo[665].

A lo largo de la historia del Derecho romano, sobre todo desde la época justinianea, se produce un acercamiento entre la tutela y la curatela[666]. En la *cura minorum*, el curador se convierte en un administrador con cierta estabilidad y su *consensus* se asimila a la *auctoritas* del tutor[667].

En el Derecho germánico, la única institución de protección de personas vulnerables es la tutela. Los menores sin padre, las mujeres solteras, los incapaces físicos (incluidos los ancianos) y los locos están sometidos ella[668].

Desde la Edad Media, la asimilación entre tutela y curatela va a ser constante. El Fuero Juzgo y el Fuero Real no distinguen ya entre ambas instituciones[669]. En las Partidas se retoma la distinción pero con diferencias meramente formales[670]. La tutela se aplica a los menores de edad impúberes (mujeres menores de 12 años y hombres menores de

[662] ROGEL VIDE, "La tutela...", pp. 161. LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 143. Ambas figuras se diferencian en que la tutela procede cuando el pupilo nunca ha tenido capacidad de obrar.

En contra del carácter exclusivamente patrimonial de la tutela, DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 297, que atribuye a la *cura furiosi* de las XII tablas la función de cuidar el cuerpo y la salud del incapaz.

[663] El tutor actúa a través de la negotiorum gestio en los actos del menor de siete años. Los poderes se restringen en el Derecho romano clásico, al exigirse al curador, al igual que para la tutela de impúberes, autorización del magistrado para la alienación de bienes inmuebles. ROGEL VIDE, "La tutela...", pp. 161-164.

[664] LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 144. Las figuras de la negotiorum gestio y de la interpositio autoritas son los equivalentes a las actuales representación y asistencia. FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p.143. Matiza, sin embargo, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…,* p. 12, que la *auctoritas interpositio* del tutor supone el concurso de éste para reforzar la personalidad del pupilo, no una mera autorización o adhesión al acto.

[665] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, pp. 30-32.

[666] ROGEL VIDE, "La tutela...", p. 165; DE DIEGO *Curso elemental...*, p. 386.

[667] LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 144.

[668] ROGEL VIDE, "La tutela...", p. 167.

[669] GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo I. Barcelona: Base, 1973. (Reprod. facs. de la ed. de: Madrid : Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852), p. 184; LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 184; RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.350.

[670] LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 184.

Sin embargo, GETE-ALONSO afirma que son instituciones paralelas en lo relativo al nombramiento, designación, incapacidades, etc, pero varía la función. La tutela es interposición de autoridad y la curatela de asistencia del menor y de los bienes del incapaz. GETE-ALONSO Y CALERA, Mª DEL CARMEN "De la curatela. Sección Primera. Disposiciones Generales. Arts.286-293"en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.685-714 [686].

14) no sometidos a patria potestad y la curatela a los mayores de edad incapaces, a los menores púberes no sometidos a patria potestad y a los pródigos[671]. Se define la curatela de los locos por referencia a la curatela de los mayores de catorce y menores de veinticinco años[672]: "curadores son llamados en latín aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años, e menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun a los que fuesen mayores, seyendo locos, o desmemoriados (Ley XIII, Título XVI, Partida Sexta)".

Se reproduce así, la necesaria protección patrimonial pero no personal del pupilo, en atención a su edad. En palabras de GUTIÉRREZ CALLES esta curatela recuerda a la tutela de la primera época del Derecho romano en la que se concibe "más como un poder dominical en beneficio del tutor, que como un oficio destinado a la protección pupilo"[673]. La curatela ejemplar de los locos se reproduce en la Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881 (arts.1243 de la Ley de 1855 y 1847 de la Ley de 1881)[674].

2. CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LOS INTERNAMIENTOS ASILAR Y PSIQUIÁTRICO EN LOS AÑOS PRECEDENTES A LA CODIFICACIÓN

Se ha descrito en el primer apartado del Capítulo II, el internamiento de las personas con discapacidad como estrategia social y política del modelo de la prescindencia. Nos limitamos en este apartado a exponer las circunstancias en las que se produce el internamiento en la época inmediatamente precedente a la codificación, a fin de entender las razones, -de carácter patrimonial-, que justifican que desde finales del siglo XIX y hasta finales del siglo XX, se regule el internamiento psiquiátrico forzoso y se prescinda, sin embargo, de la regulación del internamiento forzoso asistencial.

2.1. **EL INTERNAMIENTO ASISTENCIAL**

La ausencia de una regulación de las condiciones de capacidad para la admisión en un centro residencial no se cuestiona en España hasta finales del siglo XX. Ello se debe, por una parte, a la tradición de prestación de los cuidados en el hogar, (descrita en el apartado 1.2. del Capítulo I de este trabajo), y a que la atención residencial de ancianos, que aunque subsidiaria, también está presente en la tradición asistencial

[671] ROGEL VIDE, "La tutela...", pp. 167 y ss.
[672] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.7; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 6.
[673] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 52.
[674] ROGEL VIDE, "La tutela...", p. 175; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 6.

España[675], tiene un marcado carácter benéfico que hace presuponer al legislador el carácter voluntario del ingreso del residente.

El internamiento de personas mayores hasta el siglo XX se engloba en el internamiento indiscriminado de los pobres y carece de toda especialización. Los ancianos forman parte de la pobreza permanente o estructural y, junto con las viudas y los enfermos, son las mayores víctimas de la enfermedad y de la soledad[676]. Cuando carecen de familia que se pueda hacer cargo de ellos, el internamiento es la única alternativa a la que pueden recurrir.

La atención a los ancianos se presta a principios del siglo XVIII en las Casas de socorro[677]. Éstas junto con los hospicios, casas de maternidad, casas de expósitos, hospitales de enfermos, de convalecientes y de locos y otros establecimientos de beneficencia son inicialmente de competencia municipal (arts. 1, 40 y 74 a 78 de la Ley General de Beneficencia de 1822[678], en desarrollo del artículo 321.6º de la Constitución de Cádiz), aunque su dirección y vigilancia se encomienda frecuentemente a las Hermanas de la Caridad[679]. Con la Ley General de Beneficencia, de 20 de junio de 1849[680] y su Reglamento de ejecución de 14 de mayo de 1852[681], la competencia sobre los establecimientos pasa a las Diputaciones y los ancianos son atendidos en las Casas de misericordia[682], antecedente de las actuales residencias asistenciales, que pasan a ser establecimientos provinciales[683].

[675] ALONSO SECO, *op. cit.,* p. 339.

[676] DURÁN VILLA, F.R., "Los servicios sociales especializados para la vejez"en *Vejez y envejecimiento en Europa Occidental. Semata - Ciencias Sociales e Humanidades, núm. 18*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 205-229 [207].

[677] Ley General de Beneficencia 1822 (art. 71).

[678] Sancionada el 23 de enero y promulgada el 6 de febrero. Vigente hasta el fin del Trienio Liberal, con la vuelta al absolutismo de Fernando VII, el 1 de octubre de 1823, y de nuevo en vigor en virtud de la Real Orden de 8 de septiembre de 1836, bajo el reinado de Isabel II. MAZA ZORRILLA, E. *Pobreza y beneficencia…,* p. 56. La Ley de 1822 puede encontrarse en el Anexo nº. 3 de esta obra.
FERREIRÓS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos…*, p. 164, sin embargo, pone en cuestión la aplicación efectiva de la ley.

[679] El art. 14 de la ley admite el desempeño por éstas de los cargos en los establecimientos que les estuviesen encomendados (art.14). Subsisten además, las casas de Beneficencia del Reino, financiadas con fondos generales (arts. 27 y 28).

[680] Gaceta de Madrid, 24 de junio de 1849, núm. 5398, pp. 1-2.

[681] Gaceta de Madrid, 16 de mayo de 1852, núm. 6537, pp. 2-4.

[682] Fechas de fundación de Las Casas de Misericordia: de Sevilla (1477), Barcelona (1583), Valencia (1670), Palma de Mallorca (1677), Pamplona (1700), Alicante (1743), Murcia y Valladolid (1752), Santiago y Bilbao (1770), Tudela (1771), Teruel (1798). Igualmente los hospicios: Tudela (1526), Madrid (1674), Jaén (1751), Salamanca y Oviedo (1752), Badajoz (1757), Cádiz (1763), Ciudad Real (1784), Astorga (1799), Córdoba (1897) MAZA ZORRILLA, E. *Pobreza y beneficencia…* , Apéndice IV.

[683] Los ayuntamientos se hacen cargo del socorro domiciliario y de atención puntual en los establecimientos municipales (casas de refugio y de hospitalidad pasajera), para enfermedades pasajeras o repentinas como vía de tránsito de los pobres a los establecimientos generales o provinciales (art. 13 de la Ley; 4 y 90 del Reglamento). Sus dependencias se reducen a una sala de

Las Casas de Misericordia, junto con los hospitales de enfermos, maternidad, de expósitos, de huérfanos y desamparados están dirigidos a prestar alivio en las dolencias, sustento, amparo y educación a enfermos comunes, menesterosos incapaces para desempeñar un trabajo personal, y personas carentes de familia (art. 3 de la Ley de 1849 y 3 del Reglamento de 1852). Tienen por finalidad dar admisión a los pobres incapaces para ganar su sustento (arts. 18 de la Ley y 12 del Reglamento). Su naturaleza es meramente asistencial y prestan una atención general[684] e indiscriminada a todos los grupos en los que está presente la pobreza[685]. Aunque con el tiempo van teniendo como destinatarios específicos a las personas mayores desvalidas y a los niños[686], la atención que se les presta no adquiere las notas de la especialización ni el interés científico del modelo médico.

Quienes ingresan lo hacen en atención a su consideración no de anciano, niño o discapacitado, sino de pobre. Por esta razón el internamiento de ancianos se presenta, al menos formalmente, como voluntario. La capacidad legal del interno es una cuestión que no se valora y las referencias a la libertad en las normas de la época tienen el único propósito de distinguir los establecimientos benéficos, de los de carácter penal. Así, la Ley de 1822 prohíbe destinar a las Casas de Socorro a ninguna persona por vía de corrección o castigo (art. 73), y establece que no deben ser estas casas un encierro de gentes forzadas, sino un honroso asilo de impedidos y menesterosos (art. 79). En la misma línea, la Ley de 1849 y el Reglamento de 1852 prohíben el ingreso coactivo de una persona en un establecimiento asistencial señalando que no son objeto de la misma los establecimientos de beneficencia no voluntarios, ya sean disciplinarios, ya correccionales (art. 20 de la Ley) y que los menesterosos a quienes involuntariamente la autoridad pública sometiere a cualquier género de reclusión, no corresponden a los establecimientos de beneficencia, los cuales no deben tomar nunca el carácter de correccionales (art. 9 del Reglamento).

---

recepción, una pieza recluida, dos camas, un carro o tartana y dos caballerías, propias o contratadas (art. 88 del Reglamento).

[684] En España durante el siglo XIX los establecimientos especializados en atención a mayores y a discapacitados fueron muy escasos. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C. M Y SÁNCHEZ GARCÍA, J.A. "Espacios para el refugio" *en Vejez y envejecimiento en Europa Occidental. Semata - Ciencias Sociales e Humanidades, núm. 18. Santiago de Compostela:* Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp: 167-205 [169-172].

Los que habían resultado de la acción de los monasterios, gremios y cofradías medievales se redujeron como consecuencia de la desarticulación gremial y la desamortización MAZA ZORRILLA, E. *Pobreza y beneficencia…*, pp. 28-29.

[685] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *La marginación…*, p. 27.

[686] Así se observa en los cambios que se producen en el perfil de usuarios admitidos, según los Reglamentos de las Casas de Misericordia. Por ejemplo, el Reglamento de la Casa de Misericordia de Bilbao de 1832 no especifica el perfil del pobre que ingresaba; el de 1879 exige haber cumplido los cincuenta años, en el caso de los hombres y cuarenta y cinco, en el de las mujeres y ser soltero/a o viudo/a. Los niños debían tener entre siete y doce años (art. 166). En el Reglamento de 1897 se eleva la edad de admisión a los cincuenta y cinco años, en el caso de los hombres y a cincuenta, en el caso de las mujeres (art. 174). Se exige además que los viudos no tengan familia, aunque este requisito puede dispensarse (art. 181).

El legislador del siglo XIX no se pronuncia sobre la voluntariedad de acceso a las Casas de socorro o de Misericordia. Formalmente desecha la reclusión coactiva en ellas, pero sus pronunciamientos con respecto a la libertad son ambiguos. La Ley de Beneficencia de 1822 dispone que a los atendidos en ellas "se les permitirá una prudente y arreglada libertad" (art. 79) y que "ninguna persona podrá ser detenida en estas casas más tiempo que el que necesita para su socorro y cuidado; pero deberá preceder a su salida licencia por escrito de las Juntas de Beneficencia, y la entrega de sus ahorros" (art. 80). El artículo 28 del Reglamento de 1852 reproduciendo prácticamente el artículo 80 de la Ley de 1822, establece que "ninguna persona podrá ser detenida en los establecimientos de beneficencia más tiempo que el que necesiten para su socorro y cuidado; pero deberá preceder a su salida licencia por escrito del Director del Establecimiento, y la entrega de sus ahorros, si los tuviere" [687].

Sin perjuicio de las pocas posibilidades reales que tienen los pobres de la época (en su mayoría capaces mentalmente[688]) de negarse a un internamiento, -debido a la ausencia de alternativas mejores[689] y a la función controladora del Estado-, la garantía de la libre decisión de ingreso de los pobres no constituye una preocupación para el legislador de la época, fundamentalmente porque las únicas personas que acceden a las Casas de Misericordia son los pobres sin familia que les ayude, que suscitan como único interés a proteger el orden social que puedan alterar. Por ello, lo que ha de garantizarse exclusivamente es la verdadera condición de pobre de quien ingresa en un establecimiento de la beneficencia.

[687] BERCOVITZ, *La marginación...,* p. 29, interpreta la insistencia de la normativa que excluye el carácter correccional de los centros como reveladora de una realidad social contraria a la misma. Asimismo se deduce de las palabras de CONCEPCIÓN DEL ARENAL, "La beneficencia…", p. 123, en las que se pregunta "¿por qué ningún criminal opone tanta resistencia para ir a la cárcel como oponen los mendigos para ir a San Bernardino?" El pobre rehúsa ir al asilo de Beneficencia porque la ley que le priva de la libertad, que le obliga a recibir un bien que rechaza, se aplica sin más regla que la casualidad o el capricho. CASADO PÉREZ, *Panorámica...*, p. 52, habla de un "intervencionismo engañoso", en tanto el asilamiento no se procura en función del desarrollo o del interés del asilado", sino de la conveniencia de las familias o de la sociedad.

[688] Quedan excluidos de la asistencia en las Casas de Misericordia quienes teniendo defectos físicos necesitasen del cuidado y asistencia de otra persona, lo que era objeto, además, de reconocimiento médico. Así, Reglamentos de la Real Casa de Misericordia de Bilbao de 1879 (art. 168) y de 1897 (art. 183).

[689] MAZA ZORRILLA describe la saturación de los centros. MAZA ZORRILLA, E. *Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI al XX*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1987, pp. 19-23. Es elocuente en este sentido la exclamación de CONCEPCIÓN DEL ARENAL: "¡Quién había de decir que el hecho de querer entrar en el hospital no era una prueba bastante *auténtica* de miseria!", así como su explicación de por qué el pobre rehúsa ir al asilo de Beneficencia: "Porque en él se le trata mal, material y moralmente. Porque se convierte en prisión para él. Porque es natural el amor a la libertad. Porque la ley que le priva de ella no se aplica a todos igualmente. ARENAL PONTE, C. "La beneficencia, la filantropía y la caridad" en *Obras completas de Doña Concepción del Arenal*. Estudio preliminar y Edición de Carmen Díaz Castañón. Tomo I. Biblioteca de autores españoles Tomo CCCII, Madrid: Atlas, 1993, p.104 y p. 123.

2.2. EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO

A diferencia del internamiento de ancianos, desde mediados del siglo XIX el legislador se preocupa por la libertad del interno psiquiátrico[690]. Ello está determinado en gran medida, porque a diferencia de la atención al anciano, la condición del internamiento psiquiátrico como único tratamiento médico posible para los enfermos mentales[691], -que perdurará hasta la reforma psiquiátrica de los ochenta-, provoca que además del enfermo psíquico pobre, se interne también al enfermo mental de clases medias y adineradas.

Aunque hasta mediados de los años treinta del siglo XX no cabe hablar de una atención médico-científica de los enfermos mentales, el internamiento psiquiátrico en España tiene una gran tradición en la historia de la atención sociosanitaria y se concibe como especializado desde los inicios de la época moderna. Si hasta el siglo XIV la acogida del enfermo mental se realiza en las instituciones de caridad junto al resto de pobres y enfermos, en el siglo XV la atención a estos enfermos en España es ejemplar para la época. El Hospital de Innocents, Folls et Orats de Valencia se considera el primer centro especializado de enfermos mentales[692] establecido en Europa y el de Zaragoza sirve de inspiración a la organización psiquiátrica francesa elaborada por PHILIppE PINEL[693].

El carácter especializado del internamiento psiquiátrico tiene su reflejo en la legislación de la época. La Ley de Beneficencia de 1822, considerada la primera norma relativa a la asistencia de los enfermos mentales civiles en España[694], contempla ya las casas de curación de locos[695] como establecimientos diferenciados de los centros

[690] Dado que el objeto de este trabajo es el internamiento residencial, no se trata de analizar las características y finalidad de los establecimientos psiquiátricos a lo largo de la historia. La referencia a los mismos es únicamente a efectos de señalar los elementos comunes y diferenciadores que tienen en relación con los ingresos residenciales. Se excluye en todo caso del análisis, el internamiento penitenciario y el internamiento psiquiátrico de carácter militar.

[691] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, *Ibid.* p. 56; AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 50.

[692] Fundado en Valencia en 1409 por el fraile mercedario Juan Gilabert Jofre. GARCÍA GARCÍA, L. *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento.* Valencia: Revista General de Derecho, 2000, p. 27. Véase también Defensor del Pueblo. *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España (1991).* Madrid: Defensor del Pueblo, 1992, p.25.

[693] Autor del *Traité médico-philosofique sur l'aliénation mentale ou la manie* (1801), que formula los principios para la modernización de los establecimientos psiquiátricos franceses a finales del S. XVIII. FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, pp. 31-33. El autor analiza el sistema psiquiátrico de la época en España, lnglaterra, Francia, Alemania, Italia, Portugal y EEUU.

[694] DELGADO Y GONZÁLEZ DE RIVERA, *op. cit.*, p. 11; AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 48. Con el precedente de la asistencia a los dementes militares, de las Reales órdenes de 12 de julio de 1800 y 31 de mayo de 1802. *op. cit.*, pp.220-221.

[695] Señala su artículo 40 que "los objetos que han de estar bajo la dirección y vigilancia de las Juntas municipales de Beneficencia son las casas de maternidad, las de socorro, los hospitales de enfermos, convalecientes y locos, y la hospitalidad y socorros domiciliarios".

asilares, que pueden tener carácter público o privado (art. 125), pero que estarán siempre separadas del resto (art. 107). A diferencia de los establecimientos asilares, las casas de curación tienen un carácter esencialmente curativo (arts. 123 y 126) y están reguladas dentro del Título VII, "De la hospitalidad pública", como parte del entramado hospitalario[696]. Es destacable la previsión legal de un reglamento especial que ordene entre otros aspectos, la admisión de los enfermos en las casas de curación de locos (arts. 115 y 126).

La Ley General de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y su Reglamento de ejecución de 14 de mayo de 1852, antes citados, continúan esta línea. Los centros psiquiátricos forman parte de los establecimientos generales, dirigidos a satisfacer las necesidades de carácter permanente o cuya atención requiere una especialización concreta. Por su complejidad, son establecimientos de competencia de la nación[697] (art. 2 del Reglamento de 1852). Tienen la consideración de establecimientos generales los dirigidos a personas locas, sordo-mudas, ciegas, impedidas y decrépitas. Sus reglamentos atribuyen a los centros que regulan un carácter especializado, tanto por el objeto de su intervención, como por el colectivo al que se dirige. En contraposición a ellos, los establecimientos provinciales atienden al resto de la población necesitada[698].

Por lo que respecta a los enfermos mentales, se prevé la existencia de seis casas de dementes en el reino (art. 5 del Reglamento de 1852), con departamentos especiales para las personas con recursos (arts. 14 y 15 del Reglamento). La idea de la época es crear un "manicomio modelo", como institución objeto de estudio práctico y ejemplo para los planificadores y administradores. Por Instrucción de 27 de enero de 1885, se adopta como tal el manicomio de Santa Isabel de Leganés, inaugurado en 1851[699]. Exponemos a continuación las dos normas particulares reguladoras del internamiento

[696] Se prevén normas específicas para este tipo de centros, tales como la separación de los enfermos por sexos, así como por el carácter y momento de la enfermedad (art. 121), la prohibición de determinadas prácticas violentas (art. 122), la asignación de trabajos (art. 123), la autorización de casas de locos particulares (art. 125).

[697] El Real Decreto 14 de marzo de 1889, elimina esta clasificación. Su artículo 3 afirma que los establecimientos de beneficencia pertenecen a la beneficencia general y considera como tales, beneficencia las obras permanentes destinadas a la satisfacción gratuita de necesidades físicas o intelectuales. Incluye en ellos tanto los hospitales, como los manicomios y el resto de obras sociales (art. 2). Se admite también su carácter privado (art. 4). Gazeta de Madrid, nº 99, 8 de abril de 1889, pp. 87-88.

[698] El carácter diferenciado de los manicomios se observa también en la exclusión de los enfermos mentales de otros centros. Así, el Reglamento de 30 de octubre de 1863 del Colegio de sordomudos y ciegos de Madrid y el Reglamento de 13 de diciembre de 1881 del Colegio de ciegos de Santa Catalina de Donados exigen para el ingreso estar en perfecto goce o uso de las facultades intelectuales. En el mismo sentido, el Reglamento de los hospitales de incurables de 27 de enero de 1885 y el Reglamento del Asilo de inválidos del trabajo de 12 de enero de 1892 excluyen de la admisión a "los enajenados, los idiotas, los imbéciles, epilépticos y tuberculosos". AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 113.

[699] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 44.

en este centro en el siglo XIX, por su peculiaridad respecto de la vía de ingreso en el resto de centros.

2.2.1. La Instrucción General para los Establecimientos Benéfico Asistenciales contenida en el Real Decreto de 22 de abril de 1873

El Real Decreto de 22 de abril de 1873[700], contiene la Instrucción general para los establecimientos benéficos nacionales. Prevé para el Manicomio de Santa Isabel de Leganés un trámite de internamiento distinto al resto, que revela lo que más adelante se constituirá en norma general, como se verá.

El Decreto de 1873 regula los servicios del Hospital Nacional de Madrid; el Hospital Psiquiátrico de Santa Isabel de Leganés; los Hospicios del Carmen de Madrid, Jesús de Nazareno de Madrid y Rey de Toledo; y la Casa de Educación de la Unión de Aranjuez. El ingreso de ancianos, inválidos, decrépitos y ciegos se produce a través de un procedimiento administrativo[701] en el que se ha de verificar la verdadera condición de pobre[702]; sin embargo, para el ingreso en el centro psiquiátrico de Leganés, el Decreto de 1873 exige, por primera vez, la apertura de un expediente judicial (art. 88), lo que puede considerarse el primer antecedente de la regulación del internamiento psiquiátrico forzoso en España[703]:

> *No se cursará solicitud de ingreso en este hospital sin que a ella se acompañe de información hecha ante el Juez o Tribunal del domicilio del enajenado, su curador o familia, en la que se acredite la necesidad o conveniencia de la reclusión.*
>
> *Cuando se trate de persona casada, habrán de ser citados para la información el cónyuge y sus más próximos parientes, y en todo caso la familia del enfermo.*
> *Se acompañará a la instancia testimonio de la referida información judicial, y además certificado de la inscripción del demente en el registro civil o la fe de bautismo.* (art. 88)

Dispone el art. 87 que el ingreso de los dementes lo ordena el Ministro de la Gobernación, o en su nombre el Oficial Jefe del ramo.

[700] Gaceta de Madrid, 28 de abril de 1873, núm. 118, pp.244-247.

[701] El Oficial Jefe del ramo resuelve la admisión, en nombre del Ministro de la Gobernación, en las instancias elevadas a la Superioridad pidiendo el ingreso (art. 110). Esta regulación deroga el procedimiento también administrativo previsto en la R.O. de 1 de agosto de 1861 para el ingreso en el Hospital del Rey.

[702] Excluye de la admisión en los Hospitales del Rey de Toledo, Hospital de Jesús Nazareno y Hospital del Carmen (Madrid), destinados a ancianos, decrépitos, inválidos y ciegos, a los pensionistas y a los medio pensionistas y exige que los que fueran a ingresar careciesen de familia, así como de los medios necesarios para atender a su subsistencia (arts. 109, 114, 116 y 119 del Decreto). También el art. 18 del Reglamento Interior del Hospital del Rey. Gaceta de Madrid, 11 de agosto de 1861, núm. 221, p.1.

[703] Llama la atención la ausencia de referencias a este artículo en la bibliografía utilizada.

Como se desprende del texto, aunque la orden de ingreso es administrativa, la decisión relativa a su conveniencia es judicial. Aparece también la referencia al curador por lo que respecta a la competencia territorial del Tribunal, sin que se profundice en el papel que éste haya de desempeñar en el internamiento y sin que se vincule su existencia con la posibilidad de proceder a él. Ello resulta coherente con un sistema en el que la incapacidad de obrar no está construida todavía sistemáticamente y en el que la declaración judicial de incapacidad no es el elemento esencial. El internamiento es una cuestión de familia, que por primera vez se somete al control judicial. El acceso al establecimiento psiquiátrico de personas con recursos[704] y sobre todo el desarrollo posterior de la regulación del internamiento y de la capacidad jurídica, nos llevan a pensar que el legislador introduce el control judicial por la necesidad que percibe de proteger un patrimonio vulnerable ante el encierro de enfermos mentales, ausente en el caso de los ancianos, que cuando tienen bienes permanecen en su domicilio y cuando son pobres acceden a las instituciones de socorro asistencial, sin que exista en este caso otro bien a proteger que la paz social. El internamiento asistencial se concibe como "formalmente voluntario" mientras apunta ya el carácter forzoso del ingreso en el centro psiquiátrico, en el que el enfermo es internado por sus familiares y a menudo contra o sin su voluntad.

2.2.2. El Real Decreto de 12 de mayo de 1885

Debido a las dificultades del erario público, de los seis establecimientos nacionales previstos el de Leganés es el único que se crea[705]. A lo largo del siglo XIX la atención a los enfermos mentales se delega paulatinamente en los hospitales provinciales, en virtud del artículo 92 del Reglamento de 1852, que atribuye a las diputaciones la función de cuidar de los locos, sordo-mudos, ciegos, decrépitos e impedidos hasta su entrega en el establecimiento correspondiente, así como en virtud de normas particulares[706]. En ellos permanecerán muchos de los enfermos mentales

[704] De hecho, el número de pacientes con recursos (pensionistas o medio pensionistas) en el Manicomio de Santa Isabel de Leganés fue aumentando hasta constituir casi la mitad de la población interna en la década 1860-1870. Se desconoce la proporción exacta de los internos pudientes aunque se calcula que el 52,6% de las plazas ocupadas entre 1852 y 1936 lo fueron de pensionistas. Hay que tener en cuenta las salidas definitivas y consecuente ocupación de plazas entre las clases pudientes fue también mucho mayor. En consecuencia, VILLASANTE estima la población de pobres del Manicomio de Santa Isabel de Leganés, de un tercio. VILLASANTE ARMAS, O. "Orden y norma en el Manicomio de Leganés (1851-1900): el discurrir diario del paciente decimonónico", *Frenia, Vol. III-2008 Vol. III-2008,* pp. 33-68, [55 y 68].

[705] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 45.

[706] A lo largo del último tercio del siglo XIX, el Gobierno traslada paulatinamente la competencia sobre la construcción y el sostenimiento de los centros psiquiátricos a las diputaciones. Así, sendos expedientes de las Juntas provinciales de Zaragoza y Murcia, en los que se solicita la creación de manicomios generales, se resuelven por las Reales Órdenes de 23 de agosto y 19 de octubre de 1859, en las que se da carácter provincial a los departamentos de dementes del Hospital de Murcia y del Hospital Nuestra señora de Gracia de Zaragoza. En el mismo sentido, se otorga el mismo carácter a los manicomios de

hasta su muerte[707]. A pesar de la voluntad diferenciadora del legislador, en la práctica, en España, hasta principios del siglo XX, los enfermos mentales quedan equiparados socialmente con el resto de grupos marginados y son atendidos indiferenciadamente en establecimientos comunes de beneficencia[708]. Además, en los establecimientos psiquiátricos de finales del siglo XIX y primer tercio del siglo XX se acoge a todo tipo de enfermos mentales[709], en condiciones de hacinamiento y de falta de salubridad. Debido a la saturación[710] y a las malas condiciones de los establecimientos públicos[711]

Mérida, Cádiz, Granada, Sevilla, Toledo y Valladolid. Igualmente la Real Orden de 14 de abril de 1860 descarta que la construcción y el sostenimiento del Manicomio propuesto por la administración del Hospital de Santa Cruz se realice a cargo del Gobierno de la nación, por considerar éste que tal establecimiento tiene carácter de patronato. La Real Orden de 2 de julio de 1862 obliga a cada provincia a costear los gastos ocasionados por los enfermos de su vecindad en los establecimientos de otras provincias.

Mediante los Reales Decretos de 27 de junio y 19 de diciembre de 1864, se indica a las diputaciones que se establecieran en las provincias los locales adecuados o que se costease su sostenimiento en los manicomios de Valladolid, Zaragoza o Toledo.

Las Reales Órdenes de 23 de septiembre de 1871 y de 20 de enero de 1872 anulan los acuerdos entre las diputaciones provinciales de Madrid y Baleares por las que el Estado sufragaba la atención a dementes.

La Orden circular de la Regencia del 27 de julio de 1870 y Real Orden de 29 de febrero de 1876 reiteran que corresponde a las provincias, hacerse cargo de los gastos correspondientes a los establecimientos de atención de dementes.

En 1887 el Gobierno retoma su propósito de construir los seis manicomios modelo autorizando a las diputaciones la venta de bienes pertenecientes a la Beneficencia para la construcción de manicomios. Así se establece en el Real Decreto de 19 abril de 1887. Ello ya se había autorizado previamente a las Diputaciones de Valencia, Zaragoza y Oviedo a través de las leyes de de 11 de julio de 1878, 21 de julio de 1880 y 7 de julio de 1882.

AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 55-61.

[707] En este sentido, el axioma al que hace referencia CONCEPCIÓN DEL ARENAL, "La beneficencia…", p. 94: "*el loco por la pena es cuerdo*". Describe la autora la desproporción existente entre el número de dementes y la posibilidad de alojarlos en los establecimientos especiales, de manera que aquéllos quedan ingresados, en principio provisionalmente, en la práctica definitivamente en hospitales generales.

[708] BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1241.

[709] Presentamos a continuación algunos datos que avalan esta tesis:

En el siglo diecinueve el 30% de la población de los asilos estaba compuesta por paralíticos generales, es decir, por enfermos con una neuropatía manifiesta ACKERNECHT E.H. *Breve historia de la psiquiatría*. Buenos Aires: EUDEBA, 1962, p. 96. En 1860 el 20,53% de los enfermos mentales acogidos en los manicomios tenía un diagnóstico de demencia y el 9,15% de imbecilidad ULLESPERGER, *op. cit.,* pp. 158-159.

PINEL (1745-1826), en su descripción del Sanatorio de la Salpétrière, señala que existen divisiones para ladrones e idiotas, enfermos tranquilos (dementes), dementes seniles y convalecientes. ACKERNECHT, *Op. Cit*., p. 63.

ÁLVAREZ URÍA, recoge, además, dos clasificaciones de la demencia de 1835 en las que tienen cabida la imbecilidad y el idiotismo *op. cit.*, pp. 116-117

[710] En 1857 existían en España diecisiete manicomios, con 3.129 personas internas sobre un total de unos 7.000 enfermos. ULLESPERGER, *op. cit.,* pp. 131-133.

[711] La asistencia prestada en los establecimientos psiquiátricos del siglo XIX y primer tercio del siglo XX ha sido calificada de inhumana y custodial debido al hacinamiento, condiciones de vida y ausencia de medios materiales. ESPINO GRANADO, J. A. "La Reforma de la legislación psiquiátrica en la Segunda República: su influencia asistencial", *Estudios de Historia Social*, 14. Madrid: Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1980, pp.59-106 [61-62]. GONZÁLEZ DURO, E. *Historia de la locura en España*. Madrid: Temas de Hoy, 1996, pp.116-123.

es frecuente también que las familias adineradas recurran al internamiento en establecimientos privados[712]. Este tipo de establecimientos proliferan sobre todo en Cataluña[713], dirigidos por médicos, mientras subsisten los pertenecientes a las órdenes religiosas, caracterizados por prestar asistencia tradicional pero no médica[714].

Durante el siglo XIX son los Reglamentos internos de los centros de dementes provinciales y privados los que establecen los requisitos de ingreso. No existe un procedimiento de ingreso uniforme. Es habitual para el internamiento promovido por las familias un trámite administrativo en el que sea suficiente un certificado médico que acredite la demencia[715]. Esta práctica se corresponde, a nuestro juicio, con la concepción tardía del paradigma de la exclusión social de la discapacidad, que en el ámbito científico se asienta ya sobre las bases del modelo médico, -es la enfermedad la que da lugar a la discapacidad y el médico a quien corresponde determinarla-, pero que desde un punto de vista jurídico, ignora todavía la libertad y admite la reclusión sin pronunciamiento judicial alguno.

Existen excepciones a la práctica común del ingreso familiar avalado por el médico, en las que se exige un pronunciamiento judicial[716]. Entre ellas, destaca el Reglamento de

[712] ÁLVAREZ URÍA, *op. cit.*, p.63 y 96-98, 109-113, 162-166. CONCEPCIÓN DEL ARENAL describe esta práctica en un artículo publicado entre 1870 y 1884 en el periódico fundado por ella *La voz de la Caridad,* bajo el título "Los manicomios son para los dementes pobres". Recuperado de www.cervantesvirtual.com. *Artículos sobre beneficencia y prisiones. Volumen I.*

[713] Puede verse la relación de centros psiquiátricos a finales del SXVIII en BARRIOS FLORES, L.F. "Un siglo de psiquiatría penitenciaria". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, *1, 2000*, PP. 23-35 [35].

[714] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, pp. 46-47.

[715] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 284; GARCÍA, R. "A modo de introducción: orden manicomial y reeducación de la violencia". *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial*. *Recopilación de textos a cargo de Ramón García.* Barcelona: Barral Editores, 1975, PP.13-29, [27]. También ESPINOSA IBORRA, J. *La asistencia psiquiátrica en la España del siglo XIX*. Valencia: Cátedra e Instituto de Historia de la Medicina, 1966, pp. 131-132. Ello supuso, en opinión del autor, la práctica durante el siglo XIX de que el médico se arrogara las funciones de árbitro para decidir quién se encuentra fuero o dentro de la norma. ESPINOSA IBORRA, J."El nacimiento de los manicomios". P*siquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial*. *Recopilación de textos a cargo de Ramón García*. Barcelona: Barral Editores, 1975, PP.33-51 [37].

Parece ser que junto a la familia, otras autoridades promueven el ingreso En este sentido, AGUILAR DOMENECH afirma cita la Real Orden de 28 de julio de 1860 en la que se prohíbe a los gobernadores que las autoridades civiles, militares o judiciales envíen dementes a los establecimientos sin el acuerdo de las Juntas de Beneficencia correspondientes. AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, pp. 65-66.

[716] FERREIRÓS MARCOS recoge varios Reglamentos de la época en los que el procedimiento de admisión es distinto. FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, pp. 164-167.

Así el Reglamento del Hospital del Nuncio de Toledo de 1847 exige para una justificación médico legal de la demencia, que consiste en una información de testigos practicada ante el Juez de Primera Instancia o Alcalde del domicilio del enfermo, con informe del párroco y del procurador síndico y declaración de los facultativos que hubiesen asistido al enfermo. Durante el trámite los testigos deben responder si creen conveniente el ingreso para la curación del enfermo y si el internamiento solicitado se propone tal fin y no servir a los intereses de quien lo solicita, o miras particulares o familiares u otras. El juez concluye con un decreto de aprobación, siendo esencial la justificación médico legal de la demencia.

El autor recoge también el Reglamento para la dirección facultativa del asilo de enajenados de Valencia de 1845, que requiere para la admisión un certificado facultativo de la enajenación y un

régimen interno del Manicomio de Santa Isabel de Leganés, aprobado por Real Decreto de 12 de mayo de 1885, que servirá de modelo a partir de ese año para la regulación del ingreso en todos los establecimientos psiquiátricos, en virtud de un nuevo Real Decreto de 19 de mayo de 1885, que se analizará en el capítulo siguiente. Por lo que respecta a la admisión, el Real Decreto de 12 de mayo de 1885 tiene como antecedente directo el artículo 88 del Decreto de 22 de abril de 1873, al que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

El Real Decreto de 12 de mayo de 1885[717] aprueba el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés, que en la época continúa siendo el único establecimiento psiquiátrico general de España[718]. Como reglamento interno, la mayor parte de su contenido tiene por objeto la regulación de la estructura y el funcionamiento del centro, a modo de las instituciones cerradas de la época[719]. La regulación de la entrada y de la salida, objeto de este apartado, están previstas en los Capítulo IV y V de la norma, respectivamente.

El Real Decreto regula el procedimiento de ingreso en los artículos 52 a 54[720]. El art. 53 reproduce casi literalmente el primer párrafo del art. 88 del Decreto de 1873, añadiendo que la información hecha ante el juez deberá acreditar el estado de demencia (elemento no contenido expresamente en el anterior) y la necesidad o conveniencia del internamiento. Se regulan además los siguientes aspectos procesales:

---

requerimiento judicial, salvo que el enajenado haya sido declarado incapaz, en cuyo caso se requiere el auto de interdicción y el de nombramiento de tutor. Basta una simple orden, si el ingreso viene por disposición de la Autoridad competente para la observación.

El Reglamento del Instituto Manicómico de San Baudilio de Llobregat de 1857, recogido también por el autor, admite, sin embargo, el internamiento voluntario y el ingreso de oficio por orden del Gobernador de la Provincia, Jueces, Tribunales o Alcaldes de los pueblos.

[717] Gaceta de Madrid, 15 de mayo de 1885, núm. 135, pp. 448-450.

[718] El RD 27 de enero de 1885 establece en su art. 3 que son establecimientos generales públicos: el Hospital de la Princesa en Madrid para albergue de enfermos de padecimientos agudos, los hospitales de enfermos incurables o decrépitos Jesús Nazareno y Nuestra Señora del Carmen de Madrid, el Hospital del Rey de decrépitos y ciegos en Toledo, el Hospital manicomio de Santa Isabel de Leganés, el Colegio de ciegos de Santa Catalina de los Donados en Madrid y el Colegio de huérfanas la Unión en Aranjuez. Gaceta de Madrid, núm.36, de 5 de febrero de 1885, pp. 360-361.

[719] El Reglamento del Manicomio de Santa Isabel de Leganés nos revela la finalidad protectora y de seguridad de la institución: la vigilancia de los enfermos constituye una labor de prácticamente todo el personal del centro: Hijas de la Caridad, portero, guarda exterior, celadores y enfermeros (arts. 30, 36, 37, 41, 45 y 48 del Reglamento del Manicomio de Santa Isabel); se prevé la existencia de verjas y tapias y de requisas diarias (arts. 36 y 42); se regulan todos los aspectos de la vida de los internos: horarios, comidas, vestido, actividades, sin dejar margen alguno al despliegue de la voluntad individual (arts. 75, 78, 79 y 80 a 87); se puede hacer uso de la fuerza para contener "los ímpetus agresivos" de los enfermos "en cuanto baste a sujetarlos", para impedir que se dañen a sí mismos o a sus compañeros". Se prohíbe, sin embargo, "castigarlos" y "maltratarlos de manera alguna", así como el encierro sistemático y el trabajo como castigo (arts. 41 y 94).

[720] El resto de los artículos del Capítulo IV tienen como finalidad la certificación de la situación de pobre para su ingreso en calidad de tal a efectos de la ocupación de las plazas previstas para este tipo de internos (art. 55) y la asignación de las plazas disponibles (arts. 56 a 58).

- La orden de ingreso la dicta el Director General de Beneficencia y Sanidad (art. 52).
- Se establece la legitimación activa para la solicitud del internamiento, que corresponde en primer término al pariente más cercano del enfermo (art. 53 primer párrafo).
- La competencia objetiva de la decisión del ingreso corresponde al Juez de Primera Instancia (art. 53).
- En los casos en los que el enfermo carezca de familia, la tenga muy lejana o se ignore su paradero, la información se obtiene por el Gobernador o el Alcalde del pueblo de la residencia del demente (art. 53).
- Se introduce el reconocimiento médico previo al ingreso del enfermo por el facultativo del establecimiento (art. 54). Sin embargo, dado que cuando se produce este reconocimiento la orden de admisión ya se ha producido, pensamos que la eficacia del reconocimiento en relación con el ingreso es muy limitada y se reduce al propósito de establecer un diagnóstico inicial del enfermo, de cara a su ubicación en las diferentes dependencias que se prevén para el centro[721].

El resto del articulado refleja el papel preponderante del facultativo, como corresponde al modelo médico[722]: el facultativo además del tratamiento y medicación, decide sobre la alimentación, ubicación, ocupación, aseo, ejercicio, distracciones, paseos, comunicaciones, visitas[723] y salidas de cada enfermo (arts. 13 y 91 a 96). El médico puede establecer incluso la "completa clausura" del interno (art. 13, apartados 9º y 3º), y la salida definitiva no puede tener lugar sin la certificación médica de la curación del enfermo (arts. 62-64).

El papel de la familia tiene una estrecha relación con la financiación de la plaza. La familia recibe un parte mensual del curso de la enfermedad en el caso de los pensionistas, -enfermos que costean su plaza pagando el precio más alto-, (art. 13) y en el caso de los pensionistas y medio pensionistas, el tutor, pariente, o persona allegada puede solicitar permiso de salida temporal[724]. Para la salida definitiva se requiere, además de la certificación médica de la curación, que la persona sea

[721] El centro se planifica dividido en cuarteles diferentes para los dos sexos, para la infancia y para la edad madura, y cada uno de ellos se subdividiría en departamentos de observación, de enfermos sujetos a Tribunales de Justicia, a pobres, a pensionistas, a turbulentos, furiosos, sucios, epilépticos, alienados pacíficos y convalecientes. Sin embargo, VILLASANTE, *op. cit.,* pp.52-53, pone en duda la implantación efectiva de tal separación.

[722] Esta importancia de la figura se aprecia ya en el Decreto de 1873 (arts. 68 a 75 y 92 a 94).

[723] En el Decreto de 22 de abril de 1873 corresponde en último término la autorización de las visitas al Visitador general (art. 92).

[724] En el caso de la salida temporal de enfermos pobres, sin embargo, la petición o aceptación de la salida tiene que realizarla el representante legal y el médico sólo podrá prescribirla con carácter urgente (art. 60).

requerida por una de las siguientes personas: curador; cónyuge; ascendientes, si se es viudo o viuda sin hijos; hijos o nietos; persona que hubiera autorizado con su firma la solicitud pidiendo el ingreso, a menos que un pariente haya declarado oponerse a que dicha persona use de esta facultad sin su consentimiento (art. 65)[725].

3. RECAPITULACIÓN

El paradigma de la exclusión social de la discapacidad se manifiesta en el Derecho en la irrelevancia jurídica de la situación del incapaz, que se traduce en la ausencia de una regulación sistemática de las figuras de la incapacitación y del internamiento forzoso en la época. La determinación de la incapacidad y la decisión del internamiento del incapaz se mantienen durante toda este periodo en el ámbito privado familiar o social y consecuentemente, al margen de cualquier relación jurídica entre ambas figuras.

El tratamiento legislativo del internamiento psiquiátrico y del internamiento asistencial se distingue desde la primera Ley de Beneficencia de 1822, en la que se concibe el primero como parte de la atención médica y el segundo como una forma de atención indiferenciada a la población pobre, de la que forma parte el internamiento de mayores. La naturaleza médica atribuida al internamiento psiquiátrico desde sus inicios justifica que el control del ingreso radique en la verificación de la condición de "demente", mientras el ingreso asistencial se determina por la condición de pobre. Además, a nuestro parecer, el recurso al internamiento psiquiátrico por parte de la población pudiente es un factor que contribuye a la necesidad de verificación de la enfermedad mental y de la conveniencia del ingreso psiquiátrico, a fin de evitar internamientos amorales, lo que será una constante en toda la regulación jurídica posterior.

El internamiento psiquiátrico durante el siglo XIX, regulado asistemáticamente en los reglamentos particulares de régimen interno de los establecimientos, ubica mayoritariamente la decisión relativa al ingreso en la figura del médico. Destaca, sin embargo, la regulación del centro de Santa Isabel de Leganés, en los Decretos de 1873 y 1885, caracterizada por los siguientes elementos: la decisión judicial del internamiento, la irrelevancia jurídica del internamiento promovido por el tutor frente

[725] El punto 5º del artículo 64 dice textualmente "Por la persona que hubiera autorizado con su firma la solicitud pidiendo ingreso, a menos que un pariente no haya declarado oponerse a que dicha persona use de esta facultad sin su consentimiento". Creemos que el artículo incorpora erróneamente el adverbio "no".

En el caso las personas pobres, que hubiesen logrado la curación y cuya salida no fuese reclamada por un pariente o persona allegada en el término de nueve días desde el aviso que les hubiese hecho llegar el administrador serán puestas a disposición, previo socorro, del alcalde de Leganés quien les dará carta de ruta y les encaminará al pueblo de su naturaleza (art. 63).

al promovido por otros familiares o autoridades, la figura del médico como determinante del régimen de vida del interno y la ausencia de cualquier garantía para la eficacia de la voluntad del interno a efecto de permisos y salidas.

CAPÍTULO IV. EL INTERNAMIENTO EN LA ETAPA DEL MODELO MÉDICO

Analizamos en este capítulo la incapacidad jurídica formulada en la redacción original del Código Civil con el solo propósito de describir los elementos de la capacidad que dan sentido a la concepción del internamiento forzoso en esta época. Se estudian en este capítulo las dos normas generales reguladoras del internamiento forzoso anteriores a la incorporación de esta figura en el Código Civil (Real Decreto de 19 de mayo de 1885 y Decreto de 3 de julio de 1931), a fin de identificar la finalidad de los controles relativos a la capacidad del sujeto a internar. Asimismo, se establece la relación entre el internamiento y la incapacitación, tal y como resulta de su configuración en el Código y su aplicabilidad al supuesto de personas mayores con demencia.

1. LA CAPACIDAD DE LOS ENFERMOS MENTALES EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

El Código Civil en su redacción originaria[726] reconoce el carácter universal de la personalidad y, con ella la capacidad jurídica de todas las personas, incluidas aquellas que tienen una discapacidad. Establece que "el nacimiento determina la personalidad" (art. 29 del CC) y que los que se hallen en estado de demencia e imbecilidad, - o de minoría de edad, sordomudez, prodigalidad e interdicción civil-, también "son susceptibles de derechos y aun de obligaciones" (art. 32[727]). Pero la posibilidad de ejercitar los derechos por uno mismo, es decir, la capacidad de obrar[728], se circunscribe en el Código desde su redacción inicial[729] y hasta hoy a las personas que el propio código considera capaces.

[726] Publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 1889.Gaceta de Madrid 206/1889, de 25 de julio de 1889.

[727] La referencia a tales estados como restricciones de la personalidad jurídica ha de entenderse realizada a la capacidad de obrar. DE CASTRO. *Derecho Civil...*, p. 54; MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 192; BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 797; DE DIEGO, *Curso elemental...*, p. 453; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, pp. 162 y 172.

[728] Véase Capítulo I. Apartado 3.2 de este trabajo.

[729] El art. 32 del Código Civil se refiere a restricciones de la personalidad. La doctrina interpreta que tal restricción lo es de la capacidad de obrar. Por todos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "De las personas naturales. Comentario de los artículos 29 a 34 del Código Civil". en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *dirigidos por M. Albadalejo, vol. I, Edersa, Madrid, 1978* y en *Luis Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos. Tomo I. Teoría General. Derecho subjetivo. Derecho y Masificación Social. Teoría y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de la Familia* . Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 950-971 [964].

A diferencia de las sociedades más primitivas, en las que la notoriedad de la enfermedad bastaba como elemento identificador de la incapacidad de actuación eficaz en Derecho, el intercambio jurídico del siglo XIX hace impracticable la comprobación de la incapacidad natural en cada caso y, el legislador, por razones de utilidad y en garantía de la seguridad del tráfico jurídico[730], opta por sendas declaraciones racionales de capacidad del mayor de edad y de incapacidad del incapaz, a partir de la incapacitación judicial[731]. La declaración formal de la capacidad de obrar en la ley supone para GORDILLO CAÑAS el paso de la concepción antigua (incapacidad vinculada a la condición natural del individuo) a la moderna (incapacidad resultante del pronunciamiento judicial constitutivo del *status*) [732]. Finaliza así la incapacidad derivada de la concepción privada de la actuación del enfermo mental y su vinculación directa con la capacidad natural del sujeto[733].

El Código Civil afirma el principio de capacidad de obrar del mayor de edad "para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este código" (art. 320 del CC). El adulto sobre el que no recaiga sentencia de incapacitación dejará de ser incapaz para el Derecho[734]. Se garantiza así la protección del ejercicio de su libertad y autonomía[735] y se impide el abuso que supone atribuirle una incapacidad que no tiene[736].

Al loco o demente que no pueda gobernarse por sí mismo –aunque tenga intervalos lúcidos- (arts. 199 y 200.2º[737]), como consecuencia del pronunciamiento judicial que declara su incapacidad (arts. 218 y 213 en relación con el 216 del CC[738]), se le priva de su capacidad de actuación (en puridad, se le permite actuar pero su actuación puede

[730] ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 195; COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.,* p. 172.
En este sentido, afirma SABATINO, *op. cit.,* p. 121, que la incapacidad como ficción legal responde a los valores predominantes, al conocimiento y al sentir económico y político de un tiempo determinado.
Esta idea está presente en el Proyecto de 1851. GARCÍA GOYENA, *op. cit.,* p. 269, justifica la posibilidad del loco de testar en intervalos lúcidos frente a la imposibilidad de hacerlo en los contratos, aludiendo a la ausencia de seguridad de terceros a proteger en el testamento. En relación con los contratos, afirma que "no sería de cordura someter su validez y estabilidad a un examen difícil y aventurado".
[731] RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 270; GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 74.
[732] GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 70.
[733] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 129.
[734] MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 225; O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 291.
[735] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 175.
[736] LÁZARO GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 186.
[737] Artículo 199: *El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.*
Artículo 200.2: *Están sujetos a tutela: Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.*
[738] Artículo 218 del CC: *La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente (…).*
Art. 213: *no se puede nombrar tutor a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración de que son incapaces para administrar sus bienes. Art. 216: antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.*

ser anulada[739]) , queda sujeto a tutela, que puede tener por objeto la guarda de su persona y bienes, o solamente de sus bienes (art. 199), así como a la representación, emanada directamente del mandato legal (art. 262 del CC[740]).

Se formula la tesis formalista de la capacidad de la capacidad de obrar, mantenida desde entonces tanto por la mayoría de la doctrina[741], como por la jurisprudencia, según la cual la ley limita o restringe la capacidad de actuación de las personas en función de su estado civil[742], entendido éste como la objetivación uniforme y general del estado real de las personas afectadas por una determinada vicisitud[743]. Como dice DE CASTRO, "según sea el tipo de estado, así será la extensión y clase de eficacia o ineficacia de los actos (anulabilidad, rescisión, nulidad); bastando alegar el estado civil correspondiente (ser menor, incapacitado por locura, etc.) para conseguir, en su caso, la ineficacia"[744].

En el caso de la enfermedad mental, la incapacidad de obrar tiene su fundamento en la falta de autogobierno[745]; en este sentido, se afirma que la incapacidad de obrar está mediatizada por la incapacidad natural pero es resultado directo del particular estado civil del incapacitado, siendo la declaración judicial la que modifica el estado civil[746]. Con ello se da una mayor estabilidad al estado de las personas y se logra una mayor seguridad para terceros[747]. Afirma en este sentido MARTÍNEZ-CALCERRADA que la capacidad de obrar tiene una condicionalidad fisiológica (la capacidad natural) y una

[739] DIEZ PICAZO, "De las personas naturales…", p. 968.

[740] Art. 262: *el tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos que por disposición expresa de la Ley pueden ejecutar por sí solo.*

[741] Sin embargo, GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, pp. 77, 80 y 85 considera que "es la ley y no el pronunciamiento judicial, quien reconoce a la enfermedad su virtualidad incapacitante". La sentencia declara la incapacidad y constituye la tutela. El autor basa su tesis realista precisamente en la notoriedad, lo que le lleva a admitir la relevancia jurídica a la incapacidad notoria no declarada. Señala en este sentido, que si la incapacidad es notoria no pueden eludirse las consecuencias del acto argumentándose que no está declarada judicialmente. También afirma el carácter declarativo del juicio de incapacitación RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p. 356.

[742] DÍEZ-PICAZO, "Capacidad civil…", p. 995, califica de "automatismo" a la relación que el Derecho establece entre entre capacidad y estado civil.

[743] DE DIEGO, *Instituciones...*, p. 170.

[744] DE CASTRO, *Compendio...*, p. 167.

[745] En otros supuestos la limitación de la capacidad de obrar no coincide con la falta de capacidad natural, ni ésta puede presumirse, como es el supuesto de la mujer casada o el interdicto DE CASTRO, *Derecho Civil...*, pp. 48 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 163.

[746] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 48. ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 162; DÍEZ-PICAZO, "Capacidad civil…", p. 005.

Declaran la irretroactividad de los efectos de la declaración de incapacidad, las sentencias del Tribunal Supremo: de 7 de abril de 1903, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1903, núm. 107, pp. 592-594 [592]); 27 de febrero de 1914, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1914, núm. 101, pp. 540-551 [547]); 9 febrero de 1943 con respecto a la anulabilidad de los contratos realizados por el incapacitado y la nulidad de los realizados en ausencia de consentimiento, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1943, núm. 32, pp. 221-241 [221-227].

[747] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 289.

condicionalidad sociológica, en cuanto es perceptible y repercute en el concierto comunitario en el que se desarrolla la convivencia[748].

A pesar de la relevancia que adquiere la incapacitación, ésta no queda configurada como una institución independiente, sino que se trata en el Código "desde el prisma de la institución de guarda" previsto para ella. Tampoco presenta una uniformidad en cuanto a sus efectos pues engloba supuestos muy diferentes[749]: locura o demencia, sordomudez sin saber leer ni escribir, prodigalidad e interdicción (arts. 32 y 200).

a) La vertiente patrimonial de la incapacitación y de la tutela

Reconocer la capacidad jurídica supone en el plano teórico actual atribuir a la persona con discapacidad el valor fundamental de la dignidad humana[750]; sin embargo, el interés fundamental del Código Civil en su redacción original, -al igual que el del resto de Códigos de la época-, no es la persona, sino la regulación de los derechos y las relaciones patrimoniales[751], la seguridad del tráfico jurídico y, en concreto, en el ámbito que nos interesa, la salvaguarda de los intereses económicos de los familiares del incapaz[752].

La abstracción de la persona a través del concepto de capacidad jurídica sirve al Derecho como centro de imputación de relaciones jurídicas, sobre todo de carácter patrimonial[753]. Como consecuencia, el Código Civil reconoce la titularidad de los derechos del incapaz en la medida en que éste entra en la relación económica con terceros ante los que debe responder. Así, el art. 32 dice que las obligaciones "nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero"[754].

El mismo sentido ha de darse a la restricción de la capacidad de obrar del incapacitado. Aunque autores como DE CASTRO y LETE DEL RÍO se manifiestan a favor de una

[748] MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, p. 116.

[749] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 181. Destaca la autora que ello da lugar a la renuncia a la elaboración de una teoría general de la incapacitación.

[750] GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 25; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p.91. Este valor se había afirmado ya por la corriente iusnaturalista. DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 43. Anteriormente, la personalidad y capacidad jurídica, lejos de ser atributo del hombre, era una investidura otorgada por el poder público a quienes reunían determinadas condiciones. Así en el Derecho romano, la capacidad jurídica del cives se contrapone a la del esclavo y a la del extranjero. DE DIEGO, *Instituciones...*, p. 172. . DE CASTRO, *Derecho Civil...*, pp. 41-43. Para el origen del término capacidad y su relación con la posición de la persona en la comunidad, véase DÍEZ-PICAZO, "Capacidad civil...", p. 994.

[751] TORRES GARCÍA, "La persona…", p. 164.

[752] DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 983.

[753] GARCÍA RUBIO, "La persona…", pp. 86-87.

[754] Afirma BERCOVITZ, *La marginación…*, p. 55, que aunque la doctrina ha entendido que la palabra bienes debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo los bienes personales y patrimoniales, lo que para el autor es digno de aplauso, la mente del legislador fue la de referirse a los bienes exclusivamente en sentido patrimonial.

interpretación del Código Civil que tenga la protección del incapacitado como finalidad prioritaria del sistema[755], al menos para el supuesto del enfermo mental[756], y así puede deducirse de los artículos 199, 203 y 264.1º del Código[757], la doctrina ha visto en las normas contenidas en el Código un interés esencial en favorecer la adecuada rentabilidad de los bienes del incapaz, impidiendo a éste su actuación eficaz, para proteger prioritariamente los intereses patrimoniales de la familia[758] y la seguridad del tráfico jurídico general. La finalidad de la incapacitación y de la tutela es salvaguardar la producción y la circulación de la riqueza[759], normalmente a través de la familia del enfermo titular del patrimonio[760]. Se trata de procurar un rendimiento adecuado a los bienes de titularidad de las personas con discapacidad, incorporándolos al tráfico económico e impidiendo los obstáculos que puedan paralizar las relaciones[761], así como la gestión desacertada de sus bienes por el propio incapaz. El sistema tutelar construido durante el proceso de la codificación se centra, en consecuencia, en los aspectos patrimoniales del adulto incapaz que en su persona[762]. A pesar de que se le priva de capacidad de regirse a sí misma[763].

[755] "La finalidad primaria de la incapacitación del loco es la protección de su persona e intereses morales y patrimoniales", DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 298. También, LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 143. La centralidad de la persona en el Derecho Civil en la concepción de DE CASTRO es descrita por ALONSO PÉREZ, M., en "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho Civil de España", *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1117-1127.

[756] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 183.

[757] Art. 199: El objeto de la tutela es la guarda de la *persona* y bienes, o solamente de los bienes (…); art. 203: Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al *cuidado de éstas* y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación. Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados; art. 264.1º: El tutor está obligado a alimentar y educar al menor o incapacitado con arreglo a su condición y con estricta sujeción a las disposiciones de sus padres, o a las que, en defecto de éstos, hubiera adoptado el consejo de familia. (La cursiva es nuestra).

[758] RAMS ALBESA *op. cit.*, pp. 270-272. Para el autor una muestra de la protección del interés familiar es la imposibilidad de los menores de veinticinco años de la gestión y goce de su propio patrimonio; la prohibición de salida del hogar impuesta a las mujeres solteras menores de veinticinco años, salvo para tomar estado, y la declaración de incapacidad de los concursados, quebrados y pródigos, así como la de la mujer casada. También DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. "Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela". *La personalitat civil. Segones Jornades Jurídiques de Lleida* (3 i 4 de Maig de 1984). Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984, PP.67-75 [67]. También en "Nuevas perspectivas…", p. 983. Véase: nota 821.

[759] VIVAS TESÓN, *op. cit.*, p. 1663.

[760] BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1244.

[761] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", p. 64.; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 33.
BERCOVITZ demuestra a través de un estudio de la Jurisprudencia Civil del Tribunal Supremo que el procedimiento de incapacitación únicamente se promueve cuando hay un interés familiar en realizar alguna actuación jurídica de trascendencia sobre el patrimonio del enfermo (STS de 24 de junio de 1905, STS de 6 de junio de 1900, STS de 14 de febrero de 1903, STS de 15 de marzo de 1912, STS de 20 de enero de 1904, STS de 25 de marzo de 1961). Señala a este respecto BERCOVITZ que la tendencia jurisprudencial iniciada por la sentencia de 5 de marzo de 1947, a la que luego se hará referencia, permite la graduación de la incapacitación de los enfermos mentales para dar mayor importancia a los intereses patrimoniales que personales. BERCOVITZ, *La marginación...*, p.145 y 34-35, pp. 69-84.

[762] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 126.

[763] BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 19.

Los artículos 32 y 213 del CC, constituyen así una verdadera declaración de principios de lo que el legislador decimonónico considera el interés más necesitado de protección[764], común a los códigos del siglo XIX, pero también a la tradición jurídica española. El Código Civil regula minuciosamente los aspectos patrimoniales de la incapacitación y de la tutela, mientras que las referencias al cuidado personal del incapaz son escasas, inexactas, y genéricas, por estar la tutela pensada principalmente para los menores[765]. Además, el sistema de tutela establecido es tan complejo que sólo resulta rentable cuando existe un patrimonio importante que proteger y sacar rendimiento o cuando surgen disputas entre los familiares sobre la gestión de los bienes. Sólo en estos supuestos se recurre a la incapacitación[766]. Ello es un reflejo de nuevo, de que el legislador protege la esfera patrimonial del incapacitado y no repara en la protección que necesitan los incapaces que carecen de bienes que tutelar[767].

En el mismo sentido, la incapacitación trata en esta época de proteger al incapaz no tanto por cuestiones relacionadas con su propio cuidado[768], sino sobre todo de la vulnerabilidad que presenta derivada de su propensión a sufrir la manipulación de terceras personas[769], generalmente familiares y allegados, por motivos económicos. Así se entiende la salvaguarda del examen del presunto incapaz por el Juez y la

[764] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 92, con respecto al art. 213. El autor reproduce las palabras de Silvela en el Senado al respecto: "(…) la legislación se limita a velar por la fortuna del protegido. ¡Ojalá todo lo demás pudiera inscribirse en un Código Civil!".

DE CASTRO, *Compendio...*, p. 244, pone en relación, sin embargo, el art. 213 con el 199 y advierte ya que "la incapacitación de los locos o dementes tiene por objeto: la guarda de su persona y bienes, en cuanto ellos son incapaces de gobernarse por sí mismos o para administrar sus bienes". Asocia ambos artículos en el mismo sentido CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 240.

[765] BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, pp. 79-80. El autor analiza minuciosamente el contenido predominantemente patrimonial de la protección de la curatela de enfermos mentales tanto en el CC como en sus precedentes (Proyecto de 1851, en el Anteproyecto de Código civil de 1821 y en el Código Civil de Gorosábel, trabajo realizado a partir del Derecho histórico de las Partidas). *La marginación…*, pp. 48-66.

DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 314, resuelve la actuación del tutor sobre la esfera del incapacitado señalando, que el tutor no puede disponer por el incapacitado sobre las facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal , derechos de la personalidad, familiares, facultades y acciones respecto al propio estado civil; pero deberá ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender a la persona, los derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales, pedir la declaración de su estado y, también ejercitar en beneficio del tutelado acciones contradiciendo el estado civil de terceras personas.

[766] MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 197. Siguiendo a VALVERDE Y VALVERDE, C. Derecho Civil Español, Tomo IV. Parte Especial. Derecho de Familia. Valladolid: Casa Editorial Cuesta, 1913, p. 551; ROCA TRÍAS, "Comentarios...", p.220; BERCOVITZ, *Derecho de la Persona…*, p. 81. De la misma opinión es ALCÓN YUSTAS, M.F. Y DE COUTO GÁLVEZ, R. *Lecciones de Derecho Constitucional y de Derecho Civil (Derecho de la Persona).* Madrid: Dykinson, 1997, p.180.

[767] VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 81; GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 56.

[768] A salvo DE CASTRO, que, en su interés sobre la esfera personal del enfermo, asocia la incapacidad de autogobierno con la incapacidad de cuidarse a uno mismo, de cuidar de su salud y con la necesidad o conveniencia de internamiento. DE CASTRO, *Compendio...*, p. 245; *Derecho Civil...*, p. 304.

[769] MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, p. 123. En este sentido, describe la STS de 27 de febrero de 1914 el supuesto de la incapaz, a la que caracteriza como "con tal anulación de voluntad que sería posible ahacerla instrumento inconsciente de cualquiera que supiere aprovecharse de aquellas circunstancias".

audiencia al Consejo de familia (art. 216 del CC), de la que quedan excluidos los parientes que hubiesen solicitado la declaración de incapacidad, que no serán oídos sino cuando lo soliciten (art. 217 del CC), sin que su testimonio forme parte del informe que efectúe el Consejo de familia. Así debe ser entendida también la posibilidad de recabar otros asesoramientos por parte del Juez[770]. La intervención judicial tiene su base en la desconfianza del fundamento con el que se inicia el expediente de incapacitación[771] y tiende a eliminar la sospecha de una coacción o indebida influencia sobre el ánimo del incapaz[772].

En esta época la declaración de incapacitación por demencia puede ser obtenida por diversos procedimientos: jurisdicción voluntaria, juicio ordinario de menor cuantía, sentencia penal firme[773], predominando entre la doctrina la opinión de que su tramitación habitual lo es través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de carácter sumario[774]. Frente al auto que pone fin al expediente pueden las partes deducir demanda en juicio ordinario (arts. 218 y 219 del CC).

b) La enfermedad mental como causa de incapacitación plena

Los rasgos del modelo médico de la concepción de la discapacidad durante este periodo se manifiestan en el Derecho en la absoluta ignorancia de la capacidad natural del enfermo mental[775], cuya voluntad queda sustituida por la de su representante

[770] LETE DEL RÍO, "Comentarios a los artículo 216 y 217"…, pp. 191-193.
[771] *Ibid*, p. 192.
[772] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 307.
[773] TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 75.
[774] Por la doctrina mayoritaria, O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. "El proceso de incapacitación por deficiencias y por prodigalidad", *Jornadas de Derecho procesal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1984, PP.83-92, p. 84.

CASTRO GARCÍA J., "Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del CC en materia de tutela". *Jornadas de Derecho Procesal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1984, PP. 45-81, p. 46, plantea las posibles interpretaciones sobre el procedimiento de incapacitación:

a) El procedimiento de jurisdicción voluntaria viene exigido por el art. 1848 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1888, al que complementan los arts. 213 a 219 del CC. De surgir oposición, el expediente se declara contencioso y se sustancia en la forma determinada para los incidentes, en virtud del art. 1873.

b) El Código Civil deroga los artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil y el proceso es contencioso. Por razón de la sumariedad del art. 218 del CC, el trámite es el de los incidentes.

c) El Código Civil añade un nuevo procedimiento a los ya existentes: jurisdicción voluntaria del art. 1848 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, juicio incidental del art. 218 del CC y juicio ordinario de mayor cuantía (art. 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

e) Proceso inquisitivo especial atípico pautado por el CC.

f) Los arts. 213 a 219 del CC contemplan el procedimiento sumario a través del que ha de declararse la incapacidad y la Ley de Enjuiciamiento Civil regula el nombramiento del tutor.

Puede consultarse, también, el estudio doctrinal que realiza SERENA VELLOSO, C. "En torno al régimen jurídico del enfermo mental" en TORRES GONZÁLEZ, F. (Coord.), *Los marginados en España*. Madrid: Fundamentos, 1978, pp.211-231 [219-224].

[775] Son clarificadoras en este sentido las palabras de PUIG PEÑA: "Esta tutela de locos es plena, absoluta, completa, exactamente igual que la de los menores, variando sólo en que si bien en ésa tiene el tutor la

legal, bajo el presupuesto de la justificación de su incapacidad y de la protección de su interés[776].

La locura o demencia del CC que dan lugar a la incapacitación constituyen expresiones genéricas, cuyo significado jurídico no coincide con el sentido técnico psiquiátrico de la época, que ya describe a nivel general los efectos de la demencia senil en la alteración sensorial y de juicio[777]. Jurídicamente las expresiones locura o demencia sirven para designar una perturbación mental, cualquiera que sea su clase y origen, siempre que sea grave, permanente e intensa[778]. El Derecho tiende a utilizar el término locura en los supuestos en los que se alude a las patologías psiquiátricas en sentido estricto (el antiguo furioso), por admitir éstas el intervalo lúcido, y el término demencia para hacer referencia al estado de incapacidad psíquica continua y permanente, fundamentalmente de carácter orgánico (los imbéciles y desmemoriados de las Partidas), -cuestión que, sin embargo, a efectos de incapacitación carece de relevancia (art. 200 del CC).

Dentro del concepto de demencia en sentido jurídico queda recogida, -junto con la oligofrenia y otras enfermedades-, la demencia por senilidad o derivada de enfermedades neurocognitivas, en sentido psiquiátrico. Así, la demencia senil, claramente diferenciada de la senectud[779], es descrita por LETE DEL RÍO como "la

obligación de cuidar de la educación del menor (empleando esta palabra en sentido amplio), cuando se trata de los locos y dementes, el tutor tiene el primario deber de procurar por todos los medios que el enfermo recupere su salud. En lo demás, todo igual: la incapacidad de los locos es absoluta y nada pueden hacer". PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo II. Derecho de Familia. Vol. II. Paternidad y filiación.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946, p. 344.

[776] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, pp. 41 y 75.

[777] Las perturbaciones mentales en la vejez, como patología progresiva e incurable, aparecen ya descritas en el siglo I por Areteo de Capadocia. La atención a la memoria durante la vejez es analizada en el siglo XVI por F. Plater. El término demencia senil se debe a ESQUIROL (1838), que da la siguiente descripción: "la demencia senil resulta del progreso de la edad. El hombre pasando insensiblemente a la vejez, pierde su sensibilidad junto con el libre uso de las facultades de entendimiento antes de llegar a un estado extremo de decrepitud (…). En el siglo XIX la ciencia es consciente de los síntomas sensoriales y neurológicos de la demencia senil, aunque no es hasta finales de siglo cuando ésta se asocia a la atrofia cerebral. En 1906 Alzheimer y en 1908 Pick, describen las enfermedades que llevan sus nombres y que conducen a un acentuado deterioro senil del cerebro. REGO ÁLVAREZ, A. y GUIMÓN UGARTECHEA, J., "Psicología y psicopatalogía del envejecimiento" en GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J.L., VELA BUENO, A, y ARANA ARREGUI, J.A. (Coords.), *Manual de Psiquiatría.* Madrid: Karpos, 1980, PP.976-1010, pp. 976-978.

[778] DE CASTRO, *Compendio...*, p. 245; *Derecho Civil...*, p. 304. LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 200…", p. 154.

[779] Establece expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1928, p. 545, que "ni el derecho ni la medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente (…), que constituye un estado específico y patológico, que requiere especial declaración para ser fundamenteo de situaciones de derecho (…). Que personas que alcanzaron la edad (…) aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, realizaron actos que son gloria para la Humanidad aprovechada de sus beneficios en todos los aspectos del saber; que por su

pérdida de la inteligencia y casi siempre, además, de la memoria de fijación en una persona adulta que la ha tenido normal anteriormente. Esta pérdida de memoria e inteligencia que constituye la demencia se debe siempre a una enfermedad cerebral crónica"[780]. La locura y la demencia dan lugar a la declaración de incapacitación en tanto la persona no pueda gobernarse por sí misma (arts. 199 y 200 del CC).

La capacidad de autogobierno se valora a la luz de la normalidad propia de la generalidad de las personas[781]. La incapacidad por demencia se concibe como una noción opuesta a la capacidad[782]: se es capaz o se es incapaz[783]. El incapacitado es tan incapaz como el menor, que carece en el Código Civil de una capacidad escalonada en función de su edad[784]. Desaparecida la curatela del Código[785], como consecuencia de la irrelevancia de la pubertad como momento anterior a la adquisición de l a plena capacidad de obrar con la mayoría de edad[786], es la doctrina la que recurre a la distinción dentro del concepto genérico de tutela, de una tutela plena y de una restringida, en función del contenido que el CC atribuye a cada tipo de tutela[787].

---

mesurado y más reflexivo pensamiento, hacen más dignas de respeto las depuradas manifestaicones de la voluntad de los viejos no privados de razón (…).

[780] La demencia en sentido psiquiátrico es descrita por LETE DEL RÍO. LETE DEL RÍO, J. M. Comentario al artículo 200 en "Comentario a los artículos 181 a 332 del Código Civil)" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albadalejo). Tomo IV*. Madrid: Edersa, 1978, PP.151-157, p. 154,

[781] MARTÍNEZ-CALCERRADA, *op. cit.*, p. 117.

[782] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 78.

[783] DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p. 20.

[784] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, pp. 65-66.

[785] El CC refunde la tutela y la curatela en una única figura. MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 197. BERCOVITZ, *Derecho de la Persona...*, pp. 79-80.

La refundición se atisbaba ya en el Proyecto de 1821, pero sobre todo en el de 1851, en el que la curatela comienza a desdibujarse, siguiendo el Derecho francés y la línea general del movimiento codificador. LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 145. BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 7; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.,* p. 73.

En el Anteproyecto del CC de 1851 desaparece la curatela de los púberes menores de edad. GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 179.

Se instaura la tutela para los menores (art. 171), -que recoge la antigua curatela de los bienes del menor púber-, y la curaduría para los mayores incapaces de administrar sus bienes por ellos mismos (art. 278), -se considera que en esta situación el loco o demente, aunque tenga intervalos lúcidos (art. 279). Sin embargo, el propio GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, p. 288, señala que los motivos y el fin de la tutela y de la curatela son los mismos, p. 268. "La tutela y la curaduría han sido, son y serán siempre, en su fondo y esencia una misma cosa: sus motivos y objeto son los mismos, *el socorro y la beneficencia" en Concordancias...*, p. 267. Dice el art. 307 del Proyecto del Código que "Lo dispuesto para la tutela tiene también lugar en todos los casos de curaduría, en cuanto no sea contrario a lo determinado en este título*".*

[786] GETE-ALONSO "De la curatela...", p. 686.

[787] El Código dentro del capítulo destinado a la tutela legítima, regula en cuatro secciones diferenciadas, la tutela correspondiente a cada causa de incapacitación del art. 200, precisando su contenido.

Se entiende por tutela restringida, la que precisa de un complemento de capacidad materializado en el consentimiento de terceras personas predeterminadas en la ley, para actos o negocios jurídicos

La incapacitación de la persona con discapacidad psíquica, como queda regulada en el Código es plena[788] y su sometimiento a tutela del incapacitado es total. Afirma en este sentido DE CASTRO que la incapacitación de los locos es la que produce la limitación más extensa a la capacidad de obrar, extendiéndose a la custodia de su persona y bienes[789]. Igualmente, se pronuncia BERCOVITZ sobre la concepción de la doctrina y la jurisprudencia con respecto a la incapacitación por locura o demencia: "es el tipo de incapacitación más amplio, puesto que el loco está privado de la razón, extendiéndose tanto a la esfera patrimonial como a la personal"[790].

La tutela supone siempre una representación[791] y no una concurrencia necesaria de la actuación del tutor, como en el Derecho romano[792]. La capacidad de actuación del incapacitado se encuentra totalmente anulada. El tutor recibe del Código Civil unas facultades genéricas en virtud de las cuales puede realizar "toda clase de actos y negocios jurídicos"[793] necesarios para la ejecución de la tutela. El único límite a tales poderes lo constituyen los actos para los que la ley establezca que puede realizar por sí mismo[794] (art. 262 del CC[795]), y que se encuentran diseminados por el Código[796]. En la esfera personal el sometimiento al tutor es absoluto, a salvo de los derechos personalísimos[797], ya que la tutela está inspirada y construida sobre la necesidad de suplir la patria potestad del menor[798], caracterizada por otorgar poderes plenos sobre la persona de los hijos, que permiten incluso la detención o retención en establecimientos de instrucción[799], aunque matizados en el caso de la tutela por las

concretos. Se consideran que forman parte de la tutela restringida los menores de edad emancipados o habilitados en edad. GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, pp. 625-626.

[788] El Código se aleja del Proyecto de 1851, cuyo artículo 285 establecía que "en la sentencia podrá el Tribunal declarar la interdicción absoluta del incapaz o prohibirle únicamente ciertos actos (…)".

[789] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 294. También LETE DEL RÍO "Comentario al artículo 218"…p. 195. GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 184.

[790] BERCOVITZ, *Derecho de la Persona*, p. 84.

[791] GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, p. 626.

[792] DE DIEGO, *Curso elemental...*, p.452; LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 144.

[793] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 262"…, p. 291.

[794] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 302. Asimismo afirma DÍEZ-PICAZO, "La representación…", p. 287, que quedan exclusivamente exceptuados los actos que por disposición expresa de la ley pueden los tutelados realizar por sí mismos.

[795] Art. 262 del CC: *El tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquellos, que por disposición expresa de la ley, puedan ejercitar por sí solos*.

[796] DE DIEGO, *Curso elemental...*, p. 452.

[797] ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 163.

[798] LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 143.

[799] Art. 156 del CC:

El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez, para que la detención se realice.

disposiciones del Consejo de Familia[800]. Por ello, el Código no se pronuncia sobre la autonomía personal del mayor incapacitado[801].

El Código Civil admite la capacidad del enfermo mental aun incapacitado de contraer matrimonio y otorgar testamento en intervalo lúcido, pero no por un principio general favorable a la capacidad natural con respecto a los actos de naturaleza personal, sino porque el Código reconoce su validez de modo directo (arts. 665 y 83) o indirectamente (así el reconocimiento del hijo natural en testamento, art. 131)[802], en atención a su naturaleza personalísima[803]. "Respecto de los demás, -dice DE CASTRO-, la incapacitación produce la general limitación de la capacidad"[804]. Tampoco en el plano patrimonial la anulabilidad significa una concesión a la capacidad del incapacitado. El régimen de ineficacia de los contratos que celebra el incapacitado (la anulabilidad, en lugar de la nulidad), no se debe a una mayor capacidad, sino a que el Código prefiere esta solución para la incapacitación, no como más lógica, sino como la que mejor satisface la protección del incapacitado, que permite mantener y convalidar el acto en su beneficio[805].

En atención al carácter imperativo por razones de orden público de lo dispuesto en la regulación de la tutela, la incapacidad de obrar del enfermo mental con el carácter pleno que le atribuye la ley, -la incapacidad es sólo legal[806]-, no puede ser alterada por la sentencia de incapacitación, independientemente del grado de enfermedad que tenga[807], -a diferencia de lo previsto en el Proyecto de 1851[808] y de lo previsto para los

---

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos o adoptivos.

[800] DE DIEGO, *Curso elemental...*, pp. 449-450.

[801] BERCOVITZ, *La marginación…*, pp. 51-52.

[802] Art. 83.2: *No pueden contraer matrimonio: los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio*.

Art 663: *Está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.* El art. 665 señala que *siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos*.

Art. 670: *El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su medio de formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*

Art. 131: *El reconocimiento de un hijo natural deberá hacerse en el acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público.*

[803] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 262"…, p. 292.

[804] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 320. De hecho, DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 320, excluye la interpretación a contrario favorable a la capacidad natural a partir de los supuestos en los que se excluye la actuación de quien carece de ella: "no hay razón para creer que cuando, por ejemplo, se dice que no podrán ser testigos en los testamentos "los que no estuviesen en su sano juicio (art. 681.6º), ello signifique que pueda serlo el que está en un intervalo de lucidez"-

[805] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, pp. 312-314; DE CASTRO, *Compendio...*, p. 247

[806] PUIG PEÑA, *Tratado...*, p. 322.

[807] VARELA, "La protección jurídica...", p. 81; BERCOVITZ, *La marginación…*, p.79; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 33; GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (I)...", p. 178; CABRERA MERCADO, R.

pródigos y los sordomudos en los artículos 218 y 221 del Código[809]. Sin embargo, algunas voces, como la de CASTÁN TOBEÑAS o MANRESA, se manifiestan a principios del siglo XX favorables a la necesidad de graduación de la incapacidad para la discapacidad psíquica[810], que desde mediados de siglo se admite, a través de la aplicación analógica del art. 218 por vía jurisprudencial a los supuestos considerados menos graves: debilidad, deficiencia o retraso mental e imbecilidad[811] (línea iniciada por la STS de 5 de marzo de 1947[812] y confirmada por las STS de 25 de marzo de 1961[813] y de 7 de abril de 1965[814]). Por lo que respecta a la enfermedad mental, aunque la medicina psiquiátrica diagnostica ya sus distintos tipos, gran parte de la doctrina considera que un demente no puede hacer nada correctamente y debe ser tutelado y custodiado de forma completa y permanente[815]. La graduación de la

"Participación en mesa redonda: Las personas con discapacidad intelectual ante la Administración de Justicia y el proceso judicial. Discapacidad intelectual y Derecho" en *IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004, PP.79-87 [80-81].

[808] Establece el Proyecto en su art. 285 que "En la sentencia podrá el Tribunal, según los casos y circunstancias, declarar la interdicción absoluta del incapaz o prohibirle únicamente ciertos actos, como litigar, tomar prestado, recibir capitales impuestos a interés, transigir, enajenar u otros que se han de mencionar expresamente en la misma".

[809] Art. 218: *La declaración de incapacidad deberá hacerse sumariamente. La que se refiera á sordomudos fijará la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos.*

El art. 221: *La declaración de prodigalidad debe hacerse en juicio contradictorio. La sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre, y los casos en que por uno o por otro habrá de ser consultado el Consejo de familia*.

[810] CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 241.

MANRESA califica la fijación de la extensión y límites de la tutela en la declaración de incapacidad como de "medida tan previsora y justa", que queda limitada al caso de los sordomudos, siendo la misma la causa que la fundamenta, "puesto que son muchas y muy variadas las gradaciones de la insania mental". MANRESA, *Comentario... Tomo II. 5ª edición*, p. 225.

[811] BERCOVITZ, *La marginación…*, p.79; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 33.

[812] Señala la sentencia que "los preceptos del repetido Código adolecen de una manifiesta omisión al no establecer a los fines de protección tutelar la diferencia –hoy evidente y reconocida en las legislaciones de otros países- entre el estado de demencia y de retarso o debilidad mental (…)"; que "ni en la enumeración de los supuestos determinantes de tutela relacionados con el artículo 200 ni en ninguno de los preceptos reguladores de esta instituticón se hace referencial caso de imbecilidad (…); y que"la demencia y el retraso mental constituyen estados distintos y faltan en la Ley normas reguladoras de la tutela para el segundo de dichos supuestos". Resuelve sin embargo, que "no sólo no existe obstáculo legal que implida acomodar a en atención (al retraso mental) la amplitud de las funciones tutelares al grado de incapacidad que se parecie en cada caso", sin que además en atención a la "debida congruencia entre la amplitud (de la incapacidad) y el correlativo suplemento", "resulta lógico y conforme con las exigencias de la realidad ajustar la extensión de la tutela en los casos de retarso mental al mayor o menor grado de intensidad en que el mismo se manifieste, de análoga manera a la prevista en los supuestos de prodigalidad y sordomudez". Admite la misma sentencia que el retraso mental constituye "una cuestión de hecho que en cada caso habrán de decidir los Tribunales con arreglo al resultado de las pruebas" en relación con el autogobierno (Considerando cuarto).

[813] En este caso, en relación con una persona sordomuda que aun sabiendo leer y quedando por tanto su situación fuera del supuesto del art. 200, se limita parcialmente su incapacidad por la asociación que se realiza de su sordomudez a un estado de retraso o debilidad mental. STS de 25 de marzo de 1961, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1961, núm. 1230, pp. 774-776.

[814] Admite la sentencia la determinación de la extensión de la tutela en los supuestos de retraso o debilidad mental, frente al supuesto de demencia. STS de 7 de abril de 1965, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1965, núm. 2365, pp. 1447-1448.

[815] GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 96.

incapacidad del enfermo mental se admite por primera vez en la STS de 6 de febrero de 1968, dada "la variedad de matices que la realidad de cada día brinda a través de los informes periciales y de la directa observación del Juez, según la cual existen enfermos mentales que proceden en su vida corriente con cierta normalidad; pero que reintegrados, sin amparo de ninguna clase, a la plenitud de su capacidad de obrar podrían perjudicar a su propia persona, a sus intereses, los de su familia y los de la sociedad en que viven; para ellos tan inadecuada es la absoluta incapacitación como la plena capacidad legal"[816]. Se aprecia en la sentencia el acercamiento, la "debida congruencia" entre la incapacitación y la capacidad natural todavía genérica, que se califica como "semilucidez permanente"; la búsqueda de "la obtención de la verdad manerial"; y la intervención del juez en la necesidad de "acompasar la extensión del organismo supletorio a las necesidades del incapacitado" sobre la base del artículo 292 del CC[817].

c) El carácter familiar del sistema tutelar del CC

La institución tutelar constituye el verdadero centro de regulación del Código[818]. La negación de la capacidad del enfermo mental es suplida en el sistema tutelar del Código Civil de 1889 por la actuación de la familia[819]. La familia cobra un papel esencial en la gestión y representación de los asuntos del incapacitado, recuperado del Derecho Romano. Su organización está dirigida en gran medida a proteger los intereses[820] y expectativas económicas de los familiares del enfermo y de otras personas que puedan llegar a sucederle[821].

Tanto el ejercicio como el control de la tutela se dejan en manos del grupo familiar, afirmándose que el sistema español tutelar de la época es el sistema de familia[822], aunque se da una cierta intervención de la autoridad judicial[823].

Así lo afirma expresamente ALBADALEJO sobre la base de que el CC desechó la posibilidad de graduación de la incapacidad admitida en el art. 285 del Proyecto de 1851. *Derecho civil...*, p. 199.

[816] STS de 6 de febrero de 1968, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1968, núm. 773, PP. 503-504. Véase: LETE DEL RÍO, "Comentario al Título IX…", p. 196.

[817] Art. 292: *Los Jueces examinarán anualmente estos registros y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas a tutela*

[818] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 179.

[819] ALBADALEJO, *Derecho civil...*, p. 163.

[820] SILLERO CROVETTO, "Tratamiento jurídico...", p. 981

[821] DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 67. El autor califica la tutela como institución "presucesoria" o "prehereditaria" en la medida en que los parientes, siendo conscientes de que el enfermo mental difícilmente va a tener descendencia, tienen como interés el mantenimiento de su patrimonio que previsiblemente vayan a heredar. "Nuevas perspectivas…", p. 983.

[822] Por todos, O´CALLAGHAN, "Representación legal...", pp. 296-297. Para el autor Código Civil de 1889 y parte de la Ley de bases de 11 de mayo de 1888 alteran el sistema anterior, el de las Partidas y la LEC, en el que el curador tiene carácter individual y está sometido a control judicial.

La tutela de los locos y dementes exige la constitución de todo el entramado familiar[824]. El organismo o sistema tutelar se compone de los siguientes órganos: el tutor, el protutor y el Consejo de Familia[825].

- El tutor es el órgano ejecutivo, con facultades personales y patrimoniales sobre el pupilo, al que corresponde la gestión y representación de éste. Su función es esencialmente administrar y ejecutar. Entre tutor y pupilo existe una relación cuasi-familiar. El cargo es obligatorio, retribuido y unipersonal.

- El protutor ejerce la vigilancia y fiscalización de la actuación del tutor y de sustitución de éste, en caso de vacancia o de oposición de intereses. Ocasionalmente cumple funciones de representación del pupilo o suple al tutor. Es un cargo unipersonal, irrenunciable y gratuito.

- El Consejo de familia es un órgano colegiado de carácter esencialmente familiar que ejerce la dirección de la tutela, deliberando sobre las cuestiones más importantes. Entiende de la constitución de la tutela, así como de inhabilidad, excusas y causas de remoción. Inspecciona el funcionamiento de la tutela, sustituye en ciertos casos al tutor y autoriza a éste para realizar las funciones de mayor relevancia.

  Es el órgano "soberano y preeminente" de la tutela, ya que a él le está encomendada la dirección de la misma (STS de 28 de abril de 1965[826]). Como afirma LETE DEL RÍO, el legislador de 1889 reduce las funciones de la autoridad judicial, que pasan al Consejo de Familia[827].

Por lo que a nuestro trabajo interesa, el Consejo de familia resuelve sobre cuestiones que no sean tan privadas, que puedan resolverse en el seno del hogar, ni tan públicas, que pertenezcan plenamente al Estado. Así, el art. 269.3º del CC exige al tutor

---

Matiza, sin embargo, DE CASTRO que el Código Civil no acepta el sistema francés, que considera la incapacitación del loco no furioso asunto estrictamente familiar. DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 299. Siguiendo a DE CASTRO, GUTIÉRREZ CALLES considera que la autoridad judicial constituye un elemento esencial del sistema de tutela, también en la redacción original del CC, "verdadero eje de protección del incapacitado", "llamado a corregir cuantas actuaciones puedan perjudicar al incapaz". GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 61.

[823] LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p.147.

[824] GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, p. 626.

[825] DE DIEGO, *Curso elemental...*, p.404; LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 201"…, p. 157.

[826] Señala la sentencia que "la Autoridad Judicial, ejerce por el contrario una intervención más bien limitada y transitoria". STS de 28 de abril de 1965, Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi, 1965, núm. 2373, pp. 1452-1453.

[827] LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 147; "Comentario al artículo 201"…, p. 158.

autorización del Consejo de familia para internar al tutelado en un establecimiento, salvo que el tutor sea padre, madre o hijo del incapacitado[828].

En relación con la autoridad judicial, la jurisprudencia le va reconociendo un papel cada vez mayor, pero siempre subsidiario a los órganos constitutivos de la tutela. Se reconoce su carácter activo para adoptar las resoluciones que estime necesarias para defender los intereses del menor o incapaz (STS de 17 de junio de 1943), sin que en su actuación *ad tuendum* se hallen los tribunales subordinados necesariamente a la solicitud de parte (STS de 5 de marzo de 1947)[829]. La STS de 2 de julio de 1953 establece que la ley encomienda al Juez de Primera Instancia "la misión de hacer en pro del sujeto a tutela todo lo que por error, incuria o mala fe deje de realizar o indebidamente lleve a efecto el Consejo de familia"[830].

2. LA PRIMERA REGULACIÓN GENERAL DEL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO

2.1. EL REAL DECRETO DE 19 DE MAYO DE 1885

Una semana después de la aprobación del Reglamento del Manicomio de Santa Isabel de Leganés se aprueba la primera norma que regula con carácter general el internamiento psiquiátrico forzoso en España. El Real Decreto de 19 de mayo de 1885[831], relativo a los asilos de dementes[832], resulta aplicable a todo establecimiento

[828] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 264"…, p. 301. Estamos de acuerdo con esta posición, por ser además coherente con lo establecido en los artículos 1300 y ss. sobre la contratación realizada por incapaces.

[829] La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1943, afirma que siendo la tutela una institución familiar, "el organismo constitutivo de la misma se halla integrado no sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de familia, sino admés por la Autoridad judicial (…) y a dicha autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor o incapaz (…) declarando que el artículo 296 del Código civil autoriza a los Tribunales de la manera más absoluta para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiera incurrido". Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1943, núm. 729, p 420.

La Sentecia del mismo tribunal, de 5 de marzo de 1947, establece que "en materia de gaurda la intervención judicial reviste de un carácter activo, pudiendo ser ejercitada por iniciativa propia en defensa de las personas necesitadas de protección tutelar (…) sin que en su actuación "ad tuendum" se hallen los Tribunales subordinados necesariamente a la solicutd de parte (…)". Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1947, núm. 343, pp. 218-219 [218].

[830] STS de 2 de julio de 1953. Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1953, 2009, pp. 1299-1300.

Destaca también el papel judicial, la STS de 6 de febrero de 1968.

[831] Gaceta de Madrid, 21 de mayo de 1885, núm. 141, p. 511

El RD se clarifica por la Circular del 22 de mayo (Gaceta de Madrid, 23 de junio de 1885, núm. 171, p. 866) y por la Real Orden de 20 de junio del mismo año, sobre los internamientos de presuntos dementes que carezcan de familia o de representante legal, sobre los presuntos dementes albergados en hospitales para enfermos, así como el modo de proceder una vez terminado el plazo legal de observación (Gaceta de Madrid, 23 de mayo de 1885, núm. 143, pág. 533). Se modifica por el Real Decreto de 30 de abril de 1895 (Gaceta de Madrid, 2 de mayo de 1895, núm. 122, pp. 409-410) y se

psiquiátrico ya sea, de carácter general, provincial, municipal o particular[833]. Está vigente durante cuarenta y seis años[834]. Sin embargo, tanto su rango normativo[835], como la ausencia de obras jurídicas relativas a la materia anteriores al siglo XX, confirman el desinterés del Derecho civil por la esfera personal del incapaz en la época[836].

La finalidad del Real Decreto de 19 de mayo de 1885 es garantizar la seguridad individual de todas las personas que por causa de una demencia vayan a ser internadas, eliminando la habitual práctica de recluir "sin razón, y con fines que atentan a la moral, a personas no declaradas judicialmente en estado de demencia", lo que daba lugar a frecuentes litigios y, aun a procedimientos criminales" (Exposición de Motivos). Para ello, el Decreto prevé dos procedimientos para controlar el ingreso psiquiátrico de los enfermos mentales, el ingreso de observación y la reclusión definitiva (art.1).

2.1.1. El ingreso de observación

El procedimiento de ingreso de observación se realiza por la vía administrativa y su naturaleza es esencialmente médica.

---

desarrolla por las Reales Órdenes de 28 de enero de 1887 (Gaceta de Madrid, 29 de enero de 1887, núm. 29, pp. 296-297); 2 de agosto de 1902 (Gaceta de Madrid, 11 de agosto de 1902, núm. 223, p.632); Real Orden de 25 de marzo de 1908, que se dicta en respuesta a una instancia promovida por la Diputación de Barcelona en la que solicita que se aclare si la regulación de las salidas temporales de la Real Orden de 2 de agosto de 1902 es aplicable al internamiento de observación (Gaceta de Madrid, 28 de marzo de 1908, núm. 88, p. 1301); Real Orden de 1 de junio de 1908 (Gaceta de Madrid, 2 de junio de 1908, núm. 154, p.1053); Real Orden de 11 de diciembre de 1908 (Gaceta de Madrid de 12 de diciembre de 1908) y de 2 de noviembre de 1921 (Gaceta de Madrid, 4 de noviembre de 1921, núm. 308, pp. 402-404).

[832] Denominación dada por la Rectificación del 22 de mayo de 1885 al mismo, Gaceta de Madrid de 22 de mayo, núm. 142, p.524.

[833] Aclara la Real Orden de 28 de enero de 1887 que los controles establecidos por el Decreto afectan también a las Casas de Curación, que son aquellas que albergan a no más de cuatro enfermos. La única obligación de la que están exentos este tipo de centros es la de presentar sus reglamentos especiales al Gobierno de la provincia. Señala la propia Exposición de Motivos, el Gobierno debido a la insuficiencia de medios económicos, desiste de su intención inicial de crear nuevos establecimientos generales de dementes y para atender a los dementes recurrirá a los que ya existen.

[834] El Decreto tiene además carácter retroactivo. La instrucción del expediente judicial previsto en él se extiende a los casos de dementes recluidos en manicomios antes de la publicación del RD de 19 de mayo y a los de enfermos con síntomas de demencia albergados en hospitales provinciales o municipales. Real Orden de 20 de junio de 1885, aclaraciones segunda y cuarta.

[835] Afirma CONCEPCIÓN DEL ARENAL que "Sentiríamos que cualquiera medida de trascendencia que se tome sobre cosa tan grave sea por medio de un decreto, y no de una ley muy pensada y muy debatida, como el asunto lo requiere" ARENAL PONTE, C., "Ley de dementes" en *Obras completas. Tomo XX. Vol.III:* Madrid; Librería de Victoriano Suárez, 1900, PP.21-26 [24].

[836] BERCOVITZ, *La marginación…*, p.38. La obra citada constituye el referente de todas las publicaciones posteriores a 1983, fecha en la que la regulación del internamiento pasa al Código Civil y en la que empieza a despertar el interés del estudioso del Derecho.

La solicitud de ingreso la realiza el pariente más cercano del enfermo a la Diputación provincial o al Ayuntamiento, en función de la pertenencia del establecimiento (art. 3). También cabe la solicitud de oficio, si se trata de una persona que carezca de familia, se halle lejos o esté separado de ésta (art. 8).

El ingreso de observación se concibe como excepcional, en tanto sólo puede adoptarse una vez en la vida del enfermo. El internamiento de quien presente signos de demencia habiendo estado internado previamente en observación, habrá de realizarse por la vía judicial (art.4).

Son dos los criterios que deben concurrir en la admisión en observación, dirigidos el primero a la protección del enfermo y el segundo, a la protección de la comunidad:

a) Necesidad o conveniencia de la reclusión, acreditada a través de un certificado médico que acompaña a la solicitud y que será expedido por dos Doctores o Licenciados en Medicina. A fin de evitar confabulaciones entre médicos y familiares tendentes a procurar ingresos que no respondan a la necesidad real de internamiento, los facultativos que expidan el certificado no podrán ser parientes dentro del cuarto grado civil de la persona que formula la petición, del Director administrativo, ni de ninguno de los facultativos del establecimiento en los que se vaya a realizar el ingreso en observación. Tampoco podrán serlo del propietario o propietarios del establecimiento, cuando el ingreso vaya a tener lugar en una casa particular (art. 3)[837]. Con esta "ajeneidad" se procura tratar de impedir confabulaciones familiares y evitar que se negocie o que haya quien se lucre con los internamientos[838].

b) "Verdadera y notoria urgencia", declarada en el visado del certificado médico que corresponde emitir al Subdelegado de Medicina del Distrito, así como en el informe emitido por el Alcalde (art.3). Queda excluida la urgencia "mientras el presunto demente pueda permanecer en su casa sin peligro para los individuos de la familia, sin causar molestias excesivas a personas que vivan en las habitaciones contiguas, o sin perjuicio evidente para la salud del mismo pariente" (art. 5, a sensu contrario).

Cabe también el ingreso de observación cuando sea ordenado de oficio por razones de seguridad comunitaria. Este supuesto, introducido por la aclaración tercera de la Real

[837] La casa particular no se identifica con la atención domiciliaria, sino con la Casa de Curación, centro de atención especializa de tamaño reducido. Véase nota 833833.

[838] COBREROS MENDAZONA, EDUARDO. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*. *(Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español).* Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988, p. 373.

Orden de 20 de junio de 1885, tiene lugar cuando el presunto demente, careciendo de familia o de representante legal, es hallado en la vía pública o en su domicilio, dando motivo con su libertad a algún peligro inminente. En este caso, si la Autoridad estima que la reclusión es absolutamente necesaria y urgente, se acordará ésta por el Gobernador o el Alcalde, sin perjuicio de que se completen en el plazo de 24 horas los trámites previstos para el internamiento de observación y de reclusión definitiva de los artículos 3, 5 y 8[839], que se describirán en breve.

La finalidad del ingreso de observación es el diagnóstico médico de la enfermedad[840], por lo que su carácter es temporal[841], con una duración máxima de tres meses, seis en casos dudosos (art. 6) y doce en el de "los casos verdaderamente extraordinarios"[842]. Culmina con un certificado médico emitido por el facultativo o los facultativos del centro, que el mismo día que finaliza el plazo de observación se entrega a la persona que solicitó el internamiento (arts. 6) o, en su defecto, al Alcalde o Gobernador (Aclaración Quinta de la Real Orden de 20 de junio del mismo año).

El diagnóstico médico resultante del ingreso en observación tiene como objetivo aportar al juez los elementos de juicio suficientes relativos a la enfermedad para resolver sobre la reclusión definitiva. En este sentido, el internamiento de observación

[839] La ausencia de remisión expresa de la norma al artículo 4 del Real Decreto, a diferencia de la remisión a los arts. 3,5, y 8, parece indicar que caben sucesivos internamientos de observación por esta vía.

[840] Preámbulo de la Real Orden de 28 de enero de 1887.

El RD excluye el ingreso en observación en los Establecimiento de Beneficencia General (art. 2). La razón de esta exclusión es la finalidad de este tipo de centros, cual es la de satisfacer necesidades de carácter permanente, incompatible con el objetivo del internamiento de observación, -el diagnóstico de la enfermedad-, y el carácter temporal que en consecuencia la reclusión de observación ha de tener. Posteriormente, el Real Decreto de 30 de abril de 1895, modifica el art. 2 del RD de 19 de mayo de 1885 y el art. 53 del RD de 12 de mayo de 1885, estableciendo que pueden ser admitidos en los Establecimientos generales de Beneficencia dementes en observación, con arreglo a lo que para éstos esté previsto en el primero de ellos.

[841] El ingreso de observación tiene su precedente en la legislación militar sobre dementes. AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, pp. 222-230.

En la Orden de 12 de julio de 1800 se establece un periodo de observación en el hospital de cuatro meses. Igualmente la Circular de 28 de febrero de 1819 dispone que los oficiales afectados por demencia estarán en periodo de observación por seis meses en un hospital militar, transcurrido el cual cuando se les declarase incurables se les abonaría el retiro correspondiente a su empleo y si no tuviesen derecho a él la Real Hacienda abonaría el importe correspondiente a una estancia distinguida en el establecimiento. Para los sargentos, cabos y soldados el periodo de observación es de cuatro meses. Establece la Real Orden de 30 de Agosto de 1831 que pasado el periodo de observación, los enfermos deben ser trasladados sin ninguna demora a los manicomios más inmediatos. Por su parte la Real Orden de 26 de febrero de 1851 establece para todo militar afecto de demencia un periodo de observación de seis meses en un hospital, terminado el cual y sin haberse conseguido la curación se declara la incurabilidad por tres facultativos, dictamen que se envía a la autoridad militar y el enfermo es trasladado al manicomio más inmediato o se entrega a su familia, con autorización de la autoridad militar.

[842] Ampliación introducida por la Real Orden de 28 de enero de 1887, siguiendo las recomendaciones de la Real Academia de Medicina, periodo que se extiendió a los Establecimientos de Beneficencia General por Real Decreto de 30 de abril de 1895.

constituye la antesala del internamiento definitivo, lo que determina que tan pronto como el enfermo ingrese en el establecimiento en observación, deba incoarse el expediente de reclusión definitiva y que cuando finalice el plazo, quien recibe el certificado médico pueda inmediatamente presentarlo al Juzgado (arts. 6 del Real Decreto), para la resolución por parte del Tribunal sobre la clausura definitiva, como se verá. La incorporación del dictamen médico constituye a nuestro parecer una garantía relativa a la existencia efectiva de la enfermedad mental, no exigida en la época para la incapacitación judicial (art. 216 del Código Civil), como se ha visto. Su finalidad es "que el Juzgado competente pueda en su día refrendar sin vacilación y con plena conciencia el diagnóstico del alienista" (Preámbulo de la Real Orden de 1 de junio de 1908).

2.1.2. El ingreso definitivo

El ingreso definitivo se concibe en el Decreto como una "reclusión definitiva" (art. 2) y como tal, ha de ser acordado en vía judicial. Señala el art. 8, que al igual que para el ingreso de observación, la solicitud habrá de hacerse por el pariente más inmediato del demente, o de oficio si carece de familia, se halla lejos o separado de ésta. En este supuesto corresponde promover el internamiento al Alcalde o al Gobernador. Corresponde también la incoación del expediente de oficio, por el Alcalde o el Gobernador de la provincia, cuando la familia una vez terminado el plazo legal de observación no hubiese promovido el expediente judicial, o en caso de que ésta se oponga a la reclusión (aclaración quinta de la Real Orden de 20 de junio de 1885.)

Del articulado del Decreto, se deducen dos vías para el pronunciamiento judicial:

a) La primera vía es la que sigue al ingreso de observación. En ésta el pronunciamiento se emitirá dentro de las 24 horas siguientes a la presentación en el juzgado del certificado médico resultante de la observación (art. 6). Los Tribunales resolverán sobre la clausura definitiva, a menos que la familia, el tutor o curador del paciente se haga cargo de su custodia y cuidado, bajo las responsabilidades que establece el Código Penal[843]. (Aclaración quinta de la Real Orden de 20 de junio de 1885).

[843] La seguridad pública es una finalidad secundaria en el Decreto. BERCOVITZ, *La marginación...*, pp.135-137. Afirma ESPINO, "La Reforma…", p.67, que en los autos de reclusión definitiva se indicaba al final que el paciente continuaría internado a menos que en cualquier momento sus familiares quisieran hacerse cargo de su custodia bajo las responsabilidades consiguientes. La ausencia de preocupación por el control social por parte del legislador del Real Decreto se manifiesta también en que no se pronuncia sobre los extremos de la salida. Tan sólo señala el artículo 13 que los Directores de los manicomios no oficiales y las casas particulares de curación deberán dar conocimiento al Gobernador o al Alcalde, según los casos, en el término de 24 horas de la salida de los enfermos que tuviesen a su cuidado, con expresión de la causa que la motivó, cualquiera que sea ésta.

b) La segunda vía es la instrucción directa del expediente ante el Juez de Primera instancia, en el cual se ha de justificar la necesidad o conveniencia de la reclusión del enfermo (art.7). En este expediente se oirá a los parientes, emplazándolos por el término de un mes, pasado el cual se resolverá, con o sin su audiencia, si no hubiesen comparecido (art.8).

El Decreto concibe el procedimiento judicial instado por la familia como procedimiento general. Sin embargo, las familias recurren masivamente a la modalidad de internamiento por la vía administrativa, aunque la situación no tenga cabida estricta en la definición legal de "verdadera y notoria urgencia" y alargan simplemente el ingreso en observación. Lo hacen impulsadas por una mayor celeridad, facilidad y economía en la superación de esta vía respecto del expediente judicial[844].

2.2. **LA VIGENCIA DEL RD DE 19 DE MAYO DE 1885 TRAS LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

La promulgación del Código Civil en 1889 introduce un elemento nuevo en relación con el internamiento psiquiátrico. Establece el artículo 269.3º que "el tutor necesita autorización del Consejo de familia para: recluir al incapaz en un establecimiento de salud, á menos que la tutela esté desempeñada por el padre, la madre ó algún hijo". Dado que el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, no hace referencia alguna al procedimiento de incapacitación, ni al curador o al tutor, nos planteamos en este apartado la eficacia que tiene la regulación del internamiento establecida en el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, a partir de la entrada en vigor del art. 269.3º del CC.

Algunos autores interpretan que la autorización del Consejo de Familia instaurada por el Código Civil para los casos en que procede, es un requisito añadido a los establecidos en el Real Decreto[845]. BERCOVITZ sostiene que el artículo 269.3º del CC se ocupa únicamente de controlar el aspecto económico una vez se ha producido el internamiento, e implica una decisión sobre el destino de las rentas y del patrimonio

[844] BERCOVITZ, *La marginación…,* p. 135.

El propio legislador reconoce en la Exposición de Motivos del Real Decreto de 30 de abril de 1895, el coste y la demora que el expediente judicial supone para la familia. En ella se hace referencia a "la dificultad que opone la tramitación previa de un expediente judicial, siempre largo y costoso, y que a fin no resuelve la necesidad, casi siempre urgente, de recluir al desgraciado enfermo (...)".

[845] Es la posición mantenida por BORREL Y SOLER, A.M. *Derecho Civil Español. Tomo IV. Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch, 1954, p. 302. LETE DEL RÍO, J. M. *Derecho de la Persona. 4ª edición.* Madrid: Tecnos, 2000, p. 135. También PUIG PEÑA en su estudio sobre el art. 269.3º, exige expresamente autorización judicial además de la del Consejo de familia, en su caso, para la reclusión del incapacitado. Referencia llamativa si tenemos en cuenta que en la fecha en la que escribe, el RD de 1931, que luego analizaremos, ya estaba en vigor. De hecho el autor, en 1946 se remite al art. 7 del Real Decreto de 19 de marzo de 1895, lo que consideramos un error. PUIG PEÑA, *Tratado...*, p. 400.

del incapacitado[846]. Frente a la finalidad protectora del patrimonio del incapacitado del art. 269.3º, la protección personal del interno se logra, en opinión del autor, con la intervención judicial establecida en el Real Decreto, que se mantiene en vigor aun estando la persona incapacitada y sometida a tutela.

El autor justifica el contenido patrimonial del artículo 269.3º, -que solamente tiene consecuencias personales de manera secundaria-, a partir de la finalidad esencialmente patrimonial del sistema tutelar en general, y en particular, en la misma naturaleza del antecedente del artículo en el Proyecto de 1851. El art. 269.3º se formula a partir de la segunda parte del art. 298 del Proyecto, que establece: "la primera obligación del curador ha de ser cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad; y a este objeto se han de aplicar principalmente los productos de sus bienes. El consejo de familia decidirá si el incapaz ha de ser cuidado en su casa o trasladado a un establecimiento público: pero no intervendrá en esto cuando el curador sea el padre, la madre o el hijo". Refuerza el carácter patrimonial el contenido del artículo 264.2º del CC: "el tutor está obligado a procurar por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, que éstos adquieran o recobren su capacidad", que coincide básicamente con la redacción del primer párrafo transcrito del art. 298 del Proyecto[847].

BERCOVITZ ampara su tesis además en la Real Orden de 1 de junio de 1908, cuyo Preámbulo afirma que importa exigir rigurosamente a las Autoridades y a las personas llamadas por el Código civil en el asilamiento de un loco, el cumplimiento de los preceptos establecidos para el caso por el Real Decreto de 19 de mayo de 1885[848]. Esta Orden obliga a los Directores de los establecimientos que reciban a enfermos en observación, a dar parte a las autoridades locales o provinciales para que exhorten a las familias, de las que no tengan constancia de que hayan incoado el expediente de reclusión definitiva, a cumplir con esta obligación establecida "taxativamente" en el RD de 19 de mayo (punto 2 de la RO de 1 de junio).

[846] BERCOVITZ, *La marginación…,* p. 145. Esta dualidad procedimental de la regulación del siglo diecinueve es admitida también por LETE DEL RÍO, J. M., "Comentario al artículo 211" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albadalejo). Tomo IV*. Madrid: Edersa, 1982, PP. 199-205 [200].

[847] BERCOVITZ, *La marginación…*, pp. 54-55.

[848] Bercovitz transcribe una Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1917, en la que se afirma respecto del internamiento de un incapacitado judicialmente para regir su persona y bienes, que "no puede procederse, ni aun con el acuerdo del consejo de familia, pues para que éste proceda, se necesita con arreglo al artículo 7º del Real Decreto de 19 de mayo de 1885, un expediente en el que se justifique, no sólo la enfermedad, que es a la única a la que se refiere la información practicada, sino la necesidad o la conveniencia de la reclusión. BERCOVITZ, *La marginación...*, pp. 144-146.

Coincidimos con el autor en que el Código Civil, y en concreto su artículo 269.3º, tiene un carácter eminentemente patrimonial, a diferencia del Real Decreto de 19 de mayo de 1885, que se centra en la protección personal del enfermo mental. Sin embargo, creemos que el sistema de tutela de familia instaurado por el Código, justifica la exclusión del expediente judicial de ingreso en el caso de la incapacitación. Como se ha visto, el Consejo de familia desempeña un papel esencial en la tutela, precisamente por la confianza que recibe del legislador[849] y, aunque pueda ser criticable[850], la familia, a través del tutor y con autorización del Consejo de familia para los supuestos más graves, tiene plenos poderes sobre la persona del tutelado, ello sin perjuicio de la posibilidad de recurso de sus decisiones a la autoridad judicial[851].

A nuestro juicio, la promulgación del Código Civil deroga las normas que resulten incompatibles con él[852] y la necesidad de instrucción judicial del internamiento en los supuestos de personas sometidas a tutela vulnera la confianza depositada en la familia. A ello hay que añadir que la intervención judicial ya se ha producido en el procedimiento de incapacitación. En consecuencia, opinamos siguiendo a MANRESA[853], que en los supuestos de personas incapacitadas se suprime la necesidad de instrucción del expediente judicial para el internamiento. Al tutor le basta la autorización del Consejo de Familia para recluir al enfermo mental, sin perjuicio de los certificados médicos que pueda precisar para que el establecimiento admita al enfermo. En virtud del propio artículo 269.3º, no precisa si quiera tal autorización si es el padre, la madre o un hijo de la persona a internar, en atención a la buena consideración que el CC atribuye a estas personas. Cuando el enfermo no ha sido

[849] GARCÍA GOYENA presume la buena fe del consejo de la familia, en este sentido, "no puede darse juez más competente, porque el interés del interdicto es inseparable en este caso del decoro de la familia" (se entiende interdicto como sometido a curatela). Son razones "de bien parecer y delicadeza" las que excluyen su intervención cuando el curador es el padre, la madre o el hijo. Se prefiere el criterio de los padres que la vigilancia de un extraño "Se presume con más piedad y justicia del amor paterno". GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, pp 282-283.

MANRESA afirma que la autorización del Consejo de Familia sirve de garantía para un acto de tanta gravedad y alaba el autor el respeto con el que el Código trata al padre, la madre o al hijo tutores. Véase en: MANRESA Y NAVARRO, J.M. "Comentario al artículo 269" en *Comentarios al Código Civil español. Tomo II*, Madrid: Revista de Legislación, 1903, p. 323-325 y 328.

[850] Así lo expresa CONCEPCIÓN DEL ARENAL, "Ley de dementes"…, p.23. Se necesita, dice, "una tutela moral é ilustrada para esta clase de menores desdichados, víctimas tantas veces de la iniquidad y de la codicia de parientes á quien la ley arma con facultades que no debían tener".

[851] Artículo 310: *De las decisiones del consejo de familia pueden alzarse ante el Juez de Primera Instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como también el tutor, el protutor o cualquier pariente del menor u otro interesado en la decisión, salvo el caso del artículo 242*.

[852] Art 5 del CC en su redacción original: "Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario".

[853] MANRESA, "Comentario al artículo 269"…, p. 323-325 y 328.

incapacitado, se requiere entonces el pronunciamiento judicial que establece el RD de 1885[854].

Por último, basamos nuestra interpretación favorable a la derogación de la necesidad de resolución judicial en los supuestos de personas sometidas a tutela, en que tal derogación se reconoce expresamente por el legislador en la Real Orden de 2 de agosto de 1902. Señala esta Orden que si no hubiese Consejo de Familia o no estuviese declarada la incapacidad civil por demencia, "queda en todo su vigor lo dispuesto por el Real Decreto" (Preámbulo). La Orden declara aplicable el art. 269.3º a la reclusión definitiva, a las licencias temporales de salida, al reingreso y a la salida (punto 1)[855].

Por lo que respecta a la Real Orden de 1 de junio de 1908 a la que recurre BERCOVITZ para justificar la vigencia del Real Decreto en las situaciones de incapacitación, creemos que tiene como única finalidad que no dejen de incoarse los expedientes judiciales cuando ello es exigido por la ley; lo que a partir del Código interpretamos que es aplicable al supuesto de personas no incapacitadas o respecto de las cuales no se ha constituido el Consejo de Familia. En estos casos procede aplicar las medidas establecidas en esta Orden: la obligación de las autoridades locales y provinciales de trasmitir copia literal de los datos de la persona ingresada al juez "a fin de que si la familia dilatare o dejara incumplida la obligación de iniciar el expediente judicial pueda dicha autoridad depurar en su día los motivos de tales omisiones" (punto 1); la obligación del Director del establecimiento de dar cuenta al Gobernador civil del expediente del enfermo en observación por tiempo superior al permitido (punto 4); la incoación de oficio del expediente ante la autoridad judicial por parte de la Junta de Patronos o del Director del establecimiento, cuando el enfermo lleve más de un año en observación y a juicio del Jefe Facultativo no deba ser dado de alta (punto 5), así como el exhorto a las familias para que incoen el procedimiento de ingreso definitivo (punto 2, al que antes se ha hecho referencia).

---

[854] Esta tesis se deduce también de las palabras de DE DIEGO, *Instituciones...*, pp. 175-176, cuando afirma, estando ya vigente el RD de 1885, que "muchos locos no han sufrido declaración judicial y viven con sus familias; si esos realizan un acto jurídico, puede declararse su nulidad probando su mal estado mental. Cuando son peligrosos o se desea mejor tratamiento médico, se les interna en casas de salud o en manicomios mediante procedimiento que regulan las leyes administrativas".

Igualmente parece ser la opinión de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 242, cuando afirma que no es preciso que el internamiento del loco vaya precedido siempre de la declaración de incapacidad, "pues las disposiciones administrativas admiten la posibilidad de que una persona no incapacitada judicialmente pueda ser recluida en un manicomio, con la observancia de determinadas garantías, más o menos completas", entre las que contempla el RD de 19 de mayo de 1885.

[855] Señala en su Preámbulo que "el Código parece haber transferido, como ha hecho en otras materias, la facultad de conceder la autorización para recluir a un alienado al consejo de familia, facultad que envuelve la reforma del Real Decreto cuando se trate de la reclusión definitiva de un incapaz por demencia, así declarado judicialmente (…)" y que "idénticas facultades en orden a la reclusión, salida y reingreso deberán reconocerse, siempre que exista la previa incapacidad por demencia acordada por los Tribunales, al tutor por sí solo, cuando la tutela se ejerza por el padre, la madre o algún hijo, con arreglo al Código Civil".

Con el mismo fin de promover la intervención judicial en el internamiento, se dicta la Real Orden de 11 de diciembre del mismo año, que obliga a los gobernadores civiles a remitir al juez el estado de cada enfermo en relación con el procedimiento[856]. Además, se reafirma la aplicabilidad de las normas reguladoras del procedimiento de ingreso para observación y para reclusión del Decreto de 1885, al ingreso de personas pudientes en los manicomios particulares[857]; se prohíben las licencias temporales durante el ingreso en observación[858], que no hacen sino alargar en el tiempo este periodo[859]; se abre la vía judicial para el supuesto de desacuerdo de los familiares con la resolución relativa a la salida temporal del enfermo de la Dirección facultativa del centro y la autorización del Gobernador civil[860]. Finalmente, la Real Orden de 2 de noviembre de 1921 vuelve a insistir en la necesidad de remediar los abusos que se dan en el internamiento de dementes, y rechaza la propuesta de la Diputación de Segovia que propone que sea suficiente la resolución de la autoridad gubernativa para legalizar el internamiento de reclusión definitiva de los enfermos cuya demencia estuviese confirmada médicamente, y cuyas familias no hubieran promovido el expediente judicial de reclusión definitiva[861]. Se incide en la obligatoriedad de cumplir tanto por parte de las familias, como de las autoridades, las disposiciones que garantizan la incoación del oportuno expediente judicial.

Por lo que respecta a la vigencia del artículo 269.3º en relación con el primer ingreso de observación, aunque el artículo 269.3º se refiere expresamente a *recluir* al incapaz en un establecimiento de salud, término que en el Real Decreto de 1885 se asocia siempre al internamiento definitivo, - para el de observación se recurre a las palabras "admisión" o "ingreso-, la interpretación más coherente, a nuestro juicio, es admitir el ingreso de observación a instancia del tutor y del Consejo de Familia, por aplicación del principio *a maiore ad minus,* ya que si el tutor puede ingresar definitivamente por sí mismo o con la autorización del Consejo de Familia al tutelado, deberá poder hacerlo también cuando el ingreso sea de observación, que por su propia naturaleza es temporal y que en cualquier caso, va a estar sometido al control médico. Esta parece

[856] 1º) enfermos recluidos en cada tipo de establecimiento psiquiátrico; 2º) enfermos en observación cuyo ingreso se ha producido cumpliéndose todos los requisitos, incluida la promoción del expediente judicial; 3º) enfermos en observación sin haberse formado a su ingreso el expediente judicial, con extracto de los procedimientos entablados, número, nombre y circunstancias de los internos dados de alta por haberse agotado los trámites para legitimar su estancia y los mismos datos sobre los que continúan en observación, por ser reciente su ingreso o por estar pendiente algún trámite promovido.

[857] Real Orden de 28 de enero de 1887.

[858] Salvo en los casos muy excepcionales cuando a juicio de los facultativos que practiquen la observación, y bajo su más estrecha responsabilidad, la salida sea indispensable para el tratamiento médico del enfermo.

[859] Reales Órdenes de 25 de marzo y de 1 de junio de 1908.

[860] Real Orden de 1 de agosto de 1902, puntos 1 y 4.

[861] Justifican la inactividad familiar en el deseo de éstas de tener más cerca a sus enfermos, en la insuficiencia de recursos para satisfacer los derechos arancelarios derivados de la incoación de un expediente judicial y en la paralización de los expedientes en los Juzgados.

ser la interpretación dada por la RO de 2 de agosto de 1902, que no distingue en cuanto a la vigencia del art. 269.3º entre ingreso de observación y reclusión definitiva, y que por lo que respecta al ingreso de observación de oficio, se declara expresamente en vigor, bajo el nombre de reclusión o de reingreso.

Como conclusión, consideramos que tras la promulgación del Código Civil, los internamientos de observación y definitivos continuaron regidos por el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 para las personas que no estuviesen incapacitadas o para los casos en los que no se hubiese constituido el Consejo de Familia. Asimismo, se mantienen vigentes el internamiento y el reingreso de oficio[862]. En el supuesto de las personas incapacitadas, el internamiento no repara en su capacidad natural al momento del ingreso. La ausencia de voluntad se deriva de su estado civil de persona incapacitada y, legitima, con autorización del Consejo de Familia en su caso, el internamiento forzoso por parte del tutor. Nos atrevemos a afirmar aquí que si la doctrina no subrayó en su momento la derogación por el Código de la necesidad de pronunciamiento judicial para el internamiento definitivo[863] de personas incapacitadas se debió simplemente al poco interés que suscitó la cuestión del internamiento en sí misma y sobre todo al hecho de que la mayor parte de los internos no estaban incapacitados[864], de manera que para ellos siguió siendo aplicable lo establecido en el Real Decreto de 19 de mayo de 1885.

2.3. **FINALIDAD DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL**

La base fáctica que justifica la decisión judicial del ingreso prevista como procedimiento general, es la constatación de la existencia de una demencia y en la acreditación de la conveniencia o necesidad de reclusión por parte de la familia (7 y 8 del Real Decreto). En la práctica, sin embargo, el juicio queda reducido al primer elemento ya que, como se ha dicho, la vía más utilizada es la administrativa, que da lugar, en el mejor de los casos, a un pronunciamiento judicial, emitido a partir del certificado médico que resulta del periodo de observación, en el plazo de 24 horas desde su presentación (art. 6 del Real Decreto). La intervención judicial tiene por finalidad garantizar la libertad de la persona a internar, en el sentido de evitar internamientos motivados por allegados malintencionados que estén interesados en

[862] (Real Orden punto 2.2), a fin de evitar situaciones de peligro para la propia familia y la sociedad (Preámbulo).

[863] Ni DE DIEGO ni VALVERDE hacen referencia expresa en sus análisis del art. 269.3º del CC a la vigencia o derogación de las normas del Real Decreto de 1885. Respectivamente, *Curso elemental...*, p. 450 y VALVERDE Y VALVERDE, C. *Derecho Civil Español. Tomo IV. Parte Especial. Derecho de Familia*. Valladolid: Casa Editorial Cuesta, 1913, p.567.

[864] MENA ÁLVAREZ, J.M., "Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico", *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria. Tomo I.* Barcelona: Bosch, 1983, p. 483.

administrar en beneficio propio los bienes del enfermo[865] y no la protección personal de quien va a ser recluido[866], que quedan en exclusiva en manos del médico del establecimiento. Hay que tener en cuenta que en la época el internamiento constituye una forma de eludir la incapacitación y en consecuencia, el control sobre el manejo de los asuntos económicos del incapaz. Por sus resultados, el internamiento supone una incapacitación *de facto* de la persona capaz[867], en la medida en que una vez producido el internamiento, desaparece toda garantía de protección de su patrimonio. De ahí el interés del legislador en promover la incapacitación[868], que sin embargo, como se ha dicho, tampoco tiene como objetivo central la protección personal del incapaz.

2.4. **LA RELACIÓN ENTRE EL INTERNAMIENTO Y LA INCAPACITACIÓN**

Aunque durante el siglo XIX el internamiento y la incapacitación discurren de manera independiente[869] y paralela -el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 no impone a quien solicita el internamiento, al Juez o al Ministerio Fiscal la obligación de promover la incapacitación-, cabe afirmar que ésta es una finalidad perseguida por el legislador, lo que resulta factible, dada la identificación del sujeto de internamiento y el de la incapacitación en la época.

El internamiento de finales del siglo XIX no es un acto jurídico particular, sino que es una medida previsiblemente definitiva cuyos sujetos son los mismos que aquellos respecto de los cuales procede la incapacitación[870]. Ello se explica porque en la época

[865] El legislador exige el máximo rigor en el cumplimiento de las disposiciones, sobre todo en la reclusión de personas pudientes "porque por regla general la codicia de disfrutar ajenos bienes es la que induce a cometer el repugnante delito de hacer pasar por demente a quien goza de la plenitud de sus facultades intelectuales". Preámbulo de la Real Orden de 28 de enero de 1887.

También DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 984, afirma que los internamientos ilegales han sido tradicionalmente la vía para apoderarse de los bienes de una persona.

[866] La seguridad pública tampoco es el fin perseguido por el Decreto. BERCOVITZ, *La marginación...*, pp.135-137.

[867] BERCOVITZ*, la marginación*...,, pp. 138-141 y 225, p. 1244

CONCEPCIÓN DEL ARENAL, Ley de dementes"…, p. 21, describe la situación en la que queda el interno en el siguiente pasaje:

> *Hacer imposible que sea declarado loco uno que no lo éste, porque no hay injusticia más cruel que la que sobre ésta pueda cometerse; derecho más santo que el que tiene todo hombre á que se reconozca en él su cualidad de ser razonable, sin la cual es tratado como cosa; ni muerte más horrible, más traidora, más infame, que la dada á un sér racional en quien se mata la libertad, el derecho, el respeto, la personalidad toda, en fin, secuestrándole del mundo de la inteligencia y de la conciencia, y dejándole a merced de un loquero. La queja del criminal se escucha, la del loco no se atiende, ni su derecho es derecho, ni su justicia, justicia, una vez declarado ser sin razón, (...).*

[868] Se trata de "definir cuanto antes el verdadero estado de capacidad mental del enfermo, para que pueda volver al pleno goce de todos sus derechos, o, caso contrario, completar su personalidad por los medios establecidos en el Código Civil, evitando previsoramente abusos que pudieran realizarse a la sombra de un supuesto estado de anormalidad mental" (Preámbulo de la Real Orden de 25 de marzo)

[869] BERCOVITZ, *La marginación…*, pp. 144-146; COBREROS, "Aspectos jurídicos...", p. 141.

[870] Véase la identificación en DE CASTRO entre incapacitación e internamiento. Véase nota 768.

la locura y la demencia se consideran, como se ha visto, enfermedades que anulan plenamente la voluntad y que sólo muy excepcionalmente admiten la eficacia de los intervalos lúcidos en relación con actos personalísimos tasados, más allá de los cuales la capacidad natural del enfermo carece de toda relevancia. El enfermo internado es para el Derecho un sujeto incapaz de autogobierno y las decisiones relativas a su persona y bienes la toman sus familiares, preferiblemente previa incapacitación y constitución del Consejo de familia[871]. También DE CASTRO se muestra partidario de la constitución de la tutela en el internamiento. En su opinión la incapacitación ha de promoverse en la mayoría de los internamientos por los familiares, independientemente de la molestia que ello pueda suponer para el paciente, tanto más cuando "se le ha hecho sufrir la violencia del internamiento"[872].

Para la promoción de la tutela el legislador se sirve de vías indirectas, de alcance limitado. Así, la Real Orden de 1 de agosto de 1902, que se dicta en respuesta a una consulta elevada al Ministerio de la Gobernación por la Diputación provincial de Zaragoza que venía concediendo la salida a los dementes previa solicitud de la familia y con el informe favorable del Director facultativo, excluye la posibilidad de reingreso sin declaración judicial y sin constitución del Consejo de Familia[873] (punto 2.2). La norma ordena que se excite el celo de los Gobernadores civiles para que se inste y coadyuve al cumplimiento del art. 293 del Código Civil, que obliga en su párrafo primero al Ministerio público a pedir y al Juez municipal a ordenar (de oficio ó á excitación fiscal) la constitución del Consejo de familia cuando tuvieren conocimiento de la existencia en su jurisdicción de personas del art. 200 (locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, por lo que a nuestro supuesto se refiere). La misma Orden establece que en el caso de que el enfermo no esté incapacitado o no se hubiese constituido el Consejo de familia, para la salida temporal se requerirá la constitución de éste y su acuerdo respecto a la misma. Se prescinde de este requisito cuando en este mismo supuesto la salida temporal se realice a instancia del cónyuge, padre, madre o de un hijo, aun cuando la persona no estuviese incapacitada (punto 2).

2.5. **LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA PSIQUIATRÍA**

Afirma FERREIRÓS MARCOS que lo más destacado de la regulación de 1885 fue su incumplimiento[874]. Los historiógrafos de la psiquiatría han visto en estos controles

[871] Aunque, como señala MENA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 483, el Consejo de Familia tuvo una eficacia real muy limitada y en muchos casos una completa falta de actuación recoge esta afirmación de la propia Memoria-Exposición de motivos del Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela, remitido por el Gobierno a las Cortes el 25 de mayo de 1981.
[872] DE CASTRO, *Derecho Civil…,* p. 299.
[873] Nótese que según el art. 301 del Código Civil el Consejo de Familia era al que le correspondía constituir la tutela.
[874] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 170.

jurídicos un interés del legislador en dificultar el ingreso de dementes y ocultar las necesidades reales de la población, con el fin de evitar el gasto que suponía la dotación adecuada de los centros o la construcción de otros nuevos[875]. A causa del considerable incremento demográfico que se produce en la segunda mitad del siglo XIX, aumenta también el número de enfermos y la miseria de la gente en una situación de crisis económica[876]. Sin perjuicio de la insuficiencia de plazas, creemos, como hemos dicho, que la intención fundamental del legislador fue la de garantizar la libertad individual, tesis que se refuerza con la extensión de los controles públicos a los establecimientos particulares, lo que no habría tenido lugar si su intención hubiera sido la de contener la demanda en los primeros. Sin embargo, estamos de acuerdo con que la regulación del internamiento dificultó en la práctica el tratamiento del enfermo[877], necesario tanto para su protección, como para el alivio de la carga a la familia que suponía mantenerlo en el propio domicilio y que provocó el recurso al ingreso gubernativo o incluso al internamiento definitivo ilegal, en ocasiones con la connivencia de los directores de los establecimientos[878], y la consecuente ausencia de efectividad práctica del control judicial y de la incapacitación.

Junto a la cuestión familiar, la regulación contenida en el Decreto genera en la época una tensión entre la visión del jurista y la del médico. Los psiquiatras, interesados por el desarrollo de su propia disciplina, son partidarios de facilitar al máximo el tratamiento médico en los centros psiquiátricos. Proponen la derogación del criterio "sociológico"[879] contenido del Real Decreto de 1885, así como la sustitución del interés

[875] *Ibid.*, p. 171.

[876] Se pasó así de 15.645.000 habitantes en 1860 a 18.594.000 en 1900 y de los 1.626 enfermos acogidos en manicomios o departamentos de hospital en 1848, se pasó a 3.700 en 1879 (más del doble).

En estas circunstancias, la demanda de ingresos tanto en establecimientos psiquiátricos, sobre todo públicos, como en los asilos aumentó notablemente. A pesar de las dificultades que como consecuencia de la nueva regulación entrañaba el ingreso, las familias recurren, como hemos visto, al ingreso por vía gubernativa con lo que, lejos de contenerse, se produce un ascenso en el número de ingresos. Ello incrementa a su vez el hacinamiento ya existente, lo que unido a la falta de personal y al deterioro de las instalaciones, se refleja en un aumento de la mortalidad, en la extensión de los métodos restrictivos y de mero custodialismo de los enfermos. Se produce además un importante abandono de los enfermos en la calle por parte de las familias, hasta el punto de que en Barcelona se tienen que habilitar los bajos del depósito de aguas para el albergue de los locos. Por otra parte, la posibilidad que ofrece el Real Decreto a los particulares de albergar hasta cuatro enfermos, hace que este negocio prolifere, por ejemplo entre los habitantes de Leganés. ESPINOSA IBORRA, *La asistencia psiquiátrica...*, p.132; GONZÁLEZ DURO, E. *op. cit.*, p.26-31; ESPINO, "La Reforma...", pp. 68-69.

[877] BERCOVITZ, *La marginación…*, pp. 125-146. AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 311. FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 171

[878] Describe ÁLVAREZ URÍA *op. cit.*, p.115, que en las denominadas "clínicas de reposo", "residencias", "clínicas psiquiátricas" de las clases pudientes los enfermos están internos rodeados de las mayores comodidades y que es frecuente que en ellas se dé cobertura a fraudes testamentarios y familiares a cambio de grandes sumas, bajo la dirección de los alienistas.

[879] ESPINOSA IBORRA, *La asistencia psiquiátrica...*, p.132.

jurídico de garantía de la personalidad del enfermo[880], por el interés médico del tratamiento[881]. Consideran preferible la vía gubernativa como vía de admisión, siguiendo el modelo de las legislaciones europeas[882]. Califican la regulación de 1885 de antipsiquiátrica, por la visión escéptica que mantenía sobre las posibilidades de esta disciplina[883], como es el caso de DE CASTRO[884], y por la exclusión de los psiquiatras de la intervención en el proceso[885].

No podemos concretar cuál fue la posición de los civilistas de la época al respecto, ya que la producción jurídica destaca por su ausencia. Nos limitamos a recoger aquí las palabras de CONCEPCIÓN DEL ARENAL: "Volviendo a la ley de dementes, diremos que un médico, en calidad de tal, nada tiene que ver con ella, ni pueda hacerla bien, ni ilustrar al que la haga. No se resuelven en ella problemas terapéuticos, sino jurídicos... Se necesita, pues, filosofía del derecho y no patología ni materia médica"[886].

[880] RODRÍGUEZ LAFORA, G. "El internamiento de los enfermos mentales y los subdelegados de medicina". *El siglo médico. Revista Clínica de Madrid. Año LXXV, Tomo 81, Madrid 17 de marzo de 1928. Núm. 3875*, pp. 289-300.

[881] ESPINO GRANADO, J. A., "La Reforma…", p. 68; GONZÁLEZ DURO, *op. cit.,* p.26-29.

[882] Señala el autor que en las legislaciones europeas, salvo Italia y Holanda, que exigen una orden judicial, intervenían sólo las autoridades administrativas, siendo suficiente un certificado médico y la puesta en conocimiento del juez del internamiento. En Francia se había producido la desjudicialización del internamiento en 1838. Asimismo, ESPINOSA IBORRA. "El nacimiento…", p. 37.

Giné presenta un proyecto de ley para la hospitalización en los manicomios en el certamen frenopático del Manicomio de Nueva Belén de Barcelona (1884) en el que reclama la intervención de la autoridad administrativa en los expedientes de ingreso en los manicomios. AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, pp. 66-68. Otra de las propuestas, que ESPINOSA IBORRA califica de "protesta", *La asistencia psiquiátrica...*, p.136, es la que da lugar a la Real Orden de 28 de enero de 1887, antes citada. En ella los médicos y directores de establecimientos privados solicitan que para el ingreso de personas pudientes en manicomios particulares se exijan como únicos trámites la petición del pariente más próximo y una certificación de su vesania, firmada por dos facultativos y visada por el Alcalde.

[883] GONZÁLEZ DURO, explica en relación al escepticismo que provocaba la psiquiatría que los psiquiatras de principios del siglo veinte tenían una credibilidad que estaba muy por debajo de la de los restantes médicos. *op. cit.*, p. 117.

[884] Según DE CASTRO, *Derecho Civil de España. Tomo II*…, p. 303, "La psiquiatría es una ciencia todavía en su infancia, con terminología cambiante y con poca seguridad en sus pronósticos"..

[885] RODRÍGUEZ MÉNDEZ, catedrático de Higiene de Barcelona califica el decreto de "complicado, ofensivo, erróneo, perjudicial, incompleto y usurpador", citado por GONZÁLEZ DURO, *op. cit.*, p.117.

En contra se había pronunciado CONCEPCIÓN DEL ARENAL que escribe en su colección de artículos sobre beneficencia y prisiones, uno sobre la ley de dementes publicado en 1900, en el que afirma la necesidad de que la ley sea realizada por juristas y no por médicos ya que afirma que ésta no resuelve problemas terapéuticos sino jurídicos. El objetivo de la ley, en su opinión, es determinar:

> *(…) cómo se ha de hacer justicia al hombre, poner su derecho á cubierto de los ataques á que le expone la circunstancia de haber perdido la razón o tenerla parcialmente extraviada. Se necesita pues filosofía del Derecho, y no patología ni materia médica.*

[886] ARENAL PONTE "Ley de dementes…", p. 23.

3. LA SEGUNDA REGULACIÓN DEL INGRESO PSIQUIÁTRICO

3.1. LA MEDICALIZACIÓN DE LA PSIQUIATRÍA

A principios del siglo XX el interés de los psiquiatras por la reforma de la disciplina sigue los postulados del modelo médico de la discapacidad. La psiquiatría de la época, constituida ya como ciencia autónoma[887] e implantada en los planes de estudio de las Facultades de Medicina europeas desde 1843, persigue compensar el retraso que sufre en materia de investigación, recurriendo a los hospitales psiquiátricos como lugares de práctica clínica en los que aplicar los conocimientos y prácticas desarrolladas en Europa[888]. El avance de la disciplina psiquiátrica requiere concentrar su atención científica en la curación de la enfermedad mental recuperable, superando el carácter asilar, cuando no carcelario[889], de muchos establecimientos psiquiátricos de la época. La especialización se consigue albergando en los centros psiquiátricos exclusivamente a los enfermos mentales en sentido estricto[890], y relegando a los enfermos no recuperables en otro tipo de establecimientos: instituciones o secciones médico pedagógicas para las personas con retraso intelectual e instituciones denominadas colonias asilo o colonias agrícolas para enfermos crónicos e incurables, entre los que se encuentran los enfermos con demencia senil[891]. Estas

[887] ACKERNECHT ERWIN, H. *Breve historia de la psiquiatría*. EUDEBA: Buenos Aires, 1962, pp. 51-55.

[888] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 57.

[889] Así los describe el DR. GONZALO R. LAFORA en su artículo "Los Manicomios Españoles", escrito en Madrid, en octubre de 1916. Recogido por ESPINO GRANADO, J. A. "La Reforma…, pp. 61-4. GONZÁLEZ DURO, *op. cit.*, pp.116-123.

[890] VILLASANTE, "Orden y norma…", pp. 37 y 50, hace referencia a un Proyecto de Reglamento del Manicomio de Santa Isabel de Leganés de 1858 elaborado por el Visitador de la Casa, Pedro Gómez de la Serna, y por el primer médico del asilo, José Miranda de la Paz, en el que se propone, dada la limitación del espacio en el centro, regular los ingresos en función del diagnóstico, de manera que fuesen admitidas preferentemente las formas curables de locura: las que afectan a los pacientes maníacos, frenéticos, melancólicos y dementes. El proyecto no fue aprobado. En la práctica los acogidos fueron personas incurables o de difícil curación..

Sin embargo, ya en 1931, en el Manicomio de Santa Isabel de Leganés de un total de 296 internos, había sólo 6 diagnosticados como enfermos de "demencia senil" Según la misma autora, entre 1939 y 1952, sólo el 8% de los pacientes del mismo centro tienen el diagnóstico de arteriosclerosis, demencia senil o presenil. VÁZQUEZ DE LA TORRE, p. "Nosografía psiquiátrica en el Manicomio Nacional de Santa Isabel (1931-1952)", *FRENIA*, Vol. VIII-2008, pp. 69-96 [82 y 85].

[891] Esta clasificación se prevé en 1915 para el Manicomio de Salt. Igualmente, en 1933, en la Clínica Mental de Santa Coloma de Gramanet se prestan tratamientos diferenciados en función del diagnóstico y pronóstico de los enfermos. El internamiento se prevé para una duración máxima de dos años y los enfermos que tras este periodo no resulten curados y los que padezcan enfermedades crónicas son trasladados a establecimientos de tipo asilar. López Albo, en 1930, y la Asociación Española de Neuropsiquiatría, en 1932, proponen la ubicación de los enfermos incurables (crónicos y terminales), que representaba el 60% del total de enfermos mentales, en este tipo de centros. GONZÁLEZ DURO, *op. cit.*, pp 141-142 y 249-257; ESPINO, "La Reforma...", p.68-95.

colonias tienen funciones de carácter humanitario-asistencial antes que médico y se persigue su autofinanciación[892].

La política sanitaria de la época secunda estas propuestas científicas. La medicalización de la psiquiatría se reconoce con la incorporación de la asistencia psiquiátrica al sistema sanitario a través de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944[893], cuya Base 15ª establece la relación de centros y servicios para el tratamiento de la enfermedad mental en función de su diagnóstico[894], que serán sostenidos por las diputaciones provinciales o por instituciones privadas bajo la dirección técnica, la inspección y coordinación de la Dirección General de Sanidad (Base 23ª).

La Ley de 14 de abril de 1955 sobre creación del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica[895] profundiza en el carácter sanitario de la psiquiatría, afirmando en su Preámbulo que una de las razones por las que el Estado no había asumido anteriormente la lucha integral contra la enfermedad mental fue el carácter más asistencial que de tratamiento que caracterizó las etapas anteriores. Esta ley reconoce el perfeccionamiento del diagnóstico, que permite la catalogación científica de las enfermedades psiquiátricas, y concibe la psiquiatría como especialidad médica dentro de la disciplina biológica. Por lo que respecta al establecimiento psiquiátrico, el legislador manifiesta en este mismo Preámbulo su intención de sustituir el Manicomio

[892] La separación resulta económica y políticamente rentable ya que con unos costes muy reducidos se contribuye a paliar la escasez de plazas de los manicomios. Los gastos de mantenimiento de los asilos son bajos y el modelo de gestión planteado es de autofinanciación, con los beneficios obtenidos de los talleres y trabajo agrícolas. El beneficio económico de la atención comunitaria se reconoce en la justificación del Decreto de 24 de mayo de 1943.

[893] Las Órdenes de 15 y 22 de febrero de 1954 crean los patronatos de Higiene Mental y aprueban los estatutos por los que ha de regirse la Liga Española de Higiene Mental, cuyo objeto es estudiar y proponer la adopción de medidas sanitarias para conseguir la profilaxis de la locura, que mejoren la asistencia médica y social del psicópata y del alienado y que condensen las reglas indispensables de la higiene mental individual (artículo 1 de la Orden de 22 de febrero)BOE núm. 67, de 8 de marzo de 1954, p. 133 y BOE núm. 69, de 10 de marzo de 1954, pp. 1393-1394.

[894] Los centros son:

a) Dispensarios de Higiene mental para el tratamiento ambulatorio. Creados por Decreto de 24 de mayo de 1943. BOE núm. 162, de 11 de junio de 1943, p. 5637.

b) Departamentos neuro-psiquiátricos dentro de los grandes hospitales, y clínicas psiquiátricas universitarias, destinados al tratamiento de los enfermos agudos, en los que no esté indicado el tratamiento ambulatorio.

c) Frenocomios u hospitales psiquiátricos, regionales o provinciales, indistintamente, destinados al internamiento de enfermos crónicos o agudos.

d) Colonias agrícolas o industriales organizadas para utilizar como terapéutica la ocupación de los enfermos crónicos.

e) Establecimientos para la hospitalización de débiles mentales, epilépticos, toxicómanos, post-encefalíticos y de enfermos mentales asilables.

f) Lucha contra la toxicomanía, particularmente contra el alcoholismo y la morfinomanía.

BOE núm. 331, de 26 de noviembre de 1944, pp. 8908-8936.

[895] BOE núm. 105, de 15 de abril de 1955, pp. 2374-2376.

por el Hospital Psiquiátrico, de dotarlo de la plenitud de recursos científicos que exige la técnica del momento, así como de especializar las instituciones. Además, los artículos 1.b y 17.b de la Ley de 1955 habilitan al Estado para prestar directamente la atención psiquiátrica que por su índole específica, ámbito geográfico, deficiencias en la prestación o conciertos con las Diputaciones, se le atribuya[896]. El artículo 13 prevé las mismas instituciones psiquiátricas que las establecidas por la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 y el artículo 14 añade las instituciones interprovinciales creadas por el Patronato: establecimientos-colonias para psicópatas, epilépticos, toxicómanos seniles y otros grupos de enfermos y servicios psiquiátricos infantiles.

A pesar de estas disposiciones, en la práctica, la asistencia sigue siendo en esta época la atención asilar tradicional [897], ya que los hospitales carecen todavía de unidades psiquiátricas específicas. La atención psiquiátrica se presta exclusivamente en las consultas ambulatorias de neuropsiquiatría y en los dispensarios o ambulatorios de algunas comarcas. Éstos resultan todavía insuficientes y no tienen capacidad para implementar la psiquiatría comunitaria que se desarrolla ya en los restantes países de Europa[898] y que no llegará a España hasta los años 80.

[896] En este mismo sentido, la Disposición Transitoria Tercera.

[897] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 70. DURO VENTURA, C. "El internamiento de los presuntos incapaces. Introducción. Cuestiones procesales" en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial. Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, PP.11-38, [13].

La Seguridad Social no reconoce en la época el derecho a la asistencia sanitaria del enfermo mental AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 310. La Ley de 14 de diciembre de 1942 que establece el Seguro Obligatorio de Enfermedad no contiene referencia explícita alguna sobre enfermedades mentales. Los servicios de neuropsiquiatría y asistencia psiquiátrica se prevén en su reglamento, aprobado por Decreto de 11 de noviembre de 1943. Sin embargo, la cobertura sigue siendo insuficiente y así se mantiene en el nuevo sistema de la Seguridad Social (Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 y texto articulado de 21 de abril de 1966), toda vez que se limita a la atención de tipo ambulatorio.

En 1978, el 34,2% de los Hospitales Psiquiátricos y el 58% de las camas psiquiátricas en España depende de la Administración Local. El 19,3% de los establecimientos y el 23% de las camas pertenece a la beneficencia particular o a la Iglesia. Tan sólo el 7% de los centros y el 7% de las camas dependen de la Administración Central (mayoritariamente del Organismo Autónomo de Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA) de carácter eminentemente sanitario. El resto son centros y camas privadas. GONZÁLEZ GARCÍA, J. Y ESPINO GRANADO, A. "Antecedentes y ordenación político-administrativa de la reforma psiquiátrica" en La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara). Madrid: Díaz de Santos, 1998, PP.3-23, [6-11].

[898] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 70.

3.2. EL DECRETO DE 3 DE JULIO DE 1931

3.2.1. Los propósitos que subyacen en el Decreto

Tras varios intentos de reforma del Real Decreto de 19 de mayo de 1885 promovidos por los psiquiatras[899], en 1929 la asamblea de la Liga Española de Higiene Mental aprueba, a instancias del Gobierno, un anteproyecto de legislación para la asistencia psiquiátrica de 35 artículos, que ya habían sido sometidos a votación previamente en la Asamblea de la Asociación Española de Neuropsiquiatras en 1927. Este anteproyecto constituye básicamente el contenido del Decreto de 3 de julio de 1931[900].

Habiendo sido los propios alienistas los autores del Decreto[901], nos encontramos con una regulación con múltiples referencias a aspectos puramente técnicos del tratamiento, así como a la organización científica y profesional del establecimiento[902]. El Decreto supone el triunfo de la psiquiatría[903], relegada en el de 1885[904], y la confianza en la disciplina como saber técnico[905].

---

[899] RODRÍGUEZ ARIAS en su discurso en la II Semana Nacional de Higiene Mental de 1932 califica la reivindicación de "medio siglo de lucha titánica" ESPINO GRANADO, "La Reforma...", p.90.
La historia de las reivindicaciones fue la siguiente:
En 1911 los psiquiatras catalanes fundan, a modo de grupo de presión, la Societat Catalana de Neurología y Psiquiatría, que tenía entre otros objetivos conseguir una legislación moderna y científica sobre alienados y que se adecuase a la perfección a sus necesidades, con respecto al ingreso, estancia y salida de los centros.
En 1924, con la Dictadura de Primo de Rivera, se constituye la Asociación Española de Neuropsiquiatras. En la segunda ponencia de su Primera Asamblea se critica la apatía de los poderes públicos, a los que se hace responsables de la deficiente cultura psiquiátrica del país. En la Segunda Asamblea se aborda la necesidad de reforma de la legislación referente al internamiento de alienados.
La respuesta por parte del Gobierno (Directorio Militar) es el reconocimiento oficial del atraso y la falta del concepto científico de la asistencia psiquiátrica, así como la dotación de recursos a los psiquiátricos y el nombramiento de dos comisiones para la reforma de la legislación (en 1925 y 1927 respectivamente). Sus trabajos no se concretan, sin embargo, en norma jurídica alguna.
ESPINO GRANADO, "La Reforma...", pp.68-79; GONZÁLEZ DURO, *op. cit.*, p.124-138 y 243-248

[900] ESPINO GRANADO, "La Reforma...", pp.68-79

[901] BARRIOS FLORES, *op. cit.*, p.26; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 3790. A ello atribuye BERCOVITZ, *La marginación...,* p. 165-167, los errores e imprecisiones jurídicas de los artículos 10, 11, 21, 24, 26, 27, 30, 31, 32 y 34.

[902] Hasta el punto que el artículo 3 afirma que la construcción y organización técnica de cada establecimiento deberá atenerse estrictamente a los preceptos de la psiquiatría moderna y el artículo 2 atribuye la dirección técnica a un especialista de probada o reconocida competencia, en posesión del título de médico expedido por una Universidad española. Nótese que el término especialista deja traslucir la inexistencia de la enseñanza de la psiquiatría en el momento en el que se redacta el Decreto. ESPINO GRANADO, "La Reforma...", p. 84. Téngase en cuenta que la primera cátedra de psiquiatría de una universidad española se creó en 1933 en la Universidad Autónoma de Barcelona. Ello supone la impartición por primera vez de la asignatura de psiquiatría en la carrera de medicina. GONZÁLEZ DURO, *op. cit.*, p. 258.

[903] ESPINO GRANADO, "La Reforma...", p. 102.

El Decreto de 3 de julio de 1931[906] tiene por finalidad la protección de la salud del enfermo[907], quien tiene derecho a ser curado[908] y el internamiento se concibe como la vía para garantizarlo. En consonancia con estas premisas, deja de concebirse la posibilidad de la reclusión definitiva o de clausura (extremo aclarado expresamente por el Decreto de 27 de mayo de 1932[909]). Ya no se habla de manicomio, de locos o de dementes sino de enfermos psíquicos o mentales, de pacientes y de establecimientos y hospitales psiquiátricos[910]. El internamiento pasa a denominarse admisión. Procedimentalmente, se trata de suprimir toda traba que obstaculice el ingreso y de facilitar al máximo la actuación médico-profesional[911]. El ingreso estará libre de controles hasta que se haya producido[912] y el papel fundamental en el ingreso y durante el tratamiento lo tiene el facultativo. La consecuencia fundamental de esta concepción médica del internamiento es la desaparición de la función judicial de control de la libertad del enfermo.

Por lo que respecta al internamiento, el Decreto de 1931 introduce el ingreso voluntario y reproduce la doble modalidad de ingreso forzoso para observación y para tratamiento del RD de 19 de mayo de 1885. Se alteran, sin embargo, las instancias competentes para autorizar cada uno de ellos, que pasan a ser la autoridad gubernativa y los facultativos respectivamente, recibiendo por ello los internamientos los nombres de "admisión por orden gubernativa"[913] y "admisión por indicación médica".

---

[904] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 57.

[905] JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 384; FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 176; BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 798. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos…*, p. 369; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 481. LACRUZ, Elementos de Derecho..., 1990… (Epígrafe redactado por Delgado Echeverría, J.), p. 139.

[906] Gaceta de Madrid, núm. 188, de 7 de julio de 1931, pp.186-189.
Clarificado por el Decreto de 27 de mayo de 1932 y por la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932. Gaceta de Madrid, 1 de junio de 1932 núm. 153, pp: 1603-1604 y Gaceta de Madrid, núm. 18, de 18 de enero de 1933, pp. 420.
Desarrollado por la Circular de 23 de diciembre de 1931. Gaceta de Madrid de 6 y 7 de enero de 1932.

[907] Establece así el artículo 1 del Decreto que "todo enfermo psíquico debe recibir en España asistencia médica, bien privada en medio familiar o bien en Establecimiento psiquiátrico, público o privado, cuya organización técnica corresponda al estado actual de la ciencia psiquiátrica".

[908] ESPINO GRANADO, "La Reforma...", p. 83 y 93. ORTIZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 286.

[909] El "expediente de reclusión definitiva de la legislación anterior queda derogado por el presente Decreto".

[910] BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1248.

[911] La Exposición de Motivos del Decreto se refiere a las "barreras interpuestas" a la rápida asistencia del enfermo psíquico y las "trabas inútiles y vejatorias" para el paciente y sus familiares.

[912] BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1248.

[913] El artículo 16 identifica la admisión por orden gubernativa con la admisión para observación.

3.2.2. El ingreso voluntario

En coherencia con la naturaleza sanitaria del ingreso, se admite por primera vez en el ordenamiento jurídico el internamiento voluntario (art. 9), para el que se precisa una declaración firmada por el propio paciente, en la que se indique su deseo de ser tratado en el establecimiento elegido[914]. Con ello se reconoce cierta capacidad de actuación del enfermo mental. Se exige un certificado firmado por un médico colegiado y legalizado por el Subdelegado de Medicina del distrito o, en su ausencia, por el Alcalde o Juez municipal, en el que conste la indicación de la asistencia en un Establecimiento Psiquiátrico o Casa de Salud. Este certificado puede ser sustituido por otro del Médico del establecimiento donde es admitido el enfermo.

La admisión del enfermo se realiza por el Director-Médico del establecimiento. El enfermo neurósico o psíquico que ingrese voluntariamente lo hace en servicio abierto, es decir, sujeto al Reglamento general de asistencia hospitalaria (art.4). La salida se produce cuando el enfermo lo solicite del Médico Director o cuando éste lo disponga (art. 27 a).

El legislador prevé el internamiento involuntario sobrevenido. Señala el art. 11 que cuando un enfermo ingresado voluntariamente presente, a consecuencia del avance de su enfermedad psíquica, signos de pérdida de la libre determinación de su voluntad y de la autocrítica de su estado morboso, o manifestaciones de peligrosidad, tendrá lugar el paso del internamiento de voluntario a involuntario y el Director del Establecimiento deberá ponerse de acuerdo con la familia o representante legal del enfermo para disponer que se extiendan urgentemente los certificados y las notificaciones oficiales previstas en el artículo 10, que describiremos a continuación.

Aunque el Decreto no se manifiesta sobre la capacidad requerida para emitir el consentimiento del internamiento voluntario y el certificado médico acredita la existencia de de una enfermedad, la interpretación a contrario de la regulación del internamiento involuntario sobrevenido, nos lleva a afirmar que la capacidad necesaria para el internamiento voluntario es la natural, que consiste en la capacidad de libre determinación de su voluntad y de la autocrítica de su estado.

[914] Clarificado por el Decreto de 27 de mayo de 1932. Señala, sin embargo, VAZQUEZ DE LA TORRE *op. cit.*, p. 76, que entre 1931 y 1951 sólo existió un caso de ingreso voluntario en el Hospital Psiquiátrico de Santa Isabel de Leganés y que no consta la declaración firmada del interno.

3.2.3. La admisión por indicación médica

El internamiento por indicación médica o admisión involuntaria, regulado en el art. 10, constituye para el Decreto el supuesto normal en casos de demencia[915], y está previsto expresamente como el medio de tratamiento de los enfermos psiquiátricos. Nos referiremos a este supuesto como admisión por indicación médica de carácter ordinario[916].

La admisión se realiza a partir de una declaración firmada por el pariente más cercano del paciente, su representante legal o las personas que conviven con el enfermo, en la que se indica expresamente su conformidad con el internamiento y se solicita el ingreso directamente del Director Médico del establecimiento[917]. Sin embargo, tal y como está redactado el precepto parece ser que habitualmente la iniciativa del internamiento surge del propio médico y la familia acepta tal prescripción[918]. En la declaración familiar se debe hacer constar las permanencias anteriores del enfermo en establecimientos psiquiátricos, en sanatorios o en aislamientos privados (art. 10 b). Dado que el Decreto no atribuye consecuencia jurídica alguna a estos elementos, creemos que no tienen otra razón de ser que formar parte del expediente médico del enfermo a efectos de su tratamiento.

Al igual que el Decreto de 1885, la admisión por indicación médica requiere la certificación médica de la existencia de una enfermedad y de la necesidad de reclusión[919]. El certificado expondrá brevemente la sintomatología y el resultado de la exploración somática y psíquica del paciente, sin que sea necesario establecer un diagnóstico clínico (art. 10.a). De ello deducimos que aunque la admisión para observación está regulada en el Decreto como vía distinta a la admisión por indicación médica, nada impide que esta última tenga como finalidad la observación del enfermo y, en definitiva su diagnóstico, para posterior tratamiento. Se elimina así la prohibición de la regulación anterior de sucesivos ingresos de observación.

Además de la existencia de la enfermedad y de la necesidad de reclusión, la admisión deberá responder a alguna de las siguientes razones (art. 10b):

---

[915] BERCOVITZ, *La marginación*…, p.148 y "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1245.
[916] DE CASTRO lo denomina "ingreso normal forzado". *Derecho Civil...*, p. 284.
[917] Si se trata de un establecimiento provincial, el Director Médico lo participará después al Presidente de la Diputación.
[918] Esta posibilidad se deduce del contenido de la declaración de los parientes (la conformidad y la solicitud de ingreso) previstas a continuación del certificado médico.
[919] El médico ha de estar colegiado y el certificado se expide con arreglo a un modelo normalizado publicado por la Dirección general de Sanidad.
Reproduciendo lo establecido en el Decreto de 1885, el art. 10 excluye la certificación médica de la enfermedad emitida por facultativos parientes hasta el cuarto grado de quienes solicitan el ingreso o de los médicos del establecimiento, de su propietario y del administrador.

a) enfermedad psíquica que aconseje su aislamiento
b) peligrosidad de origen psíquico
c) incompatibilidad con la vida social
d) toxicomanías incorregibles que pongan en peligro la salud del enfermo o la vida y los bienes de los demás

Con esta relación se regulan por primera vez las causas que pueden dar lugar al internamiento forzoso en su modalidad ordinaria. La relación incluye causas de gran amplitud pero tiene la virtualidad de mostrar la finalidad que persigue el redactor del Decreto, que es tanto la salud del enfermo (causas a y d), como el orden social (causas b, c y d)[920].

El Decreto no expresa claramente si las circunstancias señaladas deben ser acreditadas en el certificado médico que determina la existencia de la enfermedad, o si se trata de un control que se realiza en la propia admisión (tan solo dice "las razones para certificar la admisión…"). En cualquiera de los casos será un médico quien controle la existencia de las causas suficientes para determinar el internamiento. En este sentido, afirma GARCÍA GARCÍA que el médico se convierte en un perito de la peligrosidad social, en un funcionario de la paz social[921].

La admisión del enfermo se efectúa en un periodo máximo de diez días desde la fecha que conste en el certificado médico. Se trata de que no penda una amenaza de internamiento susceptible de materializarse en cualquier momento[922]. La admisión se comunica al Gobernador de la Provincia en el plazo de veinticuatro horas, junto con una nota-resumen de los documentos y motivos del ingreso, a fin de que éste disponga un nuevo reconocimiento médico del enfermo y la remisión del correspondiente informe en el plazo de ocho días[923] (art. 10 b en su redacción dada por el Decreto de 27 de mayo de 1932)[924]. Se trata de un control de naturaleza igualmente médica y que tiene lugar en todo caso después de que se ha producido el internamiento[925].

[920] Los enfermos admitidos por indicación médica de carácter ordinario que no presenten manifestaciones antisociales o signos de peligrosidad son atendidos en régimen de servicio abierto (art. 4 a).
[921] GARCÍA GONZÁLEZ, J. "Aspectos médicos, jurídicos y sociales del enfermo mental" en TORRES GONZÁLEZ, F. (Coord.), *Los marginados en España.* Madrid: Fundamentos, 1978, PP.193-210, [202].
[922] Con ello se trata de evitar la inseguridad que genera para el enfermo la espera en la que se ha certificado el hecho de que posiblemente sea internado COBREROS MENDAZONA, E. "Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales". *Revista de Administración Pública*, nº 94, enero-abril 1981. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 157.
[923] COBREROS, "Aspectos jurídicos…", p.157 y *Los tratamientos...*, p. 373.
[924] Para el reconocimiento e informe el Gobernador oficiará al Inspector provincial de Sanidad, quien designará al Subdelegado de Medicina del término en que está emplazado el Establecimiento o, en su ausencia, a un funcionario médico con residencia en el municipio en el que radique el establecimiento y,

El Médico director debe enviar en las veinticuatro horas siguientes a la admisión, un parte en el que se hace constar la filiación del enfermo y el nombre y domicilio del médico que certificó el ingreso al Juez de primera instancia de la última residencia del enfermo, y si ésta fuera desconocida, al del distrito del Centro, cuyo duplicado tiene la obligación el Juez de devolver sellado al día siguiente de su recepción (art. 10 b último párrafo). Este parte no se expide al objeto de que el Juez decida sobre la continuidad o no del internamiento, sino que su finalidad es únicamente la de dar cuenta al Juzgado de los síntomas psíquicos que justifican la permanencia del enfermo en el Establecimiento, al objeto de que puedan ser comprobados en el caso de denuncia por reclusión ilegal o por orden gubernativa (Aclaración realizada por el art. 22 del Decreto de 27 de mayo de 1932). Existe acuerdo doctrinal en que se trata de un mero trámite[926]. De esta forma el control del internamiento queda totalmente desvirtuado[927] y se reduce al conocimiento y resolución de las denuncias por internamiento indebido[928].

El Decreto prevé en su artículo 12 un internamiento por indicación médica de urgencia, en el cual el Médico-Director del establecimiento puede admitir inmediatamente al enfermo, bajo su responsabilidad y, en el plazo de veinticuatro horas lo deberá comunicar al Gobernador de la provincia, acompañado de un certificado en el que se haga constar las razones de la urgencia del caso (no establecidas por el Decreto). Este certificado podrá ser extendido por uno de los Médicos del Establecimiento o por otro ajeno a él, debidamente legalizado. Se prescinde así del certificado médico y de la solicitud de ingreso previos. Todos los requisitos establecidos para la admisión por indicación médica ordinaria deberán completarse posteriormente. Además, cuando el certificado médico haya sido realizado por un médico del establecimiento, deberá ser ampliado dentro de los tres días siguientes por otro certificado firmado por un psiquiatra ajeno al establecimiento o, en su defecto, por un Médico general[929].

---

en casos especiales, a un facultativo que reúna las condiciones técnicas que exijan las circunstancias del caso.

[925] BERCOVITZ se remite a un Anteproyecto de Reglamento de Hospitales, en el que el control por parte del inspector sólo tiene lugar si el jefe de Sanidad lo considera pertinente. Sin embargo el Anteproyecto incorpora un Tribunal Médico en cada establecimiento para decidir sobre la continuación de los internamientos, así como sobre las altas dudosas o temporales y la protección de los internos. *La marginación*…, pp. 171-172. Este Anteproyecto fue rechazado por informe desfavorable del Consejo de Estado.

[926] JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p.384. También DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 286.COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 373.

[927] FERREIRÓS MARCOS, C.E. *Salud mental y derechos humanos…*, p. 174.

[928] JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 384; DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 286; GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p.199; DURO VENTURA, *op. cit.*, p. 14; SERENA VELLOSO, *op. cit.*, p.212; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 481.

[929] En los casos en los cuales el servicio psiquiátrico constituya un departamento anejo a un Establecimiento hospitalario, el certificado podrá ser firmado por un médico cualquiera de dicho establecimiento hospitalario. Aclaración introducida por el Decreto de 27 de mayo de 1932.

3.2.4. La admisión por orden gubernativa

La admisión por orden gubernativa es la que se adopta por el Gobernador Civil, el Jefe de Policía[930] o el Alcalde (art. 17). En virtud del artículo 21, puede también ser adoptada por el Juez. Sin embargo, en la práctica esta forma no opera en absoluto[931], ni es tomada en consideración en la regulación de la admisión por orden judicial (art. 16), que se refiere exclusivamente al internamiento psiquiátrico penitenciario.

El Decreto atribuye a la admisión por orden gubernativa una finalidad de observación del enfermo (arts. 16, 17, 18, 21 y 22). La acción para solicitar la orden de ingreso forzoso por vía gubernativa es pública. Puede solicitarla cualquier persona mayor de edad residente en territorio español. También puede adoptarse de oficio (art. 21), aunque esta vía se utiliza muy poco en la práctica[932].

La admisión por orden gubernativa requiere un certificado médico previo a la orden de ingreso en el que se acredite bien el estado de peligrosidad del enfermo para sí o para los demás, o bien que de su enfermedad psíquica se derive un peligro inminente para la tranquilidad, la seguridad o la propiedad pública o privada, incluso la del propio enfermo (art. 17). La autoridad ante quien se formula la solicitud de ingreso reclamará el certificado con urgencia a los funcionarios sanitarios (art. 21).

En los supuestos de notoria urgencia por inmediata peligrosidad se exime del certificado médico previo al ingreso (art. 21 in fine). La tramitación en estos supuestos es la prevista para la admisión por indicación médica de carácter urgente. Quedan asimilados a este supuesto los casos de los enfermos mentales indigentes o de escasos medios de fortuna o que carezcan de protección familiar, cuya psicosis exija por su peligrosidad un rápido ingreso en un establecimiento psiquiátrico, que serán admitidos sin dilaciones en los departamentos de observación de los Hospitales provinciales o municipales (art. 18).

La peligrosidad además de un indicador de la necesidad de ingreso[933], atribuye a la admisión por orden gubernativa una finalidad secundaria de protección social de la comunidad[934] construida sobre la concepción de la época del enfermo mental como

[930] En los dos primeros casos en las capitales de provincia y en el tercero en las poblaciones menores.
[931] BERCOVITZ. *La marginación...,* p. 152 y "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1247; BERCOVITZ. *La marginación...,* p. 152.
[932] *Ibid.*, p. 150-151 y p. 1246.
[933] BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1245
[934] ROMEO CASABONA, C. M. "El médico ante el Derecho" en *La responsabilidad penal y civil del médico.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1988, PP.49-54, p. 50. MENA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 480; GARCÍA GONZÁLEZ, "Aspectos médicos...", p. 202.

sujeto peligroso[935]. La redacción de los supuestos de peligrosidad es además muy amplia, lo que unido a la ausencia total de garantías de objetividad sobre su calificación, admite la arbitrariedad de los internamientos[936]. La peligrosidad está determinada por el médico, lo que abre la vía a la exigencia de responsabilidades por internamiento indebido[937].

El ingreso por orden gubernativa no puede prolongarse por más de un día sin que la admisión esté justificada por el certificado del Médico Director del Establecimiento. En los casos de duda será el Médico forense, el que emita dicho certificado (art. 17). La duración máxima del internamiento para observación, en cualquiera de los supuestos, vuelve a ser de seis meses y deberá concluir con un informe que el médico director remitirá al Juzgado de primera instancia correspondiente en el que consten los resultados del estudio realizado sobre el enfermo (art. 22). Sin embargo, al igual que en la admisión por indicación médica, la emisión de este informe tampoco implica que la autoridad judicial deba decidir sobre la continuación o no del enfermo en el establecimiento (aclaración por Decreto de 27 de mayo de 1932).

Del tipo de situaciones en las que procede la admisión por vía gubernativa, se deduce que el legislador la concibe como excepcional. Sin embargo, como explica BERCOVITZ, se trata de la vía más utilizada por las personas humildes para evitar sufragar los gastos derivados de los exámenes y certificados médicos. Los gobernadores civiles asumen en la práctica un papel reducido a recibir las denuncias de los particulares y a servir de enlace con los profesionales sanitarios, a través del siguiente procedimiento: una vez que los particulares dejan constancia de su carencia de medios para atender y cuidar al enfermo, el Gobernador Civil ordena al Médico-jefe de la Casa de Socorro de Distrito que expida un certificado sobre la enfermedad psíquica del sujeto, y en caso de que en él se justifique la peligrosidad descrita en el artículo 17, solicita al Director del Hospital Provincial la admisión del enfermo, al tiempo que ordena que el Subdelegado de Medicina compruebe la oportunidad de la reclusión. Se trata por tanto de un ingreso en el que la esencia gubernativa, se sustituye por decisiones médicas, aun de carácter público[938], es decir, tomadas por médicos funcionarios[939]. Con ello, la familia ve

[935] JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 385; LETE DEL RÍO, *Derecho de la Persona. 4ª edición...*, p. 135.
[936] ROMEO CASABONA, "El médico...", p. 50.
[937] Ello da lugar a que en etapas posteriores, en las que se cuestiona el internamiento como única medida de tratamiento, el psiquiatra opte en supuestos de duda por la denegación del mismo, a pesar de las frecuentes presiones por parte de los familiares para que admita el internamiento o lo mantenga, en su caso. COLODRÓN ÁLVAREZ, A. "En torno al ingreso de los enfermos mentales y la legislación psiquiátrica. Clínica y análisis grupal". *Revista de Psicoterapia y Psicología social aplicada*. *Nº 10. Mayo-junio*, 1978, PP. 6-8, p. 8.; BERNARD Y MARCHAND, *op. cit.*, pp. 43-45. ROMEO CASABONA, "El médico...", p. 50.
[938] BERCOVITZ. *La marginación*..., p. 150-151. BELTRÁN AGUIRRE, J.L. "Dictamen sobre los aspectos jurídicos de la asistencia psiquiátrica" en *Legislación Psiquiátrica: crítica y alternativas.* Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco Departamento de Sanidad y Seguridad Social, 1984, PP. 255-342, [269].

cumplidas sus aspiraciones ya que puede obtener fácilmente el internamiento por indicación médica y más aún por orden gubernativa[940].

3.2.5. El transcurso del internamiento y la salida del centro

El transcurso del internamiento en el centro en el Decreto de 1931 está caracterizado también por la preponderancia del criterio del médico sobre la peligrosidad o antisociabilidad del enfermo, lo que determinará el régimen[941], abierto o cerrado, al que debe quedar sometido el enfermo internado para el tratamiento. El médico será quien gestione y controle la asistencia y el tratamiento, determinando la utilización de medios coactivos (art. 3.b), los procedimientos técnicos, la posibilidad de relación del enfermo y su familia durante el internamiento (art.34); será él quien conceda los permisos temporales, las salidas provisionales (art. 30) y el alta definitiva (art.27).

En los supuestos de fuga, la autoridad a la que compete la búsqueda del enfermo y su reingreso es la autoridad gubernativa o la policía (art. 29).

Por lo que respecta a las salidas temporales, reguladas en el artículo 30, el médico puede concederlas, incluso a modo de ensayo, por un término de tres meses, que en casos excepcionales podrá ampliarse a dos años, plazo que al finalizar se canjeará por el alta en documento especial extendida por el Director. En caso de que se susciten conflictos entre el médico y la familia o el representante legal, por la negativa a la concesión de permisos por parte del Director médico, éstos serán resueltos por la autoridad administrativa (art. 32).

Durante estas salidas la familia queda sometida al régimen del internamiento en la medida en que la readmisión se produce sin formalidad alguna, los familiares deben

[939] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al artículo 2 de la Ley 13/1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.798-800, [798].

[940] Con la aplicación del Decreto aumentaron efectivamente el número de ingresos en centros psiquiátricos, pasando de ser de 0,51 por cada mil habitantes en 1921, a 0,99 en 1931 y a 1,04 en 1933. La protección del enfermo concebida en términos médicos mejora sustancialmente. Se incrementa la cualificación del personal, se unifica el modo de provisión de plazas de médicos en los establecimientos, se intensifican las inspecciones de los centros públicos, y se recogen estadísticas sobre los enfermos y los centros GÓNZALEZ DURO, *op. cit.*, pp. 249-254. En opinión del autor el incremento masivo de tales ingresos supuso en el plazo de cinco años un retorno a los problemas derivados de la falta de presupuesto y medios los centros.

En la V Asamblea de la Liga de Higiene mental en 1932 se habla de una aglomeración verdaderamente vergonzosa y se cifran en 300.000 enfermos mentales los que están sin atender fuera de toda vigilancia científica.ESPINO, "La Reforma...", p.84.

[941] El Decreto habla de servicio abierto o cerrado.

remitir al Director una relación mensual del estado del enfermo y no podrán negarse a la visita médica del paciente (art. 30).

En relación con la salida definitiva, el Director médico certifica el alta y comunica la salida y las circunstancias de la misma al Gobernador civil de la provincia y al Juez de primera instancia del domicilio del enfermo (art. 28). En caso de conflicto entre el criterio familiar o el del representante legal y el del médico, prevalece el de los primeros si la salida afecta únicamente al estado de salud del enfermo. La familia, en este caso, ha de firmar una declaración en la que hagan constar que, bajo su responsabilidad (civil respecto de las acciones delictivas del enfermo respecto a la vida de los demás, según el art. 26) y a pesar de la opinión en contra de los facultativos, se hacen cargo del enfermo. Sin embargo, si a criterio del médico, el enfermo estuviese en situación de peligrosidad, aquél podrá oponerse a la salida y ésta no tendrá lugar hasta que la autoridad gubernativa disponga el alta, en su caso, una vez recibida la notificación del deseo de alta del representante legal del enfermo (art. 27 d). Se deduce así que la salud del enfermo es una cuestión familiar del ámbito privado, mientras no se dé una situación de peligrosidad en el enfermo, pasando entonces ésta a considerarse de orden público y recayendo la decisión en el médico y en la autoridad gubernativa[942].

Llama la atención que el enfermo sea conducido a la residencia familiar si la familia no acude a recogerle en los cuatro días siguientes a la notificación del alta o de la salida temporal (art. 31). Este artículo ha sido interpretado por BERCOVITZ como impositor del deber de cuidado material de los dementes por parte de la familia, inexistente en el Derecho civil[943].

3.2.6. Aislamiento forzoso en el domicilio familiar

El Decreto de 1931 prevé el aislamiento involuntario del enfermo mental en asistencia privada o familiar organizada. En este caso, basta con que el médico que se haga cargo de la asistencia del enfermo mental, lo comunique al Gobernador civil

[942] BELLOCH JULBE, J.A."El enfermo mental no delincuente: ideología y "praxis" en una perspectiva judicialista" *Clínica y análisis grupal*. *Revista de Psicoterapia y Psicología social aplicada*. Nº *10. Mayo-junio*, 1978, PP. 25-47 [34]; BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1250.

[943] La Circular de 23 de diciembre de 1931 dispone que los Gobiernos civiles al recibir del Director la comunicación de no comparecencia de la familia, deberían trasladar a ésta la noticia de forma oficial, participándole que si en el plazo de una semana desde la recepción de la notificación no se presentasen recoger al enfermo, sería éste trasladado al lugar de la residencia familia, pudiendo resultar los gastos a su costa.

dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la intervención médica, notificando que se han tomado las medidas convenientes de custodia (art. 26)[944].

De hecho, en virtud del mismo artículo, cabe la posibilidad de que la familia o el representante legal del enfermo se oponga al ingreso, incluso teniendo éste la consideración de peligroso y a pesar de los consejos médicos, resultando como única consecuencia la responsabilidad civil de la familia o el representante legal sobre las acciones delictivas del enfermo contra la vida de los demás. Se abre así la vía al tratamiento domiciliario del enfermo mental.

3.3. **LA RELACIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y EL INTERNAMIENTO DEL DECRETO DE 1931**

Con el Decreto de 1931, se incrementa la diferenciación entre el procedimiento de incapacitación y el de internamiento y se convierten en cuestiones absolutamente independientes[945]. Así se deduce tanto de la admisión del ingreso voluntario del enfermo, como del artículo 24, en el que se incluye la única mención del Decreto al procedimiento de incapacitación: "los expedientes de incapacitación civil y sujeción a tutela de enfermos psíquicos admitidos en establecimientos psiquiátricos públicos o privados, se solicitarán al Juzgado de primera instancia de la residencia del enfermo por su representante legal, con arreglo a los artículos correspondientes al Código civil, y el Juzgado oficiará al Médico Director del establecimiento para que certifique respecto al tiempo de su observación como trámite complementario a los informes médicos legales de otros facultativos. La responsabilidad penal por certificados falsos de esta índole le incumbe al Médico Director o su sustituto".

Este artículo no hace sino señalar que el certificado del médico director del establecimiento en que se encuentre el enfermo constituirá una prueba sobre la capacidad de los internos incursos en un procedimiento de incapacitación, lo que, como señala BERCOVITZ, no debería haber sido objeto de este Decreto, sino de las normas procesales al efecto[946].

A pesar de que el artículo se remite al "representante legal" del enfermo, lo cierto es que el precepto no se refiere a la situación del menor o a otras en las que ya haya

[944] Señala BERCOVITZ, *La marginación...,* p. 154, que en este caso no son aplicables los controles establecidos en el Decreto relativos a la duración máxima del internamiento de observación y al envío del informe al Juzgado del artículo 22, ni a la interposición de quejas y reclamaciones por parte del propio paciente relativas a las altas, permisos u otros motivos del artículo 32.

[945] FERREIRÓS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos…*, p. 174. BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., p. 1248; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 371.

[946] BERCOVITZ, *Derecho de la Persona…*, p. 87.

recaído resolución judicial sobre la capacidad del enfermo por otra causa[947], sino que la referencia al representante legal constituye únicamente una imprecisión del legislador[948].

Por lo que respecta a la eficacia del Decreto de 1931 en relación con el artículo 269.3º del Código Civil, una vez desaparecido el expediente judicial del internamiento, consideramos que no existe incompatibilidad entre la incapacitación y el internamiento. Las disposiciones contenidas en el Decreto de 1931, que son a nuestro parecer de carácter netamente administrativo, resultan perfectamente aplicables a la decisión de ingresar del tutor con autorización del Consejo de Familia. Ello explica la falta de pronunciamiento expreso sobre el procedimiento de internamiento de los autores que analizan el art. 269.3º[949].

Cuestión distinta es la de las personas no incapacitadas, que siguen siendo perfectamente capaces a la luz del Derecho. En relación con éstas, señala acertadamente DE CASTRO que existen grandes dudas sobre la legalidad del Decreto. "No se advierte la justificación jurídica de que una persona pueda ser reducida a la condición de cosa por sólo un certificado médico y que pueda continuar indefinidamente privada de su libertad sin una declaración judicial". Ello contradice el examen judicial del denunciado por incapaz (art. 216 del CC). Es el juez quien ha de decidir sobre la libertad de la persona, legalizando con conocimiento de causa la privación de libertad e incoar de oficio la incapacitación[950]. Y es que la doctrina de la época identifica el supuesto que da lugar al internamiento con el de la incapacitación[951]. Así lo expresa DE CASTRO: si una persona ha sido encerrada contra su voluntad, ello significa que se le considera "incapaz de gobernarse por sí misma" (art. 199), "incapaz para administrar sus bienes" (art. 213) y, además, se le impide por la fuerza hacer cualquiera de estas dos cosas. "Se trata de personas que, si deben ser internadas, deben quedar sometidas a tutela, y que si no deben ser sometidas a tutela, tampoco hay razón para internarlas"[952].

[947] DE CASTRO se refiere a esta disposición como "descuido", *Derecho Civil...*, p. 286, nota 2.
[948] BERCOVITZ, *La marginación…*, p.165-166.
[949] Entre otros PUIG PEÑA, F. *Compendio de Derecho Civil Español. Tomo IV. Familia y sucesiones. Vol. I* Barcelona: Nauta, 1996, p. 717. Véase nota 845845; PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela. Primera edición,* Barcelona: Bosch, 1979, p. 428.
[950] Otras normas vulneradas son, el art. 480 del Código penal, que castiga en la época a quien encierre o detenga a otro, privándole de libertad, y el art. 18 del Fuero de los Españoles dispone que todo detenido será puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo de 72 horas desde su detención.
DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 285. De la misma opinión es DE LOS MOZOS en la revisión de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, pp. 242-243.
[951] SERENA VELLOSO, *op. cit.*, pp.211-212.
[952] DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p. 286.

Aunque como afirma el autor, esta intervención no supone necesariamente una merma de la efectividad del tratamiento médico, en el Decreto de 1931 prevalecen los aspectos médicos sobre los preceptos jurídicos sustantivos. La protección se hace a costa de la ausencia de garantía judicial de la capacidad de obrar del interno, de manera que el ejercicio de la libertad que supondría su negativa a ser internado y la gestión por el mismo de su persona y bienes se puede ver limitado por una cuestión de hecho[953], como es el internamiento decidido por el mero criterio médico o gubernativo, a expensas en este segundo caso, de un reconocimiento médico posterior y en ambos, de una eventual denuncia penal[954]. El internamiento puede además devenir en la práctica indefinido, si no hay oposición por parte de los familiares[955].

4. RECAPITULACIÓN

Si la finalidad de la medicina durante la etapa de la concepción médica de la discapacidad es la investigación y el avance de la ciencia, la finalidad del Derecho es la garantía de la libertad del ciudadano capaz y la protección del tráfico jurídico. El Derecho civil relativo a la persona incapaz se caracteriza desde la promulgación del Código por la completa sustitución de la capacidad de actuación del sometido a tutela, régimen en el que tienen plena cabida las personas mayores con demencias neurocognitivas. La toma de decisiones relativas a la persona con discapacidad corresponde al tutor, con la intervención en su caso, del Consejo de Familia, lo que alcanza al internamiento.

El control judicial del internamiento previsto en el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 resulta aplicable exclusivamente, a nuestro juicio, a los incapaces no incapacitados y tiene la finalidad de garantizar que el internamiento responde a la situación del enfermo y no a los exclusivos intereses de la familia. En la práctica, se revela ineficaz como medida de protección personal y su virtualidad se limita a evitar el internamiento de las personas que no lo necesiten a juicio del médico. A partir del internamiento, como es propio del modelo médico, serán las autoridades facultativas del centro quienes dispongan del régimen de vida del enfermo, con la participación de

[953] *Ibid.*, p. 285-287.

[954] Esta situación queda reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1971 en la que un hombre solicita la incapacitación de su mujer en 1946, 1951 y 1966, consiguiéndola únicamente en esta última fecha. Mientras tanto la mujer había sido internada en diferentes sanatorios "mediante la aplicación de inyecciones, que anulaban la voluntad y resistencia de la interesada y la convertían en sujeto pasivo". Tribunal Supremo Sala 1ª, sentencia de 19 de abril de 1971, nº 214/1971, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1971, núm. 1615. La sentencia confirma la declaración de incapacidad**.** Los hechos son descritos por BERCOVITZ *La marginación...*, p.72. Señala el autor que en ningún caso se hace referencia a la comunicación a posteriori al Ministerio Fiscal ni por parte del marido ni de los médicos intervinientes.

[955] JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 384; DE CASTRO, *Derecho Civil...*, p.286.

la familia. El organismo tutelar, si existiera, será el encargado de gestionar el patrimonio del enfermo.

Con la aprobación del Decreto de 3 de julio de 1931, se garantiza la protección del enfermo mental a través del internamiento pero desaparece tanto el control judicial previo de su legalidad, como la protección jurídica patrimonial que ofrece la tutela a los internados, en la medida en que se destruye toda vinculación entre internamiento e incapacitación. La libertad del enfermo queda postergada en aras de la praxis curativa y el desarrollo de la ciencia psiquiátrica[956]. En cualquier caso, los ingresos psiquiátricos de este segundo momento dejan fuera a las personas con demencias crónicas, que son internadas en establecimientos asistenciales y colonias agrícolas, carentes de regulación jurídica relativa al ingreso, más allá de la relativa a los requisitos económicos.

A pesar de sus déficits, la regulación del internamiento durante esta etapa aporta como elementos novedosos los siguientes:

El RD de 19 de mayo de 1885:

- Introduce el matiz nada desdeñable de garantizar la libertad en la concepción médica del internamiento, que no será sin embargo efectiva hasta que sea retomada en la legislación de 1983.

- Se introducen también el dictamen facultativo preceptivo y el internamiento de urgencia. Este último pospone para un momento posterior el cumplimiento de los requisitos ordinarios.

- Incorpora además un procedimiento (el del art. 6) con una duplicidad de funciones: la protección de la integridad del incapaz, a través de la determinación médica de la necesidad de internamiento y de un periodo de observación que ha de culminar también en un dictamen médico; y la garantía de la libertad, que corresponde al juez sobre la base del dictamen anterior.

Por lo que respecta al Decreto de 1931, reproduce los elementos esenciales del modelo médico de la discpacidad y concibe el internamiento como un acto de naturaleza médica y al interno como a un paciente. Con la previsión legal del internamiento voluntario y del internamiento forzoso sobrevenido, pone los cimientos de lo que posteriormente será la regulación del internamiento forzoso con arreglo a la capacidad natural de la persona, posterior a 1996.

[956] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 370.

TERCERA PARTE. REGULACIÓN ACTUAL DEL INTERNAMIENTO FORZOSO

CAPÍTULO V. EL INTERNAMIENTO EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL (LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE)

En este capítulo se aborda el internamiento regulado en el art. 211 del Código Civil, con ocasión de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, vigente hasta su reforma por L.O. 1/1996, de 15 de enero. La concepción de la capacidad civil del sujeto coincide en esta etapa con el modelo integrador o de protección social de la discapacidad, y por lo que respecta al internamiento, con la reforma psiquiátrica española.

En este capítulo pierden centralidad los elementos sociales y psiquiátricos y se aborda el internamiento forzoso desde una perspectiva estrictamente jurídica, favorecida por la incorporación de la regulación del internamiento en el Código Civil, la aprobación de la Constitución Española, la ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (Convenio Europeo de Derechos Humanos), la configuración jurídica sistemática de la incapacitación y de la tutela, y las elaboraciones doctrinales sobre esta temática. La regulación jurídica del internamiento alcanza una entidad propia y la realidad social, asistencial y médica se tratan en el presente capítulo como criterios interpretativos complementarios a los de estricta técnica jurídica.

Como se ha advertido en la Introducción, el objeto de estudio de este trabajo deja fuera las cuestiones jurídicas que surgen después del acto de internamiento, tales como el ejercicio de las funciones de guarda sobre el interno, la responsabilidad de los centros, el tratamiento médico o la protección de los derechos fundamentales durante el internamiento. Se abordan sin embargo en este capítulo y en los posteriores, los controles del internamiento y la forma de proceder al alta. Ello se justifica porque ambas cuestiones están previstas en la propia regulación del internamiento como elementos que dan lugar al mantenimiento de la decisión de internamiento forzoso o su revocación.

Debemos precisar asimismo que, por la naturaleza sustantiva del objeto de estudio, no se profundiza en el debate doctrinal sobre los aspectos procesales, sin perjuicio de que se opte, en su caso, por la integración de estos elementos siguiendo a la doctrina mayoritaria, a fin de poder dar continuidad al hilo argumental del trabajo.

1. EL CONTEXTO DEL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO Y ASISTENCIAL EN LA ÉPOCA

1.1. BREVE REFERENCIA A LA REFORMA PSIQUIÁTRICA

Las décadas siguientes a la aprobación del Decreto de 1931, se caracterizan por una ausencia de aportaciones sustanciales relativas al internamiento[957]. Existe, sin embargo, a partir de la década de los 70 una postura doctrinal común a favor de la incorporación de garantías jurídicas de los derechos del enfermo, que reclama la derogación del Decreto[958]. Se elaboran, asimismo, algunas propuestas jurídicas para una nueva regulación, que tienen como elemento central el control judicial de la decisión de internamiento, en un contexto en el que las deficiencias del sistema sanitario y social[959] dan lugar al internamiento en establecimientos psiquiátricos al amparo del Decreto[960], de personas sin enfermedad mental pero con graves necesidades asistenciales[961].

[957] BELLOCH JULBE, *op. cit.*, p. 41.

[958] Señala DE CASTRO que el Decreto de 3 de junio (sic) de 1931 "no parece que garantice de modo satisfactorio la libertad". DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil...*, (Bienes de la Personalidad), p. 16. En el mismo sentido, BELLOCH JULBE *op. cit.*, pp. 31-36, afirma que gran parte de los internamientos producidos al amparo del Decreto de 1931 eran arbitrarios. También, SERENA VELLOSO, *op. cit.*, pp.211-212; JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Legislación vigente en torno al internamiento psiquiátrico (Aportación de un jurista)" en *La transformación de la asistencia psiquiátrica. (Manuel González de Chávez Compilador)*. Madrid: Mayoría, 1980, pp. 381-390; BERNARD, p. Y MARCHAND, D. "La hospitalización de los enfermos mentales". *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*. *Diciembre de 1968,* PP.39-51, [45-51]. Destaca la monografía sobre el internamiento de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La marginación de los locos y el derecho,* utilizada de referencia básica en el capítulo anterior.

[959] Señala GARCÍA GONZÁLEZ que si bien, la proporción de psiquiatras en España se acercaba a la media europea, casi la totalidad de ellos se dedica a la práctica privada, compartida con unas horas de dedicación o visita a los centros psiquiátricos, que dependen además mayoritariamente de las Diputaciones. GARCÍA GONZÁLEZ, "Aspectos médicos...", pp. 193-197.

[960] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 798.

[961] Destacan las reformas planteadas por JÍMENEZ VILLAREJO Y BELLOCH JULBE en las obras citadas:

La primera incorpora en su propuesta los siguientes elementos: sustitución del control gubernativo a posteriori por el control judicial; comunicación de la admisión del enfermo en el plazo de 24 horas al Ministerio Fiscal para que éste promueva ante el Juez de Primera Instancia, con la mayor urgencia "una especie de juicio contradictorio" que contenga las debidas garantías para el enfermo y la participación de la familia si lo desease. Se contempla la intervención de un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social del establecimiento donde hubiese sido internado el paciente, con funciones de asesoramiento al juez; la incorporación a la resolución judicial del tipo de tratamiento más adecuado, de la revisión mensual o bimensual de la medida, con las mismas garantías y con asesoramiento pericial; y la promoción de la declaración de incapacidad por el Ministerio Fiscal, en caso necesario, en virtud del vigente artículo 293 del Código Civil Se propone incluso que fuese la intervención de un Jurado en el procedimiento. JÍMENEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 388.

La segunda plantea la constitución de dos organismos en cada Hospital Psiquiátrico: un tribunal mixto y un consejo asesor. El Tribunal mixto, estaba inspirado en el Tribunal colegiado de carácter médico que se recogió en un proyecto editado en 1972 englobado en un Anteproyecto de Reglamento de Hospitales, que no llegó a tener vigencia. La función principal del tribunal sería decidir sobre la permanencia o no de los enfermos ingresados, decisión que habría de tomarse en el plazo de un mes

Los psiquiatras se posicionan también a favor de la sustitución de la normativa vigente[962]. Exigen la apertura de instituciones con un régimen de vida más respetuoso con la libertad de los internos[963], no sólo como legítima demanda social o jurídica, -

desde el ingreso, que se produciría por indicación médica con intervención de la familia en su caso. Estaría presidido por el juez de primera instancia e instrucción del partido judicial en que radicase el centro hospitalario y formarían parte del mismo: el director del establecimiento, un médico psiquiatra, un asistente social, otro técnico de grado medio, en su caso, un representante del personal auxiliar y subalterno y un médico psiquiatra ajeno al centro.

En las 24 horas posteriores al ingreso se habría de comunicar el internamiento al Ministerio Fiscal, adjuntando un informe en el que se consignasen los motivos del internamiento.

El Ministerio Fiscal tendría como funciones la de velar por el cumplimiento de los trámites señalados, provocar reuniones urgentes y extraordinarias del tribunal, asumir ex lege la tutela de la persona y bienes del interno, en tanto el tribunal adoptase la resolución.

Si el tribunal acordase la permanencia del interno en el centro, estaría obligado a fijar el periodo de tiempo máximo, vencido el cual, se revisaría de oficio la medida acordada.

Además, la ley debería establecer un plazo de tiempo máximo, -se proponen tres meses-, dentro del cual deban realizarse las oportunas revisiones. En todo caso, éstas tendrían lugar en cualquier momento a instancias del Ministerio Fiscal, del tutor, administrador, consejo asesor o representante legal del enfermo.

El juez de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal quedaría obligado, en su caso, a promover la incapacitación del enfermo y a nombrar un administrador o figura similar hasta la constitución del organismo tutelar.

El tribunal se reuniría ordinariamente una vez al mes, sin perjuicio de las reuniones extraordinarias a las que hubiera lugar y los acuerdos se adoptarían por mayoría simple de votos, siendo de calidad el del presidente.

Los principios que inspirarían el proceso serían los de oralidad, redactándose un acta breve sobre los acuerdos adoptados; inmediación, en el sentido de que la totalidad de las pruebas se presentarían ante el tribunal; concentración, a través de la presentación de las pruebas en una misma sesión, a ser posible; publicidad, con sesiones a puerta abierta; e intervención del Ministerio Fiscal en todas las actuaciones hasta que se asuma la defensa de la persona. Las decisiones se recurrirían ante un tribunal mixto de ámbito provincial o regional, presidido por el presidente de la audiencia respectiva y compuesto por miembros de características similares a las de los tribunales que hubiesen emitido la resolución sobre el internamiento en primera instancia. El recurso se admitiría en un solo efecto.

El Consejo asesor sería un organismo de representación democrática y paritaria en relación con los estamentos que trabajan en cada centro. Tendría funciones de deliberación, discusión, asesoramiento y excitación, del tribunal mixto y de la jurisdicción ordinaria o de cualquier instancia oficial o privada cuya esfera de competencia esté relacionada con la asistencia psiquiátrica prestada en tales centros, ante cualquier crisis suscitada en el centro. Por lo que respecta al tema que tratamos, concreta el autor que su simple petición provocaría la obligatoria reunión extraordinaria del Tribunal mixto y tendría como competencia específica la de denunciar cualquier violación de los derechos del interno. BELLOCH JULBE, *op. cit.*, pp. 43-47.

[962] Así, la Asociación Española de Neuropsiquiatría solicita en 1983 la derogación del Decreto. AEN. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. COMISIÓN DE LEGISLACIÓN (CAPILLA, T.; CARBALLO, S., GONZÁLEZ DURO, E. Y ROIG SALAS, A.), "Reflexiones sobre la práctica del internamiento psiquiátrico". *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (*RAEN), Vol.6, Núm. 18, 1986,* pp. 485-489 [485]. También, ROIG SALAS, A., "La ley en la práctica: 5 años de experiencia. Cumplimiento de la ley e internamiento psiquiátrico", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (RAEN), Vol. 9, Núm. 31*, 1989, PP.633-339, p. 633. La misma autora en "Coacción y privación de libertad en la asistencia psiquiátrica", *Cuadernos Asturianos de Salud.* Oviedo: Servicio de Publicaciones del Principado de Asturias 1985, PP.45-47, [45]

[963] ESPINO GRANADO, "La Reforma...", p.68, 91 y 94-95. GONZÁLEZ DURO, *op. cit.*, 141-142 Y 251-257. CASTEL, sin embargo, pone en duda del cambio de concepción real del internamiento y de la vida en el centro por parte de los psiquiatras. CASTEL, R. "El tratamiento moral. Terapéutica mental y control social en el siglo XIX". *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial.* Recopilación de textos a cargo de Ramón García. Barcelona: Barral Editores, 1975, PP.71-96 [93-95].

siguiendo la Recomendación (83) 2 del Comité de Ministros (arts. 3 y 4)[964]-, sino también, como exigencia consustancial al propio tratamiento psiquiátrico, fruto de la nueva concepción de la psiquiatría. Afirman MARCHAND Y BERNARD que el internamiento es un elemento del derecho a la salud del paciente y que como fase del tratamiento, está dirigido a controlar la crisis[965]. En los casos en los que resulte inevitable el internamiento, la relación terapéutica demanda un régimen de libertad, confianza y permisividad, a fin de que el enfermo consienta el tratamiento por su parte y su rol adquiera un carácter activo[966]. El internamiento tiene así lugar en el marco de la relación terapéutica que se establece entre el psiquiatra y el enfermo, de suerte que tras un momento inicial en el que éste o su familia se muestran reacios al internamiento, en el momento del diagnóstico la mayor parte de los enfermos es hospitalizada libremente y con su propio consentimiento, sobre todo cuando el internamiento tiene lugar en dependencias para la observación de establecimientos hospitalarios generales. En estos casos resulta aplicable la regulación sanitaria general. La prestación del tratamiento por parte de un equipo interdisciplinar de profesionales evitará de ordinario que se mantenga el internamiento más allá de lo necesario. Éste deberá finalizar cuando termine el episodio crítico de la enfermedad ya que la separación duradera de su medio habitual resulta perjudicial para el enfermo[967].

En este contexto terapéutico BERNARD Y MARCHAND proponen una reforma relativa al acto de internamiento[968]. Los principios que inspiran esta reforma son los siguientes:

- El objeto de la ley habrá de ser el de conciliar la garantía del tratamiento que requiere el estado del enfermo con la protección de su libertad, así como de la sociedad.
- Los enfermos mentales inconscientes o peligrosos deben poder ser tratados contra su voluntad.
- El procedimiento de internamiento ha de ser sencillo, no afectar al estado mental del enfermo, estar motivado por razones esencialmente médicas e implicar garantías judiciales para la protección de la libertad individual.
- El paciente ha de disponer de vías de recurso de fácil utilización sobre la resolución emitida.

[964] Recomendación 83 (2) a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre la Protección legal de las personas que padecen trastornos mentales internadas como pacientes involuntarios, adoptada por el Comité de Ministros en 22 de Febrero de 1983 en la 356ª Reunión de los Funcionarios Ministeriales. La Recomendación sostiene el internamiento como medida a la que recurrir sólo en caso de necesidad y sometida al control judicial o de la autoridad competente.

[965] BERNARD Y MARCHAND, afirman en 1968 que "no existe psicosis de aparición reciente que necesite una estancia en el hospital de más de seis meses, término que es con frecuencia muy inferior en la práctica". *op. cit.*, pp. 39.

[966] JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 385

[967] BERNARD Y MARCHAND, *op. cit.*, pp. 39-45.

[968] *Ibid.*, pp. 45-51.

- La inspección de los hospitales psiquiátricos debe facilitar una vía de recurso suplementaria para el enfermo.
- El enfermo o sus familiares deben tener la posibilidad de solicitar al director la salida del centro, quien se podrá oponer sólo si el enfermo es peligroso para sí mismo o para los demás. La decisión tiene que poder ser recurrible.
- Se han de establecer medidas de tutela del enfermo y, en especial, de su patrimonio.

La nueva concepción de la psiquiatría inspira la reforma psiquiátrica española en esta época. En 1983 se crea la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica, adscrita a la Subsecretaría de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad[969] (no podemos abarcar en este trabajo el contenido y ejecución de la reforma psiquiátrica; nos limitamos por ello a describir los rasgos fundamentales que la caracterizan y el resultado de su aplicación práctica). La reforma se planifica como un proceso de transformación de las estructuras de la atención psiquiátrica, que tiene como finalidad ubicar la enfermedad mental en el marco del sistema general sanitario. Sus postulados están influidos por el nuevo paradigma en la atención a la salud mental, propiciado por la influencia del desarrollo de la psicofarmacología, el movimiento de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la incorporación del componente mental en el concepto de salud de la OMS y sobre todo, por el movimiento de la antipsiquiatría[970]. El cambio exige encontrar alternativas al manicomio[971] y limitar el internamiento a los casos en que se requiera intervención terapéutica urgente, siempre que no sea posible el tratamiento extrahospitalario[972].

Las bases de la reforma se contienen en el Informe y en las Recomendaciones para la Reforma Psiquiátrica Española [973], cuyo contenido se plasma en el artículo 20 de la Ley

[969] Orden de 27 de julio de 1983. BOE nº 196, de 17 de agosto de 1983, p. 22596.
[970] FERREIRÓS MARCOS, *Salud mental y derechos humanos…*, p.96.
[971] LÓPEZ ÁLVAREZ, M., "Bases para una nueva política en salud mental" en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, pp. 29-39, pp.30-31.
[972] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 484.
[973] Pueden consultarse en: MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. *Recomendaciones y propuestas de la Comisión Ministerial presentadas al Ministro de Sanidad y Consumo para la Reforma de la Psiquiatría Española.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985 y MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. *Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.
Por lo que a nosotros interesa, destacan entre sus principios:
- la completa integración de la psiquiatría en la sanidad
- la atención psiquiátrica integral, incluida la psiquiatría en la vejez
- la descentralización de los servicios
- la reducción de las hospitalizaciones, que serán consideradas como instrumento técnico dentro del conjunto de medidas que comprende el proceso terapéutico
- la supremacía de las intervenciones realizables en el entrono familiar y social del enfermo frente a las hospitalizaciones, que tendrán lugar únicamente cuando aporten al enfermo mayor beneficio que aquéllas

14/1986[974], General de Sanidad, de 25 de abril[975], que declara "la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general", así como "la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales". El artículo incorpora los principios de actuación de las Administraciones sanitarias en materia de salud mental, entre los que destacamos:

- La reducción al máximo posible de la necesidad de hospitalización, a través de la potenciación de los recursos asistenciales ambulatorios, los sistemas de hospitalización parcial y la atención a domicilio.
- La hospitalización de los pacientes en unidades psiquiátricas de los hospitales generales.
- El desarrollo de los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.
- La competencia de la atención a la enfermedad desde los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del sistema sanitario general, en coordinación con los servicios sociales.

Siendo éstas las líneas políticas, la ejecución de la reforma psiquiátrica deja pendiente un elemento crítico del modelo: la implantación de los recursos comunitarios de apoyo para la vida de los enfermos mentales fuera del centro psiquiátrico[976]. Se lleva a cabo la desinstitucionalización de los pacientes. Los datos reflejan que la reforma supone una reducción del número de hospitales psiquiátricos, así como del número de camas hospitalarias, en especial de larga estancia[977]. Sin embargo, los servicios sociales para la atención comunitaria de los enfermos mentales que abandonan los hospitales, competencia de las Comunidades Autónomas, se desarrollan de manera asistemática,

- la limitación de la duración de la hospitalización en función de criterios terapéuticos
- la materialización de los ingresos psiquiátricos en hospitales generales
- la progresiva transformación de los hospitales psiquiátricos en hospitales generales
- la tutela de los derechos civiles del paciente frente a las acciones sanitarias que puedan limitar su libertad

[974] Las recomendaciones se presentan al Ministro de Sanidad y Consumo con la previsión de que se incorporasen a la Ley de Sanidad que estaba en trámite parlamentario.

[975] BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

[976] En general, las críticas que se vierten a la psiquiatría comunitaria es su incapacidad para hacer frente a los trastornos persistentes y a los crónicos debida a la falta de medios y de promoción de los recursos de proximidad. Ello ha trasladado el peso de la atención a las familias generando importantes sufrimientos y una sobrecarga derivada del cuidado. Véase GARCÍA GONZÁLEZ, J, "Modelos de atención comunitaria en salud mental: críticas e insuficiencias", en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, pp. 41-46 [42-45].

[977] En el periodo 1977-1991 se suprimen en el conjunto de España 17 hospitales psiquiátricos y 18.660 camas de larga estancia, lo que supone respectivamente una minoración del 15% y del 44%.
Si en 1975 existían en España 34 hospitales con más de 1.000 camas, en 1991, tan sólo permanece un hospital de estas características (Hospital Psiquiátrico "San José", de Cienpozuelos, con 1008 camas). Véase Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, pp. 207-210.

insuficiente y desigual[978]. Por último, la ubicación de los internos de los antiguos "manicomios" en otros dispositivos asistenciales se produce reasignándolos en centros sanitarios o en centros de servicios sociales indiscriminadamente; sin atender a criterios clínicos derivados del diagnóstico, sino en función de la edad del enfermo, de la previsible duración de la estancia, del pronóstico de la rehabilitación, o simplemente de la disponibilidad de plazas. En otros casos, se modifica incluso la naturaleza administrativa de los centros anteriormente sanitarios, que pasan a ser ahora de carácter social[979].

1.2. **EL INGRESO RESIDENCIAL DE LAS PERSONAS MAYORES**

En los años ochenta la situación del mayor depende fundamentalmente del contexto familiar en el que se desenvuelve. El respeto de los derechos de los ancianos, en especial su libertad, en todas sus manifestaciones resulta vulnerable y adolece de una falta de garantías jurídicas[980]. Véase el apartado 1.2 del Capítulo I, en el que se describe la prestación informal de los cuidados en el domicilio, las políticas gerontológicas tendentes al mantenimiento de la persona mayor en el ámbito comunitario y la ausencia de cualquier norma jurídica previa a los años 90 que ampare el derecho a la decisión relativa al ingreso de la persona mayor o que prohíba el internamiento forzoso decidido por terceros. Asimismo, nos remitimos al Capítulo III para explicar la tradicional ausencia de una preocupación específica por los derechos de las personas mayores al ingresar en los centros asistenciales, a diferencia del internamiento de enfermos psiquiátricos. A esta despreocupación histórica, se añade el hecho de que en los ochenta el ingreso residencial se produce frecuentemente de manera voluntaria.

Como se ha dicho, la atención residencial en España de las décadas de los 70 y 80 se concibe como un elemento más del mantenimiento de la persona mayor en su entorno (junto con los clubes y hogares del jubilado y el servicio de ayuda a domicilio) y responde al modelo residencial para ancianos válidos[981], que merecen disfrutar de su

[978] Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.77; ESPINO GRANADO, J. A., "Presente y futuro de la Atención Psiquiátrica en España: veinte años después del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica" en *La atención a la salud mental en España. Estrategias y compromiso social. Acto de Celebración del XX aniversario del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica (Toledo, 14 de abril de 2005).* Madrid: Comunidad de Castilla-La Mancha. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2006, pp. 26-52, pp. 26-44; CHIMENO CANO, *Incapacitación,...*, p. 206.

[979] Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, pp. 401-404 y 222-233.Puede consultarse también GARCÍA GONZÁLEZ, "Modelos...", pp. 42-45.

[980] GARCÍA CANTERO describe la situación del anciano en el Derecho civil de los años 70. "Los ancianos ante el derecho civil" *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXV, núm. 5 (noviembre) 1976, (Segunda época. Tomo LXX (241 de la Colección),* PP.419-427.

[981] La atención residencial de los ancianos "impedidos" es básicamente médica. La clasificación de los centros geriátricos dirigidos a personas que no pueden valerse por sí mismas, es la siguiente: residencias asistidas para pensionistas; sanatorios geriátricos de rehabilitación, que tienen por finalidad el

jubilación. Los centros se dirigen a los beneficiarios de la Seguridad Social, alejándose del modelo asilar y hospitalario anterior y se conciben como lugares de residencia alternativos al domicilio familiar[982]. Tienen por finalidad el fomento de la convivencia e implantan un modelo de vida independiente, con servicios de carácter hotelero, de uso potestativo[983]. Para el acceso a la residencia se priman los criterios socio-familiares, económicos, de condiciones de la vivienda y, sólo en último término e indirectamente, las condiciones de salud, baremadas exclusivamente a través de la edad[984]. En los años 80 la mayor parte de las residencias públicas son para "válidos" y el acceso a ellas es en consecuencia voluntario.

Existen también residencias públicas con plazas asistidas y mixtas[985] pero su número es menor[986]. Para dar cobertura a las necesidades geriátricas, comienza a surgir a finales de los ochenta una importante oferta de residencias privadas con ánimo de lucro de nueva creación, dirigidas a las personas mayores con grandes dependencias[987], que coexisten durante un tiempo con la tradición residencial de las órdenes religiosas[988]. Finalmente ocupan el lugar que dejan éstas, como consecuencia del descenso del

tratamiento y diagnóstico precoz, la rehabilitación de inválidos y los tratamientos especiales de carácter prequirúrgico y postoperatorio; y hospitales de día, que se procuran ubicar junto a las Facultades de Medicina y que son centros de tratamiento de rehabilitación en régimen externo (arts. 2 y 4 de la Orden de 26 de febrero de 1971, por la que se aprueba el Plan Nacional de la Seguridad Social de Asistencia a los Ancianos, dirigido a los pensionistas de la Seguridad Social.). BOE nº 53, de 3 de marzo de 1971, pp. 3490-3491.

[982] ALONSO SECO, *op. cit.,* p. 339; MIRANDA LÓPEZ, *op. cit.,* p.118; RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. *Evolución de las residencias…,* p. 4.; IMSERSO, *Libro Blanco*…, p.347.

[983] ALONSO SECO, *op. cit.,* p. 340; IMSERSO, *Libro Blanco*…, Cap. V, p. 8.

Así lo describe MIRANDA LÓPEZ: "Cambia su arquitectura: del asilo laico, hospitalario, donde se atiende a los viejos como a enfermos, del asilo religioso, monástico, donde se les ayuda a arrepentirse de sus culpas y a prepararse a bien morir, se pasa a la residencia construida para ancianos sanos, alegres y activos". *op. cit.*, p.68.

[984] Véase nota 58.

[985] El art. 2 de la Orden de 16 de mayo de 1985 (vigente en la actualidad), por la que se aprueba el Estatuto Básico de los Centros de la Tercera Edad del Instituto Nacional de Servicios Sociales de la Seguridad Social, los define como centros de convivencia destinados a servir de vivienda permanente y común en los que se presta una asistencia integral y continuada a quienes no pudieran satisfacer estas necesidades por otros medios.

Establece que según las características de los usuarios, las residencias se clasifican en:

- Residencias de válidos: Son establecimientos destinados a quienes por sus condiciones personales pueden desarrollar las actividades de la vida diaria sin la asistencia de otras personas.(Estos centros podrán disponer de unidades asistidas para la adecuada atención de los que, ingresados como válidos, hubieran experimentado un empeoramiento en sus condiciones físicas o psíquicas).
- Residencias asistidas: Son establecimientos destinados a la atención y asistencia de quienes sufran una patología crónica o invalidante que les impida valerse por sí mismo, precisando por ello de la asistencia de terceras personas.
- Residencias mixtas: Son establecimientos con servicios e instalaciones suficientes para acoger a personas que puedan desenvolverse de forma autónoma y a las que necesitan de asistencia para la vida diaria.

[986] MIRANDA LÓPEZ, *op. cit.,* pp.40-42; ALONSO SECO, *op. cit.,* pp 340-341.

[987] *Ibid.,* pp.40-42 y pp 340-341.

[988] En 1980 el 32,4% de las plazas geriátricas eran públicas, 44,4% pertenecían al sector religioso y el 23,2% al sector privado. MIRANDA LÓPEZ, *op. cit.*, p.33.

número de integrantes de las comunidades religiosas [989]. Las residencias privadas con ánimo de lucro diversifican su oferta abarcando también la atención a personas "válidas", debido al incremento de la demanda y al menor coste que para ellas implica este tipo de plazas[990]. Ello propicia que muchas personas que no necesitan un ingreso residencial recurran a él para garantizarse una plaza asistida cuando devengan dependientes[991].

El acceso a las residencias se produce sin ninguna garantía de respeto del derecho a la libertad del anciano. A título de ejemplo, valga la Orden de 21 de septiembre de 1981, por la que se regulan los sistemas de concesión de plazas en los Centros gestionados por el Instituto Nacional de Asistencia Social y se fija la aplicación de la tarifa de precios[992]. Establece respecto a las normas específicas para ingresos y bajas en residencias de ancianos que "la solicitud de plaza deberá formularse por los interesados, o en su defecto, por los familiares o allegados (…)" (art. 18). Se convierte ésta en una práctica común.

Es reveladora, en este sentido, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que denuncia "las graves y generalizadas irregularidades en los ingresos, especialmente en los Centros en régimen de internado". Concreta que "viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el Centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal al convenirse el régimen de visitas, salidas al exterior e incluso comunicaciones telefónicas o postales, lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas. Esta práctica se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica".

2. LA CAPACIDAD EN LA ETAPA DE LA PROTECCIÓN PERSONAL DEL INCAPAZ

El sistema tutelar instaurado por el Código Civil en 1889 sufre una profunda transformación con la aprobación de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela[993]. Los orígenes de la ley son los trabajos de la

[989] MIRANDA LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 40-42.
[990] MIRANDA LÓPEZ, *Ibidem*; ALONSO SECO, *op. cit.*, pp. 340-341.
[991] ARARTEKO. *Las residencias de tercera edad en la Comunidad Autónoma Vasca*. Bilbao: Ararteko, 1994, p.33.
[992] BOE nº 236, de 2 de octubre de 1981, pp. 22948-22953.
[993] BOE núm. 256, de 26 de octubre de 1983, pp. 28932-28935.

Comisión General de Codificación elaborados a partir de un primer borrador redactado por CASTÁN VÁZQUEZ, en los que destaca la influencia de otro documento conocido como el Anteproyecto del SEREM[994], realizado en 1977 por un grupo de juristas bajo la dirección del Profesor LUIS DÍEZ-PICAZO[995]. El trabajo de la Comisión se presenta por el Gobierno de la UCD a las Cortes Generales[996], a propuesta del Ministerio de Justicia[997], previo paso por la Comisión General de Codificación[998], como primer Proyecto de Ley de reforma de la tutela.

El proyecto se aprueba por el pleno del Congreso de los Diputados[999] y por el Senado[1000], pero no adquiere entidad legal debido al cambio de legislatura[1001]. El

[994] La forma del documento es la de un texto normativo, de ahí que sea conocido como Anteproyecto del SEREM.

El documento se formula a encargo del Patronato para Ayuda a Subnormales de la Fundación General Mediterránea, con el patrocinio del SEREM, interesados ambos en un Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela con el objetivo de "potenciar la inquietud en torno a la tutela del subnormal". Se publica con el mismo nombre en 1977, por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales.

GARCÍA CANTERO, "Los principios...", p. 98, atribuye al Anteproyecto del SEREM las modificaciones y retoques sobre el primer borrador. También, DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 69 y AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", p. 538. Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…*, p. 80, el Anteproyecto del SEREM constituye el texto básico utilizado para la reforma del Código.

Anteriormente, en 1943, se había presentado a la Comisión General de Codificación el Proyecto debido a Apalategui. Éste prevé también los distintos grados de incapacidad, la figura de la curatela para las incapacitaciones parciales y la tutela de autoridad. AMORÓS GUARDIOLA, M. "Comentario al artículo 271" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, pp. 537-547, p. 538. Nota 1.; GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…*, p. 80.

[995] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO; ROGEL VIDE, CARLOS; CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO Y CAFFARENA LAPORTA, JORGE.

[996] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 24 de mayo de 1982, nº 201-III, pp. 1416/ 45.

[997] BERROCAL LANZAROT, A.I. "Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela". *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9. 2008 (15-141),* pp. 15-141, [38].

[998] DÍEZ-PICAZO "Nuevas perspectivas…", p. 981.

[999] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 238, sesión plenaria, miércoles 5 de mayo de 1982, pp. 13849.

[1000] AMORÓS GUARDIOLA, M. "Comentarios a los artículos 271, 271.2, 271.3 y 171.4 del Código Civil". (En Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela. Ed. Tecnos, 1986). *Estudios jurídicos. Tomo III*. Madrid: Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, PP.371-389, p. 374.

[1001] Real Decreto 2057/1982, de 27 de agosto, de disolución de las Cortes Generales y fijación de la fecha de las elecciones. BOE núm. 207, de 30 de agosto de 1982, p. 23337.

El artículo 211 aprobado reproduce prácticamente el del proyecto de 1982. El texto del artículo 211 en el proyecto fue el siguiente:

El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta al juez dentro del plazo de tres días.

El juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo oficial por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El texto finalmente aprobado presenta únicamente las siguientes diferencias respecto del proyecto: se elimina la exigencia de que el facultativo que informe al juez de la situación del enfermo sea oficial; se reduce de tres días a veinticuatro horas el plazo de comunicación al juez en el supuestos de

proyecto se presenta nuevamente por el Gobierno socialista en la segunda legislatura. Se aprueba como Ley 13/1983, que da contenido a los nuevos títulos IX "De la Incapacitación" (arts. 199 a 214) y X "De la Tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados" del Libro I del Código Civil (arts. 215 a 306), en sustitución de los antiguos Títulos IX y X del Código Civil, dedicados respectivamente a la regulación "De la tutela" (arts. 199 a 292) y a la "Del Consejo de Familia" (arts. 293 a 313).

La nueva normativa obedece a motivos esencialmente técnicos que exigen superar las deficiencias del sistema anterior, sobre las que existe un consenso doctrinal generalizado[1002]: excesiva precisión de las causas de incapacitación, que deja fuera los supuestos de ausencia de autogobierno no previstos expresamente por la ley; incapacitación plena de casos con limitación parcial de autogobierno[1003]; ineficacia del sistema tutelar[1004], y, sobre todo, insuficiencia para resolver las necesidades de las familias de personas con discapacidad intelectual que, como causa de incapacitación y de tutela, quedaba recogida en el concepto de demencia[1005]. DÍEZ-PICAZO resume en dos las finalidades de la reforma de 1983: suprimir las rigideces del Derecho anterior y diversificar los sistemas tutelares[1006].

La reforma de la incapacitación y de la tutela se inspira además en los principios constitucionales de 1978. Aunque el nuevo sistema tutelar no es consecuencia directa ni desarrollo de la Constitución[1007], los derechos y libertades fundamentales contenidos en ella impregnan desde entonces todo el ordenamiento jurídico, -incluido el referido a la persona con discapacidad[1008]-, que habrá de reinterpretarse con arreglo

---

internamiento de urgencia; se aclara que la puesta en conocimiento del caso al Ministerio Fiscal lo es a efectos del artículo 203 y se incorpora el control judicial del internamiento una vez que este se ha producido, así como la decisión judicial relativa al mantenimiento de la medida de internamiento.

[1002] CASTÁN VÁZQUEZ, 1044, pp. 274-275; DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 68; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p.51; VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p.99 GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 127; MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 209. GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, p. 633.

[1003] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 154.

[1004] Señala O´CALLAGHAN que la realidad del funcionamiento del Consejo de familia ha sido siempre muy pobre. Es un hecho notorio su ineficacia real e incluso su completa falta de actuación. La negligencia o inhibición de los parientes dio lugar a graves perjuicios para las personas sometidas a tutela. O`CALLAGHAN MUÑOZ, X. "Intervención del juez en la nueva tutela (Ley 24 octubre 1983)" Poder Judicial, núm. 10, 1983, pp. 31-34 [31].

[1005] La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de Tutela de 1981 señala que una de las preocupaciones de la Comisión General de Codificación es la referida a los subnormales o minusválidos, "hasta ahora lamentablemente incluidos en el mismo grupo de los "dementes" a efectos tutelares".

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, 24 de junio de 1981, nº. 202-I, pp. 1401-1416, p.1402.

[1006] DÍEZ-PICAZO "Nuevas perspectivas…", p. 982.

[1007] GARCÍA CANTERO, G. "Los principios de la nueva normativa de la tutela (I)". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXXVI. Núm. 1, julio, 1985*, *(Segunda época. Tomo XC (259 de la Colección),* PP.85-102, [86].

[1008] DOLADO, *op. cit.*, p. 65.

al valor o principio de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, consagrados en el texto constitucional[1009]. Así, el tratamiento técnico de la incapacitación resultante de la reforma tiene como fundamento esencial el reconocimiento de la dignidad humana (art. 10 de la CE)[1010], y los derechos que constituyen sus manifestaciones más relevantes[1011]: la libertad (art. 17), la igualdad de trato (art. 14), -como contexto en el que la dignidad tiene que realizarse[1012]-; el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24)[1013], la protección jurídica de la familia (art. 39)[1014] y el mandato último del art. 49 de la CE, que obliga a los poderes públicos a proveer un especial amparo para que las personas con discapacidad disfruten de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos[1015].

La dignidad constituye la dimensión moral de la vida humana, elevada a valor jurídico fundamental[1016] y su reconocimiento implica la eliminación de toda posible instrumentalización de la persona como medio para fines ajenos a ella misma[1017],

[1009] GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 88. Descarta GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ la naturaleza de derecho fundamental del valor de la dignidad en la Constitución Española, a diferencia de su concepción como tal en la Constitución Alemana. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales.* Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 22, 28, 76-78, 91. También ROBLES MORCHÓN *op. cit.,* p. 16; ESPINAR VICENTE, *Op. Cit*., pp. 71-73; TORRES GARCÍA, "La persona…", p. 167.

[1010] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 269"…, p. 373; SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 29; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p.14; GARCÍA CANTERO, G. "El nuevo régimen de la tutela". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXXIII. Núm. 4. Octubre, 1984, (Segunda época. Tomo LXXXIX (257 de la Colección),* PP. 465-499 [470]. TORRES GARCÍA, T.F., "El hijo incapacitado como sucesor universal" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP. 687-724 [694].

[1011] Afirma VARELA AUTRÁN, que el artículo 10 de la CE "se erige en el presupuesto básico de todos los derechos reconocidos en la persona por el simple hecho de serlo y, desde esta perspectiva jurídico-constitucional, se cimenta el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona y de todos aquellos otros derechos que reconoce el ordenamiento jurídico". "La Discapacidad...", p.47. También GARCÍA LLERENA. *op. cit.*, p. 54; SEOANE "La persona, el retraso mental...", p. 67 y ROBLES MORCHÓN, *op. cit.,* p. 52.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *op. cit.,* pp. 81 y 98, rechaza sin embargo la concepción de la dignidad como génesis de los derechos fundamentales. Niega asimismo su valor autónomo y supremo y afirma su naturaleza instrumental respecto del orden político y la paz social. Para el autor, la dignidad constituye un valor que se deduce de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente..

[1012] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." p. 63.

[1013] TORRES GARCÍA, "El hijo…", p. 694.

[1014] GARCÍA CANTERO, "El nuevo régimen...", p. 467.

[1015] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 187.DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil…*, p. 29; VARELA AUTRÁN, "La Discapacidad...", pp.47-48; GARCÍA LLERENA. *op. cit.*, pp. 45-51.
DE LORENZO Y PALACIOS, "Discapacidad…", p. 64.

[1016] STC Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 53/1985 de 11 abril. Fundamento jurídico 8. BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985.

[1017] ROBLES MORCHÓN *op. cit.,* pp. 46-47. SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental...", p. 63. También en su Prólogo al libro *El mayor interés en la esfera personal del incapaz, de Viviana García Llerena*. A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2002, pp. 11-22 [14-19]. Nótese que las obras son anteriores a la aprobación de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. Después de la Convención, GARCÍA PONS, *op. cit.,* p. 49. RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p.151; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *op. cit.,* pp. 30, 94-97.

incluidos los intereses personales o las expectativas patrimoniales de la familia[1018]. La persona es valiosa por sí misma y es a ella a quien se debe protección. La limitación de sus derechos, a través de la restricción de su capacidad de obrar –y del internamiento, en su caso,- debe tener como finalidad la protección de sus intereses y procederá sólo en los supuestos que la ley considere dignos de tal protección. Así, la incapacitación pasa a ocupar la posición central en el sistema de protección de incapaces[1019], se construye en torno a ella una teoría general de la incapacitación y se regula de manera sistemática[1020]. Para ello, el Código Civil dedica por primera vez un título completo a la incapacitación (Título IX)[1021].

En atención a la dignidad, la incapacitación queda sometida a los principios de legalidad y de sometimiento al control judicial. La regulación de la incapacitación comienza con una declaración de principio: la incapacitación es excepcional, de suerte que no hay más causas de incapacitación que las que la ley establezca[1022].

Por la misma razón, la incapacitación tiene que ser declarada por sentencia judicial[1023], en atención a la solemnidad que requiere una medida tan grave[1024]. En el proceso de incapacitación los derechos fundamentales del incapaz quedan protegidos por una regulación procesal específica[1025], hasta el punto de que el procedimiento de incapacitación ha sido considerado como el que mayores garantías ofrece al

Sobre el significado de la concepción kantiana de la persona como fin en sí misma, JIMÉNEZ REDONDO, M., "El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, nº 14, diciembre de 2013,* pp. 14-33.

[1018] GARCÍA LLERENA. *op. cit.*, p. 53; SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 29; VARELA AUTRÁN, "La Discapacidad...", pp.46-48. SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , p. 73; DOLADO, *op. cit.*, p. 65; CAMPO IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 4; DE COUTO, *La protección...*, p.33.

[1019] DÍEZ-PICAZO, "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil..." , p. 177; GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 186. Se sigue en este sentido mismo esquema que el planteado por el Anteproyecto del SEREM, que propone la regulación separada "De la incapacitación" (arts. 199 a 220) y "De las instituciones tutelares" (arts. 221 a 313).

[1020] DE COUTO, *La protección...*, p.32 califica el sistema de "doctrina general" de la incapacitación.

[1021] TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 54.

[1022] VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 99.

[1023] A pesar de que el artículo 199 afirma que nadie puede ser "declarado" incapaz sino por sentencia judicial, a diferencia de la redacción del proyecto de ley que decía nadie puede ser "incapacitado"…, entendemos que la resolución judicial es constitutiva de incapacidad. Así, afirma GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 76, que además de que el resto de articulado no fue modificado en el mismo sentido, el cambio se produjo como consecuencia de una enmienda del Grupo Vasco que lo justificó señalando que era más adecuado hablar de «declaración» porque el proceso de incapacitación se sustancia por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, lo que a juicio del autor supone confundir procedimiento y proceso. Por su parte el Grupo Socialista aceptó la enmienda alegando que era más correcto decir «declaración», «porque es ver que la sentencia es declarativa de la constitución de incapacidad".

[1024] DÍEZ-PICAZO, "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil..." , p. 178; DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 69

[1025] GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", pp. 45 y 54; GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 75.

demandado, de todo el ordenamiento jurídico[1026]. También la constitución de las instituciones de guarda y su ejercicio se someten al control de la autoridad judicial[1027], en atención a la dignidad del incapacitado.

Procedemos a continuación a describir en términos generales los principios de la reforma.

a) La protección de la persona incapaz

Como consecuencia del valor fundamental de la dignidad, la reforma de 1983 comienza a reconocer a la persona incapaz en toda su individualidad. Se trata de dar a su protección un carácter integral[1028], que abarca también la esfera personal[1029] y es acorde con la situación real del incapaz. Se da así el "giro personalista" a la concepción de la incapacitación[1030].

Como se ha visto en el capítulo anterior, el procedimiento de incapacitación estaba presidido en el Código por la necesidad de garantizar la libertad y la independencia de la persona capaz, evitando que fueran dados erróneamente por incapacitados personas que no debían serlo. Los mecanismos de la tutela estaban al servicio del tráfico jurídico, pero resultaban poco útiles para la protección del incapaz[1031]. Al interés protector de los bienes del incapaz, se une ahora la protección de su persona[1032]. Así, desaparecen del Código las referencias directas a la incapacitación basadas en la incapacidad de administración de los bienes y se diferencia expresamente el contenido relacionado con la esfera personal del tutelado, en el art. 269[1033]. Destaca en la reforma *prima facie* la finalidad tuitiva de la protección de los incapacitados[1034].

[1026] FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales". *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, PP.103-123 [108].

[1027] VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 99. Señala GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 49, que el reconocimiento de la dignidad de la persona por la CE, significa que la dignidad es un valor para el ordenamiento jurídico que debe ser tutelado por el legislador y garantizado por el juez.

[1028] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", pp. 65-66.

[1029] Afirma la Sentencia del TS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 1998, núm. 461/1998 de 19 mayo que "la sentencia que constituye el estado civil de incapacitación respeta, como no podía ser menos, la dignidad de la persona (artículo 10) y se incardina dentro de la protección, en este caso jurídica y, como consecuencia, también personal, del incapacitado (artículo 49)" (FJ. 5).

[1030] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 209.

[1031] DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 69.

[1032] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 73.

[1033] GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, pp. 506-507. Con la excepción de la obligación patrimonial de la rendición de cuentas, contenida en dicho artículo.

[1034] GARCÍA CANTERO, "Los principios...", p. 87.

Las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado (art. 216 del Código Civil). Se introduce como novedad el deber genérico del tutor de velar por el tutelado (art. 269), que incorpora los derechos y obligaciones atinentes al cuidado o guarda de la persona incapacitada. Con ellos se atiende a la satisfacción de sus necesidades básicas y se entra en el terreno de los derechos fundamentales[1035]. El deber de vela consiste en el desarrollo por parte del tutor de una actividad dirigida a satisfacer las exigencias de orden espiritual y material del incapacitado[1036].

b) El carácter graduable de la incapacitación

La incapacitación tiene ahora como única finalidad la protección de la persona[1037], en sus esferas personal y material (art. 215). La dignidad del sujeto reclama que la incapacitación se acerque a su verdadera situación psicológica[1038], en la medida en que se justifica exclusivamente por las dificultades de su capacidad de discernimiento (art. 287 in fine), que le impiden su autogobierno (art.200)[1039]. Para ello, se establece un concepto de incapacitación ajustado a tal afectación, de carácter graduable y sometido a un grado diverso de tutela (en sentido amplio)[1040], esencialmente modificable (art. 212). A partir de ahora, la incapacitación no es uniforme, ni inmutable; se gradúa y puede recuperarse[1041].

Con la eliminación de las causas tasadas de la tutela, se afirma que la única causa de incapacitación es la incapacidad de autogobierno[1042] (art. 200), concepto flexible[1043] y de gran amplitud[1044], que da cabida en principio a cualquier tipo de enfermedad o deficiencia[1045]. Sin embargo, la interpretación es estricta por lo que respecta a la vinculación de la deficiencia con la incapacidad de autogobierno. La mera constatación judicial de la enfermedad o deficiencia no es más que un dato externo[1046] que deja de ser suficiente para la incapacitación. Se exige expresamente la incidencia de la

[1035] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 269"…, pp. 372-373.
[1036] GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, p. 507.
[1037] RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 234.
[1038] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*.
[1039] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, pp. 187-188; La misma autora en "De la curatela...", p. 686.
[1040] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 177, considera la reforma del CC de 1983 el momento a partir del cual comienzan a confluir la capacidad de obrar y capacidad natural. GARCÍA CANTERO reclama la curatela como institución adecuada para muchos supuestos de personas mayores, cuya situación de vulnerabilidad no llega a ser la que merece una tutela plena. "Los ancianos…", p. 427.
[1041] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 189.
[1042] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 194; SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." pp. 43 y 47; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 105.
[1043] DE COUTO, *La protección...*, p.33; SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela…*, p. 31;
[1044] MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 209.
[1045] CABRERA MERCADO, *op. cit.*, pp. 80-81.
[1046] GETE-ALONSO "De la curatela...", p. 686.

enfermedad en la capacidad de autogobierno[1047], convirtiéndose esta relación en algo más que un requisito; en el "presupuesto" de la incapacitación[1048]. La afectación a la capacidad de autogobierno ha de darse además con una determinada intensidad ("impiden" dice el art. 200) y con carácter permanente, porque únicamente la intensidad y la permanencia de la incapacidad pueden justificar el recurso a una protección estable a través de las instituciones de guarda, que permite a terceras personas inmiscuirse en la esfera de decisiones del incapaz[1049].

Declarada la incapacidad, las posibilidades de actuación del incapacitado y el régimen al que queda sometido es graduable, lo que permite tener en cuenta las diversas consecuencias que tiene la enfermedad en cada sujeto[1050]. Establece el art. 210 del CC que "la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado". Se entiende por *extensión*, la amplitud de la incapacidad de obrar, su alcance, es decir, los actos que abarca y, por *límites*, la intensidad de la incapacidad, según sea la profundidad de la falta de autogobierno. Con el nuevo sistema, el Código Civil deja la determinación de la incapacitación y del régimen de guarda a la casuística, que será decidida por el juez en atención al mejor interés del incapacitado[1051].

c) La recuperación de la curatela en el sistema de protección

Consecuentemente con la gradación de la incapacidad, la incapacitación tras la reforma de 1983 deja de desembocar necesariamente en la tutela, para lo que se recupera en el Código la figura de la curatela[1052] (art. 215), en la que la intervención del curador, necesaria para la validez del acto realizado por el incapacitado, lo es de

[1047] DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 31.

[1048] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 32.

[1049] Persistencia e incapacidad de autogobierno se consideran los factores centrales de la incapacitación. BADOSA COLL, *op. cit.*, pp.38-39; DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 70. MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 210; O´CALLAGHAN, "Intervención del juez...", p. 31.

La necesidad de la persistencia se explica precisamente porque la probabilidad de que dé lugar a una incapacidad de autogobierno continua o estable en el tiempo. GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 199. Entiende en este sentido RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 236, que la persistencia ha de entenderse no como irreversible, sino como aquella que "razonablemente, con los medios y conocimientos actuales, cabe prever que no mejore, a menos a medio plazo".

Por lo que respecta a la persistencia, la seguridad jurídica reclama que los intervalos asintomáticos de las enfermedades cíclicas no tengan relevancia en la incapacitación, si la enfermedad es permanente. STS de 10 de febrero de 1986 (Sala 1ª), núm. 72/1986. EDJ 1986/1121.

[1050] BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 38.

[1051] DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 71; GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, pp. 633

[1052] BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 27. Precisamente por la configuración de la curatela, cercana a la auctoritas interpositio del tutor del Derecho romano, se ha señalado que la reforma, en realidad, no recupera la curatela del Derecho civil español. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…*, p. 101; MATEO DÍAZ, J. "El internamiento de los enfermos y deficientes psíquicos", *Actualidad Civil nº 25. Semana 16 a 22 de mayo de 1986. (1986-1. Núm.561),* pp. 1761-1772, p. 1762.

asistencia o complemento de la capacidad[1053], sin adquirir funciones de representación[1054].

La curatela se concibe como una institución que procede en atención al mayor grado de discernimiento, equiparable al del menor emancipado[1055] (arts. 286 y 287 del CC). La restricción de la capacidad de obrar se determina por la inclusión en la sentencia de los actos en los que ha de concurrir el curador (art. 289). En su defecto, se considerarán incluidos en el ámbito de asistencia de éste los actos que requieren autorización judicial en la regulación de la tutela (290), entre los que se encuentra el internamiento del tutelado (art. 271).

d) Predominio del contenido absoluto de la tutela

A pesar de que la reforma de 1983 supone un avance en la individualización de la protección del incapacitado, su esfera de actuación está dominada por la tutela[1056]. Ésta ofrece una protección legal uniforme[1057] y a nuestro juicio prácticamente absoluta, porque la individualización de los actos sometidos al poder del tutor se establece "por exclusión" (art. 267 del CC). Como se ha expuesto en el Capítulo I, la representación rige como principio, salvo previsión contraria en la ley[1058] o en la sentencia, en relación con los actos que ésta determine. Fuera de estas excepciones, la representación legal del tutor es una forma de heteronomía de la voluntad[1059], en la medida en que el tutor suple la capacidad del tutelado, que "resta mudo e inactivo"[1060], en situación equiparable al del menor edad no emancipado[1061].

[1053] Por todos, AMORÓS GUARDIOLA, "Comentarios a los artículos...", p. 376.

[1054] O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 295 y "El proceso…", pp. 84 y 86. Por su parte, GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 246, admite sin embargo, la posibilidad de que el curador represente al incapacitado en algunos actos, así como que se combinen en la sentencia, facultades de curatela y de tutela.

[1055] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 208. También MORENO QUESADA, B. "El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho", *Revista de Derecho Privado. Abril de 1985,* PP.307-330 [310]. Sin embargo, GETE-ALONSO admite una flexibilidad de la figura que alcanza a la situación de todo incapacitado que no impida de modo absoluto su autogobierno, desde la cercana a la que da lugar a la tutela, hasta la similar a la del menor de edad o al del pródigo. "De la curatela...", pp. 686 y 700.

[1056] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 229. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 208. GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 238.

[1057] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 74. GOMEZ-OLIVEROS, *op. cit.*, p. 636. BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 41.

[1058] Sin embargo, BADOSA COLL, *op. cit.*, pp. 32-33 y 41, afirma que la ley del art. 267 del CC ha de interpretarse según el autor, no como una excepción a la extensión general de la tutela, sino como una delimitación de ámbitos establecida legalmente.

[1059] DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p.9.

[1060] AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", pp. 539 y 540. GÓMEZ OLIVEROS considera esta época que el pupilo puede ejercer por sí mismo los derechos de la personalidad siempre que se lo permitan su condiciones físicas o psíquicas. "Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de octubre". RCDI, nº 565, noviembre-diciembre, 1984, p. 1425.

La praxis judicial de la época, frente a lo propugnado por algunos autores[1062], prescinde de toda combinación entre tutela y curatela en las sentencias, y se limita a considerar un sistema dual en el que la incapacidad de obrar se clasifica bien en total, plena o máxima[1063]; bien en parcial, limitada o relativa[1064] (parte de la doctrina considera que lo que es parcial es la capacidad del sometido a curatela y no su incapacitación[1065]). Doctrinal y jurisprudencialmente, se hace corresponder la incapacitación total con el establecimiento de la tutela, y la parcial, con el de la curatela. La tutela recae, además, sobre los actos patrimoniales y personales del incapaz, y la curatela sobre actos patrimoniales[1066].

En aras de la protección del incapaz, la fórmula preferida por los jueces *a priori* es la incapacitación plena[1067] y el sometimiento a tutela[1068], de manera que cabe afirmar

[1061] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p.239. Establece en este sentido, el art. 268 en su redacción dada por la Ley 13/1983 que los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor.

[1062] GARCÍA CANTERO es partidario de una interpretación flexible de la curatela, que combine actos personales y patrimoniales, así como otros concretos de administración y representación del incapacitado. GARCÍA CANTERO, G. "Notas sobre la curatela". *Revista de Derecho Privado*. *Septiembre de 1984. (Tomo LXVIII. Enero-diciembre 1984)*, PP.787-802. P, 798. También GETE-ALONSO que destaca la dependencia de la sentencia tanto de los actos para los que necesaria la intervención del curador como de la función que el curador ha de desempeñar en relación con tales actos. "De la curatela...", pp. 686, 701.

[1063] RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 242; BADOSA COLL, *op. cit.*, p. 40.

[1064] RIVERO HERNÁNDEZ, *Ibidem*; MORENO QUESADA, "La capacidad...", p. 83. ALBADALEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil I…,* 1989, p. 273; CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 229.

[1065] Así, para GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…*, p. 89, la curatela es el complemento de una capacidad limitada por insuficiente. En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 208, se refiere a un grado de incapacidad máxima y de un grado de capacidad mínima. También, MORENO QUESADA "La capacidad...", p. 83.

Así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (FJ 7). Sala 1ª, núm. 282/2009, EDJ 2009/72792 Ponente: Roca Frías, Encarnación.

GETE ALONSO Y CALERA destaca, sin embargo, la incapacitación resultante de la sentencia del sometido a curatela. *La nueva normativa…,* p. 239.

[1066] Así describen la interpretación que se dio a las figuras en esta época. ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", pp. 131-132. GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 120. DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p. 30; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.13; LEÑA FERNÁNDEZ, R. "Graduación de la incapacidad" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.203-214 [204]. Destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE las carencias en lo relativo a la protección de la persona del discapacitado en el caso de la curatela MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 209.

Sirva de ejemplo, O´CALLAGHAN. Afirma que el curador no representa al sometido a curatela ni cuida de su persona y bienes, sino que completa su capacidad. "Intervención del juez...", p. 33. MORENO QUESADA, "El curador...", pp. 310 y ss. También, GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…*, pp. 106-110 y 120-148.

Como exponente del carácter personal de la curatela, GARCÍA CANTERO, "Notas...", P, 797. El autor considera plenamente aplicable al curador el deber de velar por la persona sujeta a curatela (art. 216).

[1067] Afirma RAMS ALBESA: "Estoy convencido de que el control judicial no ha favorecido tanto como se esperaba la situación de los incapaces para actuar por sí mismos, ni a cuestiones que, tras recibir la ayuda precisa, deberán decidir por sí mismos". RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 281. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 36; GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 51.

[1068] GARCÍA CANTERO califica la figura de prototipo, "Los principios...", p. 88.

que la persona incapacitada carece de poder de decisión y que el tutor le sustituye en todas sus decisiones[1069]. Se invierte así en la práctica la presunción de capacidad que rige para la persona capaz, y se da cabida a la presunción contraria a la capacidad natural del incapacitado[1070]. Las dudas relativas a la incapacidad se resuelven extendiendo la limitación, también en relación con sus actos personales[1071], en un intento de evitarle la posibilidad de cualquier riesgo o daño irreparable[1072].

e) Rasgos definitorios del proceso de incapacitación

Con el proceso de incapacitación, se busca la verdad material sobre la capacidad de autogobierno del incapaz[1073]. Para ello se recurre al procedimiento declarativo tramitado según las normas del juicio de menor cuantía (Disposición Adicional de la Ley 13/1983[1074]), que se completa con la regulación incorporada en el propio Código relativa a la incapacitación (arts. 202 a 210). La sustitución del procedimiento de jurisdicción voluntaria del sistema anterior por uno contencioso supone la cesión del principio de celeridad en beneficio del de garantía de los derechos del presunto incapaz, en atención a la gravedad que supone la decisión de incapacitación. El incapaz adquiere, con ello, la condición de parte en el procedimiento y puede comparecer en él con su propia defensa y representación (art. 207).

El Documento de Sitges de 2009 estima que el 90% de las sentencias declaran la incapacitación plena y el sometimiento a tutela o patria potestad del incapacitado. BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 21.

[1069] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p. 30; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.13; GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", pp. 112.

[1070] GARCÍA-RIPOLL, *La protección…*, p. 74. Siguiendo a DÍEZ PlCAZO, "Las líneas…"pp. 5 y 6. PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"…, p. 74.
GULLÓN BALLESTEROS, A. "Capacidad jurídica…", p. 16.

[1071] ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p. 203. GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 119-120.

[1072] LEÑA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.205.

[1073] AVELLO FUERTES, J. "Procedimientos de incapacidad introducidos por la reforma del código civil en materia de tutela", *Poder Judicial, núm. 10, 1986*, pp. 35-40, p. 36. Consejo General del Poder Judicial "*Informe del Gabinete Técnico sobre algunas cuestiones que suscita el Título IX del Libro I del Código Civil, reformado por la Ley 13/1983, de 23 de octubre". Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, año IV, núm. 24, abril 1984, p.30.

[1074] Disposición Adicional de la Ley 13/1983:
Entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil, serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía, no admitiéndose el allanamiento a la demanda ni la transacción.
Ello se confirma con la redacción del art. 484.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC. Artículo 484. Se decidirán en el juicio de menor cuantía: 2. Las (demandas) relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.
Los demás procedimientos derivados de los títulos. IX y X del libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria. (Disposición Adicional de la Ley 13/1983).

A pesar de la naturaleza contenciosa del procedimiento, en atención al interés público que supone la incapacitación como afectación al estado civil[1075], quiebra también el principio dispositivo. Así, es preceptiva la actuación del Ministerio Fiscal en la defensa del incapaz, cuando no haya sido el promotor del procedimiento[1076]. En otro caso, el Juez designa un defensor al presunto incapaz a no ser que ya estuviere nombrado (arts. 206 y 208). Se dota al procedimiento de una fase probatoria especial, que al establecer la posibilidad de investigación de oficio, convierte al proceso en inquisitivo[1077]. Dada la incidencia sustancial de la incapacitación en la dignidad personal y en el libre desarrollo de la personalidad[1078], el artículo 208 contempla como pruebas preceptivas: la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen judicial de éste[1079] y el dictamen de un facultativo. Se practican además las pruebas propuestas a instancia de parte y el juez puede decretar, de oficio, todas aquellas que estime pertinentes. La actividad probatoria está despojada de todo formalismo.

El principio de oficialidad alcanza también a las medidas cautelares, que pueden ser adoptadas en cualquier momento y con cualquier contenido (arts. 203 y 209 del CC).

[1075] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 29.

[1076] Apunta a este respecto DÍEZ-PICAZO que esta regla no es una novedad. La participación del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación de las personas es tradicional en nuestro Derecho y está prevista en el art. 215 de la LEC, "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil..." , p. 190.

[1077] RAMOS CHAPARRO, *La persona...*, p. 354. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…* pp. 244-245. STS, Sala 1ª, de 10 de Febrero de 1988, EDJ 1988/1069. Ponente: Fernández-Cid de Temes, Eduardo (F.J.2º); también la STS, Sala 1ª, de 20 de Marzo de 1991, EDJ 1991/3017. Ponente: Fernández-Cid de Temes, Eduardo (F.J.3º); STS, Sala 1ª, de 24 de Junio de 2013, nº 421/2013. EDJ 2013/120784. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio; y STS, Sala 1ª, de 27 de Noviembre de 2014, nº 698/2014. EDJ 2014/204300. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

[1078] ORTIZ NAVACERRADA, *Op. Cit*., p. 138 STS de 20 de febrero de 1989, Ponente: Carretero Pérez, Antonio, Sala 1ª, EDJ 1989/1976; STS, Sala 1ª, de 10 de Febrero de 1986, núm. 72/1986. EDJ 1986/1121. Ponente: Fernández Rodríguez, Antonio; STS de 31 de Diciembre de 1991, núm. 995/1991. EDJ 1991/12410. Sala 1ª, Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso.

[1079] Considerado requisito de fondo, verdadera garantía, y no mero trámite procesal desde la STS de 20 de febrero de 1989. Ponente: Carretero Pérez, Antonio, Sala 1ª, EDJ 1989/1796 y STS 10 de febrero de 1986. STS Sala 1ª, 10 de febrero de 1986, núm. 72/1986. EDJ 1986/1121. Ponente: Fernández Rodríguez, Antonio.

La jurisprudencia entiende que además el art. 208 Cc establece como de "ius cogens", el examen personal del presunto incapaz a practicar, no sólo por el Juez de 1ª instancia, sino también por el Tribunal de Apelación, si es éste quien finalmente constituye el estado civil de incapacitado. Sentencias de la Sala 1ª del TS, de 9 de Junio de 1997, nº 520/1997. EDJ 1997/6831. Ponente: O´CALLAGHAN, Xavier (F.J. 2º); de 12 de Junio de 1989, EDJ 1989/5938. Ponente: Latour Brotons, Juan (F.J.2º); de 31 de Diciembre de 1991, rec 2672/1989. EDJ 1991/12410. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso.

Actualmente el Tribunal Supremo exige además que la exploración se realice "superando las preguntas estereotipadas" para poder hacerse una idea del autogobierno de la persona. STS de 1 de julio de 2014 y STS de 13 de mayo de 2015.

Quedan excluidos el allanamiento y la transacción (Disposición Adicional)[1080], el desistimiento de la instancia, la renuncia a la acción y la admisión de los hechos[1081].

f) El sometimiento al sistema de autoridad

La tutela se tramita en un expediente de jurisdicción voluntaria (Disposición Adicional de la Ley 13/1983), como pieza separada de los autos principales de incapacitación o, en expediente independiente, si la incapacitación hubiese sido declarada anteriormente o en otro juzgado[1082].

La autoridad judicial tiene un papel destacado tanto en la constitución de la tutela, como durante su ejercicio, lo que lleva a calificar el sistema de tutela de autoridad[1083].

En el nombramiento, el juez deja de estar vinculado por las disposiciones legales de llamamiento o por la designación realizada por los padres (art. 224, 225 y 235 del Código Civil[1084]), y nombra tutor mediante auto, atendiendo al principio del beneficio del tutelado. Es también el juez quien recibe y aprecia la excusa y da al tutor la posesión del cargo (arts. 258 y 259 del CC). Como afirma DÍEZ-PICAZO, el principio del beneficio del tutelado permite al juez alterar gran parte del contenido de las disposiciones legales, de lo que se deduce la finalidad orientativa de éstas[1085].

El artículo 216 somete el ejercicio de las funciones tutelares a la salvaguarda de la autoridad judicial. Resultando ineficaz el sistema anterior en una sociedad urbana postindustrial con dominio de la familia nuclear, el régimen de la tutela se simplifica[1086]. Para ello se sustituye el complejo mecanismo familiar por el de autoridad judicial[1087], que tiene como únicos órganos el tutor y el juez[1088]. La tutela se ejerce por la familia, pero sometida al control judicial[1089], para una mayor garantía del

[1080] El allanamiento y la transacción venía ya proscrita por el art. 1814 del Código Civil. O´CALLAGHAN, "El proceso…", p. 86.
[1081] Puede profundizarse en los principios y especialidades procesales en FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp.45-75.
[1082] FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Los derechos...", p. 110.
[1083] TS (Sala 1ª) de 19 de mayo de 1998, núm. 461/1998 de 19 mayo.
[1084] O´CALLAGHAN, "Intervención del juez...", p. 31.
[1085] DÍEZ-PICAZO, "Las líneas…", p. 74. En este sentido, es derecho supletorio del judicialmente producido. HEREDIA PUENTE, M. y FABREGA RUIZ, C. *Protección legal de incapaces*. Madrid: Colex, 1998, p. 37.
[1086] DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 982; GARCÍA CANTERO, "Notas...", p. 797.
[1087] Por todos, O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 299.
[1088] GARCÍA CANTERO, "El nuevo régimen...", p.489.
[1089] Sin negar el carácter judicial de la reforma, GARCÍA CANTERO analiza la importancia orgánica de la familia en el sistema tutelar, "Los principios...", pp 92-97. En este sentido, contrasta la intervención del juez a través de la autorización de determinados actos del tutor, mucho mayor en el Anteproyecto del SEREM. AMORÓS GUARDIOLA, "Comentarios a los artículos...". Consideran HEREDIA Y FÁBREGA que la intervención judicial debe estar limitada a los conflictos y al incumplimiento de los deberes. HEREDIA Y FÁBREGA, *op. cit.*, p. 17.

desempeño de la tutela en beneficio del incapacitado y no de sus guardadores[1090]. Se confiere con ello a la tutela un carácter "semipúblico"[1091] en la medida en que las funciones de guarda o de representación no están atribuidas directamente a la autoridad pública, pero sí el control de las mismas (art. 216 y 232 del CC[1092])[1093].

El artículo 242 del Código Civil abre además la posibilidad de que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan entre sus fines la protección de menores e incapacitados puedan asumir el ejercicio de la tutela, a fin de que en un nuevo contexto social se pueda dar respuesta a aquellas familias que no pueden o no quieren que tal desempeño se realice en su seno[1094].

Para el ejercicio de su función, el juez puede en cualquier momento recabar información relativa sobre la situación del incapacitado (art. 233) y deberá recibirla anualmente con carácter preceptivo (art. 269 del CC). Como una de sus manifestaciones más decisivas, el juez, en sustitución del Consejo de Familia, autoriza las decisiones más importantes relativas a la vida y patrimonio del tutelado[1095]. Esta autorización alcanza a la decisión de internamiento (arts. 211 y 271.1 del CC), como concreción del principio de ejercicio de la tutela en beneficio del tutelado y del sometimiento de la misma a la autoridad judicial (art. 216)[1096].

g) La escasa consideración de los derechos de la personalidad en la actuación del incapaz

El régimen de tutela instaurado por la reforma ignora con carácter general los derechos de la personalidad del incapacitado. A diferencia de lo establecido en el artículo 162.1 para los menores[1097], en su redacción dada por la Ley 11/1981[1098], no

[1090] CHIMENO CANO, M. "Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Madrid: Dykinson, 2013, PP.117-138 [123, nota 5].

[1091] O´CALLAGHAN, "El proceso…", p. 85, en relación a la "acción" de incapacitación.

[1092] Art. 216: Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salva guarda de la autoridad judicial.
Art. 232: La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal, o a instancia de cualquier interesado.

[1093] O´CALLAGHAN, "Intervención del juez...", p. 32.

[1094] SANTOS URBANEJA, F. "El control de la tutela", *Cuadernos de Derecho Judicial Número 16, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996*, PP.491-535 [493].

[1095] AMORÓS GUARDIOLA, "Comentarios a los artículos...", p.379.

[1096] CUENA CASAS, M."Comentarios a los artículos 269 y 271 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil (Coord. Joaquín Rams Albesa). Vol II.* Barcelona: Bosch, 2000, PP. 1963-2000 [1964].

[1097] SERRANO ALONSO, E. "Comentario al art. 162 del CC" en *Comentarios del Código Civil. Tomo 2. Sierra Gil de La Cuesta (Coordinador)*. Barcelona: Bosch, 2000, pp. 453 y 638. GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 42. VARELA AUTRÁN, "La Discapacidad...", p. 49. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.,* pp 148-149. No entramos a analizar el alcance del principio, ni la discutida necesidad de disposiciones concretas que sancionen la capacidad del menor para el ejercicio de los distintos derechos por quedar ello fuera

existe en Ley 13/1983 un precepto que reconozca la actuación del incapaz en las cuestiones que afectan a sus derechos de la personalidad[1099].

Únicamente algunas disposiciones normativas de carácter disperso admiten la actuación del incapacitado en actos personales (en atención al art. 267 del CC), cuando tiene capacidad natural para consentirlos, cumpliendo ciertos requisitos establecidos en ellas (así, el matrimonio[1100], el testamento[1101], el reconocimiento de hijos[1102], la audiencia del tutelado en el nombramiento del tutor en el Código Civil, los actos relativos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, regulados en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo[1103] y el consentimiento para las intervenciones médicas[1104]). En relación con el ámbito médico, aunque en la época no se reconoce la

del objeto de este trabajo. Nos limitamos a recoger la afirmación de GARCÍA LLERENA de que el principio se concreta de manera tímida y reducida y no es predicable respecto de cualquier acto personal, *op. cit.*, p. 61.

[1098] Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, pp. 10725-19735.

[1099] Téngase en cuenta que la consagración terminológica de la expresión "derechos de la personalidad" se ubica en el artículo 162 del Código Civil, en su redacción por Ley 13 de mayo de 1981 y en la Ley de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, pp. 51-52.

[1100] Art. 56: *Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento*. (Redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio).

[1101] Art. 665: *Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facultativos además de los testigos*.

Art. 663.2º: *Están incapacitados para testar. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio*.

[1102] Art.121: *El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal*. Redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

[1103] Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546-12548. Su art. 3.1 establece que: *el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.*

[1104] En términos generales el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en su redacción de 1986 establece en su art. 10 6 b que el paciente tiene derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. Queda exceptuado, entre otros el siguiente supuesto: cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986, pp. 15207-15224.

En relación con algunos actos específicos de carácter sanitario, la legislación combina los criterios de la capacidad de obrar y la capacidad natural. Así rige la capacidad natural, a nuestro juicio, para el donante de órganos, Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos (art. 4). En el caso del receptor la regulación parece permitir la representación, en atención al beneficio que el trasplante puede suponer para el incapaz. (Art. 6). BOE núm.266, de 6 de noviembre de 1979, pp. 25742-25743. Sobre estos extremos, véase, TORRES GARCÍA, "Efectos…", pp. 150-151.

capacidad natural de manera genérica[1105], se admite cierto ámbito de actuación al incapaz no incapacitado. La doctrina admite la capacidad para emitir el consentimiento para el tratamiento sanitario[1106], -incluso para tratamientos psiquiátricos[1107]- o que en los actos relativos a los derechos de la personalidad, sea el propio tutelado el que debe prestar su consentimiento a la hospitalización cuando la resolución declaratoria de incapacidad la excluya de la tutela[1108]; o se reclama la necesidad de "respeto de la voluntad del paciente cuando a pesar de su enfermedad psíquica tiene capacidad para consentir" [1109].

Por lo que respecta al matrimonio, al testamento y al reconocimiento de hijos, la capacidad de actuación responde no al concepto de derecho de la personalidad del tutelado[1110] sino al carácter personalísimo del acto[1111], que excluye la posibilidad de ser realizado por el representante. Por lo que respecta a los derechos al honor,

Rige sin embargo, la capacidad de obrar para la donación de gametos y embriones (art.5.6 de la Ley). LEY 35/1988. de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, p. 33375. También para la donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. (arts. 2 y 4). BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988, p. 36766.

[1105] La interpretación de la época no es la favorable a la comprobación de su capacidad natural en el supuesto de pacientes incapacitados, sino que considera que la toma de decisiones corresponde al tutor, si existiera. Aunque el art. 10. 6 no hace referencia alguna a la capacidad de obrar del sujeto, la doctrina introduce ciertas modulaciones introducidas en un intento de ajustarlo a la legislación general del Código, que serán confirmadas por la legislación posterior. Así, SIMÓN LORDA considera que en caso de que el paciente fuera ya a priori un incapaz de derecho por ser, por ejemplo, un menor inmaduro o un incapacitado judicial, quienes deberán tomar decisiones serán sus representantes legales, por ostentar ellos la patria potestad o la tutela. SIMÓN LORDA, P; RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J.; MARTÍNEZ MAROTO, A.; LÓPEZ PISA, M. ET AL., *op. cit.*, pp. 419-426.

[1106] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", pp.737-740; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 539.

[1107] BERCOVITZ se refiere al consentimiento ante el tratamiento médico psiquiátrico BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., pp. 1239-1240. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 739. Con respecto incluso a apacientes cuyo internamiento ha sido autorizado judicialmente.

[1108] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 540.

[1109] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 739.

[1110] En contra, GOMEZ-OLIVEROS, J.M. "Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de octubre". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *Mayo-junio 1984*. *Año LX. Número 562*, pp. 1407-1432 [1425].

La justificación de los actos de carácter sanitario se realiza sin embargo en términos de derechos humanos sobre todo de la persona capaz (consentimiento informado) y de participación de la persona incapaz. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 779. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 292; PEMÁN GAVÍN, J. "Hacia un estatuto del enfermo hospitalario", RAP, núm. 103, enero-abril de 1984, pp. 89-140.

COBREROS MENDAZONA recoge el Real Decreto 2/2082 de 25 agosto de 1978 sobre Hospitales, declarado nulo de pleno derecho por el Tribunal Supremo, por carecer del preceptivo dictamen previo del Consejo de Estado. Recoge también la Carta de los derechos y deberes del paciente de 1984. *Los tratamientos...*, pp.256-260. En la práctica, ante la incapacidad, se actúa de acuerdo con los parámetros propios del principio de beneficencia, según el cual es la autoridad médica la que decide, sin dejar margen de participación a la persona incapaz. GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 309.

[1111] Así, AMORÓS GUARDIOLA, "Comentarios a los artículos...", p. 375. Sobre la posibilidad de que la sentencia restrinja la capacidad de testar o de celebrar matrimonio, TORRES GARCÍA, "El hijo…", p. 701.

intimidad y propia imagen la posibilidad de actuación por el propio menor no es pacífica en la doctrina de la época[1112].

El carácter protector de la concepción de la discapacidad no da cabida a la actuación autónoma del incapaz, por lo que no resulta extraño que no se incorpore en el Código un principio similar al establecido para el menor por el artículo al 162.1 del CC. Además, las disciplinas psicológicas y sociales del momento no contemplan el beneficio que para el tutelado supone la adopción de sus propias decisiones, por lo que este criterio tampoco se traslada a la concepción del interés del incapaz que rige el sistema de la tutela.

A modo de recapitulación, cabe afirmar que la década de los ochenta se caracteriza por el reconocimiento constitucional de la dignidad de la persona con discapacidad. Este reconocimiento se manifiesta en la ampliación de su protección civil a su esfera personal; la concepción de la incapacitación como medida de protección en beneficio del incapaz; el sometimiento a la actuación del tutor, con el control judicial. La interpretación restrictiva de la capacidad y la exigencia legal de graduación de la sentencia de incapacitación se convierten en la práctica, en un recurso generalizado a la tutela y en la actuación del tutor en relación con prácticamente todos los actos de la vida personal del incapaz. La relevancia de su capacidad natural queda reducida a un número muy limitado de actos personales, entre los que se empieza a considerar el consentimiento informado del ámbito sanitario.

3. LEGITIMACIÓN JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO

La reforma de la tutela incorpora la regulación del internamiento civil forzoso en el artículo 211 del Código Civil. Con ello, el internamiento pasa a formar parte por primera vez de la normativa general de la capacidad. Se reduce así el efecto estigmatizador que las regulaciones anteriores pudieron tener para el colectivo de enfermos psíquicos[1113]. Se separa el internamiento civil del internamiento penal[1114] y,

[1112] Sirva como ejemplo la diversa interpretación que ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p. 257 y GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 240, dan a la expresión "de acuerdo con la legislación civil" del art. 3 de la Ley 1/1982, favorable a la capacidad natural y a la capacidad de obrar, respectivamente.

[1113] El legislador asume expresamente la continua reivindicación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría contraria a que se aprobara una ley específica sobre el internamiento DÍEZ FERNÁNDEZ, M.E. "Cambios en el marco jurídico y legal de la enfermedad mental" en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, pp. 47-60 [51-52]; ROIG SALAS, "La ley...", p. 633 y "Coacción...", p. 47.

[1114] El art. 1 de la Ley 77/1978 deroga el artículo 3 de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. BOE núm. 10 de 11 de enero de 1979. Deja así de estar vigente el internamiento por peligrosidad social predelictual de "los enfermos y deficientes mentales que, por su abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad". Este internamiento tenía lugar hasta que fuese necesario en los centros de preservación, (art. 6.12 de la Ley

sobre todo, se establece una vinculación sistemática del internamiento con las figuras jurídicas del ámbito de la incapacitación.

A diferencia de la reforma en su conjunto, cabe afirmar que el internamiento del artículo 211, es el resultado directo e ineludible[1115] de la promulgación de la Constitución Española de 1978[1116], así como de la incorporación al ordenamiento jurídico español en 1979 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[1117] (en adelante, Convenio Europeo) y, específicamente, de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo) dictada en el asunto Winterwerp[1118], a la que luego se hará referencia.

Los artículos 17.1 de la C.E. y 5.1 del Convenio Europeo proclaman el derecho a la libertad y a la seguridad[1119]: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley" (art. 17.1)[1120]; toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley" (art. 5.1.); el ejercicio de este derecho por parte de las personas con discapacidad reclama el especial amparo de los poderes públicos (art. 41 de la CE)[1121].

Tanto el artículo 17.1, de la CE como el artículo 5.1. del Convenio Europeo son plenamente aplicables al internamiento civil forzoso[1122]. Así se deduce de la redacción del propio artículo 17.1 ("nadie puede ser privado de su libertad"), de los antecedentes legislativos de la regulación del internamiento[1123] y de los debates parlamentarios que

16/1970), que eran centros de naturaleza penitenciaria, regulados por el Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, que contiene el Reglamento para la aplicación de la Ley. BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970, pp.12551-12553 y BOE núm. 132 de 3 de junio de 1971, pp. 8895-8903.

Sobre la confluencia del enfermo mental abandonado como sujeto de aplicación del art. 10 del Decreto de 1931 y del art. 3 de la Ley de Peligrosidad, véase SERENA VELLOSO, *op. cit.*, pp. 211-231.

[1115] DURO VENTURA, *op. cit.*, pp. 12-13.

[1116] El legislador de 1983 califica el Decreto de 1931 como disposición "administrativa, confusa y de dudosa legalidad". Presentación del Dictamen de la Comisión al Congreso. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. II Legislatura, nº 39. 24 de mayo de 1983. Sesión Plenaria, p. 1796.

[1117] Roma, 4 de diciembre de 1950. Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979, BOE de 10 de octubre de 1979, num. 243. Págs. 23564-23570.

[1118] DELGADO Y RUIZ, "Aspectos médico-legales...", p.30.

[1119] La seguridad se entiende como la ausencia de atentado arbitrario por parte de los poderes públicos a la libertad del individuo: ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 703.

[1120] La Constitución Española afirma también el derecho a la libre elección de residencia. (art. 19.1). SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 81.

[1121] Por todos, RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 483.

[1122] Tal aplicabilidad ha sido puesta en cuestión por el Abogado del Estado en relación con el art. 17.1 de la CE (Antecedentes 5 y 7 de las STC 131/2010 y 132/2010). DELGADO Y RUIZ sobre el art. 5 del Convenio, "Aspectos médico-legales...", p.30.

[1123] RD de 1885 y art. 207 del Anteproyecto del SEREM.

se suscitaron durante la aprobación del art. 211[1124]. La aplicabilidad de los artículos 17.1 de la CE y 5 del Convenio queda definitivamente consagrada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1999[1125], así como por las resoluciones del Tribunal Europeo recaídas sobre internamientos civiles, en aplicación del artículo 5.1 del Convenio.

El internamiento civil forzoso constituye por tanto una verdadera detención o privación de libertad, en su sentido más amplio[1126]. Se torna legal[1127] o justificada[1128], sin embargo, en virtud de los mismos artículos 17 de la CE y 5.1 del Convenio, en cuanto el internamiento de personas con discapacidad psíquica está contemplado por la letra e) del artículo 5.1[1129] y por una norma de rango legal (art. 53.1 de la CE en relación con el art. 17), como es el artículo 211 del Código Civil. La necesidad de rango orgánico de la ley se tratará en el capítulo siguiente.

Con la legitimación legal del internamiento, el legislador, en su función ordenación de las relaciones sociales y de la convivencia, prioriza, por razones de interés social el bien jurídico de la protección personal sobre la libertad del sujeto[1130], en sus

[1124] La declaración expresa de privación de libertad fue propuesta como enmienda a fin de subrayar su genuina naturaleza.

Enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Comunista en el Proyecto de 1982 (nº 17), y en el Proyecto de 1983 (nº 10). Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, pp. 1416/15-1416/6; Enmienda nº 10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4. Explicación de la enmienda para el sometimiento a votación en el pleno del Congreso. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 238, sesión plenaria, miércoles 5 de mayo de 1982, pp. 13848 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812. El sentido de la enmienda es alabado por MENA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 485.

El carácter privativo de libertad y su admisión legal se deduce también de la modificación parlamentaria del art. 271.1 El texto del artículo 271.1 decía "recluir". Fruto de la enmienda nº 73 del Grupo Parlamentario Socialista, se acepta sustituir este término por el de "internar" en el Proyecto de 1982. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, p. 1416/19. Enmienda nº 13. Diario de Sesiones del Senado. Año 1983, II Legislatura, nº 28, Sesión Plenaria, 21 de septiembre de 1983, p. 1414.

[1125] El Tribunal admite la aplicabilidad del Convenio al internamiento civil en atención a que el texto no distingue la privación de libertad que supone el internamiento psiquiátrico civil y el penal (FJ 3). STC núm. 128/1999 (Pleno). EDJ 1999/13066.

[1126] El derecho a la libertad del art. 17 de la CE es el derecho a la "libertad física frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios". STC 120/1990, de 27 de junio. FJ 11 y anteriores que cita. EDJ 1990/6901. Ponente: García-Mon y González Regueral, Fernando.

[1127] La STC (Sala 2ª) núm. 104/1990, de 4 de junio, utiliza la expresión "detención regular". Fundamento Jurídico 2. EDJ 1990/5858.

[1128] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 138.

[1129] Letra e: Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

[1130] GARCÍA-RIPOLL. Afirma el autor que "el internamiento de un enfermo mental es una medida que podría y debería adoptarse aún *(sic)* cuando no lo regulara expresamente el Código Civil, o cualquier otra norma". GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 100.

manifestaciones de protección de la salud[1131] (art. 43, y 50 de la CE, en relación con las personas mayores), de tratamiento especializado de las personas con discapacidad (art. 49) e, incluso de protección de la comunidad. Por el contrario, el internamiento realizado fuera del marco legal es un ilícito civil y cabe recurrir para ponerle fin al procedimiento de Habeas Corpus (art. 17 de la CE)[1132] regulado por Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo[1133]. Puede dar lugar también, en su caso, a un delito de detención ilegal (arts. 163 a 168 del Código Penal) [1134].

Por lo que respecta a los internamientos realizados al amparo del Decreto de 1931 (derogado por el artículo 2.2 de la Ley 13/1983) y que se mantienen en vigor en el momento de la entrada de la Ley 13/1983, no quedan sin efecto, ya que se realizaron conforme a las normas vigentes en su momento. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/1990 (Fundamento Jurídico 3)[1135]. No obstante, a fin de que no queden excluidos de las garantías establecidas por la nueva legislación, les será de aplicación lo establecido en el art. 211[1136].

[1131] Fiscalía General del Estado. *Circular núm. 2/1984. En torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de incapaces presunto, de 8 de junio*. 1984, PP.339-351 [342].

[1132] DURO VENTURA, *op. cit.*, p. 13; BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 798; GÓMEZ PAPI, J.M. "El internamiento del enfermo mental" en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1994, PP.265-275, p. 270; PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2433. RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 485; CASTILLO RODRÍGUEZ, CASTILLO RODRÍGUEZ, L. "Algunas reflexiones procesales sobre la ancianidad" en *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre la tutela, asistencia y protección a mayores*. *Córdoba 17 y 18 de noviembre de 2000.* Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, PP. 125-131 [129].

Así lo admite expresamente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2012.

[1133] Art. 1 de la Ley, letra b: "El procedimiento del Habeas Corpus, regulado en la presente Ley, se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la Autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida ilegalmente. A los efectos de esta Ley se consideran personas ilegalmente detenidas: Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar". BOE de 26 de mayo de 1984, núm. 126, pp. 14756-14758.

Estando pendientes el procedimiento de internamiento y el de Habeas Corpus, éste es prejudicial respecto del de internamiento y por ello su incoación suspende el segundo. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. "Algunos problemas planteados por el internamiento de enfermos mentales: art. 211 CC". *Fundación Mariano Ruiz Funes, 1988; 7,* PP.27-44 [31].

Señala MATEO DÍAZ que el juez penal puede revisar si se han seguido las formalidades esenciales, pero en ningún caso, las diligencias o resoluciones de mero trámite, ni mucho menos, el Auto o sentencia final que resuelva sobre el internamiento *op. cit.*, p. 1772.

[1134] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 484. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 192; MARTÍN GRANIZO, M. *La incapacitación y figuras afines,* Madrid: Colex, 1987, pp. 136-137.

[1135] STC, Sala 2ª, núm. 104/1990, de 4 de Junio de 1990. EDJ 1990/5858. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel.

También la Instrucción de la Fiscalía General del Estado, núm. 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos.

[1136] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 41. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 194; BERCOVITZ, 429, p. 207.

4. EL ARTÍCULO 211 DEL CÓDIGO CIVIL. CRITERIOS PARA SU INTERPRETACIÓN RESULTANTES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El artículo 211 se aprueba con el siguiente texto:

> *El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.*
>
> *El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos prevenidos en el artículo 203*[1137]*.*
> *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento*[1138]*.*

La indeterminación del artículo[1139] ha sido ampliamente criticada por la doctrina[1140] por la inseguridad jurídica que genera. Ello da lugar a la interposición de una cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la STC de 1 de julio de 1999, que declara constitucional el artículo[1141]. El Juzgado de Orihuela había cuestionado la vulneración del artículo 17.1 de la CE, al permitirse el internamiento sin que exista una norma legal procesal que determine la forma en que ha de sustanciarse la privación de libertad, así como del artículo 24.2 de la CE, que consagra el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y en el que se utilicen los medios de prueba pertinentes. El

[1137] Artículo 203: *El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*
Redacción dada por art. 1 de Ley 13/1983 de 24 octubre 1983, derogado por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

[1138] Artículo 269**:** *El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 4º. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.* Esta redacción es la dada por art.1 de Ley 13/1983 de 24 octubre 1983

[1139] La Fiscalía General del Estado califica el internamiento de "concepto indeterminado jurídicamente". Consulta 2/1993, de 15 de octubre, "De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil", punto 1.

[1140] LACRUZ, Elementos de Derecho..., 1990*…* (Epígrafe redactado por Delgado Echeverría, J.), p. 138; *Elementos de Derecho…, 1999*, p. 157 LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Derecho de la Persona. 6ª edición.* Madrid: Trivium, 1998, p. 251; LETE DEL RÍO, *Derecho de la Persona. 4ª edición...*, p. 135; SERRANO ALONSO, E. *Derecho de la Persona. 2ª edición*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1996, p. 115; ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 181; ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. Y MARTÍN GRANIZO, M. "Comentario al artículo 211" en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo 1. 3ª edición*. Madrid: Trivium, 1992, pp.1209-1219, p.1210 y MARTÍN GRANIZO en *La incapacitación...*, p. 144. DURO VENTURA "El internamiento de los presuntos incapaces. Introducción. Cuestiones…", p. 17; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 480.
También el Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.677 y el Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 35. El informe se emite a instancias de la Federación Española de Asociaciones prosubnormales y determinadas autoridades judiciales.

[1141] STC, Pleno, núm. 129/1999, de 1 de Julio de 1999. EDJ 1999/13066.

Tribunal resuelve que es suficiente la regulación contenida en el artículo 211 y ajustada a la Constitución, al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 5.1.e)[1142] y a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo. La legalidad resulta tanto de la interpretación conforme a la Constitución que permite el propio artículo 211[1143], como de su integración con la aplicación subsidiaria de las normas del procedimiento de jurisdicción voluntaria, regulado en los artículos 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (FJ 3)[1144], al que remite la Disposición Adicional de la Ley 13/1983[1145]. Este conjunto procesal satisface además el cumplimiento de las condiciones mínimas necesarias para la legalidad del internamiento del enajenado, establecidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde la Sentencia de 24 de octubre de 1979 (caso Winterwerp).

A pesar de la sentencia del Tribunal Constitucional, el artículo 211, ya sea por una deficiente regulación o por una intencional concepción abstracta de la función judicial[1146], deja al juez un margen de discrecionalidad importante en la determinación

[1142] La resolución del Tribunal Constitucional se basa en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1979 (Caso Wintewerp), 5 de noviembre de 1981 (Caso X contra Reino Unido) y 23 de febrero de 1984 (Caso Luberti) en las que se señalan las condiciones en las que el internamiento psiquiátrico será ajustado a Derecho.

[1143] El Tribunal recoge así el argumento esgrimido por el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, en el que afirma que una interpretación natural del artículo 211 cumple con el mandato constitucional y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Convenio. Según el escrito lo exigido es la audiencia del afectado (que deberá tener lugar en el trámite del examen judicial previsto en el precepto), la posibilidad de revisión del internamiento a instancia del internado y una peritación médica objetiva, "sin que sea exigible un pleno desarrollo de la contradicción exigida por el artículo 24.1". También el Fiscal General del Estado se posiciona a favor de la interpretación conforme a la defensa constitucional y señala que la norma Constitucional no exige la intervención de letrado para la defensa, que en todo caso podrá ser nombrado por el afectado por el internamiento.

[1144] La Sentencia 129/1999 retoma la STC 112/1988, de 8 de junio, Fundamento Jurídico 3 (sobre internamiento psiquiátrico penal) BOE núm. 152, de 25 de junio. Retoma también la STC 104/1990, de 4 de junio, Fundamento Jurídico 2.

[1145] Es el argumento a favor de la constitucionalidad del artículo 211 esgrimido por el Fiscal General del Estado en su escrito de alegaciones. Se señala en éste que los actos de jurisdicción voluntaria no constituyen un *numerus clausus* y que las normas de jurisdicción voluntaria tienen un valor normativo supletorio a falta de regulación específica del acto de jurisdicción voluntaria creado por el legislador.

[1146] MENA ÁLVAREZ, *op. cit.*, p. 483, califica la función interpretativa del juez en relación con el artículo 211 como la "concepción abstracta de la función judicial de garantía de la libertad" y la identifica con la que había tenido lugar en España y Francia en el siglo XIX, que en su opinión había derivado en la ineficacia del procedimiento

El Defensor del Pueblo se pronuncia de manera favorable a la indeterminación de las causas, en la línea de lo establecido por el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y mantenida por el Tribunal Europeo Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, pp. 538-539.

BERCOVITZ ve en la indeterminación de los supuestos de internamiento una salida para atender en la España de los ochenta a los enfermos crónicos en ausencia de otros dispositivos socio sanitarios. A medida que se fuese consolidando el sistema, el juez habría de ser cada vez más restrictivo en la autorización de los internamientos civiles forzosos, conforme a los criterios de la reforma psiquiátrica. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al artículo 211 del Código Civil. Ley de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, 1982" en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.196-210 [203].

del supuesto[1147] ante el que procede la privación de libertad mediante el internamiento[1148]. Se ha propuesto el desarrollo reglamentario de la Ley, como forma de concreción del ámbito de aplicación de la norma y de su regulación procesal[1149]. Sin embargo, el carácter esencial del derecho fundamental a la libertad, exige su regulación en una norma de rango legal[1150]. En su momento, se esperó que el artículo 211 fuera completado en futuras reformas legislativas, en consonancia con la Disposición Adicional de la Ley 13/1983[1151]. El artículo 211 se ha reformado únicamente en dos ocasiones. La primera con motivo de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero[1152], que modifica el primer párrafo del artículo 211 relativo al supuesto de hecho contemplado por el artículo, y la segunda, operada por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que realiza una modificación procesal del artículo y traslada su contenido al artículo 763 de la misma. Como se verá a lo largo del trabajo, el supuesto continúa abierto.

Similar es la posición de RODA GARCÍA. El autor destaca la dualidad existente entre el criterio científico, que excluye el internamiento de los enfermos crónicos y la realidad sociosanitaria, caracterizada por una ausencia de estructuras intermedias. Tal desfase supone, para el autor, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24 de la CE y que en este caso se concreta en una indefensión social ante los supuestos de enfermos mentales crónicos no admitidos en centros psiquiátricos. RODA GARCÍA, L. "El internamiento forzoso del artículo 211 del Código Civil: entre la ineficacia y las oportunidades perdidas", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 1983,* PP.48-56 [51-53].

[1147] RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244.

[1148] Motivo que en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1999, da lugar al voto particular del Magistrado, Sr. García del Manzano, por la vulneración del art. 17.1 a la que da lugar la indeterminación del artículo.

[1149] ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO consideran insuficiente el desarrollo reglamentario y propone una ley reguladora de la materia. "Comentario al artículo 211...", p.1210; *La incapacitación...*, p. 144.

[1150] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 800. El Consejo General del Poder Judicial considera que la materia objeto de regulación veda la posibilidad del ejercicio de la potestad reglamentaria si no existe una remisión expresa hecha por la Ley. Descarta asimismo una norma reglamentaria de interpretación, pues esta función corresponde realizarla libremente al juez., *op. cit.*, p. 35.

Más recientemente, ZURITA MARTÍN, I. "El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales" en *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes.* Barcelona: Bosch, 2008, pp. 19-65, p.62; También CASTILLO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 129.

[1151] FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, I, p. 340. PÉREZ ALGAR hace mención a una Ley de internamiento que "parece estar actualmente en estudio" y que "contemplaría el conjunto de problemas derivados de tan compleja cuestión". PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"..., p. 98. En 1997 el Ministerio de Justicia, según ORTIZ GONZÁLEZ comunicó que se habían iniciado las labores de estudio preliminar para poner en práctica la recomendación que se le formulaba sobre aprobación de una norma por la que se regulara el régimen de los centros de internamiento en los aspectos que pudieran implicar restricciones a la libertad personal o de otros derechos fundamentales (salidas, visitas, etc.) ORTIZ GONZÁLEZ, A.L. "La protección de los incapaces. Actuaciones del Defensor del Pueblo" *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial, núm. 22.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 252-286 [252]. No tenemos constancia del proceso legislativo de tales iniciativas.

[1152] Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238.

Concretamos por ello los criterios que han de servir de marco interpretativo, para la integración del artículo, establecidos en su mayoría por la jurisprudencia del Tribunal Europeo[1153].

El criterio general establecido por el Tribunal Europeo es la proscripción de detenciones arbitrarias (Winterwerp, punto 39; Ashingdane, punto 44)[1154], finalidad a la que se dirige el artículo 5.1 (Van der Leer, punto 22). El propio Tribunal perfila en su jurisprudencia los requisitos para que una detención no sea considerada arbitraria, que se definen por primera vez en la Sentencia del Caso Winterwerp (punto 39)[1155]:

a) Para privar al interesado de su libertad se requiere, salvo en casos urgentes, haber justificado suficientemente su "enajenación".
b) La demostración de la naturaleza de perturbación mental real exige un examen médico objetivo.
c) La perturbación tiene que ser de unas características y de una amplitud que justifiquen el internamiento y la prolongación válida del internamiento está supeditada a que persista tal perturbación.

Además, el Tribunal Europeo con su jurisprudencia ha ido elaborando otros criterios de carácter específico:

a) Criterios relativos a la determinación del supuesto del internamiento

El Convenio incluye un concepto muy amplio en relación con el sujeto que es privado de libertad, que da cabida a varios supuestos: personas susceptibles de propagar una enfermedad contagiosa, enajenados, alcohólicos, toxicómanos y vagabundos.

[1153] El Convenio se erige en pauta interpretativa en virtud del art. 10.2 de la CE.
Se incorporan al anáisis siete sentencias emitidas entre la fecha de ratificación del Convenio Europeo y el fin del periodo que analizamos (1978-1996), relativas al internamiento de "enajenados" (art. 5.1.letra e del Convenio): Caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica. Sentencia de 18 junio 1971 (TEDH\1971\1); caso Winterwerp contra Holanda. Sentencia de 24 octubre 1979 TEDH\1979\4; Caso Guzzardi contra Italia. Sentencia de 6 noviembre 1980 TEDH\1980\7; Caso X contra Reino Unido. Sentencia de 5 noviembre 1981. TEDH 1981\5; Caso Luberti contra Italia. Sentencia de 23 febrero 1984 TEDH\1984\4; Caso Ashingdane contra Reino Unido. Sentencia de 28 mayo 1985. TEDH\1985\74, y Caso Van der Leer contra Países Bajos. Sentencia de 21 febrero 1990. TEDH\1990\5. En adelante, a las sentencias se hará referencia como "De Wilde", "Winterwerp", "Guzzardi", "X contra Reino Unido", "Luberti", "Ashingdane" y "Van der Leer", respectivamente.
[1154] También en el Caso Johnson contra Reino Unido, 24 de octubre de 1997. Párrafo 60.
[1155] Los requisitos se reproducen en Luberti 27, X contra Reino Unido, Johnson contra Reino Unido, 60. A la luz de estos criterios analiza el Tribunal Constitucional el caso que dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad (Fundamento Jurídico 3).

Por lo que respecta a la enajenación, el tribunal opta por no pronunciarse sobre su significado. Ello permite la evolución del concepto "con los progresos de la investigación psiquiátrica, la flexibilidad creciente del tratamiento y los cambios de actitud de la sociedad hacia los enfermos mentales, especialmente a medida que aumenta la comprensión de los problemas de estos pacientes" (Winterwerp, punto 37)[1156]. La definición de lo que ha de considerarse una persona enajenada se delega en consecuencia en la legislación interna (Luberti, punto 26). Ésta tiene como única limitación la arbitrariedad de la detención, que impide internar a una persona por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas que predominan en la sociedad (De Wilde, punto 65; Winterwerp, punto 37)[1157]. Por la misma razón, la lista establecida en la letra e) del artículo es una relación cerrada, excepcional y, en consecuencia, interpretable sólo de manera restrictiva (Winterwerp, punto 37; Guzzardi, punto 98)[1158].

Por lo que respecta al motivo por el que procede el internamiento, el Tribunal establece que además de la protección del propio incapaz, los imperativos de la paz social pueden prevalecer también sobre la libertad individual, (X contra Reino Unido, punto 45). Sin embargo, en este caso ello se supedita a la protección del propio incapaz (Guzzardi, punto 98)[1159]. Esta interpretación es admitida también por nuestra doctrina mayoritaria[1160].

[1156] Las autoridades nacionales tienen la facultad discrecional de resolver sobre la condición de "enajenado", a partir de la apreciación de las pruebas (Winterwerp, 40, Luberti, 27), siempre que no dé lugar a internamientos arbitrarios.

[1157] Se destaca en este sentido "la importancia del derecho a la libertad en una sociedad democrática.

[1158] Afirma el Defensor del Pueblo que la resolución judicial limitativa de libertad habrá de ser motivada y que estará limitada por la vis expansiva del derecho fundamental a la libertad, cuya limitación será en todo caso excepcional. Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.538-539.

[1159] Señala en este sentido el TEDH que la razón por la que el Convenio permite privar de libertad a las personas de la letra e, (las personas enajenadas, alcohólicas y toxicómanas vagancia), "no es únicamente su consideración de peligro para el orden público, sino también que su propio interés puede hacer necesaria esa detención".

[1160] Se pronuncian expresamente favorables a la prevalencia de la protección personal sobre la privación de libertad BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", pp. 798; DÍEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 49. RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", pp. 502-504. PEDRAZ GÓMEZ, S., "La incapacitación por enfermedad o deficiencias psíquicas" en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, PP.109-138, pp. 115-116. ALCÓN Y DE COUTO ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 183 y 189; GARCÍA GARCÍA, *Op. Cit*., pp. 76 y 89 ROIG SALAS, "Coacción...", p. 45.; CUTILLAS TORNS, J.M. "Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces" *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Tomo I. 1988*, PP. 875-886 [876].

Reconocen la anteposición de la seguridad comunitaria sobre la libertad PÉREZ ALGAR. "La incapacitación"..., p. 102; BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.203; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1213-1214: MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 122 Y 125; RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244. CASTRO GARCÍA, *op. cit.*, p. 74; GARCÍA-

En relación con el centro de internamiento, es necesario un vínculo entre el motivo invocado para la privación de libertad y el objetivo, el lugar y el régimen de la detención[1161] (Ashingdane, puntos 44, 47 y 48). Sin embargo, no puede afirmarse que el Convenio exija que el tratamiento o el régimen haya de ser el adecuado a la enfermedad del incapaz: "no se puede deducir del artículo 5.1.e) el derecho de un paciente a un tratamiento adecuado a su estado" (Winterwerp, 51; Ashingdane, 44)[1162.]

La doctrina ha exigido reiteradamente el criterio de subsidiariedad del internamiento[1163], es decir, no cabe adoptar la medida de internamiento si el tratamiento o la atención se puede llevar a cabo mediante medidas menos restrictivas de la libertad o que puedan practicarse en régimen ambulatorio[1164].

b) Criterios relativos a las cuestiones procesales

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde la Sentencia recaída en el Caso Winterwerp, exige una serie de garantías procesales dirigidas a evitar las privaciones arbitrarias de libertad, que son vinculantes para el Derecho interno, en el establecimiento del procedimiento regulador del internamiento[1165]. De manera que cuando el procedimiento tiene como resultado una detención arbitraria, no puede considerarse "conforme a Derecho" (De Wilde, punto 70; Winterwerp, punto 37; Ashingdane, punto 44; X contra Reino Unido, punto 43).

RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 32; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728.; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", pp.502-504; CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 876.

La STC 129/1999, de 1 de julio, admite la privación de libertad a través del internamiento psiquiátrico "en beneficio tanto de quien lo padece como de la sociedad en su conjunto" (Fundamento Jurídico 3).

Supeditan la privación de libertad por razones de orden social a la existencia de una necesidad de protección de la persona a internar RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", pp. 502-504; MAYOR FERÁNDEZ, *op. cit.*, p.25.

[1161] En la doctrina española el internamiento debe ajustarse a lo necesario. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210 MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 118. Los autores advierten de que la protección "no peque de excesos ni en cuanto al número de internados ni al tipo y duración de los internamientos"

[1162] El alojamiento y el tratamiento en el marco, más «adecuado», de un hospital psiquiátrico de otra categoría, es una cuestión no regulada por el apartado 1e del artículo 5 (Ashingdane, 53).

[1163] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.201-203; RODA GARCÍA, "El internamiento...", pp. 51-53; CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 876.

[1164] GARCÍA, LUCÍA. "Enfermedad mental e internamientos psiquiátricos". *L*a respuesta judicial ante la enfermedad mental. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006, p. 89.

Así lo exigen los principios de necesidad y proporcionalidad según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2012.

[1165] Puede consultarse COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 380; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...".

La medida privativa de libertad deberá proceder de una autoridad competente, que no ha de ser necesariamente judicial, como es el caso de Dinamarca y Finlandia[1166] (Wilde, punto 69; Luberti, punto 26; Ashingdane, punto 45), pero el procedimiento debe dejar abierta la vía del recurso ante un tribunal de tal naturaleza. (Casos de Wilde, puntos 74 y 75; Winterwerp punto 61 y Ashingdane, punto 42) [1167]. Este acceso al tribunal ha de garantizar la audiencia personal del internado, o, en su caso, mediante alguna forma de representación[1168]. En el procedimiento debe garantizarse la posibilidad de petición de puesta en libertad por parte del internado, con las garantías señaladas (Winterwerp puntos 62 a 64) durante el internamiento. La legalidad del internamiento habrá de ser determinada en un plazo breve de tiempo (Luberti, puntos 32-35).

Además, siempre ha de existir un control del internamiento de enajenados, "que deberá ejercerse en intervalos razonables, ya que los motivos que justificaron el internamiento al principio pueden dejar de existir" (Luberti, punto 31)[1169].

[1166] En Dinamarca el sometimiento a guarda puede realizarlo una instancia administrativa. VENNEMOSE B.D. & WALDEMAR, G., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Denmark in Dementia: Denmark", en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, PP.107-108 [108].

En Finlandia el internamiento residencial no exige resolución judicial. Se puede tomar conjuntamente por los familiares o representantes legales junto con el médico, en aras de la protección personal, cuando aquéllos consideran que la persona a internar no es capaz de comprender los riesgos que se derivan de su permanencia en el hogar o incluso, la carga que está generando a sus familiares. SULKAVA, R. "Practice of Competence Assessment in Dementia: Finland Dementia: Finland", en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, PP.109-113, p. 112. En Polonia, cuando la protección de la persona reclama un ingreso residencial éste puede tener lugar con el consentimiento del representante legal. KIEJNA, A.; RYMASZEWSKA, J. & HADRYS, T. "Practice of Competence Assessment in Dementia: Poland". Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network. Wien: Springer, 2007, PP.141-147.

Sí exige autorización judicial el internamiento en Alemania. BGB arts. 1904, 1906. LIpp, V. "Practice of Competence Assessment in Dementia: Germany Dementia: Germany", en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*.Wien: Springer, 2007, PP.117-121 [119].

[1167] Cuando el órgano que inicialmente adoptó la medida de internamiento tiene naturaleza judicial, no es necesario el recurso a un segundo tribunal, siempre que la decisión de privación de libertad se adopte con garantías procesales adaptadas a la naturaleza de la privación de libertad y permita un control de la legalidad de la detención y de su continuación (Caso de Wilde, 83).

[1168] Señala la sentencia que pueden ser necesarias garantías especiales de procedimiento para proteger a los que, por sus perturbaciones mentales, no son completamente capaces de regir por sí mismos (Caso Winterwerp, p. 60)

[1169] Considera el Tribunal Constitucional en el caso sometido a su juicio que la libertad del interno y la legalidad del propio internamiento están controladas judicialmente, a la vista de que no han cambiado las circunstancias del internado (Fundamento Jurídico 3). STC núm. 129/1999, de 1 de julio.

c) Supuesto de urgencia

Se admite la adopción del internamiento por razones de protección del orden público. La autoridad nacional competente para ordenar este internamiento debe gozar de un gran margen de apreciación (X contra Reino Unido, 58)[1170].

Por la misma razón, cabe legitimar un internamiento de urgencia que no se rodee de las garantías habituales que implica el artículo 5.1.e (X contra Reino Unido, 19 y 45), tales como un dictamen pericial médico profundo (X contra Reino Unido, 58). Las medidas de urgencia habrán de adoptarse, en cualquier caso, por un periodo corto de tiempo (X contra Reino Unido, 58; Winterwerp, 42). También la legalidad de este tipo de internamiento habrá de ser determinada en un plazo breve de tiempo (Luberti, 32-35).

5. INTERNAMIENTO E INCAPACITACIÓN TRAS LA REFORMA DE 1983

Como consecuencia de la reforma psiquiátrica y de la admisión en Derecho de los diferentes grados de incapacidad, el legislador de 1983 concibe las figuras de la incapacitación y del internamiento como independientes. La desvinculación entre ambas, sin embargo, no es total y se mantienen en gran medida "emparentadas"[1171]. En el mismo sentido, el procedimiento del artículo 211 es un procedimiento también independiente del de incapacidad[1172] pero abocado a él, cuando resulte aconsejable para la protección de los intereses del internado[1173]. Entiende el legislador que al internamiento le sigue habitualmente la incapacitación[1174], por ello incorpora en el artículo 211 la comunicación del internamiento por el Juez al Ministerio Fiscal[1175], trámite cuestionado por la psiquiatría[1176]-, a los efectos del art. 203, es decir, a fin de

[1170] El Tribunal Europeo considera que los imperativos de seguridad pública prevalecen sobre la libertad individual (X contra Reino Unido, 58).
[1171] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 487.
[1172] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 227.
[1173] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 388.
[1174] En la defensa del texto del Proyecto de la Ley 13/1983 se afirma que de ordinario el internamiento se produce de manera previa a la constitución de la tutela. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 240, sesión plenaria, martes, 11 de mayo de 1982, pp. 13905-13906.
Se trata así de evitar la situación de los enfermos mentales internos en centros psiquiátricos sin incapacitar, frecuente en la época del Decreto de 1931. Fiscalía General del Estado. "Algunos estudios doctrinales sobre temas de actualidad. *El internamiento de incapaces presuntos en la reforma del Código Civil por Ley 13/83 de 24 de octubre". Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1985.* Madrid: Fiscalía General del Estado, PP. 205-239 [209].
[1175] Afirma el legislador que la comunicación se incorpora a fin de evitar lo que consideraba la "cómoda", "extraña" y "grave" situación que se produce cuando se solicita el internamiento sin promover la declaración de incapacidad. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1982, nº. 238 Sesión Plenaria celebrada el miércoles, 5 de mayo de 1982, p.13851.
[1176] Los psiquiatras se pronuncian en contra de la promoción del procedimiento de incapacitación por el mero internamiento. Afirman DELGADO Y GONZÁLEZ DE RIVERA que "sorprende que el internamiento

promover la incapacitación, si las personas legitimadas para ello no existiesen o no lo hubieran solicitado (art. 203)[1177]. A nuestro entender, el juez dará traslado de la situación al Ministerio Fiscal sólo en el caso en el que considere fundada la demanda de incapacitación[1178], e independientemente de que haya autorizado o denegado el internamiento[1179]. Tampoco tendrá el Ministerio Fiscal obligación de promover la demanda si no se dan razones para ello[1180].

Alguna posición minoritaria ha atribuido naturaleza cautelar al internamiento del artículo 211 con respecto al de incapacitación, derivada fundamentalmente de la referencia en este artículo al "presunto incapaz" [1181]. Consecuentemente la medida de internamiento cesará cuando el Juez resuelva sobre la incapacitación del sujeto o cuando quienes pueden iniciar el procedimiento de incapacitación no lo hagan[1182].

Esta posibilidad se planteó en los debates parlamentarios en dos enmiendas que no prosperaron. La primera, presentada al proyecto de 1982, condicionaba el internamiento a la previa promoción de la declaración de incapacidad[1183]. La enmienda

---

de un enfermo mental sea motivo para iniciar un expediente de incapacitación, sobre todo si nos atenemos al criterio del Tribunal Supremo (…) de presunción de capacidad", por lo que proponen desligar las figuras del internamiento y de la incapacitación por completo. DELGADO BUENO, S. Y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA J.L. "Aspectos legales de los internamientos psiquiátricos " *Psiquis, Vol. 9, 1988*, PP.11-27 [20 y 24].

[1177] Las enmiendas presentadas a los dos proyectos por parte del Grupo Parlamentario Comunista proponían que fuese el juez quien de oficio incoase el procedimiento de incapacitación, si ésta no estuviera previamente declarada Enmienda nº 17, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, pp. 1416/15-1416/6.

Enmienda nº 10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812.

[1178] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211…", p. 205; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 388.

[1179] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 211"…, p.203

[1180] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 35. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 193. ALBADALEJO GARCÍA, *Derecho Civil I…* ,1989,, p. 282. En contra NADAL I OLLER, , *op. cit.*, p. 79, que considera que la expresión "presunto incapaz" equivale en la época a la promoción automática de la incapacitación, porque induce presumir que se dan todos los requisitos precisos para ello.

[1181] CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 881. También el Auto de 19-5-1997, del Juzgado nº 3 de Liria, recogido por AZNAR LÓPEZ, M. "Los derechos fundamentales de las personas mayores internadas en residencias geriátricas" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas*. León: Junta de Castilla y León, 1998, PP.11-31, p.14. Fiscalía General del Estado, "Algunos estudios...", p. 222.

Así mismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2012 se refiere a la medida cautelar civil de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico regulada en el art. 763 de la LEC. Consideramos desacertada la utilización de tal término. Sala 2ª. Sentencia núm. 144/2012, RTC 2012/144, Ponente: Rodríguez Arribas, Ramón. (FJ 4)

[1182] Admite esta posibilidad el FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 349.

[1183] Enmienda nº 50 presentada al Proyecto de 1982 por el Grupo Socialista. El texto de la enmienda proponía el siguiente texto: "Promovida la declaración de incapacidad, el internamiento del presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que razones de urgencia la hiciesen necesaria".

fue rechazada en el Informe de la Ponencia por considerarse implícita y por tanto, innecesaria[1184], lo que podría llevar a pensar que se reforzaba la tesis de la dependencia del internamiento respecto de la incapacitación. El resultado del debate parlamentario apunta, sin embargo, en otra dirección. La enmienda inicial se sustituyó por parte del grupo promotor por una enmienda transaccional en la que se incorporaba el deber de comunicar los hechos al Ministerio Fiscal a los efectos del artículo 203, es decir, a los efectos de que éste promueva la declaración de incapacidad, como garantía añadida de la protección del enfermo internado[1185]. El texto de esta nueva enmienda resultó aprobado y se mantuvo en el proyecto de 1983.

La segunda enmienda, presentada al Proyecto de 1983[1186], cobraba sentido en la medida en que atribuía un carácter provisional al internamiento, por lo que consideraba más acertado desde el punto de vista de técnica jurídica que el internamiento se regulase como una medida cautelar previa o dentro del proceso de incapacitación. Se proponía además que el internamiento acordado antes de la demanda quedase sin efecto si ésta no se interponía en los quince días siguientes al internamiento. Igualmente el internamiento habría de cesar si recae sentencia final desestimatoria de la demanda[1187].

En este caso, la enmienda es rechazada porque el redactor considera el internamiento del artículo 211 como una medida de protección autónoma respecto de la declaración de incapacidad. Así lo refleja en su defensa del proyecto, en la que afirma que "la práctica nos enseña que el internamiento no exige en todo caso que esa situación desemboque en un proceso de incapacitación"[1188].

Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, Proyectos de Ley, I Legislatura, 30 de abril de 1982, número 202.1.2, p. 1416/6.

[1184] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A, Proyectos de Ley, I Legislatura, 30 de abril de 1982, número 202.1.2, p. 1416/6.

[1185] En este sentido, el Señor Diputado Sotillo Martí calificó la promoción del procedimiento de incapacitación como una "garantía, si quieren menor" del procedimiento de internamiento. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1982, nº. 238 Sesión Plenaria número 238, celebrada el miércoles, 5 de mayo de 1982, p.13850-13851.

[1186] Enmienda nº 41 presentada al Proyecto de 1983 por el Grupo Popular. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1982, nº. 238 Sesión Plenaria celebrada el miércoles, 5 de mayo de 1982, p.13851 y p. 13808.

La Enmienda se mantuvo como nº 13 en el Senado. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. Serie II. Textos Legislativos. Senado. 22 de junio de 1983. Núm. 20 b, p. 20.

El texto aprobado finalmente es el del segundo párrafo del artículo 211.

[1187] Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4

[1188] Diario de Sesiones del Senado. Año 1983, II Legislatura, nº 28, Sesión Plenaria, 21 de septiembre de 1983, pp. 1414-1417.

Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, p. 1416/6.

Si el internamiento no conlleva necesariamente la incapacitación, tampoco la incapacitación ha de desembocar siempre en el internamiento. En ambas legislaturas, sendas enmiendas propusieron trasladar el artículo 211 a un artículo 269. 3 (bis), dentro de la regulación de las obligaciones del tutor[1189]. La defensa del informe de la ponencia negó que el internamiento fuese una obligación del tutor, aunque admitió que podría serlo cuando lo requiriese el deber de vela sobre el incapacitado, recogido en el art. 269[1190].

Por último, la ubicación del art. 211 en Título IX del Libro I del Código Civil[1191], que lleva por rúbrica "De la incapacitación", ha llevado a algún autor a afirmar la dependencia del internamiento respecto del procedimiento de incapacitación[1192]. Este punto ha sido acertadamente rebatido por GARCÍA-RIPOLL, que precisa que el Código Civil en la versión de 1983 regula el proceso de incapacitación entre los artículos 202 y 209 y dedica el artículo 210 a la sentencia, tras el cual, se regulan una serie de cuestiones colaterales al procedimiento de incapacitación, como son: el internamiento en el artículo 211; la posibilidad de iniciar un nuevo juicio de incapacitación en los art. 212 y 213; y la inscripción en el Registro Civil o en el Registro Mercantil, en el artículo art. 214[1193].

Como conclusión queda patente que, a diferencia del siglo XIX, en el que existía una identificación doctrinal entre sujeto de internamiento y el de incapacitación, durante el siglo XX se incorporan al Derecho los avances de la ciencia psiquiátrica, y la doctrina mayoritaria[1194] así como la judicatura[1195] admiten la independencia entre ambos

[1189] Enmiendas nº 37 al Proyecto de 1982 y 27 al Proyecto de 1983 presentadas por el Grupo Parlamentario Comunista. La enmienda nº 27 fue rechazada por el Informe de la Comisión.
Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, p. 1416/18-19. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 29. 18 de mayo de 1983, p.982.

[1190] Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 240, sesión plenaria, martes, 11 de mayo de 1982, pp. 13905-13906.
Hace referencia GÓMEZ LAPLAZA a otras enmiendas tendentes a de incluir el internamiento en las obligaciones del tutor: una enmienda del Grupo Mixto en el Senado al Proyecto de 1982 y otra en la II Legislatura. Ambas fueron rechazadas. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, p. 505.

[1191] Critica esta ubicación DURO VENTURA, afirmando que la ubicación del artículo 211 provoca "cierta "perversión" del concepto del internamiento que se mediatiza, a consecuencia de una defectuosa técnica legislativa, con la propia figura de la incapacitación (…)". En "El internamiento de los presuntos incapaces...", p. 20.

[1192] LACABA SÁNCHEZ, F. "Internamiento de incapaces: problemática del art. 211 CC", *La Ley, nº 3387, 1993,* PP.1012-1017 [1012-1013].

[1193] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 111.

[1194] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.198 y 206; PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"..., p. 102; LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 211"…, p. 202; ROCA GUILLAMÓN, J. "Comentario al artículo 211", en *Comentario del Código Civil. Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia,* 1991, PP.659-664 [661]; ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 189. DURO VENTURA. "El internamiento de los presuntos incapaces. Introducción. Cuestiones…", p.20; DELGADO BUENO, SANTIAGO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p.35; AZNAR LÓPEZ, "Los derechos", 1998..., pp. 12 y 18; y el mismo autor en AZNAR LÓPEZ, M. "En torno a las divergencias interpretativas sobre los internamientos civiles" en *Internamientos*

procedimientos en atención a la situación psíquica real del enfermo. Con esta diferenciación, se comprende que el tutor necesite autorización para el internamiento (art. 271.1)[1196] y que el cese del internamiento no restituya la capacidad[1197], ni conlleve automáticamente una revisión de la sentencia de incapacitación.

La independencia entre incapacitación e internamiento queda sancionada por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 1986 (FJ 4)[1198]:

> *El internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico no es una normal consecuencia de la expresada incapacitación conferible a quien sea encargado de la custodia del incapacitado, ni en consecuencia emana de la normativa contenida en el artículo 200 del Código Civil con su complemento del artículo 208 del mismo cuerpo legal, sino de una específica regulación establecida en el artículo 211 del referido Código, para el caso de que un incapaz requiera internamiento, y cuya facultad no viene encomendada al órgano de guarda constituido, sino exclusivamente al juez correspondiente, con acomodo a la expresada normativa contenida en el artículo 211, a la que, en su caso y momento, de estimarse que se dan las circunstancias para su aplicación, habrá de acudirse, y mucho más en cuanto que las limitaciones de índole personal, como son las de internamientos en Centros psiquiátricos, no pueden establecerse "a priori" y genéricamente, sino en el momento y concretamente para cuando se dé la causa que requiera tan extraordinaria medida afectante a la personalidad* [1199].

6. LOS TIPOS DE INTERNAMIENTO CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 211

El artículo 211, a diferencia de las regulaciones anteriores, no establece una tipología expresa de internamientos. De su interpretación lógica se deduce la admisión del internamiento forzoso, supuesto regulado por dicho artículo ("el internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial"). Asimismo, el precepto contempla la doble modalidad tradicional de internamiento ordinario y urgente,

---

involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios...celebrada en Madrid, el 24/06/1999. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 67-88 [79]. Cita la STS de 10-2-1986. JIMÉNEZ VILLAREJO, *op. cit.*, p. 389; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 387; GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 273; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 726.

[1195] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 31

[1196] GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 273.

[1197] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 386.

[1198] Sentencia de la Sala 1ª núm. 72/1986, EDJ 1986/1121. Ponente: Fernández Rodríguez, Antonio.

[1199] Fundamento 4º *in fine*. En esta sentencia el Tribunal estima parcialmente el recurso de casación interpuesto, por infracción del artículo 211 del CC, con respecto a una mujer afectada de psicosis delirante, contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que había declarado su incapacidad y ordenaba la constitución de la tutela, que incluía en los periodos de la fase activa de la enfermedad "la posibilidad del internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico adecuado". Tribunal Supremo Sala 1º. S. 10-2-1986. EDJ 1986/1121. En el mismo sentido, el voto particular del Magistrado García Manzano en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1999, reitera que desde la redacción del artículo 211 el internamiento involuntario es una medida autónoma que se desarrolla fuera del ámbito del juicio de incapacitación.

resultante de la posposición de la autorización judicial a un momento ulterior a la materialización del internamiento. El internamiento voluntario, sin embargo, sólo puede deducirse por exclusión.

6.1. **EL INGRESO VOLUNTARIO**

El art. 211, a diferencia del Decreto de 1931, no regula el ingreso voluntario[1200]. Su admisión es pacífica en la doctrina, así como la exclusión del mismo de la regulación del artículo 211[1201], avalada por razones históricas[1202]. Sin embargo, quedan sin resolver las condiciones que ha de reunir el sujeto para ingresar voluntariamente en un establecimiento.

La reforma de 1983 no establece los requisitos necesarios para ello. Supuesta su capacidad de obrar, MARTÍN GRANIZO afirma que debería ser suficiente el consentimiento de la persona a internar[1203]. La cuestión se torna así en un problema de capacidad natural. A esta conclusión llega también la Fiscalía General del Estado, que afirma que el internamiento voluntario se resuelve por las normas generales de la contratación del Código Civil[1204], siempre que su voluntad esté exenta de vicios[1205].

Surgen entonces dudas en relación con la capacidad del sujeto para emitir tal consentimiento[1206]. Algunos autores salvaguardan la validez del acto, proponiendo la puesta en conocimiento del mismo al Juez o al Ministerio Fiscal[1207]. Otros autores recomiendan obtener el visto bueno o asentimiento de algún familiar[1208], exigen un certificado médico en el que se acredite que la persona tiene la capacidad suficiente para decidir la conveniencia del ingreso[1209], o ponen como condición la constancia

[1200] Adoptamos esta denominación que excluye la referencia al carácter forzado que conlleva la palabra "internamiento". RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 497.
La razón por la que el título de este trabajo contiene la expresión "ingreso residencial forzoso" es la voluntad de la autora de prescindir precisamente de las connotaciones negativas que conlleva la palabra internamiento.
[1201] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", pp.737-740. También la Fiscalía General del Estado, *Circular núm. 2/1984*. III. C y el Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, II, b.2.
[1202] SERRANO ALONSO, *Derecho de la persona...*, p. 115; GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 114.
[1203] MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 120.
[1204] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Algunos estudios...", p. 210.
[1205] FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, p. 348.
[1206] Se pregunta RAMOS CHAPARRO por la admisibilidad de la declaración de voluntad emitida por un presunto incapaz RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 495.
[1207] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 496. FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, p. 348. También CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 880.
[1208] "Nos atrevemos a insinuar", afirma. MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p.121.
[1209] MATEO DÍAZ, *op. cit.*, p. 1765.

escrita expresa del consentimiento y del diagnóstico, así como el dictamen sobre la capacidad del solicitante para prestar su consentimiento[1210].

Tales exigencias tienen lugar porque el internamiento voluntario tiene como particularidad la inversión del principio de capacidad[1211], que resulta del objeto del consentimiento (el internamiento para el tratamiento del trastorno psíquico)[1212], y que queda reforzada por la regulación del internamiento forzoso a partir de la expresión "presunto incapaz". Así se presume la involuntariedad del ingreso ante cualquier anomalía o duda que surja respecto de la capacidad de decisión de la persona tanto en el momento del ingreso como durante su estancia en el centro[1213]. Tal duda habrá de ser resuelta, a nuestro parecer, considerando, como se verá, al sujeto "presunto incapaz" y dando curso al internamiento a través de lo establecido en el artículo 211.

El ingreso voluntario queda excluido sin duda, con respecto a quien teniendo capacidad natural en el momento de tomar la decisión, está sometido a tutela, salvo disposición contraria en la sentencia. En otro caso, el artículo 267 exige para que el sometido a tutela pueda actuar por sí mismo, la existencia de una norma que así lo disponga. El artículo 211, en su redacción de 1983, no puede serlo. La exigencia de autorización judicial para el internamiento del presunto incapaz (independientemente del significado que haya de darse a estos términos) excluye la posibilidad de actuación por sí mismo del tutelado, que carece de capacidad de autogobierno. Lo mismo se deduce del artículo 271.1, que exige autorización judicial para el internamiento del tutelado solicitado por el tutor.

Distinta es la situación del sometido a curatela.

[1210] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 496, somete el internamiento voluntario a los controles del párrafo 3º del art.211 y de concesión del alta del enfermo.

[1211] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, pp. 226 y 260. Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 32. En contra, la Fiscalía General del Estado, que considera que el consentimiento del "presunto incapaz" favorable al internamiento es presuntamente válido porque al igual que esta persona puede comparecer en el procedimiento de incapacitación según el art. 207 del CC, también puede hacerlo en un acto que normalmente es anterior al mismo y que por tanto tiene lugar antes de la sentencia de incapacitación. El argumento esgrimido se basa en el principio de capacidad del ordenamiento jurídico. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, p.348.

[1212] SANTOS URBANEJA admite también la presunción de incapacidad que surge, a su parecer, de la existencia de un informe médico que pone de manifiesto la existencia de una patología mental que afecta de modo notable a la capacidad de decisión. "La "presunción de capacidad" se torna "presunción de incapacidad"."Pautas...", p. 3.

[1213]; Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 32.; CALCEDO ORDÓÑEZ, A."Hospitalización psiquiátrica involuntaria" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios*, celebrada *en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP. 29-43 [33]; AZNAR LÓPEZ, "En torno...", pp. 84-85, es partidario de la presunción de la involuntariedad ante la falta de una constancia documental de la voluntariedad del ingreso.

GETE ALONSO excluye la posibilidad del internamiento voluntario del sometido a curatela. Considera que aunque el supuesto es admisible teóricamente, no se ve la posibilidad de que un incapacitado (el sometido a curatela) pueda solicitar por sí mismo el internamiento, ni se percibe la salvaguarda que la intervención del curador pudiera suponer[1214]. A nuestro parecer, el supuesto no presenta tales dificultades. La sentencia puede someter al sujeto, a curatela para el acto de internamiento, con la intención, por ejemplo, de evitar que terceros distintos al curador pudiesen captar maliciosamente la voluntad del incapacitado convenciéndole de la conveniencia del ingreso.

La persona sometida a curatela puede consentir el internamiento con asistencia del curador, supuesto que a nuestro juicio mantiene el carácter del ingreso como voluntario; o por sí misma, cuando ello se hubiese admitido en la sentencia, o también, lo que será más habitual, cuando la sentencia haya determinado la necesidad de concurrencia del curador para actos distintos al internamiento. Ello porque el artículo 290 rompe el régimen general del artículo 289, de determinación "por inclusión" de los actos para los que es necesaria la intervención del curador. Según el artículo 290 se requiere intervención del curador en los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, cuando "la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador". En otro caso, se entiende que el juez no se atiene al régimen subsidiario establecido en el artículo 290[1215].

Sin embargo, si en el acto de internamiento, el responsable del establecimiento dudase de la capacidad o de la voluntad del sometido a curatela, tanto si es preceptiva la asistencia del curador, como si no lo es, debiera ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial, a efectos del internamiento forzoso. Consideramos que no hay razón para excluir en el caso del sometido a curatela, la presunción de incapacidad natural que opera, como hemos dicho, para quien tiene su capacidad de obrar intacta.

[1214] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa…*, p. 250. También GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…*, pp. 135 y 355. También ALONSO PÉREZ considera que una persona privada de capacidad de obrar no tiene discernimiento suficiente para decidir la oportunidad del internamiento. ALONSO PÉREZ, M., "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil, enero 1997,* pp. 17-40 [29].

[1215] Por ello, GETE-ALONSO excluye la aplicación analógica de los artículos 271 y 272 en este caso: "De la curatela…", pp. 703-704.

6.2. **EL INTERNAMIENTO ORDINARIO Y EL INTERNAMIENTO URGENTE**

El artículo 211, al igual que el Real Decreto de 19 de mayo de 1885 y el Decreto de 3 de julio de 1931, establece una regulación diferente para el internamiento ordinario, programado[1216] o normal[1217] y para el internamiento urgente.

En esencia, la diferencia entre ambos radica en que la garantía exigida para no conculcar el derecho a la libertad tiene lugar *a priori* en el internamiento ordinario y *a posteriori* en el internamiento urgente. Desde el punto de vista procesal ello supone posponer la autorización judicial, preceptiva en ambos, a un momento posterior a la materialización del internamiento. En este supuesto, la puesta en conocimiento del internamiento al Juez deberá producirse "cuanto antes" [1218] y en todo caso, en el término de 24 horas[1219].

6.2.1. Los supuestos que constituyen el internamiento urgente

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO profundiza en el concepto de urgencia que caracteriza esta modalidad de internamiento. El autor exige la urgencia tanto en relación con la situación a proteger, como con el acto de internamiento. La urgencia de la situación requiere: a) una probabilidad suficientemente alta; b) de que exista un verdadero peligro; c) de que se produzca un daño de suficiente entidad por la naturaleza de los bienes amenazados. Por lo que respecta al acto de internamiento,

[1216] Denominación dada por RETUERTO BUADES, M. "Discapacidad y tuición: las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y de la salud. Los derechos del impedido" *en Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre Tutela, Asistencia y Protección a las Personas Mayores*, *Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000.* Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, pp. 53-70 [61], a nuestro juicio muy acertada pero que no utilizaremos por ser la expresión "internamiento ordinario" la utilizada comúnmente en la doctrina.

[1217] Denominación dada entre otros por ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 660 y ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 187.

[1218] Considera RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 525, que un internamiento urgente que finaliza antes de las 24 horas no es una privación de libertad sino un simple tratamiento de urgencia RAMOS CHAPARRO,.

Aunque no parece ser esa la dicción del artículo, es cierto que la brevedad suele ser tal, que el alta del enfermo tiene lugar antes de que el Juez reciba la comunicación escrita del internamiento forzoso por razones de urgencia. RODA, "El internamiento...", 1994, p. 50, critica esta realidad por la ausencia de control judicial que supone sobre tales internamientos, que permita investigar su justificación, más preocupante aún, cuando suele tratarse de ingresos reiterados en fases agudas de la enfermedad.

[1219] La puesta en conocimiento del internamiento al juez en el plazo de 24 horas responde al plazo establecido en el procedimiento de habeas corpus, que supone que en el caso de no cumplirse cabe apreciase la ilicitud de la medida adoptada. ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 145.

Señala el Tribunal Constitucional que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, se torna involuntario (STC 2 de julio de 2012).

éste ha de poder neutralizar la amenaza del daño y cumplirá el requisito de urgencia cuando sea necesario y no simplemente oportuno, en atención a las circunstancias del caso. Por lo que respecta a su dimensión temporal, el acto requiere inmediatez, en el sentido de que si no se adopta, es previsible que el daño que amenaza se produzca efectivamente[1220].

A nuestro juicio, tales requisitos son necesarios para poder afirmar la necesidad del internamiento forzoso, en ambas modalidades. Recuérdese que el Tribunal Europeo exige que la perturbación lo sea de unas características y de una amplitud que justifiquen el internamiento (Winterwerp, punto 39). Ello se traduce en que la falta de tratamiento pueda suponer un riesgo de deterioro severo e irreversible para el sujeto[1221] o para terceros[1222]. Para nosotros, el elemento diferenciador del internamiento ordinario y el urgente es únicamente la inmediatez de tal riesgo[1223], lo que aplicado al artículo 211, tiene lugar cuando la espera a la autorización judicial preceptiva hace ineficaz la propia medida de internamiento.

Se han identificado como supuestos habituales de internamiento urgente los que tienen lugar en situaciones de demencia furiosa, intoxicaciones agudas, *derilium tremens*, estados de abstinencia o depresiones endógenas relacionadas con ideas de suicidio[1224]. La naturaleza médica del supuesto[1225] y su finalidad terapéutica, es sin duda, la más frecuente en las situaciones de urgencia. Sin embargo, debemos admitir junto a ella, y así se ha hecho históricamente[1226], la de necesidad inmediata del internamiento por razones de urgencia social[1227] que pone en peligro la propia

[1220] El autor desarrolla la urgencia siguiendo a Philippe Jestaz, *L´urgence et les princpes classiques du droit civil*" París, 1986 p. 281. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", pp. 36-37. Exige el autor para declarar la urgencia una confrontación entre dos bienes inherentes a la persona, cuales son en este caso la vida y la libertad. Consideramos que la colisión entre ambos se da tanto en el internamiento ordinario, como en el urgente. Lo que caracteriza a la urgencia, a nuestro parecer, es la magnitud e inmediatez de la lesión del primero.

[1221] GARCÍA GARCÍA, *Op. Cit*., pp. 76 y 89. También ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 146 en relación con el art. 211 en su redacción de 1996.

[1222] SANTOS URBANEJA establece como criterios del riesgo de perjuicio a terceros: que sea real, no bastando los meros temores; que tenga cierta entidad no bastando molestias menores; que no tenga que ser soportado legalmente (o moralmente) y que no provenga del ejercicio de un derecho, *"Dos cuestiones..."*, p. 81.

[1223] Afirma CHIMENO CANO que ha de tratarse de una necesidad perentoria por el peligro que supone para terceros o por peligro para la propia vida del enfermo. *Incapacitación...*, p.225.

[1224] ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", pp. 1213-1214; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 122 y 125.

[1225] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 521.

[1226] Aclaración Tercera de la Real Orden de 20 de junio de 1885 y art. 18 del Decreto de 3 de julio de 1931. Véase Capítulo VI.

[1227] GANZENMÜLLER ROIG, El internamiento involuntario" en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 365-395, [386]. FERNÁNDEZ RAMOS concibe el ingreso de urgencia social por extrema necesidad como el de las personas mayores abandonadas, desvalidas y carentes de apoyo familiar. FERNÁNDEZ RAMOS, S. "Los centros residenciales para personas mayores en el marco de los servicios

salud[1228] o integridad, supuesta siempre la presunta incapacidad (así, en casos de discapacidad intelectual o neurocognitiva[1229]).

6.2.2. El carácter excepcional del internamiento urgente

El legislador contempla el internamiento urgente como supuesto excepcional[1230]. Ante el supuesto de urgencia, la norma general (autorización previa al internamiento) deja de aplicarse y el supuesto, en tanto que excepcional, ha de interpretarse restrictivamente[1231].

Debemos advertir, sin embargo, que el supuesto de urgencia es el habitual en la práctica clínica[1232]. Para los médicos, como consecuencia de la reforma psiquiátrica, la situación de urgencia es la única que debiera dar lugar al internamiento (sin perjuicio de otros internamientos de naturaleza asistencial). Así, la excepcionalidad jurídica se erige en norma en la práctica psiquiátrica[1233]. Ello ha llevado a muchos autores a

---

sociales" *en Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes*. Barcelona: Bosch, 2008, pp. 93-156 [135].

[1228] Así, COBREROS MENDAZONA. *Los tratamientos...*, P 386; FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Los derechos...", p. 117.

[1229] Cuestión distinta es si se admite el internamiento en centro residencial en el artículo, lo que tendremos ocasión de analizar en el apartado de este capítulo o si resulta más adecuada para el internamiento la vía del art. 211 o la de las medidas cautelares, cuestión que se abordará en el Capítulo VI.

[1230] Por todos, CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 879.

[1231] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 521. También GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 32.

[1232] SANTOS URBANEJA, "El control...", p. 498; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 114.

Recoge SILLERO CROVETTO, "El internamiento...", p. 171, como causas más frecuentes de internamiento involuntario: las reagudizaciones psicóticas de esquizofrenia paranoide, las descompensaciones psicóticas secundarias ante un abandono del tratamiento, los brotes psicóticos, los cuadros maníacos, las ideas delirantes, las conductas autolíticas, los trastornos depresivos mayores, las alucinaciones, los trastornos delirantes inducidos por droga y el abandono social.

[1233] AGUILAR DOMENECH explica que la mayoría de los internamientos se realizan por la vía de urgencia y que la familia y el entorno presiona al psiquiatra argumentando que como se trata de un loco, éste puede realizar en cualquier momento un acto antisocial. *op. cit.*, p. 84

RODA, desde la perspectiva judicial, describe la práctica que revela que solo los enfermos agudos son admitidos en los centros públicos y su internamiento se mantiene hasta que se compensan o equilibran los síntomas y los enfermos reanudan los tratamientos médicos que habían interrumpido. "El internamiento...", 1994, pp. 51-52.

En el estudio desarrollado por ALMENTA Y CALCEDO se afirma que únicamente el 16% de los internamientos forzosos habían sido promovidos por la autoridad judicial. En el resto, el facultativo del centro había iniciado el procedimiento de urgencia. Sin embargo, también es cierto, como refleja este mismo estudio, que a medida que la ley es más conocida y el número de plazas hospitalarias se reduce, como consecuencia de la reforma, los internamientos realizados con expediente judicial previo aumentaron. Así, si en 1986 fueron 11 los internamientos forzosos con autorización judicial en el hospital investido, en 1987 pasaron a ser 30 y en 1988 a 42. *op. cit.* , p. 365-372.

ALMENTA HERNÁNDEZ, E. Y CALCEDO ORDÓÑEZ, A. "Hospitalización voluntaria versus contra la voluntad en un Hospital General (I): aspectos conductuales, semiológicos y circunstanciales relacionados con la admisión", en *Anales de Psiquiatría*, *Vol. 5, Nº 9, 1989*, Madrid: Aran Ediciones, 1989, PP. 365-373.

identificar el internamiento del artículo 211 con el internamiento urgente[1234], alcanzando, a nuestro parecer erróneamente el estatus de argumento histórico[1235]. Ello da como resultado la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 211 en su conjunto, de los internamientos de enfermos con demencia tipo Alzheimer, porque en ellos no se da el requisito de urgencia. Queremos dejar sentado que el internamiento del artículo 211 incluye, como hemos afirmado más arriba, una modalidad urgente y una ordinaria, que proceden ante el riesgo de daño para uno mismo o para terceros y que algunos supuestos, excepcionales, admiten el internamiento urgente por razones asistenciales. Es cierto, sin embargo, que el grado de eficacia de la medida requerida para la protección de la persona en relación con el riesgo que se trata de evitar habrá de ser mayor en el supuesto de urgencia que en el internamiento ordinario, pues así lo exige la relajación inicial de los requisitos de garantía de la libertad que caracterizan el internamiento urgente. Así, mientras en el internamiento ordinario cabría admitir la privación de libertad como medida sanitaria, educativa o asistencial, supuesto el cumplimiento del resto de requisitos; en el internamiento de urgencia este tipo de medidas no serán admitidas con tanta facilidad, lo que no excluye su aplicación.

6.3. **LA CONVERSIÓN DEL INTERNAMIENTO VOLUNTARIO EN FORZOSO**

El artículo 211 no regula el internamiento forzoso sobrevenido. La redacción definitiva no acoge la propuesta del Grupo Parlamentario Comunista de proceder, con los mismos requisitos del artículo 211 para "mantener el internamiento, en contra de su voluntad, de quien anteriormente hubiera ingresado voluntariamente"[1236].

Afirma ROMEO CASABONA que un ingreso voluntario que deviene forzoso ha de ser comunicado al juez, como si fuera un internamiento involuntario urgente[1237]. El autor lo circunscribe al caso en el que se deniegue la salida. Sin embargo, consideramos más acertado el criterio de la Fiscalía General del Estado, admitido hoy de manera pacífica en la doctrina, que considera que la situación de internamiento forzoso sobrevenido

[1234] DELGADO BUENO, SANTIAGO Y RUIZ DE LA CUESTA, JOSÉ Mª. "Aspectos médico-legales...", p. 27. Afirma ALGUILAR DOMENECH que la mayoría de los internamientos psiquiátricos son urgentes AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 84. ROIG SALAS atribuye al internamiento en general un carácter excepcional y para las situaciones de urgencia, en la que no se puede superar la crisis por otros procedimientos. ROIG SALAS, "Coacción...", p. 45. En el mismo sentido, ALMENTA Y CALCEDO, *op. cit.* , p. 365-367; BLÁNQUEZ p. Y MEZQUITA, J. "Características de nuevos ingresos psiquiátricos voluntarios e involuntarios". *Anales de Psiquiatría, Vol. 3, Nº 49, 1987,* Madrid: Aran Ediciones, 1987, pp.135-138 [135].

[1235] Así ORTIZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 269.

[1236] Enmienda nº 17, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, pp. 1416/15-1416/6.
Enmienda nº 10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812.

[1237] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 731.

deberá ser comunicada al juez para que lo autorice, siguiendo los trámites del artículo 211, desde el momento en el que se produce el deterioro cognitivo[1238].

7. ELEMENTOS PROCESALES DEL INTERNAMIENTO FORZOSO

Se incorporan a este apartado, con carácter descriptivo, los elementos procesales del internamiento forzoso, contenidos en el artículo 211 del Código Civil, integrados con las normas del procedimiento de jurisdicción voluntaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, -siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional establecido en la citada sentencia de 1 de julio de 1999-, y completados con la aplicación analógica del procedimiento de incapacitación, en los casos en que exista identidad de razón.

a) Legitimados para instar el internamiento

La mayor parte de la doctrina limita el elenco de personas legitimadas para solicitar autorización para el internamiento[1239], en atención a la precaución que reclama la injerencia en la vida personal del incapaz[1240], aplicando analógicamente la identificación de legitimados para promover el procedimiento de incapacitación (cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz y, si no lo hicieren, el Ministerio Fiscal, arts. 202 y 203 del Código Civil) [1241]. Se completa la relación con las personas que según el art. 203 están obligadas a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de una posible causa de incapacitación (juez, autoridades y funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos)[1242], y con el guardador de hecho, que en virtud del artículo 229 tiene la

[1238] Según la Fiscalía General del Estado la autorización tiene carácter sobrevenido cuando *el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, sea producido con posterioridad al momento en que se produjo el internamiento.* Fiscalía General del Estado. *Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de (sic) regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*. Boletín Ministerio de Justicia 1586/1991, de 15 de enero de 1991.

[1239] Señala SANTOS MORÓN que en el internamiento no se da una verdadera incoación del procedimiento. *El supuesto...*, pp. 84-85. En el mismo sentido se pronuncia la Fiscalía General del Estado, que distingue la legitimación del Ministerio Fiscal para promover el internamiento, junto a la del tutor y la de poner en conocimiento del Juzgado el hecho que da lugar a la necesidad de internamiento. "Algunos estudios…", p. 220.

[1240] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 391; SANTOS MORÓN, *El supuesto de hecho…,* pp. 88-91; SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p.76.

[1241] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 200; ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.662; Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.556; DÍEZ-PICAZO, *Sistema..., 1998*, p. 251; RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 245. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728. Este criterio se mantiene con la actual regulación del internamiento en el art. 763 de la LEC. LETE DEL RÍO, *Derecho de la Persona. 4ª edición...*, p. 138.

[1242] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 523.

obligación de promover la tutela[1243]. Se excluye, sin embargo la legitimación de los parientes llamados a la tutela que difieren de los mencionados, aunque estén obligados a promoverla según el propio art. 229 del CC[1244].

Consideramos que el juez también puede iniciar el procedimiento de internamiento de oficio cuando los legitimados no lo hubiesen promovido, en atención a su papel protector del incapaz en la reforma de 1983. Si el juez puede adoptar de oficio la medida cautelar del internamiento (arts. 203 y 209), con más razón podrá iniciar de oficio el procedimiento para autorizarlo[1245].

Por lo que respecta al internamiento urgente, la necesidad de protección exige que pueda solicitarlo el Ministerio Fiscal[1246], así como cualquier persona que advierta la necesidad de la medida, a fin de evitar cualquier traba que dificulte su adopción[1247].

En relación con el internamiento del sometido a tutela, el tutor está legitimado para solicitar el internamiento del tutelado en virtud del art. 271.1[1248]. Estará además obligado a hacerlo cuando el internamiento sea necesario en atención al deber de vela. En otro caso, responderá por los daños causados por el tutelado si, debiendo ser internado, no lo fue (art. 1903 del CC). En estos supuestos se reduce la legitimación al tutor, porque es a éste a quien el juez ha confiado el deber de cuidado del incapaz[1249]. Se amplía, sin embargo, la legitimación al Ministerio Fiscal, posibilidad no excluida por el art. 271.1[1250], cuando aquél no lo solicite y podrá acordarlo el propio Juez de oficio, en tanto encargado de la vigilancia del ejercicio de la tutela.

[1243] RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", pp. 32-33. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728.

Añade SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, pp. 84-85, la legitimación de quien se encuentre en una situación de hecho asimilable a la del cónyuge.

[1244] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728.

[1245] ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1216; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, pp. 130-132.

[1246] MARTÍN GRANIZO Y ALBÁCAR LÓPEZ, en atención a la obligación de intervención del fiscal en todos los casos de incapacidad del Libro I del Título IX del Código Civil (arts. 206 en relación con los arts. 203, 204, 207, 213 y el mismo 211.2.), y a que dicha obligación le viene impuesta por el art. 3 y art. 4.6 de su Estatuto Orgánico, que le atribuyen la función de vigilancia de los centros o establecimientos y porque los organismos requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus facultades "deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales " ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211..."; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, pp. 129 Y 142.

[1247] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 523; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 38; RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 245; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. En relación a la regulación actual LETE DEL RÍO, *Derecho de la Persona. 4ª edición...*, p. 138. SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, pp. 84-85.

[1248] RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244; GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 32.

[1249] SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, pp. 88-91.

[1250] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 33.

b) Procedimiento por el que se tramita el internamiento

Por remisión de la Disposición Adicional de la Ley 13/1983, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 1 de julio de 1999, el internamiento contemplado en el artículo 211 sigue los trámites del procedimiento de jurisdicción voluntaria, criterio mantenido por la doctrina[1251].

En garantía del derecho a la libertad, el principio de contradicción[1252] reclama que la persona a internar pueda oponerse a la medida de internamiento[1253], en cuyo caso, por analogía con el procedimiento de incapacitación[1254] (art.207), el expediente pasa a ser contencioso[1255] y se sujeta a los trámites que corresponda según la cuantía (art. 1817 de la LEC), en este caso, al juicio de menor cuantía (art. 484.2 de la LEC). Sin embargo, parte de la doctrina considera que en aras de la agilidad del proceso, el procedimiento ha de mantenerse en la jurisdicción voluntaria[1256], o tramitarse incluso por el procedimiento de los incidentes[1257].

c) El examen del presunto incapaz

El examen judicial tiene por objeto que el juez se forme un juicio sobre la situación de la persona a internar. La mayor parte de la doctrina considera el examen el momento procesal propicio para oír al incapaz y que éste pueda formular su

[1251] RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 28; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 399. FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 350; Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 34.; GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p.228 y 263.

[1252] CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 876.

[1253] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 399.

La STC de 1 de julio de 1999 aplica el artículo 1817 de la LEC de 1881 a la posibilidad de manifestarse y oponerse a la medida de internamiento (FJ 3 *in fine*).

[1254] FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 350.

[1255] En el Proyecto de 1982 se afirmó ya en el debate celebrado en el Congreso que el procedimiento del artículo 211 tiene la consideración de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que puede convertirse en contencioso cuando alguien se opone al mismo. Se concibe, sin embargo, como procedimiento especial el internamiento de urgencia. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 238, sesión plenaria, miércoles 5 de mayo de 1982, pp. 13849.

[1256] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 209. Se basa en el antecedente previsto en la Disposición Transitoria 10 de la Ley 11/1981, que recurre explícitamente a la jurisdicción voluntaria para resolver las controversias surgidas en las relaciones matrimoniales, de carácter por tanto contencioso. También, MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación..*, pp. 145-148.

[1257] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", pp. 28-29, aun reconociendo su derogación tras la promulgación del CC de 1889.

oposición. El juez puede detectar, asimismo, en este trámite las eventuales "voluntades dirigidas por terceros"[1258].

Siendo la audiencia y la oposición requisitos exigidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Winterwerp 62-64), por la STC de 1 de julio de 1999, y por el propio artículo 24 de la CE[1259], parece ineludible la presencia del juez en el acto de audiencia[1260].

El juez competente para oír al sujeto será el juez de su domicilio (art. 63.1 de la Ley de 1881, para las demandas sobre el estado civil), aunque si se trata de un supuesto de urgencia, lo será el juez del lugar en el que radique el centro[1261].

d) El dictamen del facultativo

A pesar de que el artículo 211 señala que "el Juez, tras examinar a la persona y *oír* el dictamen de un facultativo por él designado (...)", el dictamen se emitirá habitualmente por escrito[1262].

Como dice el artículo, es el juez quien designa el facultativo, que podrá ser el forense, -lo más habitual[1263]-, u otro designado por el juez como perito[1264]. La doctrina recomienda la especialización psiquiátrica del facultativo[1265], así como que en el

[1258] SANTOS URBANEJA "El control...", p. 499 describe la angustia de las personas que van a ser objeto de internamiento, provocada por el hecho de que van a ver restringidos sus derechos.

[1259] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...* , p. 139.

[1260] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 204. RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 527, ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729.
También el Consejo General del Poder Judicial. "*Informe del Gabinete Técnico…".*
En contra COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 392, que considera que en supuestos justificados podrá servirse de otros medios para el examen COBREROS MENDAZONA.

[1261] FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, "Algunos estudios...", p. 216. ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.662 considera, sin embargo, que es competente el juez del lugar que reciba la comunicación del centro, que será el que practique las actuaciones, dado el carácter urgente de la diligencia. Éste remitirá las mismas al juez del domicilio del ingreso.

[1262] GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 35; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 204; CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 879. También la Fiscalía General del Estado, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 347.
En contra, ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 663que considera ventajosa la posibilidad de que el juez se haga acompañar del facultativo en el examen del enfermo, con el fin de tomar una decisión más rápida. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 193 someten este extremo a consideración del juez.

[1263] MATEO DÍAZ, *op. cit.*, p. 1767; Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.570; ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 193. Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 30.

[1264] El texto inicial del Proyecto de 1982 exigía el dictamen de un facultativo oficial designado por el juez, referencia que se suprimió antes de llevarse al debate en el Congreso. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, p. 1416/6.

[1265] RODA, "El internamiento...", 1994., p. 53. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 204 recomienda que el dictamen sea emitido por un médico ajeno al establecimiento en el que se vaya a

internamiento de urgencia, el dictamen sea elaborado por un médico distinto al que aceptó el ingreso[1266], a fin de garantizar la independencia del dictamen[1267].

Además, el juez puede solicitar cuantos dictámenes considere oportunos[1268] aunque sólo es preceptivo uno de ellos[1269]. En el internamiento urgente es habitual la emisión de dos dictámenes, uno emitido por el facultativo del centro en la admisión en el momento del internamiento y otro, contemplado como trámite previo a la autorización judicial[1270]. A nuestro parecer, cuando el internamiento responde a la vulnerabilidad social del sujeto incapaz, resulta conveniente que el dictamen lo emita un equipo interdisciplinar[1271], en el que participe además del médico, el trabajador social de los servicios sociales correspondientes[1272].

---

realizar el ingreso. El artículo 340 de la actual LEC 1/2000 afirma que los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Requiere por tanto titulación en psiquiatría. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.,* p. 97.

[1266] Así lo entienden, GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 527.

[1267] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. También la Fiscalía General del Estado, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 347. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 204

[1268] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 393.

[1269] Sendas enmiendas de los proyectos de 1982 y 1983 propusieron la exigencia del examen por parte de dos facultativos. Una tercera proponía incluso que este segundo dictamen fuese emitido por un facultativo designado por el propio enfermo o por el facultativo que le asistiera. Ninguna de ellas prosperó. Véanse las siguientes enmiendas:

- Enmienda nº 83 del Grupo Parlamentario Coalición Democrática del Proyecto de 1982 y nº 13 del Grupo Popular del Proyecto de 1983. Se justifica la necesidad del dictamen de dos facultativos por coherencia con el artículo 665 del Código Civil, que permite al loco otorgar testamento, durante un intervalo lúcido con el requisito previo del reconocimiento por dos facultativos. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, p. 1416/6 y Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1, p. 26/4 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812.

Consideramos que la intervención judicial en el procedimiento de internamiento, elimina el requisito de dos facultativos.

- Enmienda nº 17, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, pp. 1416/15-1416/6.
- Enmienda nº 10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812.

[1270] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 204.

[1271] Esta posibilidad fue admitida por el Consejo General del Poder Judicial en el planteamiento de la Federación Española de Asociaciones Prosubnormales en relación con el procedimiento de incapacitación. Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp. 30-31.

[1272] Práctica habitual descrita por LEGIDOS JAMILENA, A. "Internamientos involuntarios" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios. Celebrada en Madrid, el 24/06/1999*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.51-58, p. 55. Exige el dictamen expresamente para el internamiento residencial SANTOS URBANEJA, F. SANTOS URBANEJA, F. "Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas". Informes Portal Mayores, nº 24, 2004, PP.1-24, pp. 5-6.

Existen discrepancias en la doctrina sobre el carácter vinculante del dictamen. Resulta difícil pronunciarse en contra de la libre apreciación de la prueba por parte del juez, aunque parece lógico considerar que el juez está sujeto al dictamen cuando éste se pronuncia en contra del internamiento, ya que ello no perjudica a la libertad del enfermo[1273], siendo la vulnerabilidad y la dignidad de la persona a internar la que exige que la limitación de su libertad quede bajo el control judicial[1274].

En cuanto a los extremos sobre los que ha de versar el dictamen, el artículo 211 nada dice al respecto. BERCOVITZ propone el siguiente contenido, resultante de las cuestiones que, en su opinión, ha de valorar el juez: causas que justifican la necesidad u oportunidad del internamiento, diagnóstico o descripción de los síntomas de la enfermedad o deficiencia y tipo de tratamiento que se debe proporcionar[1275]. A nuestro juicio deberá determinarse la existencia de un trastorno psíquico y el grado en que afecta a la capacidad de decisión relativa al internamiento, así como la indicación de que el internamiento es necesario[1276].

e) Competencia judicial para la autorización del internamiento

Por analogía con el procedimiento de incapacitación, en el internamiento ordinario la competencia recae en el Juez de 1ª instancia[1277] del domicilio del presunto

---

http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/santos-pautas-01.pdf (última recuperación 1/09/2015).

[1273] RODA GARCÍA, "El internamiento...", p.53. DELGADO Y GONZÁLEZ DE RIVERA reproducen en este sentido el texto de algunas autorizaciones judiciales en las que se dice: "que si el psiquiatra de guardia lo estima conveniente, se proceda al ingreso del enfermo, procediendo a su alta cuando cese la necesidad de hospitalización" Los autores se posicionan a favor de que sea la autoridad médica la que determine el internamiento de una persona, *op. cit.*, pp. 14-18. Se pronuncia en contra del carácter vinculante del informe CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 879 y CHIMENO CANO, *Incapacitación...*, p. 230.

[1274] GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 98.

[1275] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 205.

[1276] SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, pp. 77 y 82.

[1277] Véase: RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 526; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 29; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 399. El Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 33.

Dada la especialización necesaria, hay autores partidarios de encomendar la competencia a los Juzgados de Familia BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 210; ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 660. Sin embargo el artículo 1.2 del Real Decreto de 3 de julio de 1981 por el que se crean los Juzgados de Familia circunscribe la competencia de éstos a las actuaciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como el de otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las leyes, lo que no aparece previsto en la Ley 13/1983. FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 345-346. Además el Defensor del Pueblo se muestra partidario de que sea un mismo Juez el que conozca de todos los casos del internamiento, con el fin de unificación de criterios en aras de la seguridad jurídica. Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.560.

Ello ya había sido recomendado por el Consejo General del Poder Judicial , que atribuía la competencia al Juez Decano, aun en los casos en los que éste estaba relevado de funciones jurisdiccionales y con más razón en los que tenía atribuida la competencia, como aneja al encargo del Registro Civil, para conocer de todas las demandas afectantes al estado civil. Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 33.

incapaz, o de su residencia si ésta fuese distinta al domicilio[1278] (arts. 62.1 y 63.17 a 20 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881).

En el internamiento de urgencia, cuando no coincida el juez del domicilio de la persona internada con el lugar donde se ha realizado el internamiento, será competente el Juez del lugar donde radique el centro (art 63, 20 y 26 de la LEC de 1881)[1279], lo que facilita la comunicación al juez en el término de las 24 horas[1280], así como la realización del examen judicial.

f) La comunicación del internamiento urgente al juez

Durante la tramitación parlamentaria se propuso que se aclarase quién debía dar cuenta del internamiento urgente al Juez[1281], y de manera más precisa, que esta obligación recayese sobre el Director del establecimiento[1282]. Las enmiendas no prosperaron. La doctrina no es pacífica con respecto a ello[1283]. Acertadamente, a

[1278] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 526; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 29. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728; COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 399.

[1279] GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 399; MATEO DÍAZ, *op. cit.*, p. 1768.

Autos del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 27 de marzo de 2006. Ponente: Marín Castán, Francisco, RJ 2006\2320; 30 mayo 2005. Ponente: Marín Castán, Francisco. RJ 2005\7039 y de 1 junio 2004. Ponente: Ruiz de la Cuesta Cascajares, Rafael. RJ 2004\4628.

STC de 2 de julio de 2012 (FJ.4)

[1280] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 526. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 30. El autor admite que, dada la premura de tiempo para hacer la comunicación, sea competente el Juzgado de guardia, que luego la remitirá al Juzgado civil competente. FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 345; ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 192; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 137. Exigen ALCÓN Y DE COUTO para facilitar el control del internamiento que tras la aprobación judicial del internamiento urgente se remitan las diligencias al juez del domicilio del ingreso. *op. cit.*, p. 193.

[1281] Enmienda 41 al proyecto de 1983. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812.

[1282] Enmiendas 17 y 10 del Grupo Parlamentario Comunista a los proyectos de 1982 y 1983. Proponían la incorporación del siguiente texto en un párrafo tercero del artículo: "cuando razones de urgencia hicieran necesario el inmediato internamiento se practicará éste bajo la responsabilidad del Director del centro que lo acoja, quien lo pondrá en conocimiento del juez inmediatamente y, en todo caso, dentro de las siguientes veinticuatro horas. Enmienda nº 17, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, pp. 1416/15-1416/6.

Enmienda nº 10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812.

[1283] RIVERO HERNÁNDEZ considera que deberá hacerlo tanto el titular del establecimiento, como la persona que promovió el internamiento, "La capacidad de obrar...", p. 245. También GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274 y GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 38.

BERCOVITZ y DELGADO Y GONZÁLEZ DE RIVERA, entienden que serán los facultativos del centro en atención a que son ellos quienes deciden el internamiento. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211..."; DELGADO Y GONZÁLEZ DE RIVERA p. 200, *op. cit.*, p. 17. También el FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 347. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 192.

nuestro juicio, consideran ROMEO CASABONA y RAMOS CHAPARRO que habrán de comunicar el ingreso quienes puedan incurrir en responsabilidad por el internamiento injustificado[1284]. De esta manera se individualiza la obligación y se evita extender la responsabilidad a un grupo amplio de personas.

Se ha propuesto que la comunicación incorpore la siguiente información[1285], a fin de proveer al Juez de suficientes elementos de juicio para autorizar su continuación: los datos identificativos del interno, las circunstancias que rodearon e hicieron pertinente la medida, así como su posible duración, el diagnóstico provisional, el tratamiento de urgencia que se le ha suministrado y que se le va a suministrar[1286]. Asimismo se habrá de justificar la urgencia sanitaria[1287]. También deberá dejarse constancia de la fecha y la hora del ingreso a fin de que se contabilice el plazo de las 24 horas para la comunicación, pasado el cual, el internamiento deviene ilícito[1288].

g) El plazo para la resolución judicial

La ausencia de término para que el juez resuelva sobre la procedencia del internamiento, ha sido calificada como una de las principales deficiencias del procedimiento del artículo 211, tanto por el perjuicio que la dilación puede suponer para la salud del enfermo[1289], como por la incertidumbre que genera la situación pendiente de resolución judicial[1290].

[1284] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 728; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 524.Consideran los autores que serán el facultativo que acordó el internamiento y el Director del Centro, ya que ellos son quienes hacen efectiva la privación de libertad. RAMOS CHAPARRO afirma que así se desprende de la especie de deber oficial que se deduce de la redacción del artículo "se dará cuenta… al Juez".
MATEO DÍAZ, sin embargo, admite que como cualquiera puede adoptar la medida de urgencia, deberá ser esta persona quien comunique al juez el internamiento. *Op. Cit*, p. 1756.

[1285] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 525. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 38. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 200. ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.662

[1286] En este sentido, es destacable la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2012 que considera esencial la revisión judicial de lo actuado por el facultativo en el internamiento de urgencia, además de como garante de la libertad y del acceso a la tutela judicial efectiva, "porque si aparecen dudas fundadas acerca de la no necesidad de la medida en aquel primer instante y, sin embargo, sí parece justificarse a posteriori con el resultado de las pruebas judiciales, deberá dilucidar el Tribunal si ello se debe a la implementación –o no– de un tratamiento inadecuado para el paciente, lo que dejando al margen otras consecuencias legales, podría ser justo motivo para no ratificarla".

[1287] ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 192.

[1288] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 525. Sugiere GARCÍA GARCÍA la elaboración de protocolos médico legales al efecto GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 101.

[1289] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 205.

[1290] Las Enmiendas 17 y 10 a los proyectos de 1982 y 1983 planteadas por el Grupo Parlamentario Comunista obligaban al juez a comenzar a practicar las pruebas para autorizar, confirmar o denegar el internamiento en un plazo de tres días desde que hubiese tenido conocimiento de las circunstancias del enfermo, en el internamiento ordinario; o desde el momento en que se produce el internamiento, en su

Por lo que respecta a los supuestos de urgencia, la doctrina de la época aplica a la ratificación del internamiento el plazo de 72 horas que se impone al juez penal para resolver sobre la libertad del detenido puesto a su disposición[1291].

h) Otros requisitos procesales previos para la autorización

La sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1999, (F.J. 3) completa los trámites previstos en el artículo 211 con los propios del procedimiento de jurisdicción voluntaria de la Ley de 1881: audiencia del Ministerio Fiscal[1292], audiencia de cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente el Juez o sea solicitada por quien promueve el acto de jurisdicción voluntaria o por quien tenga un interés legítimo, (art. 1813) y práctica de todo tipo de prueba (art. 1816).

i) La autorización del internamiento

El Tribunal Supremo prohíbe las autorizaciones genéricas. La solicitud, incluida la del tutor[1293], ha de esperar al momento en el que se dé la causa que requiera el internamiento (STS 10 de febrero de 1986[1294]).

Por lo que respecta al contenido, se ha propuesto que la autorización se pronuncie sobre el centro en el que haya de tener lugar el internamiento[1295], o cuando menos, lo que es más factible a nuestro parecer, sobre el tipo de centro adecuado al internamiento de que se trata[1296], así como sobre su emplazamiento[1297] (STC de 4 de

---

modalidad urgente. Le habilitaban además a que recabase los informes que estimase pertinentes. Enmienda nº 17, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, 30 de abril de 1982, nº 202-II, pp. 1416/15-1416/6.
Enmienda nº 10. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, II Legislatura, 26 de abril de 1983, nº 4.I.1. p. 26/4 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 1983, II Legislatura, nº 39. Sesión Plenaria. 24 de mayo de 1983.p.1812

[1291] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", pp. 527 y 528. ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.663.

[1292] En este caso por remisión de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996, aunque la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva por mandato del artículo 1815 de la LEC de 1881. Veánse GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, pp. 106-107; RODA GARCÍA, "El internamiento...", pp. 54-55.

[1293] Este es el sentido que AZNAR LÓPEZ atribuye al art. 271.1, servir de recordatorio al tutor de que no tiene plena disponibilidad sobre la libertad del tutelado, "Los derechos", 1998..., p. 19.

[1294] Véase nota 1199.

[1295] PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela. Segunda edición*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 297. Según GARCÍA GARCÍA la autorización es válida exclusivamente para el internamiento que se ha solicitado. *Op. Cit*., pp. 91-92.

[1296] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "Comentario al artículo 271 del Código Civil" en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.548-550, p.500. En los debates parlamentarios se propuso incorporar la exigencia de que el internamiento se produjese en "la institución médica más idónea posible dada su enfermedad o deficiencia". Sin embargo, tal propuesta tampoco prosperó. Voto particular del Senador Canellas i Balcells. Diario de Sesiones del Senado. Año 1983, II Legislatura, nº 28, Sesión Plenaria, 21 de septiembre de 1983, pp. 1414-1417.

[1297] ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.663.

junio de 1990)[1298]. De esta forma, la eficacia de la autorización judicial se agota en el supuesto concreto para el que ha sido dictada, por lo que será también necesaria autorización judicial para proceder al cambio de establecimiento[1299], si cambian las características esenciales de éste (tamaño, ubicación, servicios, etc.), así como para el reingreso[1300].

La autorización no tiene un periodo de validez establecido. Algunos autores proponen introducir una duración inicial del internamiento autorizado, revisable en su caso[1301]. Tampoco existe un término de caducidad para la ejecución de la autorización. Sería conveniente incorporarlo porque se evitaría así que el internamiento quedase a merced de la voluntad de quien ha solicitado la autorización[1302].

Por lo que respecta al internamiento urgente, la resolución judicial tiene por objeto decidir si la persona debe permanecer o no internada, no si el internamiento fue urgente o no, -sin perjuicio de las responsabilidades que se puedan derivar de ello-, porque lo contrario llevaría a la interpretación absurda de que la persona sería puesta en libertad por no ratificar el juez un internamiento urgente, en atención a que no tenía tal consideración, aun siendo necesario en el momento de la ratificación. Si el objeto de la ratificación es la pertinencia del internamiento, será necesario que para emitirla, el juez realice los trámites previstos para la autorización del internamiento ordinario (examen judicial de la persona a internar e informe facultativo[1303]), aunque el artículo 211 no lo diga expresamente[1304].

La autorización judicial para el internamiento, o su denegación, en su caso, es la resolución que pone fin al procedimiento de jurisdicción voluntaria y tiene forma de auto. Se ha criticado la escasa eficacia de la autorización de internamiento[1305]. Entendemos, con SANCHO GARGALLO, que el juez está legitimado constitucional y legalmente para ordenar el internamiento, autorizando la entrada en el domicilio y

[1298] La sentencia reconoce y alaba la validez de la decisión judicial que se pronuncia sobre el centro de internamiento más conveniente en atención al beneficio del incapaz, de su situación mental, de su edad, situación de salud, condiciones del centro y cuidados recibidos. STC 104/1990, de 4 de Junio (Fundamento Jurídico 3), EDJ 1990/5858.

[1299] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 271...", p.500.

[1300] GARCÍA GARCÍA, *op. cit.,* pp. 91-92. SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 203. PARRA LUCÁN, "Resoluciones…", p. 453. Las reanudaciones y reingresos tras interrupciones temporales, sin embargo, no precisan nueva autorización judicial Véase, CHIMENO CANO, *Incapacitación...*, p. 234.

[1301] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 393; RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 528; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. GARCÍA GARCÍA. *op. cit.,* pp. 91-92. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 194. ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.663.

[1302] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 393-394.

[1303] Sin perjuicio de otras pruebas que el juez pueda decretar de oficio por estimarlas pertinentes (art. 208 y 273 del Código Civil) BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 203.

[1304] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", pp. 38-39.

[1305] Así, ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210; ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 182.

oficiando a los servicios asistenciales y a la policía el traslado al centro correspondiente[1306].

El auto que pone fin al procedimiento será recurrible en apelación (art. 1819 de la Ley de 1881)[1307], ante la Audiencia Provincial[1308]. La mayoría de la doctrina considera que el recurso de apelación lo es en un solo efecto, de manera que durante la sustanciación del recurso permanecerá la situación existente al interponerlo[1309]. Ello resulta pacífico cuando la resolución de instancia deniega el internamiento. Sin embargo, cabe entender que el recurso contra la autorización que admite el internamiento lo será en uno o en dos efectos, dependiendo de que se pretenda garantizar la protección o la libertad del internado[1310], respectivamente.

Cabe también la petición de Habeas Corpus contra un internamiento autorizado judicialmente, si han cambiado las circunstancias que motivaron la autorización[1311].

j) El control del internamiento

Materializado el internamiento, por mandato del artículo 211, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4 del Código Civil para el tutor, el juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses[1312], en forma igual a la prevista para la autorización del internamiento[1313]. La investigación del juez desembocará en un pronunciamiento judicial sobre la continuación o el cese del internamiento.

[1306] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela…*, p. 145.

[1307] Contra el auto de la audiencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (Art. 403 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Cabe también el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (LOTC 44), aun en las relaciones entre particulares, cuando se aprecie que los órganos judiciales han incumplido su deber de protección del derecho fundamental (ATC nº 382/1996, de 18 de diciembre de 1996 , EDJ 1996/52991; y ATC nº 333/1997, de 13 de octubre de 1997, EDJ 1997/57537). COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 401; LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 61.

[1308] AVELLO FUERTES, *op. cit.*, p. 40; GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274.

[1309] FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 350. AVELLO FUERTES, *op. cit.*, p. 40; GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274. CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 881

[1310] MARTÍN GRANIZO se muestra partidario de esta posibilidad como principio general, *La incapacitación...*, p. 149.

[1311] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 401.

[1312] FERNÁNDEZ LÓPEZ, considera insuficiente el plazo de 6 meses para el internamiento motivado por brotes agudos. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales" en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, pp. 103-123 [123].

[1313] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 207; BERCOVITZ; ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.663.

Se ha dudado de la necesidad de examen judicial para la revisión[1314], que en su caso sería realizado por el juez del lugar donde radique el centro de internamiento, a fin de facilitar el examen personal del internado[1315]. El artículo 211 así lo exige. A nuestro parecer, el examen judicial pudiera ser sustituido por la información que le emita el centro con inclusión del dictamen del facultativo[1316], porque la finalidad del control es evitar que internamientos legales se conviertan en ilegales por la recuperación de la capacidad de la persona de decidir acerca de su ingreso[1317]. Deberá garantizarse, en cualquier caso, el recurso al juez para que el interno pueda solicitar su libertad (Winterwerp 39 y Luberti 31).

Por lo que respecta al dictamen facultativo, creemos que bastará el emitido por el médico del centro en el que la persona se encuentre internada, salvo que las circunstancias del caso requieran que se sustituya o complete con otros dictámenes[1318].

k) La salida del centro

El cese del internamiento puede tener lugar por decisión judicial, a la vista del informe anual que el juez recibe de los tutores[1319] o del resultado del control del internamiento establecido por el artículo 211[1320]. Se ha cuestionado la posibilidad de la salida del interno por el simple alta médica. Parte de la doctrina exige autorización judicial para ello[1321]. Otro sector lo considera innecesario[1322], pues si el médico que

[1314] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 34. Considera que ni siquiera es necesario el examen judicial, lo que llevaría a los tribunales al colapso. El informe propone que se realicen visitas periódicas generales por el Juez del lugar donde radica el centro de internamiento, similares a las que realizan los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.

[1315] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 30. Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.583-584. También el Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 33.

Auto del Tribunal Supremo de 19 octubre 2005, en atención a la tutela judicial efectiva. RJ 2006\2096. Ponente: Roca Trías, Encarnación. Autos del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 y de 11 de diciembre de 2008, en atención a la tutela judicial efectiva exigida por la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, de 2006. RJ 2009\553 y 2009\288. Ponentes: García Varela, Román y Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

[1316] Así GÓMEZ PAPI para las revisiones de carácter potestativo. Para las semestrales obligatorias considera necesario seguir los trámites establecidos en el art. 211. GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 274.

[1317] FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, II, p. 342.

[1318] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp. 34-35.

[1319] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 263.

[1320] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 42. RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 245.

[1321] En contra se pronuncian quienes atienden a la dicción literal, como LETE DEL RÍO, J. M. *Derecho de la Persona. 2ª edición*. Madrid: Tecnos, 1991, PP.106-109, p. 109 y el mismo autor en "Comentario al artículo 211"…, p.204. ; *Derecho de la persona..., 1996*, p.118, Sin embargo, reconoce el autor en su obra posterior a la aprobación de la LEC 1/2000, el alta del enfermo concedida por los facultativos era la práctica común LETE DEL RÍO, *Derecho de la Persona. 4ª edición...*, p. 139.

También consideran que el alta es de competencia judicial quienes ven en el artículo 211 una finalidad protectora de la salud del enfermo. Así, ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 195-196. ALBÁCAR LÓPEZ Y

atiende al interno concede el alta, la libertad del enfermo está garantizada. Cuestión distinta es que no quede garantizada su protección o la de la comunidad, que a nuestro juicio, no es la finalidad de la autorización judicial de este artículo[1323]. En cualquier caso, se debe comunicar el alta al juez, a fin de que éste tenga conocimiento de ello a efectos de la revisión semestral[1324].

8. ÁMBITO SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 211

El artículo 211 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 13/1983, designa al "presunto incapaz" como elemento subjetivo destinatario del internamiento forzoso. Ello da lugar a divergencias interpretativas importantes relativas a quiénes son los sujetos susceptibles de internamiento, pues una aplicación restrictiva de la expresión reduce de manera sustancial las posibilidades del precepto[1325]. La vinculación de la expresión con la capacidad de obrar deja fuera del artículo 211, como se verá, el internamiento episódico de los enfermos psiquiátricos, supuesto excepcional en la lógica del precepto, pero central, como se ha visto, en la realidad psiquiátrica. Por otra parte, la condición de "presunto" plantea problemas que son salvados por la interpretación lógica que reclama el Derecho, en relación con la aplicación del procedimiento previsto por el artículo al internamiento de las personas ya incapacitadas. A pesar de que la referencia a la presunta incapacidad se elimina definitivamente del art. 211 con ocasión de la L.O. 1/1996, hemos considerado necesario clarificar las posiciones y las soluciones aportadas por la doctrina, con el fin de dar un paso más en la configuración histórica del internamiento forzoso, que

MARTÍN GRANIZO califican la posición de los psiquiatras de ilegalidad sancionable, encuadrable incluso en el tipo del delito de desobediencia. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1219; *La incapacitación...*, p. 135. También la Fiscalía General del Estado que estima que la decisión de poner fin al internamiento corresponderá al juez y la tomará cuando estime conveniente Fiscalía General del Estado, *Circular núm. 2/1984*, p. 350, IV, b. Lo había puesto en duda anteriormente Fiscalía General del Estado, "Algunos estudios...", p. 226

[1322] ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.664. RODA, "El internamiento...", 1994., p. 54. Así lo entienden también COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 397; DELGADO Y GONZÁLEZ DE RIVERA, *op. cit.*, p. 17. Señalan estos últimos que una vez se comunica el alta al juez, se procede al archivo del expediente de internamiento. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 208, considera que si nadie se opone a la salida, cabría acudir a un procedimiento de urgencia: salida inmediata y comunicación al Juez, que en el plazo de 24 horas habrá de decidirlo. Señala, además, LEGIDOS que el criterio médico para el alta del enfermo en muchas ocasiones está determinado por la escasez de camas, aspecto que no sería manejable por el juez y podría dar lugar a una discriminación positiva a favor de los internos tutelados judicialmente. *op. cit.* , p. 57-58.

[1323] Afirma ROMEO CASABONA que el Juez podrá revisar la salida si alguien legitimado se opone a ello, para autorizar, en su caso, de nuevo un internamiento. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 731.

[1324] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 42. Señala el autor que este hecho habrá de ser traslado al Ministerio Fiscal por si procede instar una modificación de la incapacitación. También FERNÁNDEZ LÓPEZ para los supuestos del alta de brotes agudos, "Los derechos...", p. 123 .En contra, LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 211"…, p.204

[1325] GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 273.

complete la concepción de la capacidad legal en la época a la que nos referimos y permita analizar la cabida en su regulación del internamiento residencial de personas con demencias tipo Alzheimer en esta etapa.

8.1. **LA CONSIDERACIÓN LEGAL DEL PRESUNTO INCAPAZ**

Es lugar común la escasa precisión técnica de la referencia al presunto incapaz en el artículo 211. La interpretación literal más rigurosa de la expresión ha de ser rechazada. No se puede atribuir a una persona o grupo de personas una presunción de incapacidad[1326], que vulnera *ab initio* el principio de capacidad[1327], sin perjuicio de que el resultado de la interpretación del artículo pueda dar lugar a tal consecuencia. Tampoco cabe atribuir a la expresión el sentido técnico de carácter procesal con el que se identifica a los sujetos respecto de los cuales se ha abierto un procedimiento de incapacitación (arts. 216 del Código en su redacción originaria[1328] y 207, 208, 209 en su redacción dada por la Ley 13/1983 y vigentes hasta 2000[1329] del mismo, después de la reforma de 1983) dado que, como se ha visto más arriba, el procedimiento de internamiento previsto en el art. 211 carece de naturaleza cautelar respecto del declarativo de la incapacidad y está "pensado casi única y exclusivamente para el caso en el que no haya existido demanda de incapacitación"[1330].

Las interpretaciones de la expresión "presunto incapaz" admitidas por la doctrina, independientemente del mayor o menor rigor que exijan a la presunción, se mueven en el terreno de los hechos. Suponen el reconocimiento legal de una situación fáctica[1331], la de presunta incapacidad, que no es ajena al Código Civil (así, los arts. 303

[1326] Véase nota 230.
[1327] PEDRAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p. 112.
[1328] Art. 216: Antes de declarar la incapacidad, los Tribunales oirán al consejo de familia y examinarán por sí mismos al denunciado como incapaz.
[1329] Artículos derogados por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil:
Artículo 207: *Si el Ministerio Fiscal hubiere promovido el procedimiento, el Juez designará un defensor al presunto incapaz a no ser que ya estuviere nombrado. En los demás casos será defensor el Ministerio Público.*
El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.
Artículo 208: *El Juez oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, oirá el dictamen de un facultativo y, sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de parte, podrá decretar, de oficio, cuantas estime pertinentes.*
Artículo 209: *El Juez en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio*.
[1330] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 227.
[1331] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 507.

y 304[1332]) que puede dar lugar al inicio de un procedimiento de incapacitación (arts. 202 y 203[1333]).

Un sector doctrinal sostiene una interpretación "técnica" o estricta de la apariencia de incapacidad[1334], posición mantenida expresamente por la Fiscalía General del Estado[1335]. Así, para RAMOS CHAPARRO la expresión "presunto incapaz" exige una presunción *iuris tantum* construida a partir de una situación fáctica que permita al Juez considerar a la persona como susceptible de incapacitación, para lo que deberá hacer una "aplicación digamos apriorística provisional del artículo 200". El presunto incapaz es "aquella persona en quien aparentemente concurren las causas del art. 200, sin que haya recaído la sentencia a la que se refiere el artículo 199"[1336]. En el mismo sentido, ROMEO CASABONA concibe al presunto incapaz como "aquella persona que presumiblemente se halle en una causa de incapacitación pero que todavía no ha sido

[1332] Art. 303 (redacción anterior a la dada por Ley 26/2015, de 28 de julio: *Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas".*

[1333] Artículos derogados por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 202*: Corresponde promover la declaración al cónyuge o descendientes y, en defecto de éstos, a los ascendientes o hermanos del presunto incapaz*.

Art. 203: *El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal*.

Los arts. 214, 215 y 216 de la redacción original del CC ya se referían al presunto incapaz en la determinación de los legitimados para instar la incapacitación.

[1334] DOLZ LAGO, M.J."El internamiento psiquiátrico civil en España: Aspectos legales", *Justicia. Revista de Derecho* Procesal, nº 4, 1992, PP.881-909 [892]. El autor se atiene al sentido literal de la expresión presunto incapaz, por lo que excluye a quienes no están en tal situación, en los términos del artículo 200. Advierte que aunque las propias diligencias del procedimiento de internamiento van encaminadas a determinar si la persona es una presunta incapaz a la que es recomendable internar, es preferible mantener la expresión porque así se evita un uso abusivo del procedimiento y se restringe el concepto a las personas sobre las que se tiene algún dato relativo a su presunta incapacidad. LACABA SÁNCHEZ, "Internamiento de incapaces...", p. 1012. En el mismo sentido, O´CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, p. 228. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 727. RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 486 y 507; SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 140.

[1335] La Fiscalía adopta una postura literal y finalista en relación con el significado del internamiento. Afirma que "internar equivale a instalar o recluir un enfermo en una clínica, hospital, sanatorio u otro centro ad hoc: y a su vez, recluir significa ingresar a alguien en un sitio en donde esté privado de libertad de movimientos". Señala que todo internamiento forzoso supone reclusión, en cuanto limita el derecho constitucional a la libertad. Sin embargo, como consecuencia de la interpretación gramatical de la figura del "presunto incapaz", no lleva la tesis finalista a sus últimas consecuencias y circunscribe los sujetos de internamiento del artículo 211 a los presuntos incapaces y excluye a los ya incapacitados. FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Consulta número 2/1993...*, puntos 2 y 3.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO *Circular núm. 2/1984*, 343-344. en su Circular 2/1984, en la Memoria de 1985, en la Instrucción 3/1990 y en la respuesta a la Consulta 2/1993.

[1336] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 486 y 507.

declarado como tal en sentencia por el Juez"[1337]. La consecuencia inmediata de esta línea interpretativa es la eliminación del ámbito de aplicación del art. 211 del internamiento terapéutico necesario para tratar las dolencias que carecen de la nota de persistencia de la incapacidad de autogobierno. La interpretación estricta de los términos deja fuera también a las personas ya incapacitadas[1338], porque en ellas no se da la condición de presuntas[1339], lo que sin embargo no es mantenido como norma en el sector doctrinal al que nos referimos.

La doctrina mayoritaria encabezada por BERCOVITZ Y LETE DEL RÍO[1340] prescinde de la interpretación literal de la expresión y adopta una postura contraria, teleológica o finalista, según la cual el propósito de la ley es la máxima garantía de los derechos de la persona objeto de internamiento, a través de la intervención judicial. En consecuencia, extiende la aplicación del artículo 211 a todas las personas que vayan a ser internadas o que ya lo han sido.

Especial consideración dentro de la doctrina finalista merece la tesis de GARCÍA RIPOLL. Según el autor, en tanto la propia previsión del internamiento supone el deber de limitar la libertad del sujeto en aras de la protección de la persona, es posible esta limitación aun en los supuestos en los que el Código Civil no lo prevea expresamente[1341], y en consecuencia, a pesar de que el sujeto a internar no cumpla el requisito de presunta incapacidad prevista en el artículo 211. Se trata éste de un supuesto de necesidad ya que la no adopción de la medida puede producir un daño a la integridad física o psíquica del sujeto, e incluso dar lugar a una infracción penal por omisión del deber de socorro[1342].

Otro sector doctrinal, al que nos unimos, desde una interpretación realista del internamiento -que no necesariamente de la incapacitación-, considera que es la condición de enfermo mental la que tiene cabida directa en el ámbito de aplicación del artículo 211. La presunta incapacidad es una situación fáctica y no de derecho. La

[1337] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 727.

[1338] Expresamente la Fiscalía General del Estado, *Consulta número 2/1993...*, Punto III. 2.

[1339] CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 877. La autora remite al tutor en este supuesto a la promoción de un procedimiento de adquisición o recuperación de la capacidad.

[1340] LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona...*, p.108; BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", pp.196-199; "Comentario al artículo 271...", p. 550; DURO VENTURA. "El internamiento de los presuntos incapaces. Introducción. Cuestiones…", pp. 19-23; ROCA GUILLAMÓN*, op. cit.*, p. 660; GETE-ALONSO *La nueva normativa…,* pp. 225, 250 y 262; AZNAR LÓPEZ, "Los derechos", 1998..., p. 19; GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 111. También el Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp. 32-33, que exige obviar el carácter no persistente de la causa del internamiento en aras de garantizar el derecho a la libertad de manera previa y plena.

[1341] Afirma el autor que "el internamiento de un enfermo mental es una medida que podría y debería adoptarse aún *(sic)* cuando no lo regulara expresamente el Código Civil, o cualquier otra norma". GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 100.

[1342] GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, pp. 97 y 110. El autor considera que se trata de supuestos en los que se pretende conseguir una protección del sujeto, no un ataque al mismo.

exigencia de una incapacidad de autogobierno al enfermo mental puede atisbarse en mayor grado en algunos autores que en otros, pero en cualquier caso, la interpretación de la expresión lo es en un sentido coloquial. El término *presunto* es sinónimo de *hipotético o supuesto* incapaz[1343], concepto este último que también ha de interpretarse en su significado vulgar, y que se refiere al sujeto en el que se dan las circunstancias o indicios que llevan a pensar que es posible que sea declarado incapaz[1344]. Afirma, en este sentido, RAMOS CHAPARRO que a efectos del art. 211 se suavizan los requisitos del artículo 200, exigiéndose únicamente que los síntomas sean notorios[1345].

En la concreción del significado de la expresión, se subraya en algunos casos el elemento cognitivo y en otros la capacidad de convivencia, en cualquier caso, al margen del concepto técnico de capacidad de autogobierno. Se ha considerado que es sujeto del art. 211 el afectado por la enfermedad o deficiencia de cualquier género[1346], por la simple anormalidad mental[1347], o el demente del Real Decreto de 19 de mayo de 1885[1348]. Otras definiciones apuntan a la persona que no puede hacer una vida normal, por razón de sus taras o deficiencias físicas o mentales[1349]; a quien tiene una incapacidad para regir su persona, administrar sus bienes y cumplir las restantes incumbencias de una mínima vida de relación[1350]; o a aquélla cuyo estado psíquico no le permite la vida en el exterior[1351]; incluso directamente a quien necesita ser internado[1352]. Avala esta interpretación "coloquial" el Tribunal Constitucional, que identifica como sujeto del art. 211 al que está en una situación real de perturbación

[1343] Primera acepción del término en el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española. Expresa GARCÍA-RIPOLL que este sentido tiene como origen la vulgarización de los términos empleados en Derecho Penal "presunto culpable" (arts. 309, 366, 371), "presunto reo" (arts. 495, 512, 516), de la entonces vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 105.

[1344] GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 105. En este sentido, MARTÍN GRANIZO Y ALBÁCAR consideran presunto incapaz "a quien se tiene por tal sin que esté probado que lo sea". "Comentario al artículo 211...", p. 1210.

[1345] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 509.

[1346] RODA, "El internamiento...", 1994, pp. 49-50.

[1347] GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 112.

[1348] AGUILAR DOMENECH, *op. cit.*, p. 83.

[1349] ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 118.

[1350] LACRUZ, 1992, p.130; LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010…*, p. 153.

[1351] SERRANO ALONSO*, Derecho de la persona...*, p. 115,

[1352] Llama la atención el planteamiento de GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO que en lugar de interpretar el significado del presunto incapaz, delimita el ámbito de aplicación del art. 211 al afirmar que es la persona respecto de la cual "se aprecia una enfermedad constante y continuada que en un determinado momento requiere el internamiento como medio de tratamiento, o de evitar la peligrosidad social del mismo". "Algunos problemas...", p. 31 El autor aplica en consecuencia el art. 211 tanto a los presuntos incapaces como a los incapacitados.

mental que permanece y que le impide una vida libre en sociedad (STC de 4 de junio de 1990 (FJ 3 *in fine*)[1353].

A nuestro parecer, la independencia del internamiento respecto de la incapacitación[1354], el curso lógico planteado por el legislador en la incapacitación (internamiento y después, si cabe, incapacitación) y sobre todo, la concepción histórica del internamiento forzoso tanto en 1885 como en 1931, -internamiento de dementes contra o sin su voluntad de internar[1355]-, reclaman una interpretación de la expresión "presunto incapaz" centrada en la enfermedad mental del sujeto, sea de carácter persistente, temporal o episódico; de origen físico o psíquico, que afecte a la falta de discernimiento de la persona[1356]. Esta interpretación da cabida fundamentalmente a las enfermedades psiquiátricas en sentido estricto, pero también a las demencias de tipo senil, expresamente admitidas por la doctrina[1357] y, en especial, por la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción de la 3/1990, de 7 de mayo, sobre el Régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad. La instrucción, que se dicta al objeto de aplicar el art. 211 a los ingresos residenciales de naturaleza asistencial, entiende por presunta incapacidad la "enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico que impidan prestar el consentimiento"[1358].

8.2. **LA PRESUNTA INCAPACIDAD Y LA CAPACIDAD NATURAL**

La presunta incapacidad entendida en términos fácticos y realistas, abre la posibilidad de que sea relevante la capacidad natural del sujeto en relación con la decisión de internamiento. Con ello se reduciría la presunción de incapacidad al ámbito estricto del acto de internamiento, de manera similar a lo que ocurre en el matrimonio, en el testamento, en el reconocimiento de hijos, en relación con el honor, la intimidad y la propia imagen, y en algunos actos médicos[1359]. Se resolvería así el

[1353] STC, Sala 2ª, núm. 104/1990, de 4 de Junio de 1990. EDJ 1990/5858. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel.

[1354] Afirma GÓMEZ PAPI que el precepto con la expresión "presunto incapaz" confunde las causas de incapacitación y las de internamiento. *op. cit.*, p.273.

[1355] SERRANO ALONSO, *Derecho de la persona...*, p. 115; GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 114.

[1356] Por todos MARTÍNEZ DÍE, "Los discapaces...", p.187.

[1357] RODA GARCÍA, "El internamiento...", p.49. Según ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍNEZ GRANIZO "Comentario al artículo 211...", p. 1217; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación..*, pp. 132-133.

[1358] Esta concepción de la presunta incapacidad se afirma ya en la Circular 2/1984 y se mantiene también en la Consulta número 2/1993, de 15 de octubre de la Fiscalía, aplicada en este caso al internamiento en una residencia de servicios sociales para personas con discapacidad intelectual. *Circular núm. 2/1984*, p. 343 y *Consulta número 2/1993...*, Punto III.

[1359] Véase apartado 2 de este capítulo.

problema del internamiento voluntario, atendiendo a la capacidad natural de quien quiere internar[1360], independientemente de su capacidad de obrar.

Sin embargo, no creemos que en esta época pueda atribuírsele a la "presunta incapacidad" contenida en el artículo 211 el significado "de capacidad natural para prestar el consentimiento con respecto al internamiento". La expresión se mantiene a nuestro juicio en el ámbito de la capacidad de obrar[1361]. No podemos obviar el hecho de que la expresión "presunto incapaz" se incluye en los mismos términos en los dos proyectos de ley presentados por sus promotores y que el segundo recibe la aprobación de ambas Cámaras. La expresión resulta coherente además con el *íter* presente en la mente del legislador: internamiento seguido de incapacitación.

La expresión presunto incapaz aparece ya en la regulación del internamiento propuesta por el Anteproyecto del SEREM (art. 207)[1362]. Teniendo este documento como finalidad expresa resolver los problemas derivados de la guarda de las personas con discapacidad intelectual[1363], no es extraño que se prevea el internamiento para las situaciones más graves, en las que procede también la incapacitación[1364], adquiriendo así todo su sentido la "presunta incapacidad". Se amplía con ello, y con la mención expresa a los establecimientos de educación y formación especial del art. 271.1, la garantía judicial del artículo 211[1365] a la protección de la discapacidad intelectual[1366],

[1360] RIVERO HERÁNDEZ lo limita a los supuestos en que así se desprende de la sentencia de incapacitación por establecerlo ésta expresamente o por tratarse de una incapacitación parcial que no afecta al ámbito personal. Véase: RIVERO HERÁNDEZ, F. "Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios celebrada en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.207-230, p. 210.

[1361] ALBADALEJO, *Derecho Civil I…,* 1989, p. 276, establece como criterio para determinar la capacidad necesaria para realizar un acto jurídico sobre el que la ley no se pronuncia, su inclusión o no en el ámbito de actuación del tutor, siendo en el primer caso la capacidad de obrar (el autor la denomina legal) y en el segundo la capacidad natural el criterio rector.

[1362] Art. 207 del Anteproyecto del SEREM: En ningún caso procederá la reclusión o privación de libertad de un presunto incapaz sin acuerdo judicial.

Cuando por razones de urgencia hubiese sido necesario practicarla se comunicará el hecho en un plazo de cuarenta y ocho horas a la autoridad judicial, quien, tras examinar a la persona y oír el dictamen facultativo, adoptará inmediatamente la decisión que convenga y, en su caso, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie el juicio de incapacitación".

[1363] Dice DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 980: "Es notorio que la preocupación de esos años (estoy hablando de los años setenta) era la situación de los deficientes mentales, subnormales, disminuidos psíquicos, o personas con cocientes intelectuales por debajo de lo que es el umbral de la normalidad".

[1364] En el Anteproyecto del SEREM la promoción de la incapacitación constituye un deber expresamente establecido para el cónyuge, los descendientes y ascendientes del presunto incapaz, así como para el Ministerio Fiscal cuando no existan las personas mencionadas o cuando éstas, por cualquier causa, no hubieren solicitado la incapacitación (art. 201). Todas ellas, según el mencionado artículo, "deben pedir" la declaración de incapacidad.

[1365] Al margen de las dudas que surgieron en la época en relación con la necesidad de autorización judicial para el internamiento del sometido a patria potestad. Puede consultarse a este respecto LETE

que constituye el centro de las políticas de atención a la discapacidad en esta época (véase apartado 3.2 del Capítulo II).

Por lo que respecta a nuestro objeto de estudio, con la inclusión de la expresión del "presunto incapaz" se da cabida en el artículo 211 principalmente a las personas consideradas tradicionalmente como dementes en sentido psiquiátrico estricto, pero también a las personas con discapacidad intelectual y a las que tienen trastornos neurocognitivos, que quedaban fuera de la concepción psiquiátrica del internamiento de 1931, y que sin la inclusión de la expresión a la que nos referimos, habrían podido quedar fuera del art. 211, en pleno auge de la reforma psiquiátrica. De hecho, la expresión "presunto incapaz" ha sido utilizada posteriormente para justificar la inclusión de las personas mayores con demencia en el artículo regulador del internamiento psiquiátrico[1367].

8.3. **LOS ENFERMOS MENTALES NO SUSCEPTIBLES DE INCAPACITACIÓN**

Tanto el significado coloquial de los términos presunto incapaz, como la interpretación finalista del artículo, dan perfecta cabida en la regulación del artículo 211 a los internamientos breves o temporales de personas no susceptibles de incapacitación[1368]. Por el contrario, como afirma ROMEO CASABONA, siguiendo la tesis restrictiva, "un enfermo o deficiente mental que pueda gobernarse por sí mismo, a pesar de su situación no puede ser internado contra su voluntad, incluso aunque se solicite la autorización judicial, pues no entra dentro del ámbito de competencias de dicha autoridad"[1369]. Desde el punto de vista de la protección del enfermo, parece claro que en el internamiento no hay razón para excluir el carácter puntual, episódico

DEL RÍO, J. M. *Derecho de la Persona. 3ª edición.* Madrid: Tecnos, 1996, pp. 116-117. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210 y 1217; *La incapacitación...*, pp. 118 y 132-133. GIL RODRÍGUEZ, J. "Comentario al artículo 271 del Código Civil" en *Comentario del Código Civil. Tomo I.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 798-803, p. 800; BECOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 189.

[1366] Recordemos que aunque históricamente el retraso intelectual estaba contemplado para la declaración de incapacidad en el concepto de demencia, a efectos de la regulación del internamiento se realizaba al margen de la intervención judicial por la vía gubernativa (apartado 2.2.1 del Capítulo I de esta Segunda Parte).

[1367] AZNAR LÓPEZ, "Los derechos", 1998..., p. 21; JIMÉNEZ SORIA, J. "Ingresos en centros geriátricos", en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.215-224, pp. 219-220; O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 345. SANTOS URBANEJA, "Pautas...", p. 3, mantiene incluso el recurso a este concepto, una vez derogado el art. 211 y sustituida la expresión en la nueva regulación del internamiento.

[1368] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 211"…, p.202. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.199; ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 661; ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 189; DURO VENTURA, *op. cit.*, p. 22; RODA, "El internamiento...", 1994, p. 50; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p.143; JIMÉNEZ SORIA, *op. cit.*, p. 220.

[1369] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 727.

o transitorio de la enfermedad, por tener la persona capacidad de autogobierno general[1370]. Pero además, la exclusión del artículo 211 tiene como consecuencia la difícil admisión del internamiento urgente, que, como se ha dicho, es el internamiento psiquiátrico más habitual, y que por mandato de los artículos 17.1 de la CE y 5.1 del Convenio Europeo no puede quedar excluido de los principios de legalidad y de control judicial[1371].

Analizamos en este apartado las soluciones propuestas para superar la inaplicabilidad del procedimiento previsto en el art. 211, a fin de valorar la admisibilidad de alguna de ellas para el internamiento de urgencia, que pudiera llevar a replantearnos nuestra postura en relación con el significado que haya de darse a la expresión presunto incapaz:

a) La aplicación del procedimiento de internamiento urgente del art. 211 al enfermo no incapacitable, considerando que la salvedad establecida en su redacción para esta modalidad[1372] "salvo que razones de urgencia…", alcanza también a la consideración del sujeto de internamiento. En consecuencia, el sujeto del internamiento urgente no necesitará ser un presunto incapaz porque está contemplado en la excepción. En nuestra opinión, la interpretación gramatical del precepto determina que el sujeto del internamiento urgente lo es también el presunto incapaz del comienzo de la norma.

b) La atribución de naturaleza cautelar al internamiento urgente. El juez, en virtud del art. 209, tiene el deber de instar de oficio la hospitalización de un enfermo que necesite atención psiquiátrica urgente[1373]. Dudamos de las posibilidades materiales de un internamiento urgente determinado judicialmente con carácter cautelar, aun posponiendo el reconocimiento médico en su caso. Consideramos además contradictorio admitir el internamiento urgente por la vía cautelar, que habrá de serlo en un proceso de incapacitación, de una persona que no entra dentro del ámbito de

[1370] Las enfermedades psiquiátricas episódicas o generadoras de crisis en el internamiento se suelen caracterizar por su brevedad, en cuanto su duración se limita al tiempo necesario para controlar el episodio con el suministro o ajuste adecuado de la medicación al sujeto internado. LÓPEZ MORA, N. "Ámbito legal del ingreso involuntario", *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios celebrada en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.45-50 [45-46]. Afirma AGUILAR DOMENECH, *op. cit.,* p. 84, que con el tratamiento médico adecuado se puede fácilmente convertir un internamiento involuntario en uno voluntario en un plazo de tiempo breve. Ello supone a nuestro juicio excluir la incapacidad de autogobierno de la persona objeto de este internamiento.

[1371] Defensor del Pueblo, *Situación jurídica...*, p.579-581.

[1372] PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"..., p. 102. Aun siendo partidario de la tesis finalista, considera que el artículo 211 definió las causas de internamiento por referencia a la posibilidad de estar incurso en causa de incapacitación del artículo 200, salvo en el caso de urgencia psiquiátrica

[1373] LACABA SÁNCHEZ, "Internamiento de incapaces...", p. 1017.

aplicación del artículo 200, -y de la que en consecuencia no se puede afirmar la existencia de buen derecho-, al exclusivo fin de su internamiento.

c) El Consejo General del Poder Judicial recurre a una presunción de la persistencia de la deficiencia o enfermedad que motiva el internamiento, así como a la presunción de persistencia del propio internamiento, para exigir autorización judicial para el internamiento de personas que tengan una patología de carácter no persistente. Considera que la persistencia real de ambos sólo podrá venir manifestada por la duración efectiva del internamiento[1374]. Esta solución supone considerar que toda persona necesitada de internamiento cumple lo establecido en el artículo 200 del Código Civil, por el carácter persistente de su enfermedad, ignorando que aunque así fuese, la presunta incapacidad requiere también de persistencia predicada con respecto a la capacidad de autogobierno. Además este argumento supone llevar la presunción de incapacidad derivada del internamiento a unos límites extremos e irreales, ya que el estado actual de la psiquiatría permite pronosticar en términos generales la evolución de la enfermedad a partir de las clasificaciones diagnósticas validadas científicamente.

d) ROMEO CASABONA resuelve el problema del internamiento urgente de las enfermedades de carácter cíclico aplicando el criterio de persistencia de la incapacidad de autogobierno de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986[1375]. El enfermo afectado por este tipo de enfermedad es un presunto incapaz porque la persistencia de la enfermedad debe vincularse con el impedimento de autogobierno. Efectivamente, la persistencia en las enfermedades cíclicas no queda desvirtuada por la ausencia de continuidad de los síntomas[1376]. Sin embargo, deja sin resolver el problema en relación con otros internamientos temporales de enfermedades transitorias, que no dan lugar a la incapacitación[1377]. ROMEO CASABONA afirma que el

[1374] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 32. Sin embargo, como se verá, el Consejo General del Poder Judicial apoya posteriormente el argumento favorable a la inclusión del supuesto sobre la base de la tesis finalista.

[1375] La condición jurídica de la persistencia de la deficiencia o enfermedad del artículo 200 equivale a su permanencia firme y constante, o lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia en su consecuencia de su mayor o menor intensidad periódica, lo que tiene efectos exclusivamente sobre la graduación de la incapacitación. STS Sala 1ª, 10 de febrero de 1986, núm. 72/1986. EDJ 1986/1121. Ponente: Fernández Rodríguez, Antonio. (FJ 2 y 4).

[1376] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", pp. 727-728; PEDRAZ GÓMEZ, *op. cit.*, p.114.

[1377] DE PEDRO MIMBRERO, J.L. "Reforma del Código Civil en materia de tutela (Ley 13/1982 de 24 de octubre)" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas*. Valladolid: Junta De Castilla y León. Gerencia de Servicios Sociales, 1998, PP. 53-68 [58]. Afirma PÉREZ ALGAR, "La incapacitación"..., p. 102, a propósito de las depresiones endógenas con ideas de suicidio, que "no estamos ante un presunto incapaz; sino ante una enfermedad normalmente transitoria que habrá que curar" a través del internamiento transitorio. Igualmente, ROCA GUILLAMÓN, respecto de la toxicomanía y alcoholismo. *op. cit.*, p. 661.

Pueden verse las enfermedades a las que se aplica el internamiento urgente en el apartado 6.2 de este capítulo.

internamiento tiene que estar motivado por la falta de autogobierno mientras ésta persista[1378]. Podría entenderse que se hace referencia a la incapacidad natural de autogobierno en el preciso momento y para el internamiento (lo que nosotros denominamos capacidad natural), pero no parece que el autor se pronuncie en este sentido.

e) El recurso, a nuestro juicio más aceptable, es la aplicación analógica del art. 211 para el internamiento de urgencia de personas que no pueden ser consideradas presuntas incapaces[1379]. Sin embargo, dada la consideración jurídicamente excepcional de la urgencia en el precepto, tal posibilidad resulta cuestionable (art. 4.2. del CC: las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas).

8.4. **LAS PERSONAS INCAPACITADAS SOMETIDAS A TUTELA**

El tutor necesita autorización judicial para internar al tutelado. Así lo dice expresamente el artículo 271.1 del Código Civil y así se deduce del artículo 267 en términos generales, descartado el art. 211 como disposición normativa que habilite al tutelado con capacidad natural para ingresar de manera voluntaria.

La interpretación restrictiva del concepto "presunto incapaz" excluye del ámbito de aplicación del artículo 211 a las personas previamente incapacitadas, en cuanto no se da en ellas la condición de presuntas. Así, según esta concepción, si el internamiento se promueve una vez declarada la incapacidad, pasaría a estar regulado por los artículos 269.4, 271.1 y 273 del Código Civil[1380], artículos previstos expresamente para ello[1381], y el artículo 211 sería aplicable únicamente por analogía[1382], o exclusivamente en su párrafo 3º por la propia dicción del artículo (remisión al art. 269.4º y, por tanto, admisión del internamiento del tutelado)[1383].

[1378] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", pp. 727-728.

[1379] DURO VENTURA, *op. cit.*, p.21. COBREROS MENDAZONA aplica analógicamente el art. 211 en su conjunto a los internamientos de enfermos mentales cuya enfermedad no es persistente, considerando que el CC contiene una laguna a este respecto, *Los tratamientos...*, p. 390. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1217. Los autores aplican la analogía al internamiento del enfermo somático. También Fiscalía General del Estado, "Algunos estudios...", p. 213.

[1380] Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, pp.32-33; CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, p. 880; FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, p. 349.

[1381] Así, RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 509.

[1382] Fiscal General del Estado, Circular 2/1984, punto III.
La analogía y la interpretación extensiva de la autorización judicial, es admisible por perseguir ésta la garantía de libertad. Quiebra así el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones legales. AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", p. 546.

[1383] Así, RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 512.

En realidad, el problema de las personas incapacitadas en relación con el internamiento no resulta tanto de su cabida en el ámbito de aplicación del artículo 211, como de la coexistencia de un procedimiento específico para la consecución de la autorización judicial (art. 273[1384]) en los supuestos en los que ésta es preceptiva para la actuación del tutor. La cuestión sobre la aplicabilidad del procedimiento del artículo 273 al internamiento del sometido a tutela se plantea con independencia del alcance que se dé a la expresión "presunto incapaz".

La mayor parte de los autores aplica el artículo 211 a las personas que ya han sido incapacitadas[1385]. El propio debate parlamentario nos demuestra que, a pesar del tenor literal del artículo, el legislador tenía en mente la aplicabilidad del artículo 211 al supuesto de personas incapacitadas[1386]. La doctrina finalista argumenta para la aplicación del art. 211 a los tutelados, la finalidad garantista de la libertad del interno[1387]. A ello añade BERCOVITZ, la necesidad de que la protección dispensada en el Código a todo internamiento sea homogénea, en cuanto afecta a los derechos fundamentales de la persona[1388].

El origen de la duda que nos suscita la aplicabilidad del artículo 273 al internamiento del tutelado, es la naturaleza menos inquisitiva de este artículo, en el que los trámites se relajan moderadamente[1389] respecto de los establecidos en el artículo 211, lo que pudiera resultar coherente con la confianza depositada en el tutor por el legislador y por el juez: audiencia del internado (art. 273), en contraposición al examen judicial (art. 211); dictamen facultativo potestativo para el juez en defecto de solicitud de parte (art. 273), frente a dictamen facultativo preceptivo (art. 211); y audiencia del Ministerio Fiscal (art. 273), equivalente en este caso a la intervención preceptiva del

[1384] Artículo 273*: Antes de autorizar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos precedentes, el Juez oirá al Ministerio Fiscal, y al tutelado si fuese mayor de doce años o lo considerara oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.*

[1385] LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona...*, p.108; BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", pp.198-199 y 207-209; "Comentario al artículo 271...", p. 550. SERRANO ALONSO, *Derecho de la persona...*, p. 115. PARRA LUCÁN, M.A. *Curso de Derecho Civil (I). Vol. I. Derecho Privado. Derecho de la Persona (Coord. Pedro de Pablo Contreras).* Madrid: Colex, 1998, pp.378-382, p. 381; ROCA GUILLAMÓN *op. cit.*, p. 660; GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 108; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 731. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210 y 1217 y MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación…,* pp. 118 y 132-133. BERCOVITZ, "La incapacitación de las personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico - Comentario a la STS 10-2-1986". *Poder Judicial. Época 2ª, núm. 3, septiembre de 1986*, PP.107-112, p. 111; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 41. ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 194; DÍEZ-PICAZO, *Sistema..., 1998*, p. 251. El Fiscal General del Estado aplica analógicamente los controles del art. 211 en su Memoria de 1985, pp. 213-214.

[1386] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.200.

[1387] DURO VENTURA, *op. cit.,* pp. 19-23. También ROCA GUILLAMÓN, J. "Comentario al artículo 211" en *Comentario del Código Civil. Tomo I.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 659-664, p. 660. RIPOLL MONTIJANO *La protección...*, p.108 y p. 111. RIVERO HERNÁNDEZ, "La capacidad de obrar...", p. 244.

[1388] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", pp.196-199; "Comentario al artículo 271...", p. 550.

[1389] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 510.

Ministerio Fiscal en todo procedimiento de jurisdicción voluntaria, por mandato del artículo 1815 de la LEC de 1881[1390]. Sin embargo, no creemos que la sustitución del examen y del dictamen médico obedezca a razones de mayor confianza. A nuestro parecer, la naturaleza de las pruebas del art. 273 se deriva de que están pensadas fundamentalmente para el resto de actos para los que el tutor necesita autorización judicial (arts. 271 y 272), que son de carácter patrimonial[1391].

En consecuencia, dada la naturaleza personal del internamiento, afirmamos que el artículo 211 se constituye en *lex especialis* frente al artículo 273[1392], tanto para el internamiento ordinario como para el internamiento urgente[1393] de personas sometidas a tutela. La previsión del artículo 271.1, tiene como finalidad, a nuestro entender, situar al tutor en una posición intermedia en cuanto a la potestad que tiene sobre el tutelado: no puede internarlo sin autorización judicial, pero tampoco está obligado para proceder al internamiento a promover un juicio modificativo de la capacidad. La valoración judicial para autorizar el internamiento habrá de valorar si éste, concretado en la solicitud, resulta beneficioso para el tutelado[1394].

Por lo que respecta al seguimiento del internamiento, el artículo 211 reclama la aplicación de los controles previstos en su tercer párrafo, aun en el supuesto de tutela (y analógicamente en la guarda de hecho[1395]) por la remisión expresa que se hace en el tercer párrafo del art. 211 al art. 269.4 del CC[1396]. Ello incluye tanto a quien fue internado en virtud de la sentencia de incapacitación[1397], como a quien es internado en respuesta a una solicitud posterior de quien viene desempeñando la tutela.

El control del artículo 211 resulta a nuestro parecer muy poco acertado para el internamiento residencial, sobre todo en trastornos neurocognitivos tipo Alzheimer. Sería suficiente a nuestro juicio la obligación de informar al juez sobre la situación del tutelado del art.269.4, que conlleva la información sobre las medidas más importantes

---

[1390] *Se oirá precisamente al Ministerio Fiscal cuando la solicitud promovida afecte a los intereses públicos; y cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad.*
Véase GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, pp. 106-107. También FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Circular núm. 2/1984*, III, p. 350; Consejo General del Poder Judicial, *op. cit.*, p. 34.

[1391] Así, CHIMENO CANO, *Incapacitación...*, p. 239.

[1392] SANTOS URBANEJA, "El control...", p. 497.
Paradójicamente, BERCOVITZ justifica la aplicabilidad del art. 211 al internamiento del tutor, dada la similitud de los trámites, "Comentario al artículo 211...", pp.198-199 y 207-209; "Comentario al artículo 271...", p. 550.

[1393] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.,* en atención al artículo 5 del Convenio Europeo, pp. 49-67.

[1394] AMORÓS GUARDIOLA, "Comentarios a los artículos...", p. 382-383.

[1395] FISCAL GENERAL DEL ESTADO, *Consulta número 2/1993...*, puntos 2 y 3.

[1396] En este sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, pp. 262.BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", pp.198-199 y 207-209; "Comentario al artículo 271...", p. 550; GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 107. DURO VENTURA. "El internamiento de los presuntos incapaces. Introducción. Cuestiones…", p.21. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 732. GÓMEZ LAPLAZA, *op. cit.*, p. 521. Este último considera aplicables los controles incluso si el interno ha sido incapacitado después del internamiento.

[1397] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, pp. 262.

que se hayan tomado durante el año, así como la propuesta de aquellas otras que deban ser adoptadas, autorizadas o rechazadas por la autoridad judicial[1398]. El juez puede además recabar informes del tutor en cualquier momento, en virtud del art. 233 in fine, lo que será esencial para determinar si la tutela se está ejerciendo en beneficio del tutelado[1399] y en el caso del internamiento, si éste le está resultando beneficioso.

Sin embargo, la aplicación del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a todo establecimiento en el que se produzca una privación de libertad requiere un control que garantice que el internamiento es revisado específicamente cada cierto tiempo, y la posibilidad del que el interno sea oído cuando estime que la medida no es necesaria, tramitando el juez las peticiones de alzamiento del internamiento que el interno presente[1400]. Por ello se hace ineludible mantener los controles del artículo 211 para cualquier internamiento del tutelado.

8.5. **EL INTERNAMIENTO DEL SOMETIDO A CURATELA**

Por lo que respecta al internamiento forzoso del sometido a curatela (el internamiento voluntario se ha abordado en el apartado 6.1. de este capítulo) y supuesta la posibilidad de actuación del curador sobre la esfera personal del incapacitado[1401], exige a nuestro parecer además de intervención del curador en los términos expuestos, la autorización judicial prevista en el art. 211[1402]. Creemos que si el internamiento se interesa en contra de la voluntad del sometido a curatela o sin contar con ella, entra en juego el art. 211, regulador del internamiento forzoso[1403]. Siguiendo a GETE ALONSO, procede la autorización judicial por la aplicabilidad directa del propio artículo 211 al internamiento de un enfermo psíquico; no porque tal aplicación se derive del art. 290 en relación con el art. 271, que define los actos que no puede realizar por sí mismo el sometido a curatela y no el régimen de los mismos[1404] o cuándo ha de ser necesaria la actuación del curador[1405].

El artículo 211, será aplicable tanto para la autorización judicial, como para los controles posteriores, salvo el informe anual sobre la situación del incapacitado del

[1398] LETE DEL RÍO, *Comentario al Título IX...*, p. 380. SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 199, señala como contenido de la información a suministrar: dónde y con quién vive el tutelado; estado de salud y atención personal y asistencial que haya requerido; evolución de la enfermedad y resultados del tratamiento; labor desarrollada por el tutor para lograr una mayor autonomía personal o una mejor integración en la sociedad y resultado de la misma.

[1399] GARCÍA CANTERO, "El nuevo régimen...", p. 497.

[1400] LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.*, p. 60. Le sigue GIL RODRÍGUEZ, "Comentario al artículo 271...", p. 800

[1401] Véase nota 1066, in fine.

[1402] Así lo confirma la STS de 20 de mayo de 1994 (FJ 1). Sala 1ª, de 20 de Mayo de 1994, nº 479/1994. EDJ 1994/4583. Ponente: Almagro Nosete, José.

[1403] Posibilidad admitida expresamente por GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela…* p. 356.

[1404] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 250.

[1405] GETE-ALONSO Y CALERA, "De la curatela...", p. 705.

artículo 269.4º, recogido en las obligaciones del tutor y que, en nuestra opinión, no son aplicables al curador[1406].

9. EL INTERNAMIENTO DECIDIDO EN LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

En coherencia con el curso lógico previsto por el legislador "internamiento seguido de incapacitación", el artículo 210 resultante de la reforma no contempla el internamiento como contenido de la sentencia de incapacitación. Sin embargo, ésta es una posibilidad admitida pacíficamente por la doctrina[1407].

Se plantean dudas entonces en relación con el procedimiento a seguir para el internamiento que haya de decretarse en el proceso de incapacitación. La mayoría de los autores consideran aplicable el artículo 211[1408]. Además, la STS de 10 de febrero de 1986 afirma expresamente que "el internamiento en un Establecimiento Psiquiátrico" emana directamente del artículo 211 y no "de la normativa contenida en el artículo 200 del Código Civil con su complemento del artículo 208 del mismo cuerpo legal" (FJ 4). Consideramos acertado el pronunciamiento en relación con el internamiento que tiene lugar en los establecimientos de carácter psiquiátrico que a nuestro parecer es el que el Tribunal tiene en mente cuando se refiere en la sentencia al "momento" en el que "se dé la causa que requiera tan extraordinaria medida".

La sentencia no alcanza a nuestro parecer a internamientos que puedan tener lugar no por razón del tratamiento psiquiátrico, sino por razón de una protección más genérica de la persona, como puede ser el internamiento residencial. A nuestro juicio, en estos supuestos el internamiento decidido en la sentencia de incapacitación seguirá el procedimiento previsto para esta última figura. Ello es así porque el internamiento forma parte de la determinación de la capacidad de actuación del incapacitado, así como de su guarda. El internamiento se determinará, en consecuencia, siguiendo lo

[1406] En contra, GARCÍA CANTERO, que admite la aplicabilidad de tal control cuando la curatela recayese sobre aspectos esenciales de su persona, "Notas...", P, 798.

[1407] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, pp. 262; LACABA SÁNCHEZ, "Internamiento de incapaces...", p. 1015; MATEO DÍAZ, *op. cit.*, p. 1767; También, ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 660-661, aunque supeditado a que así se solicite en la demanda. No lo creemos necesario, porque en el procedimiento de incapacitación el principio dispositivo, cede como se ha visto, ante el de oficialidad investigación.

Considera AVELLO FUERTES, *op. cit.*, p. 38, que la medida de internamiento puede adoptarse incluso sin que se haya iniciado el procedimiento de incapacitación,. También PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2430.

Por su parte, GARCÍA-RIPOLL, *La protección...*, p. 100, afirma que "el internamiento de un enfermo mental es una medida que podría y debería adoptarse aún *(sic)* cuando no lo regulara expresamente el Código Civil, o cualquier otra norma".

[1408] GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 262. Para GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 30, se trata de procedimientos de distinta naturaleza (jurisdicción voluntaria y contencioso) en los que las apelaciones se suscitan en la época ante tribunales distintos (Audiencia Provincial y Audiencia Territorial, respectivamente).

establecido en los artículos 202 a 208 del Código Civil, que además es más garantista con los derechos del incapaz que el artículo 211[1409].[1410].

En muchos casos, por la duración del propio proceso y en aras de la protección del presunto incapaz, el internamiento se adoptará durante el procedimiento como medida cautelar (art. 209)[1411]. Ello exige la apertura de una pieza separada[1412] y cuando menos, el examen del presunto incapaz y un dictamen médico[1413]. Este internamiento *ad cautelam*, a nuestro parecer, tiene que ser necesario para la protección de la persona (*periculum in mora*) y mostrar apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), con respecto a la pretensión de incapacitación[1414]. Este segundo elemento constituye en nuestra opinión el elemento diferenciador con respecto del internamiento que procede en el artículo 211. Con la finalización del proceso, el internamiento formará parte de la resolución. Por ello, a nuestro parecer, la salida del centro habrá de ser resuelta también judicialmente[1415].

La razón por la que admitimos una dualidad de procedimientos para la adopción del internamiento radica en la diferente naturaleza que la decisión judicial relativa al internamiento tiene en uno y otro caso. Afirma PECES MORATE que en materia de tutela y guarda del incapaz, la competencia judicial tiene dos vertientes, que están íntimamente relacionadas pero que son diferenciables: una función típicamente tutelar, y otra garante de los derechos y libertades de las personas[1416].

El internamiento que tiene lugar en la sentencia de incapacitación es un internamiento globalmente dirigido a la protección del incapaz, frente a las consecuencias que su

[1409] Art. 208: *"El Juez oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará. a éste por sí mismo, oirá el dictamen de un facultativo y, sin perjuicio de· las pruebas practicadas a instancia de parte, podrá decretar de oficio, cuantas estime pertinentes".* Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, 7 enero, de Enjuiciamiento Civil.

[1410] En contra, DIÉZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. 9ª edición. Madrid: Tecnos, 1988, p. 251, que aplican el procedimiento del art. 211 al internamiento decidido en sentencia de incapacitación.

[1411] MATEO DÍAZ, *op. cit.*, p. 1768. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "El internamiento de los enajenados", *Poder Judicial, 2ª época, núm.4, diciembre de 1986,* pp. 49-67, p. 59.

[1412] CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, pp. 882. En relación con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 130.

[1413] MATEO DÍAZ, *op. cit.*, p. 1768.

[1414] En contra, CUTILLAS TORNS, *op. cit.*, pp. 882-883, que considera que la apariencia de buen derecho lo es en relación con la protección necesaria que se evita con el internamiento..

[1415] Se elimina así la incoherencia que supone que la finalización de la medida en virtud del art. 211 tenga lugar por auto dejando sin efecto lo determinado en la sentencia de incapacitación, cuestión advertida por GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, "Algunos problemas...", p. 30

[1416] PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2431. En el mismo sentido se pronuncia ROCA GUILLAMÓN *op. cit.*, p. 661. El artículo 211, a juicio del autor, se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que el Juez no actúa jurisdiccionalmente, sino sólo judicialmente. La ley únicamente busca la garantía de su intervención. También ALCÓN Y DE COUTO, *op. cit.*, p. 188.

incapacidad de autogobierno puede generar sobre su persona[1417]. El internamiento del art. 211, sin embargo, es un internamiento terapéutico que obedece habitualmente a la necesidad de tratar la enfermedad[1418].

Aun a riesgo de simplificar excesivamente el problema, consideramos que la función del juez en ambos es distinta. En el procedimiento de incapacitación, tramitado en esa época por el juicio declarativo de menor cuantía, y por las especialidades que dimanan del carácter interés público en la causa, los propios actos procesales constituyen las salvaguardas de los derechos del incapaz[1419]. La función del juez es resolver sobre la verdad material del caso, determinar el grado de incapacidad, y procurar la protección necesaria del incapaz a través de la guarda, para lo que aquél puede acordar la medida de internamiento[1420]. Como afirma PECES MORATE, esta función se corresponde mejor con el internamiento asistencial[1421], dirigido a satisfacer las necesidades de la vida diaria del interno. A nuestro parecer, el juez que decide el internamiento en la sentencia de incapacitación deberá evaluar si el incapaz tiene facultades psíquicas para emitir un juicio fiable sobre la posibilidad de vivir en su domicilio, si hay recursos materiales y de apoyo disponibles para atender las necesidades derivadas de la permanencia en el hogar, si existe perjuicio para tercero y en qué grado y carácter y si existen alternativas de protección menos gravosas que el internamiento[1422].

[1417] Es el mismo concepto de internamiento que el que describe DE CASTRO, *Derecho Civil…*, p.303, en sentido genérico aun para criticar el internamiento psiquiátrico del Decreto de 1931: "Los conceptos manejados por el Derecho –locura, demencia, imbecilidad- están en estrecha relación con la Medicina, pero no se pueden identificar ni sustituir por los médicos. Es indudable el valor decisivo del dictamen médico, pero no debe olvidarse que la ciencia médica está orientada a diagnosticar y pronosticar, a curar y prevenir, y que no se ocupa de la situación social de la persona, de su posibilidad de vivir independientemente ni de la necesidad de que sea protegida (...). El juez habrá de valorar críticamente, desde el punto de vista jurídico, los datos suministrados por los peritos médicos y su autoridad y su conciencia, sin tratar de sustituirlos por criterios empíricos(...)".

[1418] PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2431.

[1419] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. "La incapacitación …", p. 111.

[1420] Sin embargo, ROCA GUILLAMÓN considera que, al igual que en el art. 211, también en la sentencia de incapacitación el juez autoriza la demanda y es el médico quien lo decide. Por ello, el internamiento habrá de solicitarse expresamente en la demanda y el juez no puede decidirlo genéricamente. ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, pp. 660-661.

[1421] PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2431.

[1422] SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 84. Sin embargo el autor establece tal valoración en relación con el internamiento residencial autorizado al margen de la sentencia de incapacitación. También SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 144, considera que el juez actúa de una parte como garante de los derechos y libertades de la persona y a la vez ejerciendo la función tutelar.

Así se deduce también de las Sentencia del Tribunal Surporemo de 20 de febrero de 19889, que afirma con respecto al examen judicial del incapaz del art. 208 del CC, que "la presencia ante el Tribunal, del demandado de incapacitación, constituye, no solamente un valioso dato probatorio, sino una garantía en prvención de abusos y maquinaciones, por una parte, y, por otra, de una meditada decisión constitutiva de una situación en una materia no absolutamente perteneciente a la Medicina o a la Psiquiatría, sin o que científicamente, es un problema multidisciplinario y humanamente inserto en criterios sociales de rigurosa fijación" (FJ 5). STS de 20 de febrero de 1989, EDJ 1989/1976. Sala 1ª.Ponente: Carretero Pérez, Antonio.

La *ratio legis* del art. 211, sin embargo, es el amparo jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, en especial, su libertad[1423]. Retomando la tradición legislativa analizada en los Capítulos III y IV, el espíritu del art. 211 es el mismo que el del Decreto de 19 de mayo de 1885: evitar que los allegados puedan satisfacer sus propios intereses a través del internamiento[1424]. Para ello será necesaria la autorización judicial[1425].

Esta función del juez de garante de los derechos, es la razón por la que la doctrina subraya que en el art. 211 el juez autoriza y no ordena el internamiento[1426]. Señala AMORÓS GUARDIOLA que la autorización presupone un juicio de valor sobre la conveniencia del acto, sobre el beneficio que se deriva del mismo, o por lo menos una falta de perjuicio y que para emitirla el juez no entra en el fondo del asunto, ni enjuicia la validez del acto[1427]. Creemos que en el artículo 211 el juicio valorativo del Juez sobre el internamiento no entra en el fondo en la misma medida que en la incapacitación[1428].

[1423] RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 483. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210; MARTÍN GRANIZO, *La incapacitación...*, p. 118; ORDÁS ALONSO, M. "Del ejercicio de la tutela. Comentarios a los artículos 259 a 275", *Comentarios al Código Civil (Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano).* Elcano: Aranzadi, 2001, PP.406-428, p. 419.

[1424] LETE DEL RÍO, *Derecho de la Persona. 4ª edición...*, p. 135. Se refiere al tutor con la connivencia del Consejo de Familia o de los parientes de un presunto enfermo con la connivencia de la autoridad gubernativa. Nosotros hemos afirmado que interviene la autoridad judicial cuando el sujeto a internar no estaba sometido a tutela o no se había constituido el Consejo de Familia.

[1425] Señala la Fiscalía General del Estado que el Juez al hacer el reconocimiento del artículo 211 busca razones para el internamiento, que son totalmente distintas a las que podría apoyar la incapacitación, "Algunos estudios...", p. 228.

[1426] ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 727; AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", p. 542; RODA GARCÍA, "El internamiento...", p. 53; ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210; ROIG SALAS, "La ley...", p. 636; ORTIZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 258-259; SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 83; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 114.

También la Fiscalía General del Estado. *Consulta número 2/1993, de 15 de octubre. "De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil",* punto 1. Igualmente la Fiscalía General del Estado en "Algunos estudios...", p. 224.

El Informe del Comité de Estudio y Recomendaciones aprobadas por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la problemática jurídico asistencial del enfermo mental afirma que todos los ingresos son médicos y que el Juez "tutela los derechos del presunto enfermo mental; no ingresa, sino que autoriza el ingreso involuntario (sin consentimiento del paciente). Ingreso y alta responderán a razones sanitarias". Pleno de 13 de julio de 1988. Citado por FERREIRÓS MARCÓS, C.E., "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado". *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, *nº 5, 2002,* pp. 563-846, p. 178.

GANZENMÜLLER ROIG ,"El internamiento involuntario...", p. 395, opone la autorización del internamiento en el actual art. 763 de la LEC, a la orden o mandato del internamiento acordado como medida cautelar con base al art. 762 de la misma.

[1427] AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", pp. 541, 542 y 547.

[1428] En contra, BERCOVITZ, para quien el juez ha de valorar la necesidad del internamiento en relación con la curación y cuidado del enfermo y con las necesidades e intereses de quienes lo soliciten en las circunstancias concretas del caso. Así, BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.201-203; LETE DEL RÍO afirma que el artículo 211 tiene por finalidad tanto evitar que el tutor pueda privar de libertad al tutelado, como que pueda "desembarazarse" de él. Ver: LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 271.1º"..., p.393.

Aunque la autorización no se reduce a un mero trámite[14291430], la decisión sobre el fondo le corresponde al clínico[1431]. Es él quien deberá determinar la existencia de una "presunta incapacidad" en los términos señalados y la conveniencia del internamiento[1432]. En esta valoración el médico valorará el contexto socio-familiar del enfermo como elemento a tener en cuenta en la conveniencia del internamiento[1433] pero sólo a efectos terapéuticos, es decir, en función de su incidencia en la mejoría de la salud del enfermo.

La labor del juez tiene por finalidad cerciorarse de que el derecho a la libertad no se ve conculcado[1434], que la decisión sanitaria es razonable y proporcional[1435], que el internamiento no es engañoso[1436] o indebido[1437], en el sentido de que terceras

Recuérdese, sin embargo, que la tutela, a diferencia de la patria potestad, no conlleva un deber de convivencia (art. 269) y que la obligación de alimentos, en caso de que se esté obligado a prestarlos es una obligación dineraria.

[1429] La Ley de 1983 introduce la regulación del internamiento como la de un verdadero procedimiento judicial con todas sus garantías que supera la mera obtención de una autorización judicial, de acuerdo con el nuevo sistema de tutelas. Así se manifestó en la aprobación de la Ley en el Parlamento. Diario de Sesiones del Senado. Año 1983, II Legislatura, nº 28, Sesión Plenaria, 21 de septiembre de 1983, pp. 1415-1417.

[1430] A nuestro juicio, la finalidad del artículo es exclusivamente proteger la libertad de quien no necesita ser internado. Así, CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 1967.

[1431] PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2431. De ahí, la posibilidad planteada por algunos autores sobre el carácter vinculante del dictamen facultativo.

[1432] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 211"…, p.202. SANTOS URBANEJA, "Pautas …", p.6, concreta el juicio que debe realizar el médico en relación con el ingreso residencial de personas mayores: Si padece algún trastorno psíquico y, en su caso, cuáles son sus características; si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es el ingreso en una residencia; si la persona mayor está o no en condiciones de decidir por sí misma sobre el ingreso en una residencia; si la situación requiere una actuación urgente.

Así, el Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2012 sobre el internamiento urgente, califica la función judicial de "revisión" de lo actuado por el médico.

[1433] CHIMENO CANO, *Incapacitación…*, p. 229.

[1434] GÓMEZ PAPI, *op. cit.*, p. 270; GARCÍA CANTERO, "El nuevo régimen...", p. 491; DE PEDRO MIMBRERO, *Op. Cit*., p. 61; BELLOCH *op. cit.*, pp. 31-36. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 798. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.55. LEGIDOS se refiere a esta función como la dirigida a "legalizar" la medida, controlar su legitimidad. LEGIDOS JAMILENA, *op. cit.,* p. 57.

[1435] GANZENMÜLLER ROIG, "El internamiento…", p. 366.

[1436] RIVERO HERNÁNDEZ alude a "parientes desaprensivos", "La capacidad de obrar...", p. 244. ALBÁCAR LÓPEZ Y MARTÍN GRANIZO, "Comentario al artículo 211...", p. 1210. Los autores se refieren a que la intervención del juez "sirva para poner en cierto modo freno a ciertas anomalías en los internamientos por parte de familiares, facultativos y órganos administrativos (...)" También, MARTÍN GRANIZO en *La incapacitación...*, p. 118

Sin embargo, ZURITA MARTÍN, siguiendo a SANTOS URBANEJA, considera que el juez al autorizar el internamiento tiene un amplio margen de discrecionalidad y que debe valorar si existen facultades para atender las consecuencias derivadas de la permanencia en el hogar, si existe perjuicio para tercero y si existen alternativas de protección menos gravosas que el internamiento. "El internamiento…", p. 51; *"Dos cuestiones..."*, p. 84. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN considera que la autorización judicial debe emitirse siempre que la protección del interés del anciano aconseje tal medida, CERVILLA GARZÓN, M.D. "Los derechos fundamentales del anciano internado. En particular, el derecho a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad" en *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes.* Barcelona: Bosch, 2008, pp. 68-92, [81]

personas se sirven de la vulnerabilidad del enfermo para sus propios intereses a través de esta medida[1438]. La función protectora del juez en el artículo 211 se concreta en la puesta en conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal, a fin de que promueva la declaración de incapacidad[1439]. La misma función puede atribuírsele en relación con el artículo 271.1 y así lo hace la sentencia de 10 de febrero de 1986. La iniciativa es del tutor y el juez la autoriza[1440] previa verificación de que el internamiento se propone en beneficio del tutelado.

De esta forma, a nuestro parecer, el internamiento decidido en sentencia de incapacitación es un internamiento judicial y el internamiento del artículo 211 es un internamiento controlado judicialmente[1441].

10. EL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL EN EL ARTÍCULO 211 DEL CC

El internamiento en un centro gerontológico no aparece expresamente regulado en los artículos 211 ni 271.1 del Código Civil. El artículo 211 no se pronuncia sobre el establecimiento en el que haya de tener lugar el internamiento, y el artículo 271 exige al tutor autorización judicial para internar al tutelado "en un establecimiento de salud mental, educación o formación especial".

Por lo que respecta al internamiento psiquiátrico, está fuera de toda duda su inclusión en ambos artículos, así se deduce de la interpretación literal del artículo 271.1[1442] y de la interpretación histórica, lógica y finalista del artículo 211. La tradición legislativa, la *mens legislatoris*[1443], la regulación del supuesto de urgencia, la previsión del dictamen médico y los controles semestrales previstos en el artículo 211[1444] nos llevan a mantener que el internamiento en un centro psiquiátrico constituye su ámbito de aplicación prioritario. También existe acuerdo doctrinal en admitir que tienen cabida

[1437] Se entiende por tal el que se impone cuando la enfermedad no es tal o no lo requiere BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"…, p. 1239. El mismo autor en "Comentario al artículo 2 de...", p. 798

[1438] MARTÍNEZ DÍE incide en que las restricciones o condicionamientos que pueda sufrir un individuo del exterior, aun constantes, no son causas de incapacitación si es que no llegan a interiorizarse patológicamente. "Los discapaces...", p. 187.

[1439] PECES MORATE, *op. cit.*, p. 2433.

[1440] LETE DEL RÍO afirma que el juez que la iniciativa de los actos enumerados en él corresponde al tutor y que la autoridad judicial se limita a autorizarlos. LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 271.1º"..., p. 392.

[1441] SILLERO CROVETTO, B. "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico" en LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores.* Madrid: Tecnos, 2007, PP.162-178, [167].

[1442] Esta idea se recoge en los trabajos de la Comisión General de Codificación para la reforma de 1983. El Anteproyecto del SEREM se refiere a la reclusión en un establecimiento de salud (art. 277.2º) y el Proyecto de Apalategui recoge en el art. 257 la reclusión del incapacitado en una casa de salud en determinadas condiciones. Véase: AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", p. 538.

[1443] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.200.

[1444] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 386.

en el artículo 211 los establecimientos de formación y educación especial contemplados en el artículo 271[1445]. Llama la atención especialmente que el internamiento residencial no esté expresamente previsto en este último artículo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la "detención" del 5,1.e del Convenio es conforme a derecho si se lleva a cabo en un hospital, una clínica u otro establecimiento adecuado para ello (Ashingdane, punto 44) y delega la regulación del procedimiento a la legislación interna. Nos preguntamos si la ausencia en el artículo 211 implica la exclusión del mismo del internamiento de personas mayores con demencia ("presuntas incapaces") en residencias para la tercera edad y la necesidad de recurrir en todo caso al procedimiento de promoción de la incapacitación o al de modificación de la incapacidad declarada.

La diferencia esencial entre el internamiento psiquiátrico y el internamiento residencial radica en el carácter curativo del primero y el carácter asistencial del segundo. La exclusión quedaría justificada si la naturaleza terapéutica del internamiento del artículo 211 fuese un requisito esencial del mismo, derivado principalmente de la centralidad del dictamen facultativo. Se ha argumentado que el internamiento de personas con demencia tipo Alzheimer tiene cabida en el artículo 211 porque en el centro residencial se reciben cuidados médicos[1446]. Aun en el caso de los centros especializados en demencias tipo Alzheimer, nos parece forzada esta interpretación, dada la sintomatología asociada a las limitaciones en la realización de las actividades de la vida diaria que caracteriza principalmente a las enfermedades que nos referimos. Los servicios proporcionados en las residencias son básicamente asistenciales.

A nuestro parecer, aun siendo preceptivo el dictamen médico en el internamiento del artículo 211, de ello no se deriva necesariamente su carácter terapéutico. La exigencia del dictamen médico no lo es en atención a que sea el facultativo quien puede prescribir el tratamiento, sino a que es a él a quien corresponde certificar la existencia de una "presunta incapacidad" en el sentido señalado, es decir, una discapacidad psíquica, así como la necesidad o conveniencia de la reclusión. COBREROS MENDAZONA admite la aplicabilidad del artículo 211 a los supuestos en los que "la presunta incapacidad de valerse por sí misma hubiera llegado a unos límites tales (por ejemplo autoabandono, etc.) que pusiera en peligro la propia salud de la persona[1447],

[1445] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 271.1º"..., p. 393; ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p.661; BECOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p. 189.

[1446] Así afirma SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, pp. 97-98, que cuando la asistencia implica además tratamiento médico, parece preferible considerar el internamiento como terapéutico.
También la Fiscalía General del Estado recurre a este argumento, de manera secundaria. *Instrucción 3/1990...*.

[1447] COBREROS MENDAZONA *Los tratamientos...*, P 386.

supuesto a nuestro juicio general del internamiento de personas con demencia tipo Alzheimer. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ afirma que el internamiento involuntario en residencia asistida debe adoptarse con el cumplimiento de los requisitos del art. 211 y su indicación lo es por criterio médico, aunque se trate de un problema de "evidente rasgo social"[1448].

Como se ha dicho al comienzo del capítulo, el internamiento regulado en el artículo 211 puede responder a razones curativas, de protección o de peligrosidad para uno mismo o para los demás. Estamos de acuerdo con la doctrina finalista, que considera que el elemento determinante del artículo 211 es la necesidad de garantía de la libertad del sujeto a internar, lo que sucede en cualquier internamiento que se produzca en régimen cerrado[1449] y que atribuye carácter abierto al artículo 271.1[1450]. Señala en este sentido GARCÍA RIPOLL que la referencia en el artículo a un establecimiento de salud mental fue introducida para excluir del artículo el internamiento de enfermedades físicas en los hospitales generales[1451], que al margen de las razones sustantivas que justifican su regulación diferenciada, habría supuesto el colapso del sistema sanitario[1452]. Ello es así porque el régimen del internamiento sanitario general y el internamiento psiquiátrico también es distinto. Aunque se ha afirmado que el internamiento de enfermos mentales desde un punto de vista jurídico, resulta ser un caso peculiar de tratamiento sanitario obligatorio[1453], los artículos 10.6 de la Ley 14/1986 General de Sanidad y 211 del Código Civil establecen un régimen bien diferenciado para el tratamiento sanitario (al que queda equiparado el ingreso de la misma naturaleza[1454]) y para internamiento por razón de salud mental, determinado

[1448] FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Los derechos...", p. 117: "Es un internamiento que se produce a favor de personas en situación de desamparo, cuyas facultades mentales, parcialmente perturbadas al menos, no les habilitan para su autogobierno y protección".

[1449] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 211"…, p. 202 y el mismo autor *Derecho de la persona..., 1996*, pp. 116-117; Fiscalía General del Estado, *Consulta número 2/1993...*, punto 1. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 271...", pp.549-550; ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 729. MORENO QUESADA, "La incapacidad...", pp. 120-121. Para AZNAR LÓPEZ el centro cerrado es aquel cuyo régimen no permite la salida y la entrada libremente., "Los derechos", 1998..., p. 22. En relación con el actual art. 763, MORETÓN SANZ, "Las residencias…", p. 134.

[1450] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 271...", pp.549-550. LETE DEL RÍO *Derecho de la persona...*, p. 107. En este sentido, véase Fiscalía General del Estado, *Instrucción 3/1990...*.

[1451] El autor recupera la justificación de la enmienda presentada por el Grupo Vasco: "Es necesario precisar el concepto de establecimiento de salud en la medida de la finalidad perseguida por el precepto para evitar interpretaciones posibles, pero absurdas, como la de entender la actualización (sic) judicial para internar al tutelado en un hospital, aquejado de problemas de salud física". GARCÍA RIPOLL, *La protección...*, p. 114.

[1452] BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", p.196-197. En el mismo sentido, ROCA GUILLAMÓN, *op. cit.*, p. 661.

[1453] COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 386. En relación con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 113.

[1454] ROMEO CASABONA incluye los supuestos en la Ley General de Sanidad o en el Código Civil en función de la dolencia a tratar. Si la enfermedad objeto de tratamiento es física, tanto el ingreso como el tratamiento se rigen por el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, ya se trate de un enfermo físico, en estado de urgencia, o de un enfermo mental. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 736-

por un mayor riesgo de pérdida de la libertad en este último[1455]. Si en el internamiento regulado en el artículo 211 la decisión del facultativo relativa al internamiento ha de ser autorizada por el juez para poderse llevar a cabo, en el internamiento sanitario la toma de decisiones opera en el terreno estrictamente fáctico. El médico interviene sin control judicial alguno y a él corresponde en exclusiva determinar la capacidad de decisión del sujeto[1456], así como la intervención médica en ausencia de capacidad del paciente, o de sus allegados[1457].

Retomando la aplicabilidad del artículo 211 al internamiento residencial de naturaleza asistencial, para el Defensor del Pueblo, no es el tipo de establecimiento lo que determina la aplicación o no de los artículos 211 y 271.1º, sino la falta de capacidad para gobernarse por uno mismo, siempre y cuando el tratamiento se dispense en régimen cerrado. De otra forma, "nos encontraríamos con que dos personas de diferente edad pero con la misma enfermedad mental gozarían de distinto régimen de internamiento, según que una fuese ingresada en un hospital o unidad psiquiátrica y la otra ingresada en una residencia geriátrica"[1458]. Se parte en esta tesis de que es la edad lo que determina la aplicabilidad del ingreso residencial. Aunque ello sea cierto en la práctica, la adecuación del establecimiento no debe responder a la edad, sino a las necesidades del interno en relación con el tipo de atención y servicios que se presten en él, lo que dependerá de la discapacidad que tenga el sujeto. Es el tipo de enfermedad mental el criterio que ha de presidir la acogida en un establecimiento psiquiátrico (enfermedades psiquiátricas en sentido estricto) o en una residencia (enfermedades neurodegenerativas, salvo crisis puntuales, en su caso). Compartimos

740.En contra, COBREROS MENDAZONA, que considera aplicable en este último supuesto, el ingreso contra la voluntad del enfermo psíquico, el art. 211. *Los tratamientos…*, p. 385.
Cuando la dolencia sea psíquica, ya sea en un hospital o en un centro psiquiátrico o en la unidad psiquiátrica de un hospital general, el tratamiento psiquiátrico, se rige en cuanto al ingreso por el artículo 211 del Código Civil. ROMEO CASABONA, "El tratamiento jurídico...", p. 736-740.También RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 538.

[1455] Las razones para un distinto tratamiento de la protección a la libertad radica en que aunque las consecuencias que se derivan de la decisión adoptada por familiares y allegados relativas a las intervenciones sanitarias pueden en algunos casos resultar fatales, la libertad del sujeto queda en general menos comprometida, ya que existe un menor peligro de que derive en un internamiento prolongado injustificado. BERCOVITZ, "Comentario al artículo 211...", pp.196-197 y 200. y el régimen de vida no se ve tan afectado como en el régimen cerrado del internamiento. En cualquier caso, queda abierta la vía al recurso judicial, cuando el médico considerase indebida la decisión de los familiares.

[1456] SIMÓN-LORDA, p. "La capacidad…", p. 331. ROMEO CASABONA detalla la casuística del art. 10.6, "El tratamiento jurídico...", p. 729

[1457] Sin embargo, EL Defensor del Pueblo considera que la decisión sería del médico, previa comunicación al juez en aras de una mayor seguridad jurídica. ORTIZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 262

[1458] ORTIZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 272-273. Argumento también esgrimido por AZNAR LÓPEZ, "Los derechos", 1998..., p. 20.

en este sentido la tesis de que es que la falta de discernimiento la que da lugar a la restricción de la libertad, en relación con la decisión de internar[1459].

De nuestro análisis se concluye que el artículo 211 da cabida al internamiento de personas afectadas de trastornos neurocognitivos en centros asistenciales. De hecho, este procedimiento es el admitido como general en la Instrucción del Fiscal General del Estado[1460] 3/1990, de 7 de mayo, sobre el régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad[1461]. No supone ello que descartemos el internamiento en este supuesto por la vía del procedimiento de incapacitación.

11. RECAPITULACIÓN

El artículo 211, valorado positivamente por la doctrina por la superación que supone del Decreto de 1931, es el reflejo de una concepción jurídica de la incapacidad basada en la necesidad de protección integral del incapaz, coherente con los postulados de la época. Confluyen en la redacción del artículo tres intereses que dificultan su aplicación práctica: la necesaria protección del incapaz, sobre todo del discapaz intelectual, resultante de la reforma de la incapacitación y de la tutela; la necesidad de garantizar la libertad del sujeto a internar siguiendo los principios de legalidad y judicialización, proclamados en la Constitución Española y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y la concepción del internamiento conforme a la reforma psiquiátrica, que lo reduce a los supuestos más graves y urgentes.

En este contexto, la imprecisión de la referencia al "presunto incapaz" del artículo 211, que responde a la concepción de que al internamiento le sigue el procedimiento de incapacitación, admite una interpretación lógica que ampara el internamiento forzoso (no el sanitario de carácter general) de todos los sujetos que lo necesiten, incluido el supuesto del internamiento residencial de personas mayores con demencias tipo Alzheimer, no incapacitadas, sometidas a tutela, o a curatela, en sus modalidades ordinario y urgente. Destaca como dificultad su sometimiento a un control semestral

[1459] Por lo que respecta a la pérdida de libertad durante el tratamiento nuestra hipótesis es que difiere en el internamiento psiquiátrico y en el residencial, pero ello no es objeto de este trabajo.

[1460] EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO excluye en su memoria de 1985 la aplicación, en este caso analógica, del artículo 211 a los internamientos promovidos por razones socioeconómicas y asistenciales, concibiendo por tales los que tienen lugar cuando la familia no quiere tener consigo a una persona, no existe institución adecuada que le acoja y se procede el internamiento en un hospital psiquiátrico: "El Juez no puede utilizar para fines asistenciales la facultad, excepcional y enorme, que el artículo 211 le confiere de proteger el derecho a la libertad de los dementes", pp. 213-214. Si se refiere al internamiento de personas que no son presuntas incapaces entendemos la limitación de la aplicación.

[1461] Fiscalía General del Estado, *Instrucción 3/1990...*.

frecuentemente innecesario[1462] y la irrelevancia del alta médica, dado el carácter progresivo de la enfermedad a la que nos referimos. Todo ello, sin perjuicio de que quede abierta en cualquier caso la vía del internamiento a través del procedimiento de incapacitación.

La centralidad del juicio médico del artículo 211 apunta, además de a las enfermedades psiquiátricas en sentido estricto como objeto central de la norma, a una incipiente consideración de la capacidad natural para consentir el internamiento. Sin embargo, su relevancia no se incorpora al ordenamiento jurídico de esta época y se queda en el nivel fáctico, en relación con el internamiento voluntario.

La cuestión jurídica en el internamiento destaca sobre las cuestiones médicas, de suerte que aunque el internamiento no se identifica estrictamente con la incapacitación o con la incapacidad de autogobierno, se vincula con ellas a través de su ubicación en el Título IX ("De la incapacitación"), de la expresión "presunto incapaz" y de la comunicación al Ministerio Fiscal a los efectos de promoción del juicio de incapacitación. Aunque la capacidad natural es exigible para el internamiento voluntario, lo es como requisito añadido al de capacidad de obrar. La protección del incapaz llega hasta el punto de que se invierte la presunción de capacidad cuando existen dudas sobre la capacidad natural del sujeto.

Por lo que respecta al incapacitado, la irrelevancia de su capacidad natural para decidir sobre su internamiento es absoluta. Ello coincide con la ausencia de toda consideración de los derechos de la personalidad en el internamiento del artículo 211[1463]. La libertad se contempla desde la protección de los derechos fundamentales[1464] a través del control de la autoridad judicial en el ejercicio de las funciones tutelares, que se extiende al internamiento, tanto para los incapacitados como para los que no precisan incapacitación.

[1462] Tanto más cuando la Circular núm. 2/1984 y las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado núm. 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos y núm. 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces, interesan de los fiscales que revisen semestralmente los internamientos de las personas ingresadas en los centros de internamiento.

[1463] Únicamente hacen referencia a ella puntualmente la STS de 10 de febrero de 1986 (EDJ 1986/1121) y en la doctrina RAMOS CHAPARRO, al afirmar que el internamiento civil forzoso es una figura de naturaleza civil, perteneciente al Derecho de la persona, por afectar a los derechos de la personalidad, en especial la libertad y a la autonomía de su voluntad. El autor, sin embargo, no desvincula el internamiento de la capacidad de autogobierno como hace en relación con el tratamiento hospitalario. "El internamiento...", pp. 481-499.

[1464] BERCOVITZ, "Psiquiatría y Derecho"..., pp. 1239-1240.
GARCÍA CANTERO afirma que el art. 271 es una manifestación del respeto de los derechos fundamentales del pupilo en el supuesto de la tutela, "Reflexiones...", p. 55.

CAPÍTULO VI. EL INTERNAMIENTO EN EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

La despreocupación del Derecho de los años 80 en relación con la vulneración de la libertad de las personas mayores que son internadas en centros residenciales, da un giro en la década de los noventa y primeros años de 2000, coincidiendo con el auge de la atención residencial a la dependencia[1465]. Precedida por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/1990, citada, un sector importante de la doctrina civilista española centra su interés en la problemática jurídica del internamiento asistencial de personas mayores, que se aborda por primera vez como objeto específico de estudio.

En el contexto de la nueva concepción social de la discapacidad, la regulación del artículo 211 no es ajena, como se verá a lo largo de los siguientes apartados, al reconocimiento de la autonomía personal que se incorpora en diversos sectores del ordenamiento jurídico. Entre 1996 y 2000, el internamiento forzoso se reforma en dos ocasiones: la primera con motivo de la L.O. 1/1996 de Protección jurídica del menor y la segunda, con la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. El capítulo que aquí se presenta tiene por objetivo analizar el alcance de la regulación del internamiento civil forzoso en dichas reformas, en cuanto a su aplicabilidad al internamiento residencial de personas mayores.

1. AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL

El Derecho civil de la década de los 90 y de los primeros años del nuevo milenio incorpora paulatinamente la nueva concepción de la discapacidad. Con el fin de superar el paternalismo de la etapa anterior, la necesaria protección del incapaz se combina con un reconocimiento y una promoción creciente de la autonomía de su voluntad. En esta etapa la legislación se caracteriza por la búsqueda del equilibrio entre los principios de protección y de autonomía[1466] en la consecución del interés superior del incapaz, que sigue constituyendo el centro del sistema[1467]. A la

[1465] Nos remitimos en este apartado a la descripción del perfil actual del residente en centros gerontológicos abordada en el Capítulo I.

[1466] La cuestión fundamental consiste en valorar si una persona, en una situación concreta, es capaz de tomar una decisión y que ésta sea respetada sin caer en una mala praxis, por defecto de protección, según, BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 30. Esta cuestión se pone de relieve una década antes en EEUU cuando se afirma en relación con el consentimiento informado, que la evaluación de la capacidad de decisión debe evitar dos tipos de errores: impedir a una persona capaz participar en la decisión relativa a su tratamiento y dejar sin protección a una persona incapaz en relación con los efectos perjudiciales de su mala decisión: DRANE, *op. cit.*, p. 925.

[1467] El principio de interés superior del incapaz viene recogido expresamente en el art. 156 del Código Penal, relativo a la esterilización del incapaz. Puede colegirse también del art. 216 del CC (las funciones tutelares se ejercen en beneficio del incapacitado).

combinación de ambos principios, contribuye el reconocimiento de la capacidad natural del incapacitado en la legislación específica en algunos ámbitos personales de actuación, así como el ajuste paulatino en las sentencias, de la incapacitación y de las instituciones tradicionales de guarda a la situación psicológica real del incapaz[1468].

1.1. **PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL**

Desde los años noventa tiene lugar una tendencia legislativa favorable a hacer depender los actos de carácter personal de la voluntad de la persona incapacitada así como de garantizar el equilibrio de este reconocimiento con la protección necesaria en los casos de que tal voluntad no exista[1469]. La acomodación a la nueva concepción de la discapacidad tiene como fuentes de inspiración la legislación en el ámbito de la protección de menores y el desarrollo de la legislación sanitaria[1470].

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil[1471], siguiendo los postulados de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989[1472], reconoce la individualidad personal y el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, y persigue la promoción de su autonomía, en combinación con la necesaria protección que, por razón de la edad, merecen aquéllos (Exposición de Motivos). Para ello, la ley establece la supremacía del interés del menor como principio prioritario rector de la actuación de los poderes públicos (art. 2 y 11.2) y consagra la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de los menores (art. 2). La Ley, aun siendo una norma eminentemente protectora -se reformulan en ella las situaciones de desprotección infantil-, garantiza el ejercicio por el propio menor de sus "derechos fundamentales de la personalidad"[1473]. Éstos, que en términos generales ya habían quedado excluidos del poder de representación de los titulares de la patria potestad por la Ley 11/1981, se concretan ahora en los siguientes: derecho al honor, a la intimidad y propia imagen; derecho a la inviolabilidad del domicilio familiar, de la correspondencia, y el secreto de las comunicaciones; derecho a la información; derecho a la libertad ideológica, a la

[1468] DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p.21 (nota 3). Véase la a STS de 14 de julio de 2004, que afirma que la incapacitación debe regirse por el principio de protección del incapaz, como trasunto de su dignidad. (FJ.3). Sala de lo Civil. Sección 1ª. Sentencia nº 781/2004. Pte: González Poveda. RJ 2004/5204.
[1469] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 43; SERRANO ALONSO, "Comentario...", p. 638.
[1470] Afirma GETE-ALONSO que la concepción de la autonomía de la Ley 1/1996 arrastrará inevitablemente a la de las personas con discapacidad GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", p. 112. También GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 297-306.
[1471] BOE de 17 de Enero de 1996.
[1472] Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990. BOE núm. 313, de 31 de Diciembre de 1990.
[1473] DURO VENTURA, *op. cit.,* pp. 23.

conciencia y a la religión; el derecho de participación, asociación y reunión; derecho a la libertad de expresión y, derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social[1474].

El interés superior del menor constituye desde la aprobación de la Ley, "el parámetro interpretativo e informador de todas las normas que afecten a los menores de edad"[1475]. Por lo que respecta a la capacidad de actuación autónoma del menor, es reclamada ahora como parte de su propia protección, a fin de permitir al menor ejercer el control que ha de ir asumiendo en su desarrollo vital como persona[1476].

También en el ámbito sanitario se combina la promoción de la autonomía del sujeto con la necesaria protección de su salud, en atención a la dignidad del enfermo. Se incorporan al ordenamiento español las dos grandes normas reguladoras del consentimiento informado: el Convenio de Oviedo de 1997[1477] y la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en delante de Autonomía del Paciente)[1478]. El consentimiento informado se considera la manifestación de un bien esencial de la personalidad, de la dignidad personal y de su libre albedrío para determinarse en cuanto al problema de salud que le afecta[1479].

[1474] Derechos enumerados por DIÉZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Décima Edición*. Madrid: Tecnos, 2008, p. 263.

[1475] GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 96.

[1476] Exposición de Motivos de la Ley 1/1996.

[1477] Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997 (en adelante Convenio de Oviedo), que tiene carácter jurídico vinculante para los países que lo suscriben y está vigente en España desde el 1 de enero de 2000. Instrumento de Ratificación de 23 de julio de 1999. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, pp. 36825-3680.

[1478] Se mantiene la relevancia de la capacidad natural en relación con la utilización de tejidos humanos y trasplante de órganos. Así, el RD 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos y el RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Las normas reproducen en sus arts. 7.1, y 9, respectivamente, la referencia a la capacidad natural establecida en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior. BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996, p. 11248. Derogado por Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre. BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000, P 181. Derogado por Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre.

[1479] AMAYA RICO, V., "El consentimiento informado de las personas mayores" en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir). *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 2007, PP. 258-269 [259].
La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001, concibe el consentimiento informado como un derecho humano fundamental, derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo (F.J. 1º.). STS (Sala 1ª. Sentencia Nº 3/2001. EDJ 2001/6). Ponente Martínez-Pereda Rodríguez

El Convenio de Oviedo tiene por objeto la protección de la dignidad e identidad de todas las personas, así como el respeto a su integridad y demás derechos y libertades fundamentales (art. 1). Reconoce la primacía del ser humano, de suerte que el interés y bienestar de éste deberá prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia (art. 2). Para la ejecución de este principio, se establece como "regla general" el sometimiento de toda intervención sanitaria al consentimiento libre e informado de la persona afectada (art. 5) y se protege expresamente a las personas que no tengan capacidad para expresar tal consentimiento (art. 6). La determinación de quienes hayan de ser éstas se reserva a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados firmantes, con el único propósito común de proteger a quienes no puedan prestar el consentimiento[1480]. El principio rector de la protección del incapaz es el de necesidad de la intervención. Así, se exige que la intervención médica realizada sin consentimiento del incapaz redunde en su beneficio (art. 6.1); se permite que la autorización del tercero sea retirada en cualquier momento en interés de la persona afectada (art. 6.5) y en situaciones de urgencia, cuando no pueda obtenerse el consentimiento, se admite la intervención cuando ésta sea indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud del paciente (art. 8). Al mismo tiempo, se persigue garantizar la intervención de la persona con falta de capacidad en el procedimiento de autorización de la intervención a realizar, en la medida de lo posible (art. 6.3.)[1481]. El reconocimiento de la autonomía de la persona con falta de capacidad, según el propio Convenio, tiene su mayor expresión en las intervenciones experimentales, en la donación de órganos y en las intervenciones para el tratamiento de personas con trastorno mental. En los dos primeros supuestos se exige el consentimiento expreso de las personas con capacidad (art. 16 y 20) y el rechazo del incapaz impide la realización de las intervenciones (arts. 17 y 20). Por lo que respecta al tratamiento del trastorno mental, se admite únicamente la intervención para los supuestos graves cuando la ausencia de tal tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley relativas a los procedimientos de supervisión y control y recurso (art. 7).

[1480] Así, el art. 6.3. identifica estas personas como aquellas que "según la ley" no tengan capacidad "a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención". En estos supuestos el Convenio exige para la realización de la intervención médica la autorización del representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. Aunque el artículo no se pronuncia sobre si se está haciendo referencia a la falta de capacidad de obrar o a la capacidad natural, esta redacción admite, en cualquier caso, que la capacidad para prestar el consentimiento esté determinada por la capacidad natural del sujeto, aun incapacitado, KERSCHEN, N., "Are legal systems in Europe fit for the dementia challenge? *Approach of the Council of Europe", Competence Assessment in Dementia.(Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, PP.61-70 [67]

[1481] GARCÍA LLERENA sitúa el origen de la aplicación del principio de autonomía a las personas con capacidad limitada en el Caso Quinlan resuelto por la Corte Suprema del Estado de New Jersey en 1976. Su justificación radica en que la ignorancia de la voluntad de las personas incapaces puede resultar discriminatoria en relación con el reconocimiento de la misma en el resto de la población. *op. cit.*, p. 310.

Fruto del Convenio, se aprueba en España la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, reguladora del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico español. La Ley define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (art. 3)[1482]. Además de los supuestos de ausencia total de consciencia (art. 9.2.b), que eximen de la prestación del consentimiento[1483], la incapacidad para consentir admite que el consentimiento se otorgue por sustitución (art. 9.3.)[1484], tanto en relación con quien a criterio del médico es incapaz natural, como en el caso del incapacitado judicialmente, cuando así lo determine la sentencia. Con esta previsión se adecúa la protección del enfermo a la capacidad de obrar derivada de la regulación del Código Civil. Pero aun en este supuesto, se introduce el principio de proporcionalidad de la prestación del consentimiento por representación que "será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal", así como el principio de participación del paciente, que "participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario" (art. 9.5.).

[1482] La información recibida ha de comprender, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención en el ámbito de la salud, así como sus riesgos y sus consecuencias, y el consentimiento se otorga previa valoración de las opciones existentes (arts. 8 y 4). El concepto de "escala móvil de capacidad" se incorpora en el art. 10.2 que establece que: "el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente".

[1483] El art. 9.2.b. establece que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento "cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él". O´CALLAGHAN MUÑOZ, "Representación legal...", p. 343, interpreta este supuesto como el del enfermo que no puede tomar decisiones por su situación física o mental (coma o inconsciencia tras un accidente), "lo cual no afecta a la capacidad" (entendemos que el autor se refiere a la capacidad general de obrar).

[1484] El art. 9.3 regula el consentimiento por representación y distingue dos supuestos relativos a la incapacidad:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

El primero supuesto hace referencia al incapaz no incapacitado judicialmente. Habrá de estarse entonces a su capacidad natural. Si esta es suficiente, él mismo dará el consentimiento. En otro caso, prestarán el consentimiento las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. En el mismo sentido, señala que en este caso, el consentimiento no lo otorga el representante legal, porque la persona no está incapacitada legalmente, sino el representante voluntario. El segundo supuesto hace referencia al paciente incapacitado. En este caso, dará el consentimiento su representante legal, salvo que otra cosa se haya dicho en la sentencia. Véase: FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. "El representante sanitario" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP. 161-179 [164].

Por lo que respecta a la legislación civil general, durante la década de los noventa y primer quinquenio de 2000 se produce una creciente determinación legal de actos personales para los que se tiene en cuenta la capacidad natural del sujeto[1485]. Así, se reforman algunas normas sectoriales que afectan a la toma de decisiones del incapaz en su esfera personal y que quedan reguladas en función del acto concreto a realizar, sin propósito alguno de sistematicidad[1486]. Destacan entre los actos que admiten, a nuestro juicio, una interpretación favorable a la capacidad natural del sujeto incapaz, en cuanto a su realización: el ejercicio del derecho de opción por la nacionalidad española cuando así se lo permita la sentencia de incapacitación, con la "asistencia de su representante legal" (art. 20.2.b del CC)[1487]; la posibilidad del incapacitado de otorgar testamento, cuando la sentencia no contenga pronunciamiento expreso, previo reconocimiento de su capacidad por dos facultativos designados por el notario (art. 665 del CC)[1488]; la constitución de un patrimonio protegido por la persona con discapacidad beneficiaria del mismo[1489]; y la legitimación del incapaz para instar su propia incapacitación (art. 757 de la LEC)[1490]. Por lo que respecta a la persona mayor, resultan de gran utilidad las nuevas figuras introducidas por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre al Código Civil, que reconocen la autonomía de la voluntad con carácter preventivo[1491], admitiendo efectos futuros a la voluntad manifestada mientras se es capaz, para el supuesto de una eventual incapacidad: en concreto, la llamada

[1485] LÓPEZ FRÍAS, *"El ejercicio…"*, p. 297.

[1486] La toma de decisiones relativa a los aspectos personales no está regulada de manera sistemática en el ordenamiento jurídico español y no existe una categoría de actos personales realizables o no por el incapaz: GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p.85.

[1487] Ley 18/1990 de 17 de diciembre, sobre reforma de la nacionalidad. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, p. 37588.

[1488] Se mantiene la relevancia de la capacidad natural en los casos de demencia del incapacitado ajustándolo a tratamiento legal de la incapacitación. (Exposición de Motivos). Ley 30/1991, de 20 de diciembre, modificación del Código Civil en materia de testamentos. BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1991, pp 41308-41309.

[1489] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, pp. 40852-40863. Según la ley, puede constituir el patrimonio siempre que tenga "capacidad de obrar suficiente". Este concepto se ha identificado con la capacidad suficiente para consentir el acto, por GARCÍA PONS, *op. cit.*, p.110; SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1139.

O´CALLAGHAN, "Representación legal...", p. 317, sin embargo, interpreta la expresión como la capacidad de obrar (legal) restante en el incapacitado sometido a curatela, siempre que en la sentencia de incapacitación no se requiera la asistencia del curador para realizar este tipo de actos.

[1490] En opinión de RUIZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, p.186, ello le permite dirigir su propio futuro.

[1491] PEREÑA VICENTE distingue la autonomía física y la autonomía volitiva. La autonomía volitiva, que es la que afecta a la toma de decisiones, presenta una doble vertiente: la autonomía preventiva y la autonomía consustancial. La primera hace referencia al respeto de las decisiones que tome hoy para el caso de devenir incapaz; la segunda hace referencia al respeto de la capacidad natural subyacente en la persona con capacidad de obrar modificada. PEREÑA VICENTE, M. "La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica" en PEREZ DE VARGAS MUÑOZ (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.193-205, [197-198].

autotutela[1492] (artículos 223 del CC y 234 del CC), los poderes preventivos[1493] (art. 1732 del CC)[1494] o las instrucciones previas en el campo sanitario (art. 11 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente).

En el ordenamiento jurídico general, la autonomía se complementa con un refuerzo de la protección de la persona incapaz, cuando ello sea necesario para su interés superior. Así, el representante puede ejercer la opción por la nacionalidad española del incapacitado si la sentencia de incapacitación no se lo permite a éste, siempre que sea en su interés, con autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal[1495]; se admite la esterilización con autorización judicial de la persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz (segundo párrafo del art. 156 del Código Penal) [1496]; la Ley 41/2003 tiene por objeto central la constitución del patrimonio protegido, a través de la regulación de una masa patrimonial, distinta y diferenciada de la que corresponda, por herencia o por titularidad propia al discapacitado, que se vincula a la satisfacción de sus necesidades

[1492] Se incorpora así la posibilidad de que cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, pueda en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Se introduce en primer término la referencia a la persona designada por el propio tutelado en tal documento en la relación de personas preferentes para ser nombradas tutoras.

[1493] La Ley 41/2003 modifica la extinción del mandato en el supuesto de incapacitación del mandatario, de manera que admite que aquel subsista aun sobrevenida la incapacitación del mandante en el supuesto que así se hubiese dispuesto o cuando el mandato se hubiera dado para el caso devenir de tal incapacidad.

[1494] SERRANO GARCÍA, I. "Dos años de vigencia de la LppD: Balance" en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional de la Junta de Castilla y León*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, PP.215-243[229].

En el ámbito patrimonial, en la misma época se regulan el contrato de alimentos (arts. 1791 a 1797 del Código Civil, incorporados por la Ley 41/2003), la hipoteca inversa y el seguro de dependencia (regulados por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria).

[1495] Art. 20.2.a de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre.

[1496] La autorización judicial puede darse bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio fiscal y previa exploración del incapaz. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, p. 34006

El artículo 156 se modifica por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Su Art. Único. Punto 84, en atención a la Convención de Nueva York, que para no hacer depender la impunibilidad de la esterilización directamente de la discapacidad (grave deficiencia psíquica) modifica el supuesto de hecho del art. 156 en su 2º párrafo y lo redacta de la siguiente manera: No será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil.

vitales y que se halla sometida a un régimen especial de administración y supervisión[1497]. Además, siguiendo la línea establecida por la Ley 1/1996, se incorpora al Código Civil el desamparo de las personas incapaces y la consiguiente tutela administrativa (arts. 239 del CC)[1498]. Por lo que respecta a la incapacitación, se reforma el procedimiento incorporándolo a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil[1499], como se verá en el apartado 4 de este capítulo.

Es éste el contexto en el que se aprueban las normas autonómicas reguladoras de servicios sociales que reconocen la autonomía del usuario en el acceso a los mismos, y la libertad de decisión de la persona mayor relativa al ingreso; derecho que se recoge también en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (Véase apartado 1.4. del Capítulo I).

La Jurisprudencia se suma también a la preocupación por equilibrar los principios de protección y autonomía, incrementando los supuestos en los que cabe la representación en los derechos personales[1500]. Así, la STC 14 de julio de 1994, en la que el Tribunal admite la esterilización de los declarados incapaces consentida por sus representantes legales[1501]. En relación con la protección, el Tribunal Supremo continúa admitiendo la incapacitación plena y el sometimiento a tutela, como ajustado a lo establecido en el artículo 210 del Código Civil. La protección se proyecta también sobre el carácter necesario de las normas reguladoras del estado civil[1502]. El objeto del proceso de incapacitación es la propia persona. La capacidad jurídica de obrar que se les juzga es innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, e inherente a la condición de ciudadanos, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad (STS de 31 de diciembre de 1991, F.J. 1)[1503]. La incapacitación debe regirse por el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto de su dignidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Septiembre de

[1497] VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 105.

[1498] Lo que había sido reclamado por la doctrina. Así, SANTOS URBANEJA, "El control...", p. 494; GALVÁN GALLEGOS, A. "La tutela respecto de la tercera edad" *Actualidad Civil*, *Núm. 28, 9 al 15 de julio de 2001,* PP. 1025-1032 [1031].

[1499] BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

[1500] TENA PIAZUELO, *op. cit.*, p. 162.

[1501] El TC considera constitucional la norma que autoriza para esterilizar a los incapaces, y que no vulnera los derechos a la vida y a la integridad física, siempre y cuando exista solicitud de éstos, se acuerde judicialmente y sea una deficiencia"grave" generadora de la imposibilidad de comprender, y se haga en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar. STC, Pleno, nº 215/1994, de 14 de Julio de 1994,. EDJ 1994/10563. Ponente: García-Mon y González-Regueral, Fernando.

[1502] Sentencia de 19 de mayo de 1998 (FJ 4 y 6). Tribunal Supremo Sala 1ª, S 19-5-1998, nº 461/1998. EDJ 1998/5016. "La incapacitación es un estado de civil indisponible, de obligado cumplimiento, regulado por normas de "ius cogens", que se refieren a la persona y al patrimonio, y que da lugar a un sistema de guarda que se constituye y controla judicialmente, tras la Ley 13/1983. (F.J.6º)". Ponente: O´CALLAGHAN, Xavier.

[1503] Sala 1ª. Rec 2672/1989. EDJ 1991/12410. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso.

1999 F.J. 2[1504] y de 14 de julio de 2004, F.J. 3[1505]). En otros casos[1506], la representación del tutor queda excluida, aun en aras de la protección del incapaz, por la naturaleza personalísima de determinados actos, en concreto los que implican un cambio en el estado civil de las personas incapacitadas. Asimismo, a fin de mantener la autonomía restante del incapaz, los pronunciamientos del Tribunal Supremo son favorables a la graduación de las sentencias Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991, de 16 septiembre de 1999, 20 de Mayo de 1994 y de 26 de Julio de 1999[1507].

1.2. **VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA CIVILISTA**

La década de los noventa y, sobre todo la primera década de 2000, se caracteriza por una aplicación restringida de la incapacitación a los supuestos en los que es necesaria y por el reconocimiento jurídico en la doctrina de la "autonomía conservada", es decir de la capacidad natural restante en la determinación legal de un número creciente de actos personales, que ha de ser incorporada a las sentencias de incapacitación[1508]. Los pronunciamientos doctrinales apuntan a la excepcionalidad de la incapacitación, contraria a la libertad[1509] y limitadora de la independencia del incapaz[1510], así como a una mayor precisión y amplitud de los actos que puede realizar el incapaz por sí mismo. No se llega, sin embargo, a afirmar con claridad la posibilidad genérica de que el incapacitado preste su consentimiento en el ejercicio de los derechos personales, lo que se predica, sin embargo, con respecto al menor[1511].

La incapacitación y el consiguiente sometimiento a tutela o a curatela sigue los principios de proporcionalidad, que hace referencia a que la medida es eficaz y

[1504] Sala 1ª. Sentencia núm. 738/1999. EDJ 1999/27821. Ponente: O´CALLAGHAN, Xavier.
[1505] Sala 1º. Sentencia núm. 781/2004. EDJ 2004/86791. Ponente: González Poveda, Pedro.
[1506] Estos actos sólo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado, como es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio, al ser derechos personalísimos. (F.J.2º). STS, Sala 1ª, de 27 de Febrero de 1999, nº 149/1999. EDJ 1999/2219. Ponente: González Poveda, Pedro.
[1507] Las sentencias declaran la incapacitación parcial de la persona y su sometimiento al régimen de curatela. Señalan expresamente las sentencias de 20 de Mayo de 1994 (F.J. 1º) y de 26 de Julio de 1999 (F.J. 3º) que aunque el carácter cíclico o temporal de la enfermedad no es obstáculo para aplicar el artículo 200, sí exige tomar este aspecto en consideración para determinar la extensión y límites de dicha incapacitación, y su régimen de guarda (tutela o curatela). Véanse las sentencias:
STS, Sala 1ª, de 26 de Julio de 1999, nº 683/1999. EDJ 1999/33311. Ponente: Gullón Ballesteros, Antonio En el mismo sentido, de STS, Sala 1ª, de 20 de Mayo de 1994, nº 479/1994. EDJ 1994/4583. Ponente: Almagro Nosete, José. STS, Sala 1ª, de 31 de Diciembre de 1991, rec 2672/1989. EDJ 1991/12410. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso.STS, Sala 1ª, de 16 de Septiembre de 1999, nº 738/1999. EDJ 1999/27821. Ponente: O´CALLAGHAN, Xavier.
[1508] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p.57.
[1509] DÍEZ-PICAZO califica la incapacitación de "agresión a la persona": "Nuevas perspectivas…", p. 984.
[1510] HEREDIA Y FÁBREGA, *op. cit.*, p. 21.
[1511] Así afirma LACRUZ que no cabe una aplicación analógica segura de las normas y criterios más elaborados en el ámbito de los menores. LACRUZ, *Elementos de Derecho...,* 2010, p. 164.

necesaria para el fin de protección perseguido; y de subsidiariedad, que exige optar por la medida más leve entre varias que sirvan a la misma finalidad[1512]. Asimismo, se propugna el recurso flexible a las instituciones de guarda, especialmente en relación con la población de mayor edad, caracterizada por su heterogeneidad y circunstancias variadas[1513]. Se reclama que la sentencia sea "el traje a medida en lugar del prêt-a-porter fabricado para todos"[1514].

La función que se atribuye a la tutela, pero también a la curatela, es la de procurar incrementar la capacidad de obrar de las personas incapacitadas para igualarla al resto de ciudadanos[1515]. Se deja de identificar la curatela con el ámbito patrimonial y para determinarla se atiende a la naturaleza asistencial de la figura. Se admite, en consecuencia la curatela sobre actos de carácter personal[1516].

En la práctica judicial aumenta la graduación de la incapacidad en las sentencias, declarando la incapacidad parcial e imponiendo como figura de guarda la curatela[1517], sobre todo para el caso de personas con discapacidad intelectual. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina considera que los logros de la década de los 90 y principios de 2000 son limitados. A pesar de la agilidad perseguida por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, la sociedad continúa optando mayoritariamente por la guarda de hecho[1518] y únicamente se recurre al procedimiento de incapacitación cuando la persona incapaz tiene un patrimonio importante que gestionar. En caso contrario, la familia considera que no existen intereses que sea necesario salvaguardar jurídicamente[1519], y sobre todo que son mayores los inconvenientes de la judicialización de la vida familiar derivados del procedimiento de incapacitación (necesidad de someterse a un procedimiento contencioso, sometimiento al control judicial en el ejercicio del cargo, anulación de capacidades en general y con consecuencias en la autoestima y en la dignidad de las personas e insuficiencia de medios del poder judicial), que los beneficios que se derivan de la protección judicial de la persona del incapaz[1520].

[1512] ZURITA MARTÍN, Protección civil…, p. 83, siguiendo a MUÑIZ ESPADA, *op. cit.*, p. 84

[1513] DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 37.

[1514] Expresión acuñada por DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 982 y recurrente desde entonces por la doctrina.

[1515] HEREDIA Y FÁBREGA, *op. cit.*, p. 21.

[1516] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, pp. 164 y 230; TORRES GARCÍA, "El hijo…", p. 698; GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 100. En contra GUILARTE MARTÍN-CALERO. *La curatela…*, p. 138..

[1517] LÓPEZ FRÍAS, M. J. "Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado", *La Ley. Actualidad Civil, núm. 13. 24 al 30 de marzo de 2003*, PP.327-338, p. 329

[1518] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)...", pp. 213.

[1519] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (I)...", p. 174.

[1520] DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, pp. 34-36; VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 75; SILLERO CROVETTO, "Tratamiento jurídico...", p. 977; LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 149. RUIZ JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 185.

La crítica fundamental a la promoción de la autonomía tiene por objeto el mantenimiento de la concepción tradicional de la capacidad de obrar en las sentencias. Más allá de los actos para los que la ley exige capacidad natural, la graduación de la capacidad en las sentencias omite precisiones sobre muchos supuestos, no llega al ámbito personal y se aplican subsidiariamente las normas generales que acuerdan la incapacitación en su forma máxima[1521]. Se dictan "sentencias rodillo"[1522], que se limitan a reproducir otras anteriores, alterando únicamente los datos identificativos de la persona y sin entrar a valorar su capacidad natural, más allá del diagnóstico de la enfermedad o deficiencia de la que se trata. Los diagnósticos contienen además de manera generalizada indeterminaciones en relación con los actos que el incapacitado puede realizar por sí mismo. La graduación en los casos de tutela es prácticamente inexistente y la sustitución de la capacidad de obrar es total[1523]. A ello contribuye tanto el mantenimiento del sistema dual de incapacitación, trasladado del art. 210 del CC al art. 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[1524], así como el mantenimiento del régimen de la tutela en el artículo 267 del Código Civil.

2. EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO EN LAS REFORMAS DE LA LEY 1/1996 Y 1/2000

La Reforma de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, modifica el primer párrafo del artículo 211 del Código Civil sustituyendo el supuesto regulado por la Ley 13/1983 del "internamiento del presunto incapaz", por "el internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad". Asimismo, se incorpora a dicho párrafo la regulación del internamiento de menores con la siguiente particularidad: "el internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor" [1525].

[1521] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 162.
[1522] En palabras de MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.20
[1523] *Ibid.*, pp.17-18.
[1524] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 154.
[1525] El nuevo párrafo tiene el siguiente contenido:
El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.
El resto del artículo continúa con la misma redacción que tenía en la Ley 13/1984:

Posteriormente, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, traslada la regulación del internamiento forzoso a su artículo 763, y le da una nueva redacción a su contenido procesal[1526]. Se mantienen los elementos sustantivos de la reforma de 1996, con dos únicos añadidos: la dotación de un título al precepto: "Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico" y la inclusión expresa del internamiento del tutelado en el ámbito de aplicación del artículo. La redacción del artículo 763, vigente hasta la actualidad queda como sigue:

> *Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.*
>
> *1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*
>
> *La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, 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 se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.*
>
> *En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.*
>
> *2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.*
>
> *3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo*

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal "a los efectos de lo previsto en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269,4, el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Echa de menos CASTILLO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 127, un precepto análogo con respecto a las personas mayores en cuanto a la necesidad del establecimiento adecuado a su edad y salud mental. CASTILLO RODRÍGUEZ.

[1526] Este cambio recibe la crítica de la doctrina, por la incorporación de los elementos sustantivos del internamiento en una norma de carácter procesal. Por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C. "El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio), en *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida (Coords. José Mª de la Cuesta Sáenz, Elena Vicente Domingo, Mª Teresa Carrancho Herrero, José M Caballero Lozano y Raquel de Román Pérez)*. Cizur-Menor: Aranzadi, 2013, PP.753-766 [761].

por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente

2.1. **ELEMENTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA: HACIA EL INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO**

Como resultado de las reformas de 1996 y de 2000 la regulación del internamiento, vigente en la actualidad, presenta dos notas sustantivas diferenciadoras respecto de la de 1983. En primer lugar, el internamiento forzoso se determina por la capacidad natural del sujeto. En segundo, se define como un internamiento por razón de trastorno psíquico.

2.1.1. La capacidad natural como determinante del ámbito subjetivo del artículo

Con la redacción de 1996 se abandona definitivamente la identificación del supuesto de hecho del internamiento forzoso con el de la incapacitación[1527], que resultaba de la interpretación literal del antiguo artículo 211[1528], y finaliza así el debate

[1527] GANZENMÜLLER ROIG, "El internamiento…", p. 370.

[1528] A pesar de ello, SILLERO CROVETTO considera que la mejor práctica, la más personalista, debe intentar de ordinario, anudar el proceso de internamiento y el de incapacitación, con la sola finalidad de aclarar definitivamente si el sujeto es o no incapaz de obrar y someterlo en su caso a la institución tutelar correspondiente de la que no goza por el mero internamiento. Lo afirma tanto para el internamiento psiquiátrico como para el residencial: "Tratamiento jurídico...", pp. 1001-1002 y "El internamiento...", pp. 174-175.

doctrinal en torno a la necesaria concurrencia de los presupuestos de la incapacitación en los sujetos de internamiento.

Para internar a una persona de manera involuntaria resulta indiferente a partir de ahora que haya sido o no incapacitada, o que reúna o no las condiciones para serlo. El internamiento que requiere autorización judicial es el internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí [1529], lo que da perfecta cabida a las enfermedades mentales de personas no susceptibles de incapacitación por no incidir la enfermedad que tienen en su autogobierno o por hacerlo sólo de manera temporal o puntual[1530].

El nuevo criterio para determinar el carácter forzoso del internamiento es la falta de capacidad natural del sujeto para decidirlo por sí mismo[1531], al igual que la situación contraria admite el internamiento voluntario. Teniendo capacidad natural para consentir el acto de internamiento, éste ha de ser prestado de manera personal por el enfermo, ya que se trata de un acto personalísimo[1532]. Ello sin perjuicio de que la vertiente contractual del mismo siga las normas propias del derecho de obligaciones, rigiéndose por la capacidad de obrar y exija, en su caso, la representación legal o el complemento de capacidad, según se desprenda de la sentencia de incapacitación. La capacidad natural habrá de mantenerse durante el transcurso del internamiento, de manera que si falta sobrevenidamente, el internamiento iniciado como voluntario, deviene forzoso.

Consideramos que la presunción de incapacidad en el internamiento voluntario, a la que hemos hecho referencia en el Capítulo V, debe seguir manteniéndose, porque así lo exige la defensa de la libertad[1533]. La inversión de la presunción sigue justificada[1534],

[1529] SANTOS URBANEJA, "El control…", p. 497.

[1530] Así lo afirma SANTOS MORÓN para el supuesto de crisis grave, *El supuesto...*, p. 84.

[1531] SILLERO CROVETTO, "El internamiento...", p. 168. Considera la autora que el internamiento voluntario está basado en la indicación médica y en el consentimiento informado. También hacen referencia expresa a la capacidad natural ZURITA MARTÍN, "El internamiento...", p. 28 y TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 112.

[1532] CHIMENO CANO, *Incapacitación...*, p. 237.

[1533] Así, NADAL I OLLER considera aconsejable que quede constancia escrita de la voluntad libremente expresada de la persona a internar, así como un certificado médico en el que se acredite la existencia del trastorno mental y se emita un juicio sobre la comprensión y libertad del consentimiento emitido. NADAL I OLLER, *op. cit.*, p. 80. También AZNAR LÓPEZ exige consentimiento por escrito. AZNAR LÓPEZ, M. "Los derechos fundamentales de las personas mayores atendidas en centros geriátricos". *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre Tutela, Asistencia y Protección a las Personas Mayores*, *Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000*. Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, PP.23-33, p. 26.

Afirma SANTOS URBANEJA que cuando la cuestión relativa a la capacidad es dudosa es ineludible como punto de partida la opinión médica. SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 77.

NADAL I OLLER se manifiesta favorable a la avoluntariedad como admisión del ingreso voluntario. *op. cit.*, p. 80.

a nuestro juicio, por el principio del interés superior no ya del incapacitado, sino de la persona con discapacidad o incluso de la persona mayor, cuya vulnerabilidad es necesario compensar (*cura maiorum*)[1535], priorizándose ante cualquier atisbo de duda la evaluación cognitiva de su situación mental, aun a costa de las tradicionales presunciones de capacidad[1536]. Lo que sí varía, como consecuencia del nuevo ámbito subjetivo de aplicación del artículo 211, es el alcance de la presunción de incapacidad, que si antes se vinculaba exclusivamente con el presunto incapaz, ahora se extiende a toda persona sobre la que existan indicios de que no está manifestando una voluntad libre en la prestación del consentimiento, por carecer del discernimiento necesario. El estado civil de incapacitado será sin duda, un indicio de la necesidad de recurso a la modalidad forzosa de internamiento, pero también lo será cualquier desorientación momentánea y puntual que se vislumbre en una persona capaz jurídicamente, porque los indicios se mantienen en el campo exclusivo de los hechos [1537].

Nos atrevemos a afirmar que con la nueva redacción del artículo, el internamiento civil forzoso se incorpora al conjunto de actos en los que el Derecho civil reconoce la autonomía de la voluntad del incapaz, incapacitado o no[1538]. El artículo 211 y posteriormente el artículo 763 adquieren la relevancia que les dota el artículo 267 del Código Civil, constituyéndose en disposiciones expresas que admiten la actuación del incapacitado por sí mismo, en atención, al derecho de la personalidad, que supone la libertad. Así, la libertad en la decisión de internamiento en la regulación de los artículos 211 y 763 adquiere, junto con la garantía de la autorización judicial para su respeto como derecho fundamental[1539], el pleno reconocimiento, desde una

---

En contra, GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 203; GALVÁN GALLEGOS, *op. cit.*, p. 1026; CERVILLA GARZÓN, *op. cit.*, p. 77; SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela…*, p. 142. Afirma expresamente CASTILLO RODRÍGUEZ que ha de prestarse la voluntad, en el sentido de que ha de poderse conocer cuál es ésta, *op. cit.*, p. 128.

[1534] La admiten GETE-ALONSO siguiendo la línea de 1983, *"Capacidad de obrar…",* p. 55; BOADA Y ROBLES, *op. cit.*, p. 38.

CALCEDO ORDÓÑEZ, "Hospitalización...", p. 33; AZNAR LÓPEZ es partidario de la presunción de la involuntariedad ante la falta de una constancia documental de la voluntariedad del ingreso. "En torno...", pp. 84-85.

[1535] Véase: apartado 3.6. del Capítulo I (*in fine*).

[1536] GÓMEZ GARZÁS, J "Aspectos legales…", p. 194 y "El juicio notarial…"*,* pp. 221-223, en relación con la capacidad para otorgar testamento. Véase nota 359.

[1537] Al igual que en relación con los tratamientos médicos se establece como criterio que el médico haya de dudar de la capacidad natural del paciente tanto cuando rechaza expresamente un tratamiento que está claramente indicado, como cuando acepta con facilidad un tratamiento muy invasivo sin cuestionar sus peligros o riesgos. SIMÓN-LORDA, p. "La capacidad…", p. 331.

Señala CHIMENO CANO, que patologías menores como la neurosis, la ansiedad, depresiones, toxicomanías o alcoholemias no graves no suelen excluir la capacidad de consentimiento. En cualquier caso, será el facultativo del centro quien haya de apreciar las eventuales anomalías en el consentimiento, de manera previa a la admisión. *Incapacitación...*, p. 239.

[1538] A esta capacidad natural que se refiere el legislador en otras ocasiones con la expresión "capacidad suficiente", SERRANO GARCÍA "La voluntad...", p. 1139.

[1539] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, pp. 185 y 201.

perspectiva técnico-jurídico civil[1540], de derecho de la personalidad inherente a la dignidad de la persona (art. 10 de la CE)[1541]. El incapacitado podrá decidir su propio internamiento, si tiene capacidad natural para ello.

Con la nueva redacción, el sometido a tutela podrá solicitar por sí mismo el internamiento (supuesto poco frecuente), salvo que quedase privado de tal posibilidad en la sentencia, y también podrá hacerlo el sometido a curatela, sin asistencia del curador, en los términos establecidos en el artículo 290. En el mismo sentido, si el incapacitado tiene capacidad natural podrá negarse al internamiento. Es cierto que el resultado práctico no varía respecto de la situación anterior, ya que aun negándose puede ser internado mediante autorización judicial, pero la trascendencia del cambio de redacción radica, a nuestro parecer, en que el juez queda compelido expresamente por los artículos 211 y 763 a verificar la capacidad de decisión de la persona a internar.

2.1.2. El trastorno psíquico como razón del internamiento

Si la reforma del artículo 211 clarifica la situación del incapacitado (sometido a patria potestad o a tutela), así como la del afectado por una enfermedad no incapacitante para el autogobierno, la exigencia de un trastorno psíquico como razón del internamiento dificulta la aplicabilidad de su regulación al internamiento que responde a una causa distinta a aquélla[1542].

Puesto el acento en el trastorno psíquico, se descarta definitivamente el internamiento por causas físicas[1543], pero se pone también en cuestión la inclusión de las enfermedades de tipo neurocognitivo que tenían cabida en el anterior concepto de "presunto incapaz". Ello se refuerza con la incorporación de la referencia al establecimiento de salud mental en el internamiento de menores, así como a la elevación del trastorno psíquico como razón del internamiento al título del artículo 763.

La doctrina ha estudiado el supuesto específico del internamiento residencial, lo que ha dado lugar a dos posiciones claramente diferenciadas.

Una primera línea doctrinal interpreta la expresión "por razón de trastorno psíquico" como exigencia de que el internamiento esté directamente motivado por

[1540] MONTES PENADÉS reconoce la existencia de medios e instrumentos de tutela de carácter preventivo (tales como el consentimiento informado) o que implican un refuerzo de la tutela judicial. *op. cit.,* p. 1400.
[1541] Así, SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 74.
[1542] Así lo entiende CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 1965.
[1543] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 165.

enfermedades psiquiátricas en sentido estricto y que sea necesario para el tratamiento[1544] terapéutico de las mismas. El internamiento forma parte del tratamiento sanitario[1545], del que constituye sólo una particularidad jurídica[1546], que se concreta a nuestro juicio en la capacidad natural como criterio rector de la voluntariedad del mismo.

Así, LÓPEZ MORA interpreta la situación de "trastorno", como una situación de crisis, que es, por su propia esencia, episódica[1547]. Por ello, esta línea doctrinal exige, para que proceda aplicar la regulación establecida en el artículo 763, que el internamiento tenga lugar en un establecimiento psiquiátrico y excluye el internamiento residencial. Así se pronuncia expresamente SANCHO GARGALLO: "quedan al margen los internamientos asistenciales de personas que entre otras enfermedades o deficiencias, padecen un trastorno psíquico, cuando el motivo primordial del ingreso sea satisfacer su atención y cuidado personal, dentro del cual lógicamente está su tratamiento médico. Es el caso de los ingresos en centros geriátricos, que quedan al margen de esta autorización"[1548].

La segunda línea doctrinal atribuye un sentido amplio al concepto "trastorno psíquico", abarcando en él toda enfermedad mental[1549] que impida la toma de la decisión de internar. Cabe incluir en la expresión, según esta concepción, los síntomas de la enfermedad de Alzheimer y otras de tipo neurocognitivo[1550]. Siguiendo las tesis finalista de la etapa anterior, considera este sector doctrinal que quedan incluidos todos los centros cerrados[1551] de carácter sanitario, educativo y asistencial, salvo los

[1544] El criterio de necesidad se establece tanto por el Convenio de Oviedo de 1997 (art.7), como por las Recomendaciones del Consejo de Europa sobre psiquiatría. Así, la Recomendación 1235 (1994) del Consejo de Europa sobre Psiquiatría y Derechos Humanos (Adoptada por la Asamblea de 12 de abril de 1994.10ª sesión), y la Recomendación (2004) 10, del Comité de Ministros a los Estados Miembros relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental cuyo artículo 8 recoge el principio de la medida menos restrictiva. (Adoptada por el Comité de Ministros el 22 de septiembre de 2004, en la 896ª reunión de Delegados Ministeriales).

[1545] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 36. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 76 y 89-90.

[1546] LACRUZ, considera que el internamiento, desde el punto de vista jurídico, resulta ser un caso peculiar de tratamiento sanitario obligatorio LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. 2, Personas.* 2ª *edición*. Barcelona: Bosch, 1999. (Epígrafe redactado por Delgado Echeverría, J.), p. 157. Siguiendo a COBREROS MENDAZONA. Véase nota 1453.

[1547] LÓPEZ MORA, *op. cit.*, pp.45-46. El mismo significado le da NADAL I OLLER, *op. cit.*, p. 75.

[1548] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 141.

[1549] SERENA VELLOSO, con anterioridad ya había afirmado que la expresión "enfermos psíquicos" engloba los imprecisos términos anacrónicos utilizados por el Código Civil de "locos", "imbéciles" y "dementes". SERENA VELLOSO, *op. cit.*, p.216. BERROCAL LANZAROT, A.I., "La protección jurídica de los mayores en situación de desamparo: ¿extensión de la guarda y tutela pública a estos supuestos?" en Martínez García, M.A. (Dir.), *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. *Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, PP.125-248 [188], siguiendo a HEREDIA Y FÁBREGA, *op. cit.*, p. 11.

[1550] CASTILLO RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 128; GANZENMÜLLER ROIG, "El internamiento…", p. 374.

[1551] AZNAR LÓPEZ, "Los derechos", 1998..., p. 20.

hospitales sujetos a la normativa general[1552]. Esta línea es mantenida también por algunas leyes autonómicas reguladoras de los servicios sociales[1553].

A nuestro parecer, desde un punto de vista técnico sanitario, el concepto de trastorno psíquico tiene un significado amplio. En este sentido, el Tribunal Constitucional, siguiendo los tratados internacionales, en concreto el Convenio Europeo de Derechos Humanos, delega en la ciencia médica, lo que ha de ser entendido por trastorno psíquico (Sentencia de 2 de julio de 2012, FJ. 4). La amplitud del significado de este concepto ha quedado recogida en el apartado 2.1 del Capítulo I de este trabajo en relación con el análisis de los manuales diagnósticos. Para JIMÉNEZ SORIA trastorno mental equivale en psicopatología a "alteración mental" y se define como "un síndrome o patrón de comportamiento psicológico y con significación y repercusión clínica, que aparece asociado a un malestar, a una discapacidad, y que supone deterioro o desadaptación personal, familiar, social o de otras áreas significativas de la persona"[1554]. Lo decisivo es que exista la alteración, independientemente de cuál sea su causa: enfermedad mental, demencia senil o deficiencia mental[1555]. Igualmente, AZNAR LÓPEZ, siguiendo las obras científicas en materia de diagnóstico en psiquiatría, considera que la expresión incluye, "sin necesidad de forzar para ello lo más mínimo el sentido de las palabras", la enfermedad de Alzheimer, las enfermedades psíquicas de carácter crónico y otras de tipo degenerativo[1556], o también, las disfunciones psíquicas como son el retraso mental, la demencia senil o la enfermedad de Alzheimer[1557].

Por lo que respecta al origen legislativo de la expresión, no podemos extraer una conclusión definitiva. Se debe aquélla a una Enmienda del Grupo Socialista (núm. 110) presentada al proyecto de 1996, que incorpora la patria potestad a la regulación del

[1552] JIMÉNEZ SORIA, *op. cit.*, p. 222. El argumento principal al que recurre SANTOS MORÓN para diferenciar el régimen de internamiento hospitalario y psiquiátrico es el origen distinto de la limitación de la libertad en ambos. En su opinión en el supuesto del internamiento para tratamiento psíquico la reclusión es un medio instrumental para el tratamiento y la coercibilidad se exige porque el enfermo debido a su trastorno mental no reconoce la existencia de la enfermedad ni la necesidad del tratamiento, por lo que de no llevarse a cabo el internamiento no podría tener lugar el tratamiento. En el supuesto de la hospitalización para tratamiento de enfermedades físicas de un enfermo mental "o deficiente psíquico" señala la autora que no se priva de libertad para someterle a un tratamiento, sino que la pérdida de libertad se produce como consecuencia del tratamiento que se le ha aplicado, es decir es una consecuencia secundaria derivada del tratamiento aplicado, restricción que afectaría a cualquier paciente sometido al mismo, con independencia de que padeciera o no un trastorno mental. SANTOS MORÓN, *El supuesto*…, pp. 66-67. A nuestro parecer la limitación de libertad se da también en el ingreso forzoso para tratamiento físico (ej, para una operación quirúrgica) y deriva del propio hecho del ingreso y no de las consecuencias del tratamiento.

[1553] Véase notas 89 y 90.

[1554] JIMÉNEZ SORIA, *op. cit.*, p. 220.

[1555] *Ibid.*, p. 222.

[1556] AZNAR LÓPEZ, "Los derechos…", 1998, pp. 19-20. Afirma el autor siguiendo a la Fiscalía de Alicante que la psicogeriatría forma parte del sistema de salud (art. 20 de la Ley General de Sanidad). El mismo autor en "Los derechos...", 2001, p. 30.

[1557] AZNAR LÓPEZ, "En torno...", p. 78.

internamiento en el art. 211. La enmienda se justifica por la mejoría técnica[1558] que proporciona al precepto y no suscita debate parlamentario[1559]. Sin embargo, la *mens legislatoris* se puede deducir a partir de la Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, en la que se afirma que se aborda el internamiento del menor en "centro psiquiátrico" (…) "equiparando, a estos efectos, el menor al presunto incapaz". La equiparación del incapaz y del menor, parecen referirse al internamiento psiquiátrico.

A nuestro parecer la expresión "trastorno psíquico" y la referencia al "establecimiento de salud mental"[1560] revelan que el legislador está pensando en un internamiento de carácter médico para supuestos de enajenación metal[1561], a modo del internamiento de finales del siglo XIX y del Decreto de 1931, en el que tienen cabida prioritaria las personas con enfermedades psiquiátricas. Ello resulta coherente con lo establecido en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria 2006[1562], en el que se propone la

[1558] Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 117-8, de 22 de septiembre de 1995, p. 77.

[1559] La propuesta es recogida en el Informe de la Ponencia en el Congreso, mantenida en el Dictamen de la Comisión y en el texto que se remite al Senado. Se mantiene en el Dictamen de la Comisión en el Senado y pasa a ser la Disposición Final 12 en el texto aprobado por el senado y consagrado como definitivo por el Congreso de los Diputados Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso. V Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley, núm. 117-18, de 30 de diciembre de 1995, p. 195.
En la reforma de la LEC de 2000, la expresión y el título del artículo forman parte del artículo 765 del proyecto de ley.

[1560] Considera, sin embargo, AZNAR LÓPEZ que el art. 763 únicamente se pronuncia sobre la causa que aconseja el internamiento, no sobre el tipo de establecimietno. AZNAR LÓPEZ, "En torno...", p. 77.

[1561] NADAL I OLLER, *op. cit.*, pp. 74-75.

[1562] En 2004 el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) ya había presentado una Proposición de Ley 122/000085 para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos en un nuevo apartado del artículo 763. BOCG. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B: Proposicones de Ley, 19 de julio de 2004, nº 10-1. La proposición caducó.

El 27 de octubre de 2006 se publica en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, presentado por el Gobierno para su discusión y aprobación. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 27 de octubre de 2006 Núm. 109-1.

Dicho proyecto contenía en su Título IV (Jurisdicción voluntaria en materia de personas) un Capítulo IX titulado "De la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos", cuyos artículos 84 a 87 regulaban respectivamente el ámbito de aplicación de la norma; la legitimación para solicitar el internamiento; la solicitud y el procedimiento y, finalmente, la resolución. A pesar del título, la regulación se refiere al tratamiento psíquico ambulatorio. Así se desprende también de las Enmiendas núm. 253 y 223 del Grupo Parlamentario Popular que proponen introducir en el ámbito de aplicación y en la competencia territorial, la palabra ambulatorio a fin de diferenciar este tipo de tratamiento, por una parte del regulado en el artículo 763 y, por otra, "de otros tratamientos no consentidos ya previstos en nuestra legislación como la contención mecánica, tratamientos electrocompulsivos, etc., que ya tienen otra respuesta en la vía sanitaria". (p. 185, 199-200).

El proyecto no devino norma legal porque fue retirado por el propio Gobierno el 24 de octubre de 2007, fecha en la que iba a debatirse en la sesión plenaria del Senado. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 26 de octubre de 2007 Núm. 115 (e).
En cualquier caso, el proyecto que el Congreso había aprobado y trasladado al Senado ya prescindía del citado capítulo que fue suprimido por el Informe de la Ponencia del Congreso, como consecuencia de las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios, que ponían en cuestión la constitucionalidad de un precepto en el que las personas con enfermedad mental resultaban agraviadas

regulación del internamiento ambulatorio y se atribuye naturaleza sanitaria[1563] en cuanto contenido en el capítulo IX ("De la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos"). Con ello, como afirma LASARTE ÁLVAREZ, acertadamente a nuestro parecer, el legislador olvida que el internamiento puede responder a causas o razones distintas al trastorno psíquico[1564].

Estamos de acuerdo con la doctrina especializada que mantiene que desde la reforma de 1996 y dada la incorporación al precepto de la frase "por razón de trastorno psíquico", el supuesto de los artículos 211 y 763 queda circunscrito al internamiento para tratar enfermedades mentales y, en consecuencia, en centros psiquiátricos[1565], por indicación sanitaria[1566], pero que considera aplicable su regulación a los internamientos para tratar cualquier tipo de trastorno psíquico, proceda éste de una enfermedad mental, de deficiencias congénitas de carácter psíquico o de deficiencias de carácter físico que produzcan alteraciones psíquicas, a fin de garantizar los derechos de la persona mayor[1567]. Ello se va a ver reforzado, como se verá a continuación, por la regulación procesal del artículo 763 de la LEC.

---

en relación con la restricción de su libertad personal y proponían el sometimiento del supuesto a la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 29 de junio de 2007. Núm. 109-27. Pág. 244. La Ley 15/2015, de 2 de julio, prescinde también de este capítulo.

Aluden a esta razón las siguientes enmiendas: Enmienda núm. 22 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 11 de junio de 2007. Núm. 109-26, p. 105. Enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Vasco. En el mismo Boletín, pp. 109-110; Enmiendas núm. 163, 164 y 165 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana. En el mismo Boletín, p. 157.

[1563] En las enmiendas presentadas al proyecto la naturaleza sanitaria es una constante.

El Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana en sus enmiendas alude a la Ley Orgánica 3/1986, de medidas especiales en materia de salud pública, que ampara medidas excepcionales para el supuesto de peligro para la salud de la población.

El Grupo Parlamentario Popular se muestra partidario, sin embargo, de hacer coherente la regulación del Capítulo IX con la regulación sanitaria. Enmienda núm.254. En el mismo Boletín, pp 200-201.

La Enmienda núm. 32 del Grupo Parlamentario Vasco propone también la supresión del capítulo porque en el momento de la discusión del Proyecto de Ley se encontraba en tramitación una Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència y Unió) que proponía incorporar al artículo 763 de la LEC un nuevo punto 5 regulador del tratamiento no voluntario de los enfermos con trastorno psíquico. En el mismo Boletín, pp 109-110). Esta Proposición de Ley caducó.

[1564] LASARTE ÁLVAREZ, "El internamiento...", p. 759. El autor atribuye esta incoherencia en las reformas de 1996 y 2000 a que la Comisión General de Codificación tuvo el papel de "convidada de piedra" en el proceso legislativo, p. 762.

[1565] PARRA LUCÁN, *Curso de..., 1998*, p. 379; LACRUZ, *Elementos de Derecho*…, 1999, p. 157. SANTOS MORÓN considera que el legislador está pensando en el internamiento psiquiátrico pero que por la finalidad de la norma hace extensivo el ámbito de aplicación, entre otros, a los supuestos de demencia senil u otro tipo de enfermedades degenerativas tipo Alzheimer y a aquellos que sufren trastornos mentales de origen orgánico (encefalitis, meningitis, sífilis) SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, pp. 21 y 81.

[1566] SANTOS URBANEJA, "El control...", p. 496.

[1567] PARRA LUCÁN, *Curso de...*, 1998, p. 379 y "Resoluciones…", p. 45o; LACRUZ *Elementos de Derecho…, 1999*, p. 157; ZURITA MARTÍN, "El internamiento...", pp. 33-34; SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 82; GALVÁN GALLEGOS, *op. cit.*, 1030; CHIMENO CANO, *Incapacitación...*, p. 243; GANZENMÜLLER

2.2. **LA REFORMA PROCESAL DEL INTERNAMIENTO: SU APLICABILIDAD AL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL**

La Ley 1/2000 recoge en el artículo 763 una regulación del internamiento más completa que su precedente artículo 211 del Código Civil. Otorga al internamiento forzoso el contenido procesal suficiente para poder afirmar que se configura como un proceso especial, dentro de los procesos sobre la capacidad de las personas, que excluye la remisión al juicio verbal contenida en el artículo 753 de la LEC[1568], y por lo que respecta al supuesto de autorización judicial del internamiento del tutelado o del sometido a curatela, excluye también la aplicación de los artículos 61 a 66[1569] de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria[1570]. La doctrina le atribuye carácter de contencioso[1571].

Los cambios introducidos por la Ley 1/2000 responden en gran medida al interés del legislador de recoger en la nueva regulación del internamiento las apreciaciones del Tribunal Constitucional en su sentencia de 1 de julio de 1999, dictada durante el

---

ROIG, "El internamiento…", pp. 374-378; CERVILLA, *op. cit.* , P 77; SILLERO CROVETTO, "El internamiento...", pp. 167 y 170. No estamos de acuerdo, sin embargo, con las dos últimas autoras, que extienden el internamiento del artículo 763 de la LEC también al ingreso de ancianos que aunque no estén afectados por un trastorno psíquico resulten, incapaces de valerse por sí mismos en condiciones de normalidad. ZURITA MARTÍN, *Protección civil…,* p. 204. La autora, que aplica analógicamente el artículo 211 al internamiento residencial, identifica como identidad de razón la privación de libertad que tiene lugar en base a una dolencia mental de cierta entidad, "El internamiento...", p. 39.
AZNAR LÓPEZ, "Los derechos...", 2001, p. 29 interpretando extensivamente el artículo 211 por la ratio legis del precepto.

[1568] Artículo 753 de la LEC*. Tramitación*
Salvo que expresamente se disponga otra cosa, los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, pero de la demanda se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la presente Ley.
En contra, GANZENMÜLLER ROIG, "El internamiento…", p. 383.

[1569] Los artículos constituyen el contenido del Capítulo VIII "De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente". El artículo 61 excluye del ámbito de aplicación del capítulo los actos para los que hubiera establecida una tramitación específica.

[1570] BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.

[1571] SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, p. 15. Cambia así la situación en relación con la regulación de 1996, que sometía el procedimiento de internamiento a la jurisdicción voluntaria y establecía que la oposición no convertía al procedimiento en contencioso. Disposición Adicional 3ª de la Ley 1/1996, de 15 de enero: "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: (…) 3.ª La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso".
Así parece desprenderse también de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 2012, en la que se exige que el juez informe al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento y de contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

proceso de elaboración de la Ley[1572]. Así se da solución expresa a algunas de las cuestiones sobre las que la anterior regulación guardaba silencio[1573], pero además por lo que a nuestro trabajo se refiere, incorpora una serie de elementos que permiten una amplitud valorativa del tribunal, lo que favorece la aplicación del artículo 763 al internamiento residencial de personas mayores con enfermedades neurodegenerativas.

Por lo que respecta a los aspectos no regulados en la redacción de 1983, a los que ahora se da solución destacan:

a) La audiencia preceptiva al Ministerio Fiscal[1574], requerida por ser el internamiento materia de orden público que afecta a personas en situación de vulnerabilidad[1575].

[1572] Muestra de ello es que la audiencia de la persona afectada, incorporada al artículo 763, no estaba prevista en el Proyecto que el Gobierno envió al Congreso porque en la práctica el examen por parte del juez de la persona a internar, preceptivo en el artículo 211 del Código Civil, suponía su audiencia sobre su situación y su voluntad de internamiento (BOCG. Congreso de los Diputados, de 13 noviembre de 1998, núm. 147, p. 147). Así lo entiende el Grupo Parlamentario Izquierda Federal Unida en el debate de las enmiendas al proyecto en la Comisión de Justicia del Congreso. Señala el Diputado Sr. Cardalliaguet que el examen de la persona a internar es un examen de testigo y que consiste en un interrogatorio, que tendrá lugar "a través de preguntas y de la indagación que permita conocer indiciariamente cuál es el estado de razonamiento o de irracionalidad en que se encuentre el afectado" (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión Justicia e Interior, Sesión 77, de 28 de Julio de 1999, núm. 741, p. 21638).
Sin embargo, en el texto que resulta del debate parlamentario incorpora la audiencia a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Estos elementos son incorporados por el Informe de la Ponencia del Senado, acogiendo la enmienda del Grupo Parlamentario Popular (BOCG, Senado, de 27 de Octubre de 1999, Serie II, núm. 154-d, Enmienda 293, p. 334) cuya motivación radica en la exigencia de un procedimiento contradictorio para acordar o ratificar el internamiento por la Sentencia del Tribunal Constitucional antes citada. La necesidad de dar audiencia al internado fue también puesta de manifiesto por la Diputada Uría Echevarría, del Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco, tanto en el seno de la Comisión de Justicia (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión Justicia e Interior, Sesión 77, de 28 de Julio de 1999, núm. 741, p. 21636).
pág. 21635) como en el pleno del Congreso (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, de 23 de Septiembre de 1999, núm. 260, p. 13831), señalando expresamente que "no se sabe si el examen permite ser oído (…). No parece que eso sea un derecho de audiencia con las condiciones que la sentencia exige".

[1573] AZNAR LÓPEZ, "Los derechos...", 2001,, p. 24.

[1574] La incorporación de la audiencia al Ministerio Fiscal se incorpora en el Proyecto que presenta el Gobierno al Parlamento en la nueva redacción de la regulación del internamiento (art. 765 del Proyecto, pág. 147). El Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida presentó en el Congreso una enmienda (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, de 26 de Marzo de 1999, núm. 147-9, p. 660-661), que fue rechazada, que proponía mantener el trámite del artículo 211 y eliminar la audiencia al Ministerio Fiscal previa a la decisión judicial por considerarse "un trámite innecesario y dilatorio del proceso, máxime teniendo en cuenta que los miembros del Ministerio Público no están presentes en todos los partidos judiciales". La enmienda no se presentó en el Senado. En cualquier caso, la

b) La competencia territorial que, consolidando los criterios establecidos por la doctrina anterior, viene determinada en el internamiento ordinario, por el lugar de residencia de la persona a internar (art. 763.1)[1576], en consonancia con lo establecido para el procedimiento de incapacitación (art. 756 de la LEC), y, en el internamiento urgente, por el lugar en el que radica el centro donde se haya producido el internamiento[1577]. En relación con la residencia, señala CHIMENO CANO que el concepto es más amplio que el del domicilio, lo que facilita la práctica de las diligencias de obligado cumplimiento[1578].

c) Por lo que respecta al internamiento urgente, el artículo 763 mantiene la obligación de comunicar el internamiento al juez lo antes posible y en todo caso, en el plazo de 24 horas[1579]. La competencia para comunicar el internamiento al Juez se atribuye al responsable del centro en el que se produce el internamiento. Como novedad, se impone un plazo de 72 horas para que el Juez ratifique o deniegue el internamiento, a fin de impedir la dilación de una eventual detención ilegítima[1580], después de haber realizado las pruebas contenidas en el artículo. En opinión de la

---

intervención del Ministerio Fiscal es uno de los aspectos que quedan recogidos en el procedimiento de jurisdicción voluntaria al que se remite el Tribunal Constitucional en su sentencia de 1 de julio de 1999.

[1575] GARCÍA GARCÍA. *op. cit.,* p. 98.

[1576] Así, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2008, de 30 de julio.

[1577] A las razones de inmediatez y de economía procesal, argumentadas por la doctrina anterior. Véase nota 12801280. GARCÍA GARCÍA añade como argumento el de protección de la dignidad y derecho a la intimidad del sujeto que exigen limitar la publicidad del caso sin dar traslado de las actuaciones al juez del domicilio. *Ibid.,* p. 91.

El legislador rechaza la opción de atribuir también en el internamiento forzoso ordinario la competencia territorial para autorizarlo al juez del lugar donde radica el centro consiguiendo así evitar "los internamientos a la carta" que podrían resultar de elegir establecimientos correspondientes a los partidos judiciales de aquellos juzgados en los que la autorización es más fácil de conseguir. La distinción de competencia fue finalmente fruto de una enmienda del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (BOCG. Senado. Serie II, de 27 de Octubre de 1999, núm. 154-d, Enmienda 292, p. 333), aceptada por el Informe de la Ponencia (BOCG. Senado. Serie II, de 22 de Noviembre de 1999, núm. 154-e, p. 429). Sin embargo, previamente, se habían presentado por parte del Grupo Parlamentario Convergència i Unió sendas enmiendas en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, , núm. 147-9, Enmienda núm. 1391. P. 576) y en el Senado (BOCG. Senado. Serie II, de 27 de Octubre de 1999, núm. 154-d, Enmienda núm. 396, p. 364) en las que se proponía tal disociación. Se solicitaba además en estas últimas enmiendas que una vez autorizado el internamiento, se remitiesen las diligencias al Juzgado del lugar en que radicase el centro de internamiento.

[1578] CHIMENO CANO, M."El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del art. 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil" *Revista Jurídica de Catalunya, Año 2001, Vol. 100, Núm. 2,* pp. 321-343. Lo suscribe SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, p. 14, Nota 6

[1579] Se admite cualquier medio de comunicación. GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 100.

[1580] LASARTE ÁLVAREZ, *Principios...*, p. 251; ALCÓN Y DE COUTO respecto del artículo 211 del Código Civil, *op. cit.*, p. 182, Estas autoras consideraron que el plazo en el que el Juez debía aprobar la medida en la redacción anterior a 2000 era precisamente de setenta y dos horas, en virtud del artículo 17.2 de la CE.

La vulneración de este plazo ha dado lugar a la consideración de privación de libertad del internamiento recurrido en amparo, en la STC de 2 de julio de 2012. Señala la Sentencia que "Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente".

doctrina ello resulta poco factible[1581] en la práctica, dado el número de actuaciones que conlleva, tal y como se verá[1582].

La nueva redacción establece asimismo que el tribunal que haya de ratificar el internamiento urgente, deberá actuar conforme al artículo 757.3 a efectos de comunicar al Ministerio Fiscal la presunta incapacidad del internado, lo que a nuestro juicio resulta una mera reiteración, salvo que se interprete que es este tribunal quien se hace responsable de tal comunicación.

d) Aunque no se dice expresamente, la resolución adopta la forma de auto[1583], recurrible en apelación (art. 763.3)[1584], en conformidad con el artículo 456 de la LEC, que determina además la carencia de efectos suspensivos del recurso[1585].

A pesar de la nueva redacción, algunas cuestiones procesales se mantienen abiertas:

Por lo que respecta a la legitimación para solicitar el internamiento, la doctrina lo resuelve en los mismos términos en los que se había pronunciado en relación con el artículo 211 anterior a la reforma, es decir aplicando por analogía lo establecido para el proceso de incapacitación. Así, la competencia recae en el cónyuge, los descendientes o ascendientes y los hermanos, y en defecto de éstos, en el Ministerio Fiscal[1586]. Además se admite la iniciación por el juez de oficio, ahora por analogía con

[1581] DE MARTÍ, J. "El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias" *Informes del Portal de Mayores*, nº 61. Madrid: Portal de Mayores, 2006. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/marti-ingreso-01.pdf (Última recuperación 1/09/2015), p.10. También es puesto en duda por AZNAR LÓPEZ, "Los derechos...", 2001, p. 25.

[1582] GANZENMÜLLER ROIG considera aplicable el art. 132.2 de la LEC, que señala que cuando no se fije plazo ni término, las actuaciones judiciales deberán practicarse sin dilación, "El internamiento…", p. 384.

[1583] SILLERO, "Tratamiento jurídico...", p. 1001.

[1584] Ello fue fruto de la enmienda presentada en el Senado por el Grupo Parlamentario Popular (BOCG. Senado. Serie II, de 27 de Octubre de 1999, núm. 154-d, Enmienda núm. 293, p. 334) núm. 293, pág. 333). La enmienda fue incorporada en el Informe de la Ponencia (BOCG. Senado. Serie II, de 22 de Noviembre de 1999, núm. 154-e, p. 429). Previamente, una enmienda del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, , núm. 147-9, Enmienda núm. 1659. P. 661) presentada en el Congreso y que se mantuvo hasta su debate en el pleno de esta cámara (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, de 23 de Septiembre de 1999, núm. 260, p. 13832), había propuesto la previsión en el artículo regulador del internamiento de la posibilidad de que el Ministerio Fiscal, el promotor y el internado o presunto internado (sic) interpusieran recurso de reposición y apelación contra la resolución judicial, que habría de ser motivada. La enmienda se rechazó. En el mismo sentido se pronunció la Diputada Uría Echevarría, en este caso proponiendo la incorporación del recurso de apelación (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión Justicia e Interior, Sesión 77, de 28 de Julio de 1999, núm. 741, p. 21636).

[1585] GANZENMÜLLER ROIG, "El internamiento…", p. 391.

[1586] Por todos, MARTÍNEZ MAROTO, A. "Desajustes legislativos en la institucionalización de las personas mayores: necesidades reales versus respuestas jurídicas", *Revista Multidisciplinar Gerontológica 2003, núm. 13, 4,* pp. 242-248, p. 242.

el art. 762.1 de la LEC, regulador de las medidas cautelares[1587]. No consideramos aplicable analógicamente al internamiento, la legitimación del incapaz para solicitar su propia incapacitación porque si éste tiene capacidad natural podrá hacerlo, a nuestro juicio, por sí mismo como ingreso voluntario y si no la tiene es porque carece de conciencia sobre la necesidad del mismo, por lo que difícilmente solicitará el internamiento.

Tampoco establece el artículo que el internamiento haya de ser autorizado por el Juzgado de Primera Instancia[1588], aunque ello se entiende tácitamente[1589]. Se continúa echando en falta la determinación del plazo en el que el juez deba resolver el internamiento ordinario.

Más allá de las imprecisiones del artículo, con la nueva redacción procesal, a nuestro parecer, y en contra de lo que se deriva del análisis sustantivo que hemos realizado, la justificación de la medida de internamiento deja de responder únicamente a la necesidad de internamiento para el tratamiento de la enfermedad psíquica y se extiende a causas más amplias.

El carácter contencioso del proceso de internamiento se manifiesta en que, durante todas las actuaciones, la persona a internar puede disponer de representación y defensa propia[1590] o, en su defecto, del Ministerio Fiscal o del defensor judicial, si el Ministerio Fiscal es el promotor del mismo (art. 758 de la LEC por remisión expresa al mismo del art. 763.3). En este sentido, se le permite oponerse al internamiento alegando las razones que estime pertinentes.

[1587] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...* , p. 144.

[1588] Tanto el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 presentado al Congreso de los Diputados (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 13 de Noviembre de 1998, núm. 147-1, P. 147), como el Informe de la Ponencia del Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 27 de Julio de 1999, núm. 147-12, P. 763) y el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 7 de Septiembre de 1999, núm. 147-13, P. 1112), así como la enmienda del Grupo Parlamentario Convergència i Unió en el Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, , núm. 147-9, Enmienda núm. 1391. P. 576) incorporan la competencia objetiva a favor del Juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, ésta desaparece del Texto que remite el Congreso de los Diputados al Senado y salvo en la enmienda del Grupo Parlamentario Convergència i Unió presentada en el Senado (BOCG. Senado. Serie II, de 27 de Octubre de 1999, núm. 154-d, Enmienda núm. 396, p. 364), esta competencia no vuelve a aparecer.

[1589] SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, p. 14, Nota 6. En algunas poblaciones corresponderá a los Juzgados de Incapacitaciones y Tutelas creados al amparo del art. 98 de la LOPJ. SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 148.

[1590] Señala SANTOS MORÓN que aunque el legislador no impone expresamente, con carácter preceptivo, la asistencia de letrado y procurador para la persona a internar, se desprende del artículo 750.1 de la LEC que si éste comparece en su propia defensa debe contar con la asistencia de aquéllos. Artículo 750. Representación y defensa de las partes.

1. Fuera de los casos en que, conforme a la Ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este artículo con asistencia de abogado y representadas por procurador.

A ello se une la amplitud de pruebas previstas por el artículo 763. Al examen judicial, que ahora se impone expresamente como personal, y al dictamen médico del facultativo designado por el juez, se incorporan en la nueva redacción como pruebas preceptivas, la audiencia de la persona a internar, la audiencia al Ministerio Fiscal, la audiencia de cualquier persona que el juez estime conveniente y la audiencia de cualquier persona que le sea solicitada por la persona a internar. Además el juez podrá practicar cualquier otra prueba que estime relevante (art. 763.3). Tal elenco de medios probatorios[1591] nos lleva a poner en duda el carácter vinculante del dictamen facultativo que habíamos afirmado con respecto al artículo 211 anterior a la reforma[1592]. Consideramos que el dictamen sigue siendo necesario porque es el que determina la capacidad de decisión del sujeto y que además vincula al juez cuando del mismo se desprende que el sujeto conserva la capacidad natural para decidirlo. De ahí su centralidad y su carácter ineludible[1593].

El carácter contencioso del internamiento y la libre apreciación de un número tan amplio de pruebas, admite el desempeño de una función judicial que trasciende la mera autorización de un internamiento prescrito por el facultativo, como se desprendía del artículo 211, en su redacción dada por la Ley 13/1983. El nuevo proceso permite que el juez no sea sólo garante del respeto a la libertad de la persona a

[1591] En realidad, estas pruebas se podían practicar también antes de la LEC 1/2000. ESPEJEL JORQUERA, C. "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 LEC" en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol 4, 2004,* PP. 47-62 [48].

Aunque en el antiguo art. 211 las únicas pruebas exigidas eran el examen obligado del Juez a la persona y el dictamen de un facultativo por él designado, la STC de 1 de julio de 1999 da cabida a todas las pruebas admisibles en la jurisdicción voluntaria por estar vigentes los arts. 1811 a 1824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. El Fundamento Jurídico 3 estima que se garantiza de modo suficiente la posibilidad de la persona afectada de utilizar cuantos medios de prueba se estimen pertinentes para la mejor defensa de sus derechos e intereses. La persona afectada por la decisión de internamiento habrá de ser oída en todo caso, por así resultar de la previsión de un trámite de examen en el párrafo segundo del art. 211 C.C. En segundo lugar, habrá de ser oído el Ministerio Fiscal con arreglo a lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 1/1996 en relación con el art. 1.815 L.E.C. En tercer lugar, habrá de ser igualmente oída cualquier persona (art. 1.813) cuya comparecencia estime conveniente el Juez o sea solicitada por quien promueve el acto de jurisdicción voluntaria o por quien tenga un interés legítimo, lo que permite la concurrencia en el procedimiento de cuantos puedan tener un derecho o interés en juego, por un lado, y de quienes puedan ilustrar al órgano judicial sobre la realidad del trastorno que justifica el internamiento, de otro. Finalmente, no cabe olvidar la específica previsión de «oír el dictamen de un facultativo» contenida en el propio párrafo segundo del art. 211 C.C. Cabe, asimismo, la práctica de todo tipo de prueba, según se desprende de la previsión general contenida en el art. 1.816 L.E.C., en el que expresamente se prescinde de la «necesidad de solicitud ni otra solemnidad alguna», lo que facilita una notable flexibilidad en su admisión y práctica, orientada a la mejor y más eficiente demostración del verdadero alcance del trastorno por cuya razón se interesa el internamiento.

[1592] Se pronuncia a favor de la libre apreciación de la prueba SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 77. En contra, GARCÍA GARCÍA, *op. cit.*, p. 98. Véase nota 1274.

[1593] Hasta el punto de que como describe LEGIDOS, en la práctica si el dictamen es contrario al internamiento, si no está actualizado, si no consta expresamente la necesidad del internamiento o si está basado únicamente en las manifestaciones de los familiares o en los antecedentes, sin que el médico haya realizado ninguna gestión más de contraste de dichos indicios, la resolución judicial suele ser denegatoria de la autorización de internamiento. LEGIDOS, *op. cit.* , p. 53.

internar, comprobando su capacidad de discernimiento o su opinión sobre su propio internamiento[1594], sino también que adquiera los elementos de juicio suficientes para pronunciarse, a modo de decisión, sobre la necesidad del internamiento en aras de la protección de la persona con discapacidad[1595] sin capacidad natural.

Por lo que respecta al seguimiento y al control de la medida de internamiento, el artículo 763 simplifica el procedimiento previsto en la redacción de 1983. Se sustituye la forma en la que ha de proceder el juez para valorar la información que reciba, a fin de acordar o no la continuación del internamiento. Tanto en el internamiento ordinario como en el urgente[1596], el seguimiento no exige el recurso a las pruebas previstas para la autorización del mismo[1597], sino que basta como preceptiva, la información médica de los facultativos que atienden a la persona internada, que será de periodicidad semestral, -excesiva a nuestro juicio para el ingreso residencial[1598]-, o inferior si así lo establece el juez. A esta información el juez puede añadir los informes que requiera cuando lo considere conveniente, así como la práctica, en su caso, de otras actuaciones que estime imprescindibles[1599]. Como fruto del seguimiento, el juez acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Algunos autores interpretan la simplificación del control como un menoscabo de las garantías de la persona internada[1600]. A nuestro parecer, la garantía radica en la interpretación judicial de la valoración contenida en los informes médicos[1601], que deberán manifestarse sobre los mismos extremos que hemos señalado para la autorización. La admisión de otros informes y pruebas, refuerzan la tesis de que el artículo 763 resulta aplicable a un internamiento de carácter no terapéutico, en el que la centralidad del informe médico responde a que la incapacidad para decidirlo es siempre el presupuesto básico de la medida.

Esta misma interpretación es la que habrá de darse al alta. Establece el artículo 763 en su último párrafo que serán los facultativos que atienden al interno quienes

[1594] SILLERO CROVETTO, "El internamiento...", p. 172; ZURITA MARTÍN, "El internamiento...", p. 50.
[1595] SANTOS URBANEJA, *"Dos cuestiones..."*, p. 84. SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 144, considera que el juez actúa de una parte como garante de los derechos y libertades de la persona y a la vez ejerciendo la función tutelar.
[1596] SILLERO CROVETTO, "El internamiento...", p. 175.
[1597] En contra, CHIMENO CANO, que considera que sigue siendo necesario el examen personal y el informe médico. *Incapacitación...*, p. 251.
[1598] Esta es la opinión de DE MARTÍ, *op. cit.*, p. 10; ZURITA MARTÍN, "El internamiento...", p.59; CERVILLA GARZÓN, *op. cit.* , p. 93.
[1599] Por lo que respecta a la competencia territorial, aunque del precepto puede deducirse que el control lo realizará el juzgado que haya autorizado el ingreso, dato que variará en función de la modalidad ordinaria o urgente del internamiento, la interpretación lógica reclama que sea competente el del lugar donde radique el centro en el que la persona se halla internada. AZNAR LÓPEZ, "Los derechos...", 2001, p. 25.
[1600] SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, p. 18, Nota 16.
[1601] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 154.

determinarán su alta cuando consideren que no es necesario mantener el internamiento, lo que deberán comunicar al tribunal competente. Como consecuencia de ello, se ha visto en el internamiento del artículo 763 una vocación temporal[1602], con componente médico[1603]. Reiteramos que el legislador, está pensando prioritariamente en el internamiento psiquiátrico[1604], en el que el alta procede por lo general por la compensación de la fase crítica del enfermo y en el que carece de sentido que se exija autorización judicial para reintegrar a la persona internada su derecho a la libertad[1605]. Sin embargo, ello no impide dar cabida en el artículo al internamiento residencial. En este supuesto será más difícil que el alta tenga lugar por motivos médicos debido a la recuperación de la capacidad de decisión o a haberse alcanzado los objetivos terapéuticos previstos. Dado que la redacción del último párrafo no lo excluye, consideramos que debe quedar abierta la posibilidad del alta judicial, por ejemplo por haberse superado la situación de vulnerabilidad en el propio domicilio, aunque a juicio médico el internamiento resulte también adecuado para la situación del enfermo. Esta posibilidad, sin embargo, se apunta más difícil en la práctica, por lo que respecta a la comprobación judicial de los recursos en el hogar, cuando el interno no está sometido a tutela y, en consecuencia, no resulta siempre fácil obtener información sobre aspectos que trascienden a la vida residencial, dada la inaplicabilidad del control periódico del artículo 269.4.

[1602] *Ibid.*, p. 153.

[1603] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales ...", p. 41.

[1604] El quinto párrafo del actual artículo 763 fue fruto de varias enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios en el Congreso. La enmienda del Grupo Parlamentario Socialista reproduce prácticamente la redacción actual (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, núm. 147-9, Enmienda núm. 658, pág. 380), y su motivación alude al criterio mantenido por el Tribunal Constitucional, Sala 2ª, Sentencia 104/1990, de 4 de Junio EDJ 1990/5858 y por los Jueces, Fiscales y Psiquiatras. Se señala que el alta, por sí misma, significa la restitución del derecho fundamental que temporalmente había estado suspendido y parece aludirse a la Reforma Psiquiátrica¸ cuyos principios serían contravenidos por la necesidad de autorización judicial cuando se afirma que "de mantenerse el precepto en los términos del proyecto podría producirse una grave intromisión en el ámbito terapéutico e introduciría la posibilidad nada desdeñable de que se haga renacer los manicomios". El alta es considerada también como acto médico por el Grupo Parlamentario Mixto en su enmienda que propone la supresión del entonces artículo 765 del proyecto presentado al Congreso (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, núm. 147-9, Enmienda núm. 839, pág. 429) y por el Grupo Parlamentario Catalán Convergencia i Unió (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, , núm. 147-9, Enmienda núm. 1390. P. 576) que propone mantener la situación prevista en el artículo 211 del Código Civil, "y que ya fue objeto de acuerdos entre el Sector de los Profesionales de la Psiquiatría". En el mismo sentido, la Enmienda del Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida que propone la supresión del párrafo relativo a la decisión judicial sobre la continuación del internamiento justificándolo de la siguiente manera: "Lo contrario supondría que el juez suplantara al psiquiatra y a su criterio clínico, reteniéndose a las personas como internados en centros sanitarios con criterios ajenos a los sanitarios" (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 26 de Marzo de 1999, , núm. 147-9, Enmienda núm. 1682. P. 666).

El Informe de la Ponencia acogió las enmiendas de los grupos Socialista, Mixto y Catalán con la redacción actual del párrafo quinto del artículo (BOCG. Congreso de los Diputados, Serie A, de 27 de Julio de 1999, núm. 147-12, P. 763).

[1605] SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, p. 18, Nota 17.

3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 211 DEL CC Y 763 DE LA LEC POR FALTA DE RANGO NORMATIVO PRECEPTIVO

El artículo 211 se aprueba con rango de ley ordinaria en la Ley 13/1983 y a pesar de su reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, mantiene su rango inicial[1606]. La regulación actual del internamiento tiene también carácter ordinario, ya que éste es el rango de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La doctrina ha afirmado reiteradamente la necesidad de que el internamiento, en cuanto medida que afecta a un derecho fundamental y libertad pública, haya de estar regulado por una ley orgánica[1607], en virtud de la exigencia de tal rango por el artículo 81 de la Constitución Española.

La cuestión ha sido abordada por el Tribunal Constitucional en tres ocasiones, en sus sentencias 129/1999[1608], de 1 de julio; 131/2010[1609], de 2 de diciembre y 132/2010, de la misma fecha[1610]. Hoy cabe afirmar que la admisión del internamiento en el ordenamiento jurídico español, tanto por el artículo 211, como por el actual 763 de la LEC, es inconstitucional, sin perjuicio de que se mantenga la vigencia de este último.

La legalidad del internamiento civil es examinada por primera vez en la STC 129/1999 con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), en relación con el párrafo

[1606] La Disposición final duodécima de la Ley 1/1996, modifica el artículo 211 y se aprueba con carácter de ley ordinaria (Disposición final vigésima tercera de la ley).

[1607] Lo exige ya en 1986 BERCOVITZ, "Comentario al artículo 2 de...", p. 800; Más recientemente LASARTE ÁLVAREZ, "El internamiento...", p. 753 y ss.
También RAMOS CHAPARRO, "El internamiento...", p. 490, COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*. Aunque estos dos últimos salvan la cuestión apuntando la posibilidad de que el art. 211 no sea una norma ordenada al desarrollo de los derechos fundamentales, sino una disposición singular.
Más recientemente CHIMENO CANO, *Incapacitación,...*, p. 202.

[1608] Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 129/1999, de 1 de julio de 1999. EDJ 1999/13066. Cuestión de inconstitucionalidad 19/1994. En relación con el art. 211, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela. Ponente: Garrido Falla, Fernando. Voto particular: García Manzano, Pablo. BOE (Suplemento Tribunal Constitucional) nº 181, de 30 de julio de 1999, pp. 73-80.

[1609] Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 131/2010, de 2 de diciembre de 2010. EDJ 2010/268825. Cuestión de inconstitucionalidad 4511-1999 en relación con el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ponente: Aragón Reyes, Manuel. BOE (Suplemento Tribunal Constitucional) núm.4, de 5 de enero de 2011, pp. 97-105.

[1610] Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 131/2010, de 2 de diciembre de 2010.EDJ 2010/268826. Cuestión de inconstitucionalidad 4542/2010, en relación con el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Ponente: Gay Montalvo, Eugeni. BOE (Suplemento Tribunal Constitucional) núm.4/2011, de 5 de enero de 2011, pp. 106-112.

segundo del artículo 211 del Código Civil. Planteada por el Juzgado la exigencia de rango orgánico del precepto, la Sentencia se remite a la STC 127/1994, de 9 de mayo en la que se afirma que la expresión "desarrollo" se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales (FJ. 3) (También STC 6/1982, FJ. 6)[1611]. Para el Tribunal, "el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas..." (STC 140/1986, FJ 5). En la sentencia 127/1994 el Tribunal reconoce que resulta difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental. En este sentido, la Constitución atribuye a la ley ordinaria la regulación del ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial y no obliga a regular por Ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la Ley ordinaria (FJ. 3 y 6) [1612].

La STC 129/1999 diferencia dentro del artículo 211 la norma habilitadora de la decisión de internamiento, -"precepto que la hace posible"- y contenida en el párrafo primero (en su redacción de 1996), de las normas procedimentales del mismo artículo, contenidas en su segundo párrafo[1613]. Así, considera el Tribunal que el precepto habilitante desarrolla el derecho a la libertad, mientras que las reglas procedimentales del segundo párrafo afectan simplemente al derecho, lo que no constituye un auténtico desarrollo del mismo (Fundamento FJ 2). Habiendo sido promovida la cuestión de inconstitucionalidad en relación con el párrafo segundo del artículo 211, la sentencia lo declara constitucional en tanto que resulta admisible su aprobación como ley ordinaria.

La Sentencia obtiene un voto particular por parte del Sr. D. García Manzano. El Magistrado considera necesario el rango orgánico de la regulación contenida en el artículo 211 y, por ende, califica el artículo de inconstitucional[1614]. Señala dicho Magistrado que mientras el párrafo primero del artículo 211 se refiere al internamiento de urgencia, el párrafo segundo, además de inescindible del primero, es la norma que habilita al Juez para los internamientos involuntarios ordinarios, ya que es una vez finalizado el expediente cuando éste ha de tomar la decisión sobre si procede o no el internamiento. Estima el Magistrado que, en la medida en que la

[1611] Recursos de inconstitucionalidad núms. 1.363, 1.364, 1.412 y 1.430/88. Acumulados. BOE 31 de mayo de 1994. Suplemento al núm. 129, pp. 40-70.

[1612] Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del Ordenamiento derivadas de la reserva de ley orgánica y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998, fundamento jurídico 7º). (STC 127/1994, fundamento jurídico 3.)

[1613] Para la redacción del artículo, véase nota 1525.

[1614] De la misma opinión es LACRUZ, Elementos de Derecho..., 1990, (Epígrafe redactado por Delgado Echeverría, J.), p. 138; LACRUZ *Elementos de Derecho…, 1999*, p. 157.

norma fija las condiciones necesarias para la privación de la libertad, el desarrollo de este derecho queda limitado[1615]. Por otra parte, subraya el carácter ordinario del artículo 211 en su conjunto, sin que quepa atribuir distinto rango normativo a dos párrafos de un mismo precepto.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional 131/2010 y 132/2010, dictadas ambas el 2 de diciembre del mismo año, en respuesta a sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña, analizan respectivamente el párrafo primero del artículo 211 y los párrafos primero y segundo del art. 763. 1, en tanto preceptos que en nuestro Derecho permiten el internamiento de personas que padecen trastornos psíquicos (Fudamentos Jurídicos 4 y 2, respectivamente). Ambas sentencias afirman que, tal y como se resolvió en la Sentencia 129/1999, el precepto que hace posible la medida de internamiento, en tanto constitutiva de una privación de libertad, "sólo puede ser una Ley Orgánica, pues dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el art. 17.1" (Fundamentos 4 y 2, respectivamente).

De esta suerte, las sentencias declaran inconstitucionales: el párrafo 1 del artículo 211 (STC 131/2010) y los incisos de los párrafos primero y segundo del artículo 763.1. de la LEC que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, - "el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a la tutela, requerirá autorización judicial" y "la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de tal medida" (STC 132/2010). Asimismo, la STC 131/2010 declara inconstitucional y nula la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996 al excluir al artículo 211 del carácter orgánico de la misma (Fundamentos Jurídicos 4 y 5)[1616].

Por lo que respecta a la nulidad del artículo 211, la STC 131/2010 recuerda que la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad no van siempre necesariamente vinculadas[1617] . De ser así, la declaración de nulidad crearía un vacío jurídico no

[1615] Comparte el magistrado la necesidad de ley orgánica para la privación de libertad que supone el internamiento.

[1616] Frente a la posición mantenida por el Abogado del Estado, según la cual la derogación del artículo 211 y la entrada en vigor del art. 763 de la LEC el 8 de enero de 2001 hace desaparecer el objeto del proceso, afirma el Tribunal que procede enjuiciar la constitucionalidad del artículo 211, dado que el artículo 211 resulta aplicable en el proceso *a quo* y de su validez depende la decisión a adoptar en el mismo (SSTC Pleno, nº 200/2001, de 4 de octubre FJ 3 EDJ 2001/32232, y la nº 37/2002, de 14 de febrero, FJ 3, EDJ 2002/3379).

[1617] SSTC nº 45/1989, de 20 de Febrero de 1989 EDJ 1989/1854, F.J.11; nº 138/2005, de 26 de Mayo de 2005 EDJ 2005/61452, F.J.6; nº 273/2005, de 27 de Octubre de 2005 EDJ 2005/187576; nº 236/2007, de

deseable en relación con el internamiento. A ello se añade que no se ha cuestionado la pertinencia misma del internamiento psiquiátrico y que el precepto ha sido derogado (Fundamento Jurídico 6). Igualmente, la STC 132/2010 declara la "no nulidad" del artículo 763.1, reiterando los dos primeros argumentos anteriores (Fundamento Jurídico 3)[1618].

Por último, las sentencias arriba mencionadas, siguiendo el razonamiento de la STC 129/1999, afirman la constitucionalidad del contenido procesal de los artículos 211 y 763 de la LEC. Se urge al legislador a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica (la Sentencia 132/2010, Fundamento Jurídico 3).

4. ADMISIÓN EXPRESA DEL INTERNAMIENTO PREVISTO EN LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN

La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, adquiere especial relevancia en relación con la protección del incapaz, en la medida en que, en aras de una mayor rapidez y eficacia de la protección[1619], deroga el procedimiento de incapacitación contenido en los artículos 202 a 214 del CC desde la reforma de 1983 y regula un nuevo proceso contencioso y específico[1620], en el Capítulo II, del Título I, de su Libro IV, los procesos sobre la capacidad de las personas (arts. 756 a 763). Se bifurca con ello la regulación de la incapacitación que queda residenciada por lo que a sus elementos sustantivos se refiere en los artículos 199 a 201 del Código, y en sus elementos procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil[1621].

El nuevo procedimiento se sustancia a través del juicio verbal civil, con unas especialidades que se concretan fundamentalmente en una demanda y en una contestación, similares a las del juicio ordinario. Una vez formulados los escritos de alegaciones, el juicio prosigue por los trámites del verbal[1622], a salvo el recibimiento del pleito a prueba, que podrá realizarse sin necesidad de esperar a la vista oral (por

7 de Noviembre de 2007 EDJ 2007/157457, F.J.17; y nº 120/2010, de 24 de Noviembre de 2010 EDJ 2010/265090, F.J.6.

[1618] La decisión se reitera en la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2012, de 2 de julio (FJ 3).

[1619] CABRERA MERCADO, *op. cit.*, p. 87; GANZENMÜLLER ROIG, C. Las personas con discapacidad intelectual ante la Administración de Justicia y el proceso judicial (Participación en mesa redonda) en *Discapacidad intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003.* Madrid: Fundación Aequitas, 2004, PP. 69-72, p. 72; FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M. "El procedimiento de incapacitación" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas,* Madrid 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid, Fundación Aequitas-Obra Social Caja. Madrid, 2004, PP.271-286, [272-285].

[1620] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 158.

[1621] TORRES GARCÍA, T.F. Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, p. 55.

[1622] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 63.

ejemplo para la pericial del médico forense o del informe de los servicios sociales)[1623]. Se mantienen las garantías de alegación, contradicción y prueba, así como la indisponibilidad del objeto del proceso. El art. 751 de la LEC establece que no surten efecto la renuncia, el allanamiento, ni la transacción y que el desistimiento requiere la conformidad del Ministerio Fiscal.

Con el procedimiento se continúa buscando la verdad material, a través de la legitimación imperativa del Ministerio Fiscal para la promoción del proceso[1624] (art. 757.2 de la LEC), del principio de investigación de oficio, del examen judicial del presunto incapaz, del dictamen facultativo y de la audiencia de parientes (art. 759 de la LEC), en garantía de la libertad, así como del principio de libre apreciación de las pruebas (art. 752 de la LEC)[1625]. Se añade la exclusión de la publicidad, de manera que el juez puede decidir mediante providencia que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas (art. 754 de la LEC).

Cabe acumular las acciones de incapacitación y nombramiento del organismo tutelar para ser resueltas en la propia sentencia de incapacitación (arts. 759.2 y 760.2 de la LEC)[1626]. Se unifica así la dualidad de procedimientos, -contencioso de incapacitación y de jurisdicción voluntaria para el nombramiento del tutor o curador-, a los que había de recurrirse en el sistema anterior a la Ley 1/2000[1627].

Asimismo, el juez puede adoptar judicialmente de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, previa audiencia de las personas afectadas, las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio cuando cualquiera de ellos tenga conocimiento de la posible causa de incapacitación (art. 762 de la LEC)[1628]. Además, se admite expresamente la posibilidad de establecer el

[1623] Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, en aplicación de los art. 752 y 759 de la LEC.
[1624] Desaparece el carácter subsidiario del antiguo artículo 203 del C.C.
[1625] Sobre el proceso de incapacitación en la LEC, véase: TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, pp.90-103.
[1626] Esta posibilidad había sido negada por Tribunal Supremo. Así, las STS, Sala 1ª, de 27 enero 1998, núm. 24/1998. RJ 1998\552. Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier; de 22 de Julio de 1993, nº 776/1993. EDJ 1993/7533. Ponente: Burgos y Pérez de Andrade, Gumersindo (FJ.4); y Sentencia núm. 461/1998 de 19 mayo. EDJ 1998/5016. Ponente: O´Callaghan Muñoz, Xavier (FJ. 2)
[1627] TORRES GARCÍA, "El hijo…", p. 695.
[1628] El art. 216.2 de la LO 1/1996 ya había admitido, a través de la nueva redacción del art. 216 2º del Código ,que las medidas del artículo 158 del CC pudieran ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos. Se trata de cualquier medida que el Juez considere oportuna a fin de apartar al incapaz de un peligro o de evitarle perjuicios. Esta modificación, así como la aprobación del propio artículo 209 del CC por la Ley 13/1983 (por el que el Juez en cualquier estado del procedimiento, puede, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio) tienen por finalidad proteger al incapaz a lo largo del proceso de incapacitación, que se dilata en el tiempo. HEREDIA Y FÁBREGA, *op. cit.*, p. 18.

internamiento psiquiátrico en la sentencia que declara la incapacitación[1629] (art. 760.1 de la LEC)[1630].

En este caso, siguiendo a CHIMENO CANO, la acción de internamiento se ejerce en el procedimiento de incapacitación acumulándola a la de declaración de incapacidad pero con un objetivo autónomo y distinto, de manera que puede perdurar, en su caso, más allá del procedimiento de incapacitación y con independencia de su resultado[1631].

Se ha afirmado que para decidir el internamiento en el procedimiento de incapacitación, se han de cumplir los trámites procesales preceptivos del artículo 763[1632]. En realidad, la diferencia entre ambos procedimientos es mínima. En el proceso de incapacitación regulado en la LEC, están previstas prácticamente las mismas actuaciones que las que la reforma de 2000 añade también al internamiento. Al igual que en el artículo 763, se reitera en el procedimiento de incapacitación la participación del Ministerio Fiscal (art. 749.1); la comparecencia del incapaz con su propia defensa y representación, o con la del Ministerio Fiscal o la del defensor judicial, en su caso (art. 758); el examen judicial, el dictamen médico y la audiencia a los parientes más próximos del presunto incapaz, como preceptivos (art. 759.1); se admite la práctica de pruebas de oficio y la de aquellas que sean propuestas por el Ministerio Fiscal o a instancia de parte(art. 752.1), lo que puede dar cabida a la audiencia de otras personas designadas por el incapaz, prevista en el artículo 763. Los controles del artículo 763.4 son además aplicables al internamiento acordado en la sentencia de incapacitación, en virtud de la Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012 (F.4).

El acercamiento entre los dos procedimientos es una muestra más de que, a través de ambos, el juez puede proveer de protección a la persona mayor necesitada de internamiento residencial. El propio artículo 760 de la LEC, al admitir el internamiento acordado en la sentencia de incapacitación, lo hace "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763", lo que ha de ser interpretado a nuestro parecer, en el sentido de que

[1629] Ello es el resultado de una enmienda presentada al proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil por Grupo Parlamentario Catalán CIU (núm. 1388), que se incorpora al informe de la ponencia en el Congreso y al proyecto que se remite al senado BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 147-9, de 26/03/1999, p. 575.

[1630] Art. 760.1: La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

Lo reconoce expresamente el Tribunal Constitucional en su sentencia de 2 de julio de 2012 (FJ.4).

[1631] CHIMENO CANO, *Incapacitación,...*, p. 212.

[1632] SANTOS MORÓN, *El supuesto...*, p. 15 y p. 62, Nota 10; SILLERO CROVETTO, "El internamiento...", p. 174.

queda abierta la vía del internamiento sin incapacitación. El criterio para recurrir a uno u otro procedimiento será abordado en el próximo capítulo.

5. LA MEDIDA CAUTELAR DE INTERNAMIENTO

Se ha afirmado en el capítulo precedente que gran parte de los internamientos adoptados, pendiente el procedimiento de incapacitación, se produce a través de medida cautelar. La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil contempla la adopción de medidas personales de protección como medidas cautelares específicas del proceso de incapacitación, en su art. 762:

> *Artículo 762. Medidas cautelares*
>
> *1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.*
> *2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.*
> *Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.*
> *3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.*

Entre los actos personales contemplados por el artículo citado la doctrina incluye el internamiento forzoso[1633], dada la amplitud y flexibilidad con la que este artículo contempla la adopción de medidas protectoras del incapaz todavía no incapacitado. La medida cautelar se resuelve mediante auto, que será recurrible en apelación en un solo efecto ante la Audiencia Provincial (art. 735 de la LEC).

Cabría considerar que las medidas del art. 762 pueden adoptarse de manera autónoma respecto de la causa principal y decidir así un internamiento que se

[1633] JIMÉNEZ SORIA, *op. cit.*, p. 223; SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, pp. 128 y 142; SILLERO, "El internamiento...", p. 166; BARBERO, *op. cit.*, pp. 164-170.
FÁBREGA RUIZ y BERROCAL LANZAROT identifican las siguientes medidas como medidas que tienen cabida en el art. 762: reconocimientos y tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, cuidados especiales, internamiento en centro adecuado, traslado provisional a una residencia, cambio de cerraduras de casa, entrega de llaves de casa para la asistencia, nombramiento provisional de tutor o guardador interino (aquél que permite sacar al incapaz de la zona de influencia de determinadas personas), esterilización del incapaz, restricción de salidas al exterior en la residencia. FÁBREGA RUIZ, como medidas que el juez puede acordar y BERROCAL LANZAROT como medidas a adoptar por el juez o como medidas que puede decidir el defensor judicial nombrado en virtud del propio artículo. FÁBREGA RUIZ, "Protección...", p. 64; BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.222. Véase, NADAL I OLLER, *op. cit.*, p. 61, en relación con el precedente art. 209 del CC.

mantenga indefinidamente. El argumento que sustenta tal posición es que las medidas del artículo 762, pueden tener un objetivo distinto a la mera efectividad de la sentencia[1634]. Dado que la incapacitación es constitutiva de la capacidad de obrar[1635], no existe una ejecución que garantizar y, por lo tanto, el campo de actuación del artículo pueda consistir en cualquier tipo de cobertura de las necesidades personales y materiales del incapaz[1636], con base en la regulación precedente contenida en el Código (arts. 203 y 209 anteriores a la Ley 1/2000)[1637].

Consideramos que el procedimiento principal respecto del cual se adoptan las medidas del artículo 762, tiene por objeto el pronunciamiento sobre la capacidad o incapacidad de obrar del demandado y no la protección del incapaz en sentido amplio[1638]. Entendemos que así lo quiere el legislador cuando se refiere al "presunto incapaz" en un artículo ubicado en el Capítulo relativo a los procesos sobre la capacidad de las personas, y cuando establece como requisito para la adopción de tales medidas "el conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona". En el mismo sentido, la medida de guarda resultante de la sentencia no puede adoptarse en ausencia de declaración de incapacidad.

Ello implica que la admisión de la medida cautelar de internamiento depende en todo caso de que existan indicios favorables a la incapacitación[1639], sin que sea suficiente el conocimiento de una situación de riesgo o de desamparo[1640]. Es cierto que estas medidas inicialmente no están limitadas al objeto de la demanda de incapacitación, lo que implica que pueden dar cabida al internamiento, aunque éste no se haya

[1634] MARTÍNEZ DÍE "Los discapaces...", p.185; FÁBREGA RUIZ, "Protección...", p. 57 y 58.

[1635] La sentencia que declara la capacidad, sin embargo, es declarativa. SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 120.

[1636] FÁBREGA RUIZ, "Protección...", p. 56. También BERROCAL LANZAROT, "La protección...", pp. 219-222.

[1637] ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 128. Afirma que estos artículos generalmente servían para evitar el desamparo o la desprotección hasta el fin del procedimiento. Establecía el art. 203*:*

El Ministerio Fiscal deberá promover la declaración si las personas mencionadas en el artículo anterior no existen o no lo hubieran solicitado. A este fin, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

El Juez competente, en los mismos casos, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien deberá solicitar del Juez lo que proceda, dentro del plazo de quince días.

Artículo 209

El Juez, en cualquier estado del procedimiento, podrá, a instancia de parte o de oficio, adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

Artículos introducidos por la Ley 13/1983 y vigentes hasta la Ley 1/2000 LEC.

[1638] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 159. Considera GANZENMÜLLER ROIG que la función de la medida es la protección del enfermo, de ahí la posibilidad de prolongarse, en su opinión de manera indefinida en el tiempo. "El internamiento…", p. 393.

[1639] FÁBREGA RUIZ exige que exista una presunta incapacidad, "Protección...", pp. 56 y 60.

[1640] Esta opinión es mantenida por BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.219.

solicitado en aquélla, pero la razón no es el carácter autónomo de las mismas, sino la quiebra del principio de congruencia característica del proceso de capacidad.

Como afirma CHIMENO CANO, las medidas del artículo 762 tienen una verdadera naturaleza cautelar[1641]. Así se denominan en el propio título del artículo y de ahí la remisión de su punto 3 a las normas reguladoras de las medidas cautelares ordinarias, y en nuestra opinión dan cabida al internamiento[1642]. Siendo el procedimiento del artículo 762 accesorio del proceso principal de incapacitación, éste habrá de estar pendiente al tiempo de adoptar las medidas cautelares e impedirá que la medida de internamiento se adopte de manera indefinida. El internamiento puede solicitarse con anterioridad a la interposición de la demanda[1643], pero la falta de incoación de la acción de incapacitación en el plazo legal (20 días según el art. 730.2 de la LEC) [1644], operará como condición resolutoria de la medida, en este caso, del internamiento acordado[1645]. Asimismo, finalizará el internamiento con la desestimación de la demanda de incapacitación[1646].

La medida cautelar de internamiento puede solicitarse también una vez dictada la sentencia, si ésta es apelada, a fin de proteger al presunto incapaz mientras se resuelve la apelación[1647].

Por lo que respecta a los actos procesales necesarios para la adopción de la medida cautelar de internamiento, creemos que dada la relevancia del mismo, además de la audiencia a la persona a internar (art. 762.3) que otorga carácter contencioso a las medidas[1648], salvo razones de urgencia (art. 733.2), será aplicable el artículo 763.3, que exige el examen judicial y el informe médico[1649], además de la audiencia al Ministerio

[1641] CHIMENO CANO, *Incapacitación,...*, p. 108.

[1642] La autora niega tal posibilidad. Concibe el internamiento como acción ejercida en el proceso de incapacitación o como medida de protección autónoma, en virtud del artículo 763 de la LEC. CHIMENO CANO, *Incapacitación,...*, p. 109.

[1643] SILLERO CROVETTO, "Tratamiento jurídico...", p. 993; BARBERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 164.

[1644] Nótese que la comunicación al Ministerio Fiscal lo es a los efectos de que promueva el procedimiento si lo estima conveniente. SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 40.

[1645] COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.,* p. 194; BARBERO GARCÍA, *op. cit.*, p. 165.
BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.219, considera, sin embargo, que no es aplicable la limitación temporal prevista en el art. 730.2, de 20 días, que deja sin efecto la medida si no se presenta la demanda.

[1645] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 40.

[1646] Ya advierte DÍEZ-PICAZO, "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil..." , p. 195, en relación con el precedente art. 209 del CC, que las medidas cesarán con la finalización del procedimiento automáticamente, sin especial mandato judicial. COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.*, p. 194; BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p. 219; FÁBREGA RUIZ, "Protección...", p. 58.

[1647] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...* , p. 131.

[1648] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 159.

[1649] SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...* , p. 142.

Fiscal. En caso de ser adoptada la medida con carácter urgente[1650], estos actos tendrán lugar en el plazo de 72 horas, por aplicación analógica del artículo 763. Asimismo, mientras dura el procedimiento de incapacitación, se aplicará analógicamente el seguimiento impuesto por el art. 763.4[1651].

6. EXCLUSIÓN DE OTRAS ALTERNATIVAS JURÍDICAS EN LAS QUE INCARDINAR EL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL

Presentamos a continuación tres preceptos en los que la doctrina ha subsumido el internamiento residencial de manera puntual, sin llegar a elaborar una formulación general en torno a su aplicabilidad. Exponemos las razones por las que a nuestro juicio no son aplicables al acto al que nos referimos.

6.1. EL INTERNAMIENTO DECIDIDO EN VIRTUD DE LA TUTELA *EX LEGE* DEL ARTÍCULO 239 DEL CC

Una vía por la que cabría proceder al internamiento forzoso de la persona mayor vulnerable podría ser la declaración de desamparo y la asunción de la tutela automática por ministerio de la ley, previstas en el último párrafo del artículo 239 del CC, en su redacción anterior a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia[1652]. El artículo 239 anterior a dicha Ley reza así:

> *La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.*
>
> *Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.*
>
> *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*

[1650] COMES Y ESCALONILLA dudan de la efectividad de la medida cautelar adoptada con carácter urgente, Op. Cit., pp. 190-191.

[1651] Así opinan: BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.221; FÁBREGA RUIZ, "Protección...", p. 61; SANCHO GARGALLO, *Incapacitación y tutela...*, p. 142.

El Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia de 2010, al que se hará referencia en el capítulo siguiente, propone una reforma del art. 762 de la LEC que supedita la duración de las medidas a la subsistencia de las causas que las motivaron y establece que transcurridos 6 meses sin haber sido presentada la demanda de modificación de la capacidad, se revise de oficio tales medidas.

[1652] BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. 64544-63613.

La imprecisión del artículo ha llevado a la doctrina a un extenso debate en el que se discute si cabe la asunción de la tutela por la Administración, además de cuando el tutor incumple sus deberes o el incapacitado no tiene designado un tutor, en los supuestos de desamparo de un incapaz no incapacitado[1653]. Hay que advertir que esta posibilidad no viene excluida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que admite el internamiento decidido por la autoridad administrativa, si se garantiza el recurso ante un tribunal de naturaleza judicial. La admisibilidad del internamiento administrativo es cuestión del Derecho interno, en nuestro caso, de la interpretación que haya de darse al artículo 239 del Código Civil.

La mayor parte de la doctrina ha afirmado que no cabe realizar una interpretación literal y entender que el sujeto pasivo de la tutela automática es el incapaz natural, ya que ello supone vulnerar la presunción de capacidad del mayor de edad[1654] y someter a tutela administrativa a una persona sin la preceptiva sentencia de incapacitación[1655].

Tanto los antecedentes del art. 239, como la tramitación parlamentaria sostienen esta tesis. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 preveía que el Juez decretase el depósito del pupilo o pupila maltratado por su curador en la persona que estimase conveniente, así como el del incapacitado que quedase en abandono por la muerte de la persona a

[1653] La imprecisión es atribuible en gran medida a que el desamparo y la tutela administrativa no formaban parte del Proyecto de Ley, sino que se añadieron a la misma, como consecuencia de la enmienda nº 23 en el Congreso, del Grupo Parlamentario Socialista. Durante los informes y debates parlamentarios no se hace referencia a la justificación de la inclusión o rechazo de la enmienda. Tampoco se hace referencia a este nuevo párrafo en la Exposición de Motivos. MAYOR DEL HOYO, M. V. "Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convenicón de Naciones Unidas" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Dykinson, 2013, PP.193-210, p. 198; BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p. 137; GIL RODRÍGUEZ, J. "La entidad pública" y las "instituciones privadas" en la tutela de incapaces desamparados" en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional de la Junta de Castilla y León*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 21-78. P30.
Véase: BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 10 de septiembre de 2003, nº 154-5, pp. 27-28.
Congreso de los Diputados, VII legislatura, serie A, núm. 154-1, de 6 de junio de 2003, pp. 1 y ss, y 10 de septiembre de 2003, pp. 27 y 28.

[1654] FÁBREGA RUIZ, C.F. "Ingresos involuntarios: algunas cuestiones problemáticas". *Estudios jurídicos, Nº. 2012, 2012*, p. 42.

[1655] MAYOR DEL HOYO, "Hacia un sistema...", p. 202; SERRANO GARCÍA, "Dos años..." y "La voluntad...", p. 1141. En contra la Fiscalía General del Estado. Instrucciones nº 4/2008, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las Tutelas de Personas Incapaces, p.18 y nº 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, p. 3.
FÁBREGA RUIZ admite la asunción de la tutela ex lege en el caso del incapaz natural en situación de desamparo, aunque admite que "se precisa una resolución, generalmente judicial, en que se establezca la condición de incapacidad natural y la existencia de una situación de desamparo". FÁBREGA RUIZ, C.F. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*. Madrid: Ramón Areces, 2006, p.43. Califica además de "utópica" la posibilidad de determinación administrativa de la falta de autogobierno y del desamparo. Concluye el autor que no se puede hablar de una tutela por ministerio de la ley, pp. 43 nota 54 y 44.

cuyo cargo estuviera, donde el juez estimase conveniente (Art. 1277 párrafos 4º y 5º, 1278, 1315, 1320). En este último caso procedería el juez a proveerle de curador ejemplar y lo pondría a su disposición (Art. 1321).

En el mismo sentido establecía el art. 203 del CC en su redacción original que: "los jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento del tutor, cuando por la Ley no hubiese otras encargadas de esta obligación. Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados". En este supuesto las atribuciones que "por ministerio de la ley, asume la autoridad judicial"[1656] eran supletorias y transitorias. Se trataba de una tutela provisional que duraba hasta la formación del Consejo de familia y que, a diferencia de los amplios poderes de la tutela en la época, tenía por objeto sólo el cuidado de la persona y de los bienes muebles del incapaz. Para satisfacer el deber de cuidado, el juez normalmente ponía al "incapacitado" bajo el cuidado de una institución o persona de su confianza, siendo responsable por falta de elección y de vigilancia[1657].

Parece por tanto, que la guarda por parte de la Administración previa al nombramiento de la tutela tendría, en todo caso, carácter temporal y estaría abocada al nombramiento de un tutor ordinario[1658].

También la justificación de la enmienda que da lugar a la introducción del último párrafo del art. 239 apunta en el mismo sentido: "hacer frente a posibles situaciones en las que un incapaz se encuentre sometido a tutela, pero esté en total desamparo moral o material"[1659].

Aunque con la tutela administrativa se pueda favorecer la agilidad e inmediatez de la protección del incapaz[1660], el desamparo no puede constituir por sí mismo, -con base en la aplicación analógica del art. 172, que prevé el acogimiento residencial de menores-una causa de internamiento que excluya la autorización judicial, ni mucho menos una causa de incapacitación añadida a la del art. 200[1661].

[1656] LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 203…", p. 160.
[1657] *Ibidem,* pp. 161-162.
[1658] FÁBREGA RUIZ, *La guarda...*, pp. 45-46.
[1659] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, 10 de septiembre de 2003, nº 154-5, pp. 27-28.
[1660] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)...", pp.236-240.
[1661] HERAS HERNÁNDEZ, M.M. "La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismos de protección jurídico-asistencial" en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad. Coord. José Pérez de Vargas Muñoz*. Madrid: La Ley, 2006, pp. 593-624.

La finalidad protectora de la norma[1662] excede a nuestro parecer los límites de la libertad de las personas no incapacitadas judicialmente y no sometidas en Derecho a potestad externa alguna, como es la de los menores respecto a la patria potestad, que queda en suspenso cuando la administración asume la tutela administrativa (art. 172.1). Tampoco el cumplimiento literal del supuesto de hecho a través de la constatación de la situación de vulnerabilidad o desamparo, puede obviar la necesaria incapacitación judicial. Como afirma LACRUZ la gran diferencia con los menores es que éstos tienen su capacidad restringida por la ley, mientras que en el caso de los mayores de edad, esta cuestión está aún sin dilucidar[1663].

Más difícil nos resulta rebatir el argumento esgrimido por LEGERÉN MOLINA [1664], según el cual, la asunción de la tutela *ex lege,* sin necesidad de incapacitación, de las personas incapaces de hecho (a menudo precisamente personas mayores con enfermedades neurocognitivas) en situación de desamparo declarado en sede administrativa, es la única novedad introducida por el artículo. El autor, siguiendo la posibilidad abierta por GIL RODRÍGUEZ[1665], señala que ésta es la única interpretación que puede darse al artículo 239.3 para que tenga efectos que no se pudiesen alcanzar con las normas del ordenamiento jurídico anterior (arts. 158 del CC, 762 de la LEC, 242, 260, 249 y 251.2 del CC). Es cierto, además que tal interpretación resulta la de mayor conformidad con los postulados de la Convención de Nueva York, por su carácter menos restrictivo respecto de la incapacitación[1666], como se verá en el capítulo siguiente.

En nuestra opinión, las salvaguardas dirigidas a evitar los conflictos de intereses del art. 12 de la Convención y la garantía del ejercicio de los propios derechos, reclamada por el art. 10 de la CE, exigen que no pueda recaer la facultad de declaración de desamparo en la misma institución que ejerce la tutela, -estos argumentos los reconoce el propio LEGERÉN MOLINA. Las garantías serán mayores si es la instancia

---

La Consulta 2/1998 de 3 de abril de la Fiscalía General del Estado, ya había negado con anterioridad la aplicación analógica de la tutela automática del art. 172 a los discapacitados mayores de edad que puedan encontrarse en situación de desamparo (Punto V).

[1662] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)...", pp.236-240. La autora admite la tutela administrativa de adultos incapaces no incapacitados en situación de desamparo. GIL RODRÍGUEZ, "La entidad...", señala que esta vía permitiría proteger a quienes no teniendo la facultad de autogobierno carecen del amparo que debería prestarles la familia, p. 40.

También LEGERÉN MOLINA que aun reconociendo que no fue tal la *mens legislatoris.* Señala que la semejanza entre los artículos 172.1 y 239.3 constituye un indicio consistente para la defensa de la creación de una tutela administrativa paralela a la de los menores, de carácter temporal LEGERÉN MOLINA, A. *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil.* Madrid: Ramón Areces, 2012, p. 81 y 87.

[1663] LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 150.

[1664] LEGERÉN MOLINA, *op. cit.*, p.196 y ss.

[1665] GIL RODRÍGUEZ, "La entidad...", pp. 38-39.

[1666] LEGERÉN MOLINA, *op. cit.*, p. 204, nota 355.

judicial la que declare tanto la situación de desamparo, como la incapacidad de autogobierno, o cuando menos esta última.

Pudiera pensarse que si el ordenamiento jurídico admite la guarda de hecho ejercida por particulares, también habría de admitir la tutela administrativa automática por la administración, que en principio ofrece mayores garantías que la primera[1667]. Sin embargo, la guarda de hecho en ningún caso excluye la necesidad de autorización judicial del internamiento, por lo que este argumento no resulta válido para mantener tal posición.

La cuestión queda definitivamente resuelta por la modificación del artículo 239 del Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio[1668]. El artículo 239 contiene ahora la tutela *ex lege* de los menores en situación de desamparo y el artículo 239 bis se dedica a la tutela de las personas "con capacidad modificada judicialmente", es decir, previamente incapacitadas[1669]. En el mismo sentido se modifica el artículo 303[1670], admitiéndose en su segundo apartado la declaración de desamparo de las personas "con la capacidad modificada judicialmente" sometidas a guarda de hecho.

Ratificamos con ello el planteamiento de la doctrina anterior a este año 2015, según la cual el internamiento, aun en situaciones de desamparo de incapaces naturales, exige autorización judicial dirigida a apreciar la situación de desamparo, -o mejor de vulnerabilidad-, del presunto incapaz, así como su incapacidad natural para salir de la misma[1671]. Las vías que permite el ordenamiento jurídico para llevar a cabo el internamiento residencial de una persona no incapacitada siguen siendo

[1667] GIL RODRÍGUEZ augura incluso que la tutela administrativa podría desbancar a la guarda de hecho. "La entidad...", p. 35.

[1668] Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados. Serie A. Núm. 131-1, 27 de febrero de 2015, pp.36 y 37.

[1669] Artículo 239 bis:

"La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada".

[1670] Art. 303.2.: "Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis". El artículo 172 en su nueva redacción regula el desamparo de menores.

[1671] BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.166.

preferentemente la sentencia de incapacitación del art. 760 de la LEC, la medida cautelar asociada a ella del art. 762[1672], así como el internamiento del art. 763.

El art. 239 bis del CC, en su nueva redacción, será aplicable exclusivamente en el supuesto de la persona incapacitada desasistida moralmente por su tutor o curador, por imposibilidad o por incumplimiento de sus deberes de guarda[1673], o por ausencia de persona designada como tutora. Esta desasistencia moral afecta al ámbito interno e íntimo, a su dignidad como persona y supone la privación de bienestar, de calidad de vida y de posibilidad de desarrollo personal[1674]. En este supuesto cabe en nuestra opinión, la constatación del desamparo por resolución administrativa, así como la asunción de la tutela por ministerio de la ley, con el contenido determinado en la sentencia de modificación de la capacidad cuando se atribuye la tutela al tutor que posteriormente deviene incumplidor[1675]. No existe inconveniente a nuestro parecer en aplicar analógicamente en este supuesto el art. 172.1 y suspender la tutela anterior. La asunción de la tutela administrativa se deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal por aplicación analógica del mismo artículo y el internamiento habrá de adoptarse necesariamente con autorización judicial.

6.2. **LAS MEDIDAS DEL ART. 158 DEL CC**

La Ley Orgánica 1/1996, 15 enero, de Protección Jurídica del Menor introduce un párrafo 2º en el art. 216 del CC que permite que el Juez acuerde, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en interés de éstos, la adopción de las medidas previstas en el art. 158 del CC. El punto 4º de este último, establece una cláusula abierta en la que se incluyen todas las disposiciones que el juez "considere oportunas, a fin de apartar al menor o incapaz de un peligro o de evitarle perjuicios". Las medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

[1672] BERROCAL LANZAROT admite la actuación ante el desamparo dentro de las medidas del art. 762 de la LEC. Identifica la desasistencia material con la privación de alimentos en sentido amplio, (art. 142 CC). BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.173.

[1673] En contra se manifiesta LEGERÉN MOLINA, sobre la redacción anterior, en la medida en que considera que si ese es el único supuesto en el que procede la asunción de la tutela por ministerio de la ley, considera preferible acudir a la vía del art. 158 en relación con el art. 216 o a la remoción del cargo de tutor. *op. cit.*, p. 86.

[1674] BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.139-166. MAYOR DEL HOYO echa de menos la posibilidad de la asunción de la guarda administrativa en el supuesto de adultos incapacitados para asumir sólo el aspecto personal de la protección evitando futuros desamparos a solicitud de los guardadores. MAYOR DEL HOYO, "Hacia un sistema...", p. 206.

[1675] MAYOR DEL HOYO, "Hacia un sistema...", p. 205.

Cabe pensar que en el caso de ancianos en situación de vulnerabilidad, el internamiento pudiera ser adoptado en virtud de estos artículos. Sin embargo, consideramos que estas medidas están dirigidas a garantizar la efectividad de las sentencias en procedimientos relacionados con conflictos entre los titulares de la potestad de guarda, fundamentalmente titulares de la patria potestad, o a la prevención del desamparo[1676]. Así parece corroborarlo la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuyo art. 1.9 modifica el art. 158 del CC y ubica en su apartado 6º la cláusula citada, ahora con la siguiente redacción "en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas". Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Aunque el artículo no lo diga expresamente, las circunstancias a las que se refiere el punto 6º pueden dan lugar, en todo caso a situaciones de desamparo de incapaces[1677], que exige según la legislación vigente, como se ha visto, la previa modificación judicial de la capacidad de obrar.

Si excepcionalmente tales conflictos generasen situaciones de vulnerabilidad no percibidas por la ausencia de conciencia de la persona mayor, el internamiento, en calidad de forzoso, requeriría autorización judicial.

6.3. **EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA**

El artículo 4 de la Ley 39/2006 reconoce el derecho de las personas en situación de dependencia a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial (art. 4.2.g). Establece su número 3 que "los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia".

El artículo ha servido de fundamento jurídico para que el Auto núm. 679/10, de 22 de junio de 2010, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Barakaldo[1678], autorice el

[1676] BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.219.
[1677] FÁBREGA RUIZ, *La guarda...*, p. 45.
[1678] El auto es reproducido por el Fiscal del Tribunal Supremo D. Carlos GANZENMÜLLER ROIG, "Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles. Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo" en Curso del Consejo General del Poder Judicial. Sevilla, del 20 al 22 de octubre de 2010. (Material no publicado, disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/Cursos/Ano-2010--Criterios-interpretativos-en-materia-de-modificacion-de-la-capacidad-y-medidas-de-apoyo. (Última recuperación 2/05/2015), pp. 20-22.

ingreso residencial involuntario urgente de una mujer de 91 años, con deterioro cognitivo, sin capacidad para decidir su ingreso en un centro residencial y que precisa ayuda de terceros para todas las actividades básicas de la vida diaria. El mismo auto considera que no ha lugar a la incapacitación de la mujer (el Ministerio Fiscal no la solicita en la demanda).

La fundamentación jurídica del auto señala que "conforme al art 4.2.g de la Ley (39/2006), las personas en situación de dependencia tienen derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial". Pero "en todo caso, según el párrafo 3° del precitado artículo, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia". El auto deduce de la norma que "en los casos en que no tenga capacidad para tomar dicha decisión, serán los poderes públicos, concretados en la autoridad judicial, los que deban suplir esa falta de capacidad y velar por la atención de las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada".

Considerando lo anterior, ante la necesidad de asistencia por terceras personas para las actividades básicas de la vida diaria, se autoriza el ingreso en residencia. Como se aprecia, la resolución entiende que ante la incapacidad para realizar las actividades de la vida diaria, la residencia es el apoyo adecuado para la incapaz y autoriza el internamiento sin modificar su capacidad de obrar, basando la resolución en la sustitución de la capacidad de decisión de la persona, que corresponde a los poderes públicos como parte de la atención a las situaciones de dependencia.

En nuestra opinión el auto no resulta acertado. Convenimos con GARCÍA PONS en que el art. 4.3, parece hacer depender las limitaciones en el ejercicio de los derechos de la falta de capacidad de obrar generada por la situación de dependencia. Como señala el autor, la situación de dependencia no determina una falta de capacidad de obrar. Podrá determinar en su caso, una dificultad práctica, una falta de operatividad física que dificulte seriamente, incluso llegue a impedir, el ejercicio real de los derechos de la persona dependiente por sí misma, pero no una falta de capacidad de obrar[1679]. En cualquier caso, consideramos que la redacción del artículo no justifica la sustitución de la capacidad de obrar, sin una modificación previa de ésta a través de la sentencia judicial correspondiente, o en su caso, a través de la medida de internamiento prevista en los artículos 760, o 763 de la LEC. Lo contrario excluye los controles judiciales

[1679] GARCÍA PONS, *op. cit.,* p. 55. El autor detecta en este artículo un intento de establecer el principio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, p. 57. En el mismo sentido, GETE-ALONSO Y CALERA, *"Capacidad de obrar…",* , p. 70.

exigibles en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en este caso no está específicamente previsto como parte de un procedimiento de internamiento regulado legalmente.

7. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA MENOR

La dualidad interpretativa del artículo 763 de la LEC y del 211 del CC (éste entre los años 1996 y 2000) en relación con el internamiento residencial de ancianos, se reproduce en los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, que resuelven sobre recursos interpuestos contra la autorización o denegación del internamiento con base en el artículo citado.

La mayor parte de las Audiencias se posicionan de manera favorable a la aplicabilidad de los artículos citados, a partir de una interpretación extensiva de los mismos[1680]. Algunas, minoritarias, consideran inaplicable el artículo 763, o el 211 de la redacción anterior, y lo circunscriben al internamiento psiquiátrico. Remiten para el

[1680] Así, entre los autos estudiados:
- A.P. de A Coruña, (Sección 4º): autos nº 86/2011, de 13 de julio y nº 132/2011, de 29 de noviembre.
- A.P. de Asturias (Sección 5ª), auto nº 446/2011, de 2 de diciembre.
- A.P. de Barcelona, Sección 12ª, de 6 de julio de 1995.
- A.P. de Cádiz (Sección 5ª), auto nº 47/2010, de 16 de marzo.
- A.P. de Castellón (Sección 1ª), auto nº 85/2002, de 20 de marzo.
- A.P. de Castellón (Sección 3ª), auto nº 141/2005, de 18 de marzo.
- A.P. de Córdoba (Sección 3ª), auto nº 140/1999, de 14 de mayo.
- A.P. de Granada (Sección 3ª), auto nº 242/2004, de 31 de marzo.
- A.P. de Granada (Sección 4ª), auto nº 151/2002, de 12 de noviembre.
- A.P. de Huelva (Sección 1ª), autos: nº 45/2006, de 24 de julio y nº 17/2010, de 29 de marzo.
- A.P. de Huelva (Sección 3ª), autos: nº 80/2004, de 14 de septiembre; nº 55/2006, de 27 de febrero y nº 19/2007, de 20 de marzo.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª): autos: 52/2008, de 29 de septiembre; nº 20/2009, de 18 de marzo; nº 35/2009, de 8 de mayo; nº 66/2009, de 25 de septiembre; nº 63/2010, de 3 de diciembre y nº 45/2011, de 10 de junio.
- A.P. de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) auto de 8/5/2008.
- A.P. de La Rioja, nº 155/1998, de 17 de marzo.
- A.P. de Madrid (Sección 22ª): autos nº 245/2010, de 2 de julio; nº 337/2010 de 15 de octubre; nº 166/2011, de 25 de mayo y nº 243/2011, de 18 de julio;
- A.P. de Madrid (Sección 24ª): autos nº 744/2008, de 26 de junio, nº 809/2009, de 22 de julio; nº 336/2010, de 18 de marzo
- A.P. de Pontevedra, (Sección 1ª): autos nº 84/2010, de 21 de abril; nº 140/2010, de 30 de junio; 43/2011, de 24 de marzo.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), autos: nº 129/2011, de 16 de junio; nº 133/2011, 21 de junio; nº 147/2011, de 8 de julio; nº 188/2011, de 9 de septiembre; nº 199/2011, de 16 de septiembre 6ª, de 16/9/2011; 207/2011, de 23 de junio y nº 218/2011, de 6 de octubre.
- A.P. de Segovia, 76/2000 de 27 de marzo.
- A.P. de Sevilla (Sección 2ª), autos: nº 175/2003, de 31 de julio; nº 150/2012, de 29 de junio y 235/2012, de 15 de noviembre.
- A.P. de Toledo (Sección 1ª), auto nº 1/2003, de 16 de enero.
- A.P. de Valencia (Sección 10ª), autos: nº 90/2003, de 7 de mayo y nº 466/2009 de 16 de diciembre.
- A.P. de Valencia (Sección 11ª), auto nº 31/2002, de 6 de mayo.

internamiento de personas mayores aquejadas de trastornos neurocognitivos al procedimiento de incapacitación. Se da el caso, incluso, de algunas resoluciones que excluyen la necesidad de autorización judicial por considerar que el internamiento residencial no constituye una privación de libertad.

Los argumentos esgrimidos por los tribunales que admiten la aplicabilidad de los artículos reguladores del internamiento por razón de trastorno psíquico, no difieren de los señalados por la doctrina, recogidos en los apartados anteriores.

Así, se alude al concepto amplio de trastorno psíquico[1681], remitiéndose las resoluciones a las definiciones de los organismos sanitarios oficiales (OMS y Asociación Americana de Psiquiatría)[1682], así como a la contemplación de la atención psicogeriátrica en el artículo 20 de la Ley 14/1986, General de Sanidad[1683]. Consideran las Audiencias que el ámbito de aplicación del artículo ampara toda enfermedad que prive al sujeto de capacidad natural para decidir el internamiento, y que le impide, en consecuencia, prestar un consentimiento válido[1684].

Por lo que respecta a los centros de internamiento, la argumentación recoge la privación de libertad que tiene lugar en ellos, a los efectos de la aplicación de los artículos 17.1 de la C.E[1685]. y 5.1. e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos[1686], e

[1681] A.P. de Huelva, en sus autos de 14/9/2004, (F.J. 3º); de 27/2/2006 y de 20/3/2007; A.P. de Toledo, auto de 16/1/2003, (F.J. 3º); A.P. de Cádiz, auto de 16/3/2010, (F.J. 2º y 3º); A.P. de Sevilla, auto de 29/6/2012, (F.J. 4º) y, A.P. de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 8/5/2008, (F.J. 3º).

[1682] A.P. de Segovia, en su auto de 27/3/2000, (F.J. 2º); A.P. de Pontevedra, auto de 16/6/2011, (F.J. 4º) y de 6/10/2011 (F.J. 3º) y autos de 21/6/2011; de 8/7/2011; de 9/9/2011; de 16/9/2011; y de 23/9/2011 y A.P. de A Coruña, auto de 13/7/2011, (F.J. 3º); y de 29/11/2011, (F.J. 3º).

[1683] A.P. de Pontevedra, auto de 6/10/2011 (F.J. 3º).

[1684] A.P. de Madrid autos de 26/6/2008, (F.J. 3º) y en los autos de 15/11/2007; de 18/3/2010, (F.J. 3º), y de 2/7/2010, (F.J. 3º); A, p. de Jaén, autos de 25/9/2009, (F.J. 1º); de 10/6/2011, (F.J. 1º); A.P. de Pontevedra, autos de 21/4/2010, (F.J. 3º); de 30/6/2010; de 24/3/2011, (F.J. 3º); de 16/6/2011, (F.J. 2º), que se reiteran en los de 21/6/2011; 8/7/2011; 9/9/2011; 16/9/2011; de 23/9/2011 y 6/10/2011; A.P. de Huelva, en auto de 14/9/2004, (F.J. 1º) y 20/3/2007; A.P. de A Coruña, autos de 13/7/2011, (F.J. 4º) y de 29/11/2011; A.P. de Cádiz, auto de 16/3/2010, (F.J. 2º); A.P. de Valencia, autos de 6/5/2002, (F.J. 2º) y de 16/12/2009, (F.J. 2º); A.P. de Sevilla, autos de 29/6/2012, (F.J. 3º) y de 15/11/2012, (F.J. 3º); y auto de la A.P. de Las Palmas de Gran Canaria de 8/5/2008, (F.J. 2º).
Algunas resoluciones se remiten expresamente al derecho a la libertad de decisión del ingreso reconocido en el art. 4 de la Ley 39/2006, de atención a la dependencia. Así, la A.P. de Sevilla, en su auto de 15/11/2012, (F.J. 4º) y la A.P. de Pontevedra, en auto de 6/10/2011 (F.J. 4º).

[1685] A.P. de Madrid, auto de 2/7/2010, (F.J. 2º), así como los de 11/6/2010 y de 22/6/2010; A.P. de Jaén, auto de 25/9/2009, (F.J. 1º); de 3/2/2010, (F.J. 1º) y de 10/6/2011, (F.J. 1º); A.P. de Pontevedra en todos los autos analizados en este trabajo, así el auto de 6/10/2011 (F.J. 2º); A.P. de A Coruña, autos de 13/7/2011 y de 29/11/2011; A.P. de Granada, auto de 31/3/2004, (F.J. 2º); A.P.de Toledo, auto de 16/1/2003, (F.J. 1º); A.P. de Valencia, auto de 6/5/2002, (F.J. 2º); A.P. de Sevilla, autos de 29/6/2012, (F.J. 3º) y de 15/11/2012, (F.J. 3º).

[1686] A.P. de Segovia, auto de 27/3/2000, (F.J. 2º); A.P. de Madrid, autos de 26/6/2008, (F.J. 4º) y de 2/7/2010, (F.J. 3º); A.P. de Jaén, autos de 29/9/2008, (F.J. 1º); 18/3/2009 (con nulidad de actuaciones, pero con idéntica fundamentación en relación con la aplicabilidad del artículo 763 LEC); de 8/5/2009, (F.J. 1º); de 25/9/2009, (F.J. 1º); de 3/12/2010, (F.J. 1º), y de 10/6/2011, (F.J. 1º); A.P. de Pontevedra,

incluso al artículo 14 de la Convención de Nueva York[1687], que se tratará en el capítulo siguiente.

Se hace especial referencia a la libertad deambulatoria que queda restringida en los centros de carácter cerrado, independientemente de la naturaleza curativa, asistencial o educativa de éstos[1688], así como al carácter abierto de la tipología de centros recogida en el artículo 271.1 del Código Civil[1689]. Se alude también a la naturaleza integral de la atención prestada en el centro residencial, asistencial, rehabilitadora y clínica[1690], así como a la finalidad protectora del internamiento, dirigida a evitar un peligro o daño a la persona a internar o a terceros[1691].

La fundamentación de las resoluciones gira en torno a la protección jurídica que merece el derecho a la libertad en el internamiento y que se garantiza con la autorización judicial. No se recurre, sin embargo, a argumentos que profundizan en la capacidad natural de decisión de la persona mayor para la que se solicita el internamiento. Constatamos una diferencia respecto de las resoluciones que aplican el artículo 763 de la LEC a enfermedades psiquiátricas en sentido estricto, que aluden en mayor medida a la autonomía del sujeto internado[1692].

autos de 21/4/2010, 24/3/2011, 16/6/2011, 21/6/2011, 8/7/2011, 9/9/2011, 16/9/2011, 23/9/2011 y 6/10/2011 (FJ 2º); A.P. de Huelva, auto de 14/9/2004, (F.J. 1º) y en los de 27/2/2006; de 20/3/2007 y de 29/3/2010; A.P. de A Coruña, autos de 13/7/2011, (F.J. 2º) y de 29/11/2011, (F.J. 4º); la A.P. de Toledo, auto de 16/11/2003, (F.J. 1º); la A.P. de Sevilla, autos de 29/6/2012, (F.J. 4º) y de 15/11/2012, (F.J. 3º) y auto de la A.P. de Las Palmas de Gran Canaria, Auto de 8/5/2008.

[1687] A.P. de Sevilla, auto de 15/11/2012, (F.J. 4º) y A.P. de Pontevedra, auto de 6/10/2011 (F.J. 4º).

[1688] A.P. de Madrid, auto de 26/6/2008, (F.J. 4º); A.P. de Segovia, auto de 27/3/2000, (F.J. 2º); A.P. de Pontevedra, autos de 21/4/2010, (F.J. 3º); auto de 6/10/2011 (F.J. 2º); de 24/3/2011, (F.J. 3º) (alude como argumento a la limitación de otros derechos tales como la intimidad, el secreto en las comunicaciones, etc.), de 21/6/2011 y de 23/9/2011 A.P. de Huelva, autos de 14/9/2004, (F.J. 3º); de 27/2/2006 y de 20/3/2007; A.P. de A Coruña, autos de 13/7/2011 y de 29/11/2011, (en sus F.J. 3os.); A.P. de Toledo, auto de 16/1/2003, (F.J.1º); A.P. de Sevilla, autos de 29/6/2012, (F.J. 4º) y de 15/11/2012, (F.J. 4º) y A.P. de Las Palmas de Gran Canaria, auto de 8/5/2008, (F.J. 3º)

[1689] A.P. de Pontevedra, autos de 16/6/2011, (F.J. 3º); de 21/6/2011; de 8/7/2011, 9/9/2011, 16/9/2011, 23/9/2011, y 6/10/2011.

[1690] A.P. de Pontevedra, auto de 21/6/2011 y auto de 6/10/2011 (F.J. 2º).

[1691] A.P. de Segovia, auto de 27/3/2000, (F.J. 2º y 4º); A.P. de Jaén, auto de 8/5/2009, (F.J. 1º); la A.P. de Pontevedra, auto de 21/4/2010, (F.J. 3º); A.P. de Huelva, autos de 24/7/2006 y de 29/3/2010; A.P. de Granada, auto de 31/3/2004, (F.J. 2º); A.P. de Cádiz, auto de 16/3/2010, (F.J. 4º); y A.P. de Valencia, auto de 16/12/2009, (F.J. 2º).

[1692] Traemos aquí a colación la comunicación presentada por la autora (no publicada) en el 57 Congreso de la Sociedad Española de Geriatría y Gerontolgía" celebrado entre el 3 y el 5 de junio de 2015, de título "Valoración de la capacidad de decisión autónoma relativa al ingreso residencial de la persona mayor vulnerable" en la que se ponían de relieve tales diferencias. En una investigación comparativa entre resoluciones recaídas en diferentes audiencias, se observó, entre otros resultados, que las resoluciones que aplicaban el artículo 763 de la LEC al internamiento residencial de personas mayores recurrían como primer argumento a la protección de la libertad, mientras que este argumento se situaba en un quinto puesto en las resoluciones que aplican el mismo artículo a los internamientos de naturaleza psiquiátrica. A la inversa, en estas últimas la justificación relativa a la garantía del derecho a

Por el contrario, las resoluciones que se oponen a la aplicación del artículo 763[1693] se basan en la especialidad[1694] y excepcionalidad[1695] de la norma, que excluye una interpretación extensiva de la misma[1696]. Señalan que para entrar en el campo de aplicación del artículo el internamiento ha de producirse en un centro psiquiátrico y por razones de trastorno psíquico[1697], con finalidad terapéutica y/o para evitar un daño a sí mismo o a terceros[1698], necesaria por ausencia de otras alternativas[1699], y con duración limitada en el tiempo[1700].

---

la autonomía y a la libre decisión se sitúa en segundo lugar, mientras que se pospone al quinto en el caso del internamiento residencial de personas mayores. La investigación se realizó con la herramienta informática de análisis de contenido Atlas-ti. Las resoluciones objeto de análisis fueron las siguientes:

- Resoluciones que aplican el artículo 763 al internamiento residencial de personas mayores: AP de Granada, (Sección 4ª), auto nº 151/2002, de 12 de noviembre; AP de A Coruña, (Sección 4ª), auto nº 132/2011, de 29 de noviembre; AP de Sevilla, (Sección 2ª), auto nº 235/2012, de 15 de noviembre; AP de Pontevedra (Sección 1ª), auto nº 43/2011, de 24 de marzo; AP de de Pontevedra (Sección 6ª), auto 218/2011, de 6 de octubre; AP de Madrid (Sección 22ª), auto nº 166/2011, de 20 mayo; AP de Segovia (Sección única), auto nº 76/2000, de 27 marzo y AP de Toledo (Sección 1ª), auto nº 1/2003 de 16 enero.
- Resoluciones que aplican el artículo 763 al internamiento psiquiátrico: AP de Gipuzkoa (Sección 3ª), auto nº 84/2011, de 14 de diciembre; AP de Vizcaya (Sección 4ª), auto nº. 237/2011, de 30 marzo; AP de Álava (Sección 2), auto 111/2001, de 5 de junio de 2001; AP de Alicante (Sección 9ª), sentencia nº 469/2011, de 22 noviembre; AP de Badajoz (Sección 3ª), auto nº. 144/2010 de 22 noviembre; AP de Asturias (Sección 6ª), sentencia nº 331/2003, de 7 julio; AP de Valencia (Sección 10ª), auto nº 230/2011 de 8 junio y AP de Madrid (Sección 22ª) auto nº 88/2005, de 18 marzo.

[1693].Resoluciones judiciales analizadas que consideran inaplicable el art. 763 de la LEC:
- A.P. Barcelona, (Sección 16ª), auto nº 342/96 de 24 de julio y auto de 19/11/1996.
- A.P. Barcelona, (Sección 1-ª), autos de 12/12/1997, de 10/2/1998, de 5/2/1999.
- A.P. Bizkaia, (Sección 3ª), autos: nº 3/2003, de 20 de enero, y nº 56/2003, de 20 de febrero.
- A.P. Cádiz, (Sección 5ª), auto nº 161/2012, de 18 de diciembre.
- A.P. La Rioja, autos: nº 3/2000, de 17 de enero; nº 30/2000, de 29 de febrero; nº 16/2002, de 18 de febrero; nº 138/2002, de 30 de diciembre.
- A.P. Toledo, (Sección 2ª), auto nº 265/2001, de 23 de mayo.
- A.P. Valladolid, (Sección 1ª), autos: nº 109/2005, de 29 de septiembre y nº 86/2006, de 3 de julio.
- A.P. Zaragoza, (Sección 5º), autos nº 449/2006 y 450/2006, ambos de 20 de julio.

[1694] A.P. Zaragoza, autos de 20 de julio de 2006 (F.J. 2º).

[1695] A.P. Barcelona, autos de 12/12/1997, (F.J. 2º) y de 10/2/1998, (F.J. 4º); la A.P. de La Rioja, autos de 18/2/2002, (F.J. 2º), de 29/2/2000, (F.J. 2º) y de 30/12/2002, (F.J. 2º); A.P. de Bizkaia, autos de 20/1/2003 y 20/2/2003, (ambos en sus F.J. 2º) y, la A.P. de Cádiz, auto de 18/12/2012, (F.J. 1º).

[1696] A.P. ZaragozA, autos de 20 de julio de 2006 (F.J. 2º) y A.P. de Toledo, auto de de 23/5/2001, (F.J. 1º).

[1697] A.P. de Barcelona, auto de 12/12/1997, (F.J. 2º); A.P. de la Rioja, autos: de 17/1/2000, (F.J. 1º); de 29/2/2000, (F.J. 2º); de 18/2/2002, (F.J. 2º); y de 30/12/2002, (F.J. 2º); A.P. de Bizkaia, autos de 20/1/2003, (F.J. 2º); y de 20/2/2003, (F.J. 2º); A.P. de Cádiz, auto de 18/12/2012, (F.J. 1º) y A.P. de Valladolid, autos de 29/9/2005,(F.J. 2º) y de 3/7/2006, (F.J. 2º).

[1698] la A.P. de Barcelona, auto de de 10/2/1998, (F.J. 2º); A.P. de la Rioja, autos de 18/2/2002, (F.J. 2º) y de 30/12/2002, (F.J. 2º), remitiéndose a los d 27/10/1998, de 11/12/1998, de 17/1/2000, de 29/2/2000, de 6/11/2001 y de 22/2/2002. A.P. de Bizkaia, auto de 20/2/2003, (F.J. 2º); la A.P. de Cádiz, auto de 18/12/2012, (F.J. 2º); y la A.P. de Valladolid, autos de 29/9/2005, (F.J. 2º) y de 3/7/2006, (F.J. 2º).

[1699] En este sentido, la A.P. de la Rioja, en sus autos de 29/2/2000, (F.J. 2º); de 18/2/2002, (F.J. 2º); y de 30/12/2002, (F.J. 2º): expone "Así, el carácter necesario de la medida es más bien dudoso cuando el paciente, pese a sus limitaciones, lo mismo podría recibir la atención y cuidados requeridos en el indicado centro o en su domicilio, lo cual puede depender, en esencia, no tanto del propio estado de la enfermedad y de la existencia de una decisión médica que justifique el internamiento como del acuerdo y voluntad de sus parientes, tutores o instituciones que le asistan y deciden adoptar tal iniciativa

Especialmente significativo es el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 19 de noviembre de 1996, que restringe el internamiento regulado en el artículo 211 al internamiento psiquiátrico y que compartimos en gran medida, a partir de los criterios hermenéuticos gramatical, al que ya nos hemos referido; sistemático, -el precepto está ubicado asistemáticamente en opinión del juzgador-; histórico, retomando la tradición psiquiátrica de los Decretos de 1885 y de 1931; sociológico, -según el cual, atribuye consecuencias perjudiciales para las personas mayores internadas derivadas de las actuaciones judiciales del procedimiento; y lógico, que excluye la identidad de razón a efectos de la aplicación analógica, entre el internamiento psiquiátrico y la permanencia en un centro residencial (nosotros admitimos una interpretación extensiva del ámbito subjetivo del artículo). La argumentación destaca asimismo la irracionalidad del control semestral de estas enfermedades irreversibles, reiteradamente señalada en este trabajo, así como de la necesidad judicial de garantizar el alta del enfermo cuando se supere la enfermedad o se recupere la capacidad. (F.J. 2)[1701].

No estamos de acuerdo, sin embargo, con otros argumentos del mismo Tribunal utilizados para excluir el internamiento residencial del ámbito de aplicación del artículo. Se esgrime la naturaleza urgente y cautelar del internamiento previsto en el art. 763[1702]. Consideramos que el internamiento urgente es tan sólo una modalidad del internamiento contenido en el artículo y que no tiene naturaleza cautelar (en sentido jurídico) en relación con la incapacitación, a diferencia del internamiento que cabe adoptar en virtud del artículo 762. Tampoco consideramos acertada, como ya hemos expuesto, la interpretación de la "avoluntariedad" del ingreso, es decir, la no oposición expresa por la persona internada como excluyente de la privación de libertad[1703]. Por lo que respecta a la alusión de la Audiencia, a que la Jurisprudencia del Tribunal Europeo se centra, hasta la fecha del auto, en asuntos de naturaleza psiquiátrica[1704], se ve ésta superada por la Sentencia NH contra Suiza, de 26/2/2002, a la que nos referiremos a continuación.

---

corriendo con los eventuales gastos que puede generar su ingreso en una residencia o centro adecuado".

[1700] A.P. de Barcelona, autos de 12/12/1997, (F.J. 2º) y de 10/2/1998, (F.J. 4º); la A.P. de La Rioja, autos de 18/2/2002, (F.J. 2º), de 29/2/2000, (F.J. 2º) y de 30/12/2002, (F.J. 2º); A.P. de Bizkaia, autos de 20/1/2003 y 20/2/2003, (F.J. 2º) y, la A.P. de Cádiz, auto de 18/12/2012, (F.J. 1º).

[1701] Los argumentos se reiteran en otros autos de la misma Audiencia: 24/7/1996, (F.J. 4º); de 19/11/1996, (F.J. 2º); de 10/2/1998, (F.J. 2º); y de 5/2/1999, (F.J. 2º).

[1702] Así se pronuncia la A.P. de Barcelona, en su auto de 10/2/1998, (F.J. 4º): "Expuesto lo anterior y haciendo incluso abstracción de la interpretación más o menos amplia que pueda hacerse del art.211 del Cc , lo que es evidente es que se trata de una medida cautelar, encaminada a dar una solución inmediata a problemas urgentes derivados de una fase crítica dentro del proceso patológico de un enfermo mental que precisa el ingreso como medida para evitar cause un daño a sí mismo o a terceros, así como en casos de personas que sin una base patológica, sufren una crisis que altera su conciencia y su voluntad y que puede asimismo originar consecuencias dañosas si no se adopta la medida de internamiento".

[1703] A.P. de Barcelona, autos de 24/7/1996, (F.J. 2º); y de 19/11/1996, (F.J. 1º).

[1704] A.P. de Barcelona, auto de 19/11/1996, (F.J. 3º).

En modo alguno compartimos que el internamiento residencial no constituya una restricción de libertad[1705], pero percibimos en los argumentos que aluden a las circunstancias sociales del entorno del enfermo, unos elementos susceptibles de valoración que van más allá del mero control de la libertad del internamiento de la persona respecto de la cual se duda acerca de su capacidad de consentir el internamiento, que es como hemos venido manteniendo, la finalidad de la autorización judicial del internamiento psiquiátrico.

Dejamos por ello abierta por el momento la posibilidad de un mejor recurso al procedimiento de incapacitación para la decisión judicial de internamiento residencial en la sentencia de incapacidad[1706].

8. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 26 FEBRERO 2002. H. M. CONTRA SUIZA.

Resulta criticable, como hemos afirmado, la exclusión de la necesidad de autorización judicial para el internamiento residencial que admiten algunas Audiencias Provinciales sobre la base de que éste no constituye una privación de libertad. Sin embargo, también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en este sentido.

La Sentencia recaída en el caso H.M. contra Suiza, de 26 de febrero de 2002 declara ajustado al artículo 5.1. del Convenio el ingreso residencial asistencial forzoso de una ciudadana suiza, siguiendo los trámites previstos en la legislación interna, por no constituir una privación de libertad. Argumenta el Tribunal, como ya hiciese en el Caso Nielsen[1707], que la interna disponía en la residencia de libertad de movimientos y podía mantener contactos sociales con el mundo exterior (punto 45). El tribunal alega también que la propia demandante se muestra indecisa respecto al internamiento, en

[1705] El auto de 19/11/1996, (F.J. 3º) del mismo Tribunal plantea que no se pueden plantear estos internamientos en geriátricos de personas de edad avanzada que padecen de minusvalías de diverso tipo, y por tiempo no definido, como privaciones de libertad. (F.J. 1º). De manera más expresa, el auto de la A.P. de La Rioja, de 30/12/2002, afirma en su, F.J. 2º: que: "la eventual restricción de la libertad ambulatoria que pueda sufrir el afectado no difiere en sustancia de la que podría afectarle en su propio domicilio, el que a buen seguro tampoco podrá abandonar sin compañía o sin la iniciativa de las personas que le custodian, sin que ello obligue a sus familiares o personas que les asisten a interesar una autorización judicial, como tampoco a exigirla a los padres o tutores para internar a un menor en un centro educativo, excepción hecha de los que merezcan la calificación de especial, conforme al artículo 271,1 del Código Civil". Igualmente los autos de 17/1/2000, (F.J. 1º); de 29/2/2000, (F.J. 2º); de 18/2/2002, (F.J. 2º); y de 30/12/2002, (F.J. 2º), del mismo Tribunal.

[1706] Siguiendo el planteamiento de la AP Bizkaia, autos de 20/1/2003 y 20/2/2003, (F.J. 2º).

[1707] "Las restricciones a la libertad de movimientos del demandante y a sus contactos con el mundo exterior no eran muy distintas de las restricciones que se le impondrían a un niño en un hospital ordinario". H.M. contra Suiza, punto 43.
Caso Nielsen contra Dinamarca. Sentencia de 28 noviembre 1988. TEDH 1988\24

la medida en que manifiesta que "no hallaba razón alguna para no ser feliz en la residencia" (punto 46). El Tribunal tiene en especial consideración el hecho de que el traslado a la residencia fuese "por su propio interés para proporcionarle los cuidados médicos necesarios, así como unas condiciones de vida y de higiene satisfactorias". Por ello, "el internamiento de la demandante en la residencia no supuso la privación de su libertad tal y como se contempla en el artículo 5.1, sino que constituyó una medida responsable adoptada por las autoridades competentes en interés de la demandante".

La Sentencia obtiene dos opiniones particulares: la opinión concordante del Sr. Gaukur Jörundsson y la opinión disidente del Sr. Loucaides.

Los jueces consideran que el internamiento constituye una verdadera privación de libertad, opinión que compartimos. En ambos casos se argumenta que el Derecho suizo califica el ingreso forzoso por razones sociales previsto en la ley como "privación de libertad" y que la medida constituye tal privación, no por el régimen de vida establecido en la residencia, sino porque la medida se produce contra la voluntad de la interna y porque no se le permite abandonar la residencia[1708].

Añade el Juez Loucaides que la voluntad inicial conforme al internamiento no excluye por sí misma la vulneración del artículo 5.1 y que el beneficio que aporta la medida a la persona internada no constituye una causa establecida en el artículo, que abriría la puerta a privaciones arbitrarias de libertad[1709].

Ambas opiniones difieren por lo que respecta a la vulneración del artículo 5.1 y en consecuencia, en relación con el carácter legítimo de la detención. El Juez Jörundsson estima que no existe vulneración porque se cumplen los requisitos de existencia fehaciente de una perturbación, -se ha demostrado la incapacidad mental provocada por una demencia senil-; el desorden mental de un tipo o en un grado que conlleve inequívocamente el confinamiento, lo que queda justificado porque otras medidas menos intensivas no han sido efectivas y, por último, la persistencia del desorden, -permanece la perturbación y la peligrosidad para sí misma-. Por el contrario, según el

[1708] En el mismo sentido, que en el Caso Ashingdane, punto 42. La diferencia con el caso Nielsen, a criterio de los jueces, radica en que en éste, se trata de un niño de 12 años sometido a internamiento psiquiátrico cerrado en ejercicio de la patria potestad de titularidad materna.
La libertad deambulatoria es el criterio tenido en cuenta por parte de la doctrina y por las Audiencias Provinciales para determinar la existencia de una vulneración de libertad. Así, SILLERO, "El internamiento...", p. 170; ZURITA MARTÍN, "El internamiento...", p. 40; CERVILLA GARZÓN, *op. cit.* , p. 76. Expresa en este sentido la autora que la persona mayor es forzada a vivir en un lugar distinto a aquel en el que tenía su domicilio habitual.

[1709] Acertadamente, a nuestro juicio rebate este argumento ZURITA MARTÍN, señalando que tal situación podría evitarse "desde el mismo artículo 5 y de acuerdo con las salvaguardas que él proporciona, si la legislación nacional relevante las enmarca también dentro de la excepción que marca el apartado b) del artículo 5.1". *Protección civil…,* p. 203.

Juez Loucaides no queda demostrada fehacientemente la existencia de la perturbación porque la demandante no fue nunca examinada por ningún médico cualificado que determinarse si padecía alguna enfermedad mental y, si estaba mentalmente incapacitada.

9. RECAPITULACIÓN

La regulación del ingreso forzoso de finales del siglo XX y principios del XXI, se divide en dos momentos bien diferenciados, marcados por la aprobación de la Ley 1/1996 y 1/2000, respectivamente.

En la reforma operada en el artículo 211, con ocasión de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, confluyen la consideración excepcional del internamiento psiquiátrico posterior a la reforma psiquiátrica y el creciente reconocimiento de la autonomía de la persona con discapacidad, de los años noventa. Se acota así el ámbito de aplicación del artículo 211 hacia un internamiento estrictamente psiquiátrico y determinado por la incapacidad natural del sujeto a internar.

Con el incremento de la atención residencial a la dependencia a partir de esa década se incorpora al Derecho español la preocupación por la vulnerabilidad de la libertad de las personas mayores susceptibles de ser internadas en un centro geriátrico. Tal preocupación se manifiesta legislativamente en el reconocimiento del derecho a la libertad de decisión de la persona mayor relativa al ingreso, en las normas autonómicas reguladoras de los servicios sociales, así como en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia y, sobre todo, en una redacción del artículo 763 de la LEC (declarado vigente, a pesar de su inconstitucionalidad), que a través de sus elementos procesales, -manteniendo una concepción estricta del internamiento en sus elementos sustantivos-, amplía su ámbito de aplicación, dando cabida a la protección judicial de situaciones de vulnerabilidad de enfermos no estrictamente psiquiátricos, sino con afecciones neurodegenerativas. A tal interpretación se suma la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Sin embargo, a nuestro parecer, en este supuesto resulta complejo el control judicial, constante el internamiento, de los elementos contextuales determinantes de la vulnerabilidad que son ajenos al propio centro residencial, en los supuestos de personas no incapacitadas.

Concluimos que existen tres vías para proceder al internamiento residencial forzoso de naturaleza asistencial: la que tiene cabida en el artículo 763 de la LEC; la decidida en la sentencia de incapacitación, expresamente admitida por el artículo 760 de la misma; y su adopción como medida cautelar, prevista en el art. 762.

Descartamos sin embargo la posibilidad de adoptar tal internamiento como resultado de una tutela ex lege adoptada al amparo del párrafo 239.bis del Código Civil; de un internamiento judicialmente decidido con respecto al no incapacitado, en virtud del artículo 158 del Código Civil; o como un internamiento adoptado al margen de la autorización judicial, con base en el art. 4.2 de la Ley 39/2006.

Rechazamos las dos primeras alternativas por considerar que el desamparo de un adulto incapaz, sólo puede ser declarado previa constatación judicial de su incapacidad. Consideramos necesario, sin embargo, para mayor garantía del sujeto a internar, una definición legal más precisa de lo que ha de entenderse por desamparo, que a nuestro juicio, coincide con el concepto de vulnerabilidad.

La tercera se descarta no por la condición de no incapacitado del sujeto a internar, posibilidad admitida expresamente por el artículo 763 de la LEC, sino por resultar contrario el internamiento forzoso determinado por la Administración, al margen de un procedimiento con las garantías judiciales exigibles en virtud del art. 5.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La posibilidad de un internamiento sometido a control judicial que no requiere necesariamente incapacitación (art. 763 de la LEC), se apunta como la alternativa más adecuada a la concepción de la capacidad que se inicia en los noventa y que restringe en la medida de lo posible el recurso a la incapacitación, en consideración a su naturaleza contraria la libertad y la dignidad individual. La confirmación o rechazo de esta hipótesis constituye el objetivo central del siguiente capítulo.

CAPÍTULO VII. TOMA DE POSTURA SOBRE EL ENCAJE DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL FORZOSO EN LA CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA DISCAPACIDAD

Este último capítulo tiene por objeto dar respuesta a la pregunta contenida en el título del trabajo y adoptar así una posición final sobre la mejor consideración de la capacidad natural o de autogobierno como criterio rector de la regulación, y posterior decisión, del internamiento residencial forzoso de personas mayores con enfermedades neurodegenerativas tipo Alzheimer. No habiéndose operado reforma alguna en los artículos 760 y 763 de la LEC posterior a su redacción de 2000, el tratamiento del internamiento forzoso vendrá determinado por lo expuesto en el trabajo hasta el presente capítulo, que será sometido en éste al contraste de los principios y mandatos contenidos en el Convenio sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, a fin de verificar la validez de la postura defendida a la luz de la concepción social de la discapacidad.

Con esta finalidad, se analiza en los apartados siguientes la concepción de la capacidad jurídica resultante del Convenio y su repercusión en el ordenamiento jurídico español; se someten al filtro de los mandatos de la Convención los artículos 760 y 763 de la LEC, que dan cabida en nuestra opinión al internamiento forzoso; se adopta una posición que dé respuesta a la pregunta planteada y se señalan las modificaciones de naturaleza sustantiva que debieran incorporarse a nuestro juicio a los artículos reguladores del internamiento residencial forzoso de naturaleza asistencial.

1. LA CAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

El paradigma jurídico de la discapacidad del siglo XXI, incorporado al Derecho Internacional en la Convención de Nueva York de 2006, convierte la discapacidad en una cuestión de derechos humanos, que alcanza también al Derecho civil[1710]. Su artículo 12 ha supuesto un hito en el panorama jurídico en materia de capacidad de las personas incapaces[1711], debido a su carácter integrador de los derechos

[1710] GARCÍA PONS, *op. cit.*, p. 28; BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 24; SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1142.

[1711] VIVAS TESÓN, *op. cit.* .p.1659. Nos parece acertada la expresión que utiliza VIVAS TESÓN para referirse a las personas incapaces como "personas diversamente capaces" en atención al principio de la diversidad. *Ibid*, p. 1670. Sin embargo, hemos optado por continuar utilizando el término "incapaz" por ser el que comúnmente se asocia al ámbito de la capacidad civil reducida. En ocasiones, cuando la idea que expresamos no se refiera al ámbito estricto de la capacidad legal, utilizaremos como sinónimo "discapaz".

constitucionales y, sobre todo, informador del ordenamiento jurídico[1712], como norma vigente contenida en un tratado internacional firmado y ratificado por España (arts. 96.1 y 10.2 de la CE).

Como se ha descrito en términos generales en el Capítulo II, el objeto de la Convención supera la regulación de la protección de la persona con discapacidad y centra su interés en la promoción de su autonomía vital, de la que forma parte la autonomía jurídica del discapaz[1713], contenida ésta en el artículo 12 de la Convención y regida además por los principios de libertad en la toma de decisiones y de no discriminación[1714] (art. 3 a y b[1715]). La capacidad ve así alterada su concepción tradicional, en aquellas situaciones en las que puede resultar necesaria algún tipo de intervención de terceros[1716].

> *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.*

[1712] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p.26; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.3; GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (I)...", p. 178. BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p. 378, considera la Convención *lex especialis* en materia de discapacidad.
[1713] MAYOR DEL HOYO, "Hacia un sistema...", pp. 3 y 194.
[1714] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)...", p.215.
[1715] Artículo 3. Principios generales. Los principios de la presente Convención serán: a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación.
[1716] SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 144.

El artículo 12 resulta plenamente aplicable a las personas mayores[1717] con enfermedades neurocognitivas dada la definición de discapacidad en la Convención[1718]. Consta de tres partes bien diferenciadas. Los números 1 y 2 reconocen respectivamente la personalidad jurídica y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que el resto. Los números 3 y 4, tienen por finalidad la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad, a través del ejercicio de la capacidad jurídica. Para ello abogan por la implementación en los ordenamientos jurídicos internos de un sistema de medidas de apoyo que permita dicho ejercicio, dotado de las salvaguardias necesarias para impedir que se vulneren los derechos humanos de las personas con discapacidad. Las salvaguardias habrán de garantizar que las medidas de apoyo respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, así como evitar que se den con ocasión de tales medidas, conflictos de interés e influencias indebidas. Deberán asegurar además que los apoyos se caractericen por su proporcionalidad, adaptación a las circunstancias de la persona (principios de necesidad y adecuación), brevedad en el tiempo y control por parte de una autoridad independiente e imparcial. La intensidad de las propias salvaguardias habrá de ser proporcional a la intensidad de las medidas de apoyo.

Por último, el número 5 sanciona el acceso de las personas con discapacidad a la titularidad sobre los derechos de contenido patrimonial[1719], en igualdad de condiciones que el resto, y proscribe toda injerencia ilegítima en ellos. Como afirma GARCÍA PONS, ello "da idea de la situación de los derechos de las personas con discapacidad en algunos países" [1720].

[1717] GARCÍA CANTERO, G. "Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas (1)*: 2013, PP. 162-173 [165].

[1718] De hecho, la sentencia de 29 de abril de 2009, en la que el Tribunal Supremo juzga la compatibilidad del sistema español de incapacitación y tutela con la Convención de Nueva York de 2006, se dicta con ocasión de un recurso de casación relativo a la incapacitación de una persona mayor con enfermedad de Parkinson. Sala 1ª, núm. 282/2009, EDJ 2009/72792 Ponente: Roca Frías, Encarnación.

[1719] Nótese en este sentido la diferencia con la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971: "El deficiente mental *debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad*, de los mismos derechos que los demás seres humanos (punto 1)" La cursiva es nuestra. "Si algunos deficientes mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar, o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esta limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso (punto 7).

[1720] GARCÍA PONS, *op. cit.*,, p. 42

1.1. **LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

La concepción de la capacidad jurídica reconocida en el artículo 12 ha sido considerada como la cuestión más delicada y controvertida de la Convención[1721], así como la más compleja, sobre todo en los países no anglosajones que pertenecen al sistema de *Civil Law*[1722]. En el debate doctrinal se incorpora la génesis y la aprobación final del artículo 12.

Las diferencias en la concepción de la discapacidad entre los países son tales, que en los trabajos preparatorios de la redacción del texto se introduce una nota al pie de página, solicitada por Rusia, China y Siria[1723], en la que se especifica que "en árabe, chino y ruso, la expresión capacidad jurídica se refiere a la capacidad jurídica de ostentar derechos, no a la de obrar"[1724], quedando ésta fuera del ámbito material de la norma[1725]. Estos países abogan por limitar el reconocimiento de la igualdad, a la capacidad jurídica, es decir, a la capacidad de titularidad formal de los derechos, sin hacerla recaer sobre la capacidad de obrar, cuya regulación práctica habría de quedar, a su juicio, reservada a la legislación interna. Los países occidentales, sin embargo, con una concepción más abierta de los derechos de las personas con discapacidad que abarca tanto su titularidad jurídica, como su ejercicio práctico[1726], cuestionan la nota al pie, en la medida en que deja a la luz los prejuicios hacia ciertas discapacidades[1727].

La aprobación del texto final por la Asamblea General suprime el pie de página. En este proceso se apoya la línea interpretativa, mantenida fundamentalmente por los autores directamente inspirados por el modelo social de la discapacidad[1728], que considera que la supresión de la nota conlleva, *a contrario,* el mantenimiento por los Estados firmantes de una única "capacidad jurídica", que tiene por significado la capacidad de ejercicio de los derechos[1729] y que en virtud del artículo 12, es igual para todas las

[1721] GARCÍA PONS, *Ibidem*; SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1143.
[1722] GARCÍA CANTERO, G. "Los derechos de los mayores…", p. 169.
[1723] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p.372.
[1724] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp.23-24; BLÁZQUEZ MARTÍN, D. "La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la Convención" en CUENCA GÓMEZ, P. (Ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechs de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español.* Madrid: Dykinson, 2010, PP.155-189 [167].
[1725] SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 145.
[1726] Afirma GARCÍA PONS que la nota es reflejo ·de la enorme distancia que separa ambas mentalidades". *Ibid*., pp. 42-43.
[1727] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p.372. El autor menciona a la Unión Europea, el International Disability Caucus (IDC) y el grupo de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos (INDH).
[1728] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 24
[1729] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp.23-24; BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.*, p.167; INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS". *Informe Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

personas. En este resultado desemboca también, en opinión de este sector doctrinal, la interpretación sistemática de dicho artículo en relación con los artículos 2 (definición de discriminación por razón de discapacidad), art. 5 (no discriminación), art. 14 (libertad y seguridad) y art. 19 (vida independiente e inclusión social)[1730]. Esta línea interpretativa entiende la capacidad jurídica como la capacidad de toda persona de disfrutar y de ejercitar sus derechos[1731]. En este sentido, en aplicación del igual reconocimiento de la capacidad jurídica a todas las personas, se hace necesario eliminar del ordenamiento jurídico español la figura de la capacidad de obrar, que diferencia a las personas con discapacidad del resto, en el ejercicio de sus derechos e intereses, y que resulta por ello discriminatoria[1732]. Este concepto de capacidad jurídica no admite una distinción doctrinal entre capacidad jurídica y capacidad de obrar[1733]. Se plantea, en este sentido, la posibilidad de que el principio de igualdad reclame que ambos conceptos se unifiquen en relación con las personas con discapacidad, al igual que ocurre con el resto de ciudadanos[1734].

De la Convención, afirman estos autores, surge el modelo "de asistencia en la toma de decisiones"[1735] que deberá procurar que todas las personas puedan ejercer su capacidad jurídica con los apoyos necesarios, hasta el punto de que se hace necesaria la "búsqueda de otra figura jurídica para la toma de decisiones" que reconozca la libertad, su ejercicio y la asunción de riesgos por parte de la persona con discapacidad y que evite la posibilidad de tergiversar sus deseos, reducir su responsabilidad y suprimir sus habilidades y capacidad de desarrollo[1736]. Se trata de determinar los elementos de ayuda y de colaboración que garanticen a la persona con discapacidad la toma de una decisión y su expresión, a fin de que genere las consecuencias jurídicas y personales deseadas[1737]. La eliminación del concepto de capacidad de obrar y la relevancia atribuida a la asistencia en la toma de decisiones por la línea doctrinal a la

---

2012. Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2012. http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/14183 (Última recuperación 1/09/2015), p.12. También BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p.360.

[1730] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p. 355.

[1731] *Ibid*, p.375.

[1732] INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS", *op. cit.*, p.12.

[1733] REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMENTO DE MODIFICACIÓN. *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid, 13 de junio de 2012.* http://www.discapnet.es/Castellano/areastematicas/derechos/faqs/Paginas/faq13.aspx (Última recuperación 1/09/2015) p. 30.

[1734] Escrito del Ministerio Fiscal en el recurso de casación resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (Recogido en el FJ 3).

[1735] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp.23-24; BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.*, p.167. BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p. 355.

[1736] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp.23-24; BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.*, p.167.

[1737] REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, *op. cit.*, p.31.

que venimos refiriéndonos, han dado lugar a que esta propuesta de apoyos se identifique con la construcción de un nuevo sistema[1738].

Sin perjuicio de reconocer la concepción favorable al modelo de apoyos, la mayor parte de la doctrina española considera que el art. 12 no impone un modelo único[1739], ni suprime la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, común en los ordenamientos jurídicos europeos, sino que la reafirma[1740]. La capacidad jurídica es la misma en todas las personas y son precisamente las dificultades naturales en su ejercicio, las que exigen medidas de apoyo para asegurar que no existe discriminación[1741]. La igualdad de condiciones en la capacidad de obrar es una meta, un ideal a alcanzar[1742], a través de las medidas de apoyo que los Estados adopten para su promoción; lo que viene exigido por el apartado tercero del art. 12, que se refiere expresamente al ejercicio de la capacidad jurídica[1743].

Compartimos esta tesis. El mantenimiento de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar se hace necesario en atención a la diversidad de situaciones de discapacidad, así como al diferente grado de autonomía de la voluntad de cada persona en el ejercicio de sus derechos[1744]. Como afirma CAZORLA "si un sujeto requiere de medidas

[1738] MAYOR DEL HOYO, "La interrelación...", p.6. La autora no comparte esta interpretación.

[1739] Por todos, GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p. 90.

[1740] Apoyan el mantenimiento de la capacidad de obrar GARCÍA PONS, *op. cit.,*, pp. 44-64; GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", pp. 117-118; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp. 21-26; RAMS ALBESA, *op. cit.*, p.218; GARCÍA CANTERIO, "Reflexiones...", pp. 54-56; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.7; SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , p. 71; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 140; VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 82; SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 55; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.p. "Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.49-135, p. 93; VILLANUEVA LUPIÓN, *op. cit.*, p.430; ESCRIBANO TORTAJADA, *op. cit.*, p. 143; GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p. 89.

También la Fiscalía General del Estado. Instrucción nº 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, p. 6.

[1741] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", pp. 117-118.

[1742] GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p. 89.

[1743] CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C. "La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la Sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala 1ª, de 29 de abril". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, *núm. 2, abril de 2014*, PP. 115-122 [117].

[1744] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp. 25-26. RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 218, señala que la propia Convención de Nueva York se elabora sobre un concepto de discapacidad que incluye situaciones demasiado diferentes.

La Fundación AEQUITAS en su propuesta de modificación del ordenamiento jurídico incorpora una "Norma general sobre la capacidad de obrar", lo que supone un reconocimiento implícito de la misma. Diferencia la capacidad jurídica que el mayor de edad, con cualquier clase de discapacidad, sea física o psíquica, tiene en iguales términos que los demás y el ejercicio de la misma, que puede llevarse a cabo por uno mismo o mediante los apoyos que resulten necesarios. FUNDACIÓN AEQUITAS. *La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España. Informe de conclusiones. Madrid, 1 de junio de 2010.* Madrid: Fundación Aequitas, 2010.

de apoyo es porque padece, por mínima que sea, una limitación a su capacidad de obrar. Por ello, a pesar de la Convención, parece jurídicamente necesario seguir distinguiendo entre capacidad jurídica y de obrar"[1745]. La Convención no niega las dificultades[1746] o impedimentos naturales de la persona, antes bien, exige un trato adaptado a sus circunstancias particulares, reconociendo y respetando la diferencia[1747]. En este sentido, la autonomía sigue también el modelo de la diversidad[1748] que prescinde de toda estandarización, abarca el conjunto de situaciones concretas de cada una de las personas con discapacidad y las aborda de manera diferente[1749]. Lejos de considerarse discriminatorio[1750], el reconocimiento de la diversa capacidad de obrar y de los apoyos con las salvaguardias necesarias, que se prevén en el art. 12.4[1751], constituye el elemento central de la finalidad igualitaria de la Convención en el ámbito del Derecho civil, a fin de que las personas con discapacidad puedan tomar parte en la vida social y jurídica[1752]. Así lo reconoce el Informe del Consejo de Ministros sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado el 30 de marzo de 2010, que considera que "para la efectividad del reconocimiento a la igualdad deberá proporcionarse a la persona con discapacidad los apoyos necesarios en el *ejercicio de su capacidad jurídica*" (la cursiva es nuestra)[1753]. En este sentido, afirma ÁLVAREZ LATA que "la incapacitación capacita y no in-capacita o priva de capacidad, porque, en multitud de ocasiones, el incapaz carece de la aptitud suficiente para que su actuación resulte relevante a los efectos del Derecho; o en caso de surtir efectos, fácilmente puede ocasionarle diversos perjuicios"[1754].

---

http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=fdc664c7-8ff2-45d0-985b-edf64a26644f&groupId=10228 (Última recuperación 1/09/2015).

[1745] CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *op. cit.*, p. 118.

[1746] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.5.

[1747] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , p. 71.

[1748] La autonomía puesta al servicio de este modelo significa que no sólo favorece la integración social de la persona con discapacidad sino que permite que ésta sea también agente del desarrollo social a través de su contribución independiente: VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", p. 82.

[1749] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p.16.

[1750] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 29.

[1751] GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", pp. 117-118.

[1752] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 33.

[1753] CONSEJO DE MINISTROS. *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* 30 de marzo de 2010. www.sid.usal.es/idocs/F8/FDO23551/informe_convencio_ONU_2010.doc (Última recuperación 1/09/2015), p. 13.

[1754] ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 140. También DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 55. En el mismo sentido SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental...", p. 75, afirma que el ejercicio de la capacidad de obrar de la persona incapaz por parte de un tercero tiene como efecto incorporar a aquél a las relaciones jurídicas. Igualmente GARCÍA PONS, *op. cit.*, p. 64. El autor se remite al nombre del Título I ("De los procesos sobre la capacidad, filiación, matrimonio y menores") y, en especial, al del Capítulo II del mismo ("procesos sobre la capacidad de las personas") de la LEC 1/2000, como merecedores de concebir esperanzas, que finalmente no se realizaron, en relación con la

La nota introducida en el texto no significa, a nuestro parecer, la admisión de la capacidad de obrar plena de todas las personas en los países occidentales, como su supresión tampoco supone que tal admisión se extienda al conjunto de Estados. La distinción entre "*legal capacity*" y "*exercise of legal capacity*", aparece ya recogida en la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental de 1979, con un alcance más limitado[1755], así como en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[1756] del mismo año y se mantiene en el artículo 12 de la Convención de Nueva York[1757].

Un sector doctrinal identifica el concepto "*legal capacity*" de los párrafos 2 y 5 con la capacidad jurídica[1758]. La capacidad de obrar, ejercicio de la capacidad jurídica, se contiene en la expresión "*exercise of legal capacity*", de los apartados 3 y 4. Sin embargo, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH) afirma que a diferencia de la expresión "*capacity to be a person before the law"* del artículo 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1996, que equivale a la

capacitación que la persona puede obtener a través de la asistencia del curador o de la representación del tutor.

[1755] Véase nota 1719.

[1756] Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979: Art. 15.2. "Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica (la versión original dice legal capacity) idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales".

GARCÍA PONS, *op. cit.*, p. 46

[1757] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 21.

Article 12: Equal recognition before the law:

1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

3. States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

4. States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.

5. Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.

[1758] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.7; GARCÍA PONS, *op. cit.*,, pp. 45-47; GETE-ALONSO Y CALERA, "Persona, personalidad...", pp. 117-118; GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", pp. 54-56.

capacidad jurídica (en sentido estricto)[1759], el término "*legal capacity*" del art. 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hace referencia a la igualdad de capacidad de actuación[1760], en el sentido de que los Estados deben impedir la adopción de cualquier norma que tenga como efecto restringir la capacidad legal (capacidad jurídica de la mujer). Consideramos por ello, que aunque el intérprete identifique en este caso la expresión "*legal capacity*" con la capacidad de obrar, lo hace con la finalidad de predicar la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su derechos, resultando tener el mandato un sentido programático, cual es el de posibilitar las medidas necesarias para que la capacidad jurídica tenga virtualidad en el Derecho, y no se quede en un mero título de atribución.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE da un significado distinto a la expresión. Siguiendo la opinión de la Alianza Internacional de la Discapacidad, considera que el concepto "*legal capacity*" está formado por dos componentes: capacidad jurídica (*capacity to hold a right*) y capacidad de obrar (*capacity to act and exercise the right*)[1761]. En su opinión, el párrafo 2 del artículo 12 utiliza la expresión "*legal capacity*" en sentido amplio, que no es traducible por "capacidad jurídica" sino por el concepto de capacidad legal, que incluye la capacidad jurídica y la capacidad de obrar[1762], al servicio de la cual se han de poner los apoyos a fin de garantizar el mayor ejercicio posible de los derechos. Señala el autor que este concepto de capacidad legal, con sus dos componentes, también es propio de nuestro ordenamiento jurídico[1763].

Consideramos que tiene también cabida en esta interpretación la consideración realizada por el Informe del Consejo de Ministros, cuando afirma que el artículo 12 de la Convención engloba en la capacidad jurídica la capacidad de obrar bajo el rótulo "Igual reconocimiento como persona ante la ley"[1764]. Asimismo, el Anteproyecto de

---

[1759] ACNUDH. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS *Informe presentado con ocasión de la Sexta reunión del Comité Especial de la convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la "legal capacity",*2005.
http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm
(Última recuperación 1/09/2015), pp. 6-8

[1760] ACNUDH, *Informe…,* pp. 10-14. Véase nota 1756.

[1761] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico…", p. 21. INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE. *Principles for implementation of CRDP article 12,* 2008.
http://www.internationaldisabilityalliance.org/en/ida-position-papers-and-statements
(Última recuperación 1/09/2015).

[1762] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp. 23-24; INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE, *Principles...*

[1763] Se retoma así la idea de los autores clásicos que ya afirmaron que la capacidad jurídica se desdobla en dos manifestaciones: capacidad de derecho (aptitud para la tenencia del derecho) y capacidad de obrar (aptitud para realizar actos con validez y efectos jurídicos).MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Ibidem*. Efectivamente, ARAMBURO, *op. cit.*, p. 9, incluye en la "capacidad civil" (capacidad legal propia de esta rama del derecho), la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. También SÁNCHEZ ROMÁN, siguiendo a VALVERDE. Citados por CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español…*, p. 161.

[1764] Consejo de Ministros, *Informe...*, p. 13.

Ley de modificación del CC, Estatuto Orgánico y Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se hace referencia más adelante, unifica las figuras de capacidad jurídica y capacidad de obrar.

No encontramos inconveniente en afirmar que la capacidad jurídica y la capacidad de obrar se aúnen en un concepto más amplio[1765], o incluso en admitir una aproximación entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar[1766]. La capacidad de obrar, -como concepto que hace referencia a la capacidad de actuación jurídicamente eficaz de una persona sancionada jurídicamente-, debe mantenerse a nuestro juicio en nuestro ordenamiento, y su promoción[1767], previa determinación de sus límites naturales, contribuirá a la efectiva igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

1.2. **EL MANTENIMIENTO DE LA FIGURA DE LA TUTELA EN UN SISTEMA POTENCIALMENTE FLEXIBLE**

La doctrina coincide en que la Convención cambia el modelo de representación o de sustitución de la voluntad[1768]. Así se ha pronunciado también el Tribunal Supremo[1769]. Sin embargo, las opiniones difieren en relación con el alcance de las modificaciones necesarias en el actual sistema de guarda, a fin de hacerlo compatible con el modelo de apoyos previsto en el artículo 12.

Los autores defensores de un nuevo modelo común ven necesario eliminar el sistema actual de tutela y curatela e instaurar, como se ha dicho, un nuevo sistema de apoyos[1770]. Por el contrario, tanto la doctrina mayoritaria[1771], como la Fiscalía General

[1765] SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p.1144, nota 16.
[1766] BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 26.
[1767] Los apoyos irán dirigidos a que la persona pueda realizar plenamente cualquier acto o negocio jurídico. GANZEMÜLLER ROIG, C. "La función del Ministerio fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad" en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, PP.391-419 [397].
[1768] Por todos, GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 396.
[1769] Auto de 11 de diciembre de 2008. El Tribunal describe la nueva concepción del discapaz en la Convención, del que reconoce "su capacidad de asumir responsabilidades tomando las decisiones que les afectan, con el apoyo que sea necesario en cada momento, como protagonistas activos en el desarrollo de su proyecto vital y mientras en el sistema tradicional se opta por el sistema de sustitución, la convención acoge en el Art. 12 el sistema de apoyo".
[1770] Sustenta también esta posición el REAL PATRONATO DE LA DISCAPACIDAD, *op. cit.*, pp. 23-29.
[1771] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp.19-40; GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 54-56; RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 253; MAYOR DEL HOYO, "La interrelación...", p. 20;; GARCÍA CANTERO, "Los derechos de los mayores...", p. 168; SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 148; PEREÑA VICENTE, M. "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio de la incapacitación?", *Diario La Ley núm. 7691, 9 de septiembre de 2011,* PP.8-14 [11].

del Estado[1772] y el Tribunal Supremo[1773], afirman la compatibilidad del ordenamiento jurídico interno con el artículo 12 de la Convención, sobre la base de que el elemento definitorio de la tutela es la sustitución y el de la curatela la asistencia[1774], figura que admite la graduación de la capacidad parcial de la persona con discapacidad y que dota de gran flexibilidad al sistema[1775]. Un sector doctrinal considera además que puede recurrirse en las sentencias a distintas instituciones de guarda, a partir, como se ha visto, de categorías genéricas que agrupan los actos en función de su naturaleza y complejidad[1776], para los que "el juez puede combinar la sustitución de la voluntad, la asistencia y la conservación de la capacidad del incapacitado, y puede elegir emplear alguna de tales posibilidades para algunos actos y no para otros"[1777], como ya había

[1772] Instrucción, núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, p. 7.

[1773] Sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 29 de abril de 2009 núm. 282/2009. de 17 de Julio de 2012, núm. 504/2012. (Sala 1ª) EDJ 2012/196515 (Ponente Roca Trías, Encarnación); de 1 de julio de 2014, núm. 341/2014 y de 13 de Mayo de 2015, núm. 244/2015. EDJ 2015/74566. (Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 se dicta como resolución de recurso de casación, en el que el Ministerio Fiscal en su escrito de 2 de febrero de 2009 "plantea como principal problema del recurso (…) ver si la interpretación de los artículos 199 y 200 del Código son acordes con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (…)". (Recogido en FJ 3). La sentencia afirma la compatibilidad. Para ello esgrime los siguientes argumentos: la tradición interpretativa protectora de la persona con falta de capacidad; el hecho de que la privación de todos o parte de los derechos sólo pueda adoptarse como un sistema de protección; el principio de tutela de la persona impuesto por el artículo 49 de la CE, afirmando que tal protección no resulta discriminatoria en relación con las personas que no tienen falta de capacidad y no vulnera, en consecuencia el art. 14 de la CE, pues la incapacitación tiene su razón en estos casos en que "el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión" (FJ 5). En este sentido, el Tribunal considera que "la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo" (FJ 7).

[1774] RIVERO FERNÁNDEZ, F. "Los derechos humanos del incapacitado" en *Derechos humanos del incapacitado, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto (Marzal A. ed.)*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 46-48.

[1775] RAMS ALBESA *op. cit.,* p. 281. El autor define la curatela como "una institución de carácter y contenido sumamente elástico, acomodable a las necesidades de quien padece una enfermedad que afecta a la percepción y valoración de la realidad". Afirma también la compatibilidad del sistema del Código Civil y de la LEC con la Convención LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 148.

En el mismo sentido, la sentencia de 17 de Julio de 2012 afirma la compatibilidad del ordenamiento jurídico expresamente sobre la base de la existencia de la curatela (FJ 2).

HAUSER cita la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derecho Humanos de 27 de marzo de 2008, Chtoujatourov/C.Rusia que condena a Rusia porque su derecho no proporcionaba soluciones intermedias entre la capacidad total y la incapacitación plena. HAUSER, J. "Proteger y respetar a la persona", en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, pp.137-150 [143].

[1776] Así, ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 133; GARCIMARTÍN, "La sentencia...", p. 226; LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 291; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "Panorama general...", p. 202; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 27; SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 151.

[1777] MARTÍNEZ DE AGUIRRE "El tratamiento jurídico...", p. 35.

También LEÑA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp.213-214; CABRERA MERCADO, *op. cit.*, p. 87; LÓPEZ FRÍAS, "Algunas notas...", p.330. GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 51. La posibilidad de que al curador se le atribuya la potestad de realizar actos de representación del incapaz es admitida ya en 1992 por GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 246.

afirmado parte de la doctrina. Ello es posible porque como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, el sistema actual es un sistema flexible, modulable, de intensidad variable y revisable con el paso del tiempo[1778]. Así, la aplicación de la Convención de Nueva York supone que ya "no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta"[1779].

Se admite ya mayoritariamente que la tutela y la curatela recaigan indistintamente sobre los actos personales y patrimoniales del incapacitado[1780]. Ello porque aunque desde el punto de vista de la sistemática del Código la guarda del incapacitado no se establece como deber del curador (art. 290), tampoco se prohíbe[1781]. Además este deber puede deducirse de los arts. 215 y 216 del CC[1782], de la remisión al art. 271.1 por

MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp.18-20, propone un sistema coherente con el principio de adecuación en el que las funciones del tutor sean graduables en intensidad en función de la dificultad de realización del acto y de su trascendencia. Así el tutor podría actuar como representante legal para determinados actos, como asistente para otros y sin necesidad de intervención en los más sencillos.

[1778] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp. 35-36.

[1779] Escrito del Ministerio Fiscal en el recurso de casación que da lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (Recogido en el FJ 3). También, DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p. 22.

[1780] BERROCAL LANZAROT, "La protección...", p.225 y "La autonomía...", p. 32; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 183; CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 261; HERAS HERNÁNDEZ, M.M. "La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismos de protección jurídico-asistencial" en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad. Coord. José Pérez de Vargas Muñoz*. Madrid: La Ley, 2006, pp. 593-624; GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 56; TORRES GARCÍA, "Efectos…", p.139; MARTÍN AZCANO, *op. cit.*, p. 82; SILLERO, "Tratamiento jurídico...", p. 994.

También la Fiscalía General del Estado en la *Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*.

Admiten la curatela sobre actos personales del incapaz las sentencias de la Sala 1º del Tribunal Supremo de de 31 de Diciembre de 1991, núm. 995/1991. EDJ 1991/12410. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso; de 20 de Noviembre de 2002, núm. 1082/2002. EDJ 2002/51325. Ponente: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis; de 11 de Octubre de 2012, núm. 617/2012. EDJ 2012/232596. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio; de 24 de Junio de 2013, nº 421/2013. EDJ 2013/120784. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio; Sala 1ª, de 27 de Noviembre de 2014, nº 698/2014. EDJ 2014/204300. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

Nótese que ya en una sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1868 se admite que el curador encomiende la tarea material del cuidado de un enfermo mental a un vecino (no el título jurídico de la curatela), por haber enviudado y tener que ocuparse de las faenas agrícolas. Opinión y cita de la sentencia de GUTIÉRREZ CALLES, *op. cit.*, p. 44.Consideramos que no de otra forma se habría podido proceder a la práctica habitual del internamiento.

El art. 150.2 del Código de Derecho Foral de Aragón admite expresamente la curatela limitada al ámbito personal. Véase nota 1981.

En contra se manifiestan LASARTE ÁLVAREZ, *Principios…*, p. 408; SÁNCHEZ CALERO, *La actuación...*, p. 26.

[1781] Así, CHIMENO CANO, "Problemas...", pp. 118 y 119. La autora considera en este sentido que la curatela es una institución más rígida que la tutela y que carece de virtualidad práctica.

[1782] BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p.32.

el art. 290 del CC, así como del 760.2 de la LEC[1783]. Ello resulta coherente con la flexibilidad y promoción de la autonomía personal reclamada por la propia Convención[1784].

En este sistema flexible la doctrina admite que la tutela continúa siendo necesaria, aunque reducida a los supuestos en los que la capacidad de decisión para el ejercicio de los derechos sea inexistente, prácticamente nula o no se pudiera conocer, como son los supuestos de demencia avanzada. En estos casos, los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales[1785] son unánimemente favorables a la sustitución[1786], no prohibida en términos absolutos por la literalidad de la Convención[1787]. Ello sin perjuicio de que en virtud del punto 4 del artículo 12, requiera las mayores garantías jurídicas para que sea adoptada en los casos estrictamente necesarios, en atención a los principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad[1788], y tenga establecido un sistema de control periódico[1789]. No se trata de eliminar la sustitución, sino de

[1783] GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 56; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 183; TORRES GARCÍA, "Efectos…", p.139. LEÑA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp.213-214; CABRERA MERCADO, *op. cit.*, p. 87.

[1784] BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 32.

[1785] Argumenta la sentencia de 29 de abril de 2009, que aunque los ordenamientos jurídicos afines firmantes de la Convención han reformado sus sistemas tradicionales "establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle". La Sentencia cita el Código civil de Québec; el Code civile italiano posterior a la reforma de 9 de enero de 2004; el Code civil francés y el BGB alemán (FJ6).

En este sentido, el curador puede tener funciones representativas. Establece el art. 459 del Code civil (Reformado por la Ley núm 2009-526 de 12 de mayo de 2009) que cuando el estado de la persona protegida no le permite tomar por sí misma una decisión personal lúcida, el juez o el consejo de familia, si ha estado constituido, puede prever que gozará, para algunos o para el conjunto de los actos relativos a su persona, de la asistencia de la persona encargada de su protección. "En caso de que esta asistencia no bastase, puede, si llega el caso después de la apertura de una medida de tutela, autorizar al tutor a representar al interesado".

La Sentencia de 1 de julio de 2014 del Tribunal Supremo, considera que corresponde constituir la tutela, cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que ésta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra (FJ 7).

[1786] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp. 20 y 28; Consejo de Ministros, *Informe...*, pp.14 y 19; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.17; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", pp. 162-163; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *op. cit.*, p. 118; DE AMUNÁTEGUI, "Los poderes…", p. 257; VIVAS TESÓN, I. *op. cit.* .p. 1665; DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp. 29-31. Este autor limita, sin embargo, la sustitución al ámbito patrimonial. Para el ejercicio de los aspectos personales y los derechos fundamentales habrá de recurrirse en opinión del autor a las medidas de apoyo adecuadas. DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p. 32; BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p.371; SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 145.

También el Anteproyecto de Ley de reforma del CC, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y LEC, al que luego se hará referencia.

[1787] BARIFFI. "Hacia un derecho de la discapacidad…", p. 382.

[1788] SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1140.

[1789] CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *op. cit.*, p. 118. Afirma CABRERA MERCADO, *op. cit.*, p. 85, que la especificidad de la sentencia de incapacitación permite determinar las salvaguardias necesarias para el ejercicio de los derechos, convirtiéndose en ese caso en *lex especialis* para el incapacitado y sus guardadores.

garantizar que ésta no es discriminatoria y que no vulnera los derechos del incapaz[1790]. La tutela constituye en este sentido, a nuestro parecer, parte del modelo de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, que tiene cabida en la Convención[1791].

A ello hay que añadir que el legislador mantiene en sus últimas reformas, tanto la figura de la tutela, como la de la curatela. Así:

- La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[1792], en vigor en términos generales en julio de 2015[1793], considera hechos y actos inscribibles en el ámbito de la capacidad (art. 4): la modificación judicial de la capacidad de las personas; la tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones[1794]. El art. 72.1. establece que "la inscripción de la modificación judicial de la capacidad expresará la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial". Pueden ser objeto de anotación las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen; así como el acogimiento, la guarda administrativa y la guarda de hecho (art. 40). Igualmente el art. 73.1 de la Ley prevé la inscripción de las resoluciones en las que se nombre tutor o curador y tendrán acceso al Registro Civil las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares.

- La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, mantiene la tutela tanto para la protección de menores, como para la protección de las personas con capacidad modificada judicialmente.

- Tampoco se aprecian reformas sustanciales en la modificación judicial de la capacidad de obrar en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria[1795], ni se prescinde del sistema de tutela. La ley regula el expediente de jurisdicción

[1790] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p. 361.
[1791] La eliminación de la tutela desestabilizaría el sistema de protección de menores que, como se ha visto en los capítulos precedentes, ha sido el precursor de la protección de incapaces. MAYOR DEL HOYO "La interrelación...", pp. 9-13.
[1792] BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.
[1793] La entrada en vigor de la Ley está establecida en su Disposición final décima. "La presente Ley entrará en vigor a los tres años de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado»".
La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, BOE núm.252, de 17 de octubre de 2014, pp. 83921-84082 , establece en su Disposición adicional vigésima la Prórroga de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, señalando que La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, no hubiera entrado en vigor, lo hará el día 15 de julio de 2015.
[1794] También los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad; la autotutela y los apoderamientos preventivos.
[1795] BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.

voluntaria relativo a la tutela, curatela y guarda de hecho (Capítulos IV del Título II), sin alterar la figura de la tutela[1796].

Cabe afirmar, en consecuencia, el mantenimiento de la tutela y de la curatela en nuestro ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que a nuestro juicio resulte ineludible la incorporación de otras figuras de apoyo. La combinación de todas ellas será la que dote al sistema de la necesaria flexibilidad reclamada por la Convención.

1.3. **LA SITUACIÓN LEGISLATIVA EN EL MOMENTO ACTUAL PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA**

En virtud del art. 4[1797] y del art. 12.3 de la Convención de Nueva York, los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas y judiciales pertinentes a fin de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (12.3). Sin embargo, pocas son las medidas adoptadas a día de hoy en el ordenamiento jurídico civil español para realizar las adaptaciones necesarias en el sistema de incapacitación, ello debido a que los plazos establecidos para reformar el procedimiento de incapacitación y las figuras de guarda se han ido prorrogando sucesivamente.

La Disposición final primera de la Ley 1/2009 de 25 de marzo[1798], bajo el título "Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar", establece un plazo de 6 meses desde su entrada en vigor, para que el Gobierno remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse "procedimientos de modificación de la capacidad de obrar", para su

[1796] MAYOR DEL HOYO, "La interrelación...", p. 21.

[1797] Art. 4:

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

(…)

d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella

(…)

[1798] 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. BOE nº 73, de 26 de marzo de 2009, pp. 29137-29142.

adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Vencido el plazo de presentación del Proyecto de Ley, se prorroga éste por Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su Disposición Adicional Séptima, titulada "Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones", establece de nuevo 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 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"[1799].

El proyecto de ley continúa sin ser presentado. Se elaboró un Documento de Trabajo a modo de Anteproyecto de Ley, presentado por el Secretario Técnico[1800] del Ministerio de Justicia en 2010 (en adelante, Anteproyecto del Ministerio de Justicia)[1801]. Asimismo, el Congreso de los Diputados aprobó en 2012 una proposición no de Ley en la que insta al Gobierno a remitir a las Cortes Generales en el plazo de tres meses un Proyecto de Ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención, 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, que habría de establecer las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para -

[1799] La Ley 26/2011 es fruto del Informe del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, al que se ha hecho referencia anteriormente. BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 26.

[1800] La presentación tuvo lugar en una Jornada de la Fundación Hurkoa en diciembre de 2010. MAYOR DEL HOYO, "La interrelación...", p. 4.

[1801] Disponible en http://www.poderjudicial.es

El Documento está basado en los trabajos del Real Patronato sobre Discapacidad y en las propuestas planteadas en distintos foros por Fiscales y Miembros de la Carrera Judicial. El anteproyecto opta por los términos "modificación judicial de la capacidad" y "persona con capacidad modificada judicialmente". El objetivo del anteproyecto es "proporcionar a la persona con discapacidad las medidas de apoyo que, de acuerdo con sus circunstancias concretas, pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica y potenciar su autonomía y el derecho de autodeterminación". Para ello propone restringir la incapacitación y consecuente representación a los supuestos en los que el ejercicio de la capacidad de obrar resulta anulada; crear un marco legal suficientemente flexible para que la sentencia judicial establezca la medida de apoyo proporcional y adecuada a las individuales circunstancias y necesidades de la persona afectada y articular las medidas de apoyo de forma que aseguren el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, así como la ausencia de conflicto de intereses e influencia indebida; que se apliquen durante el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte del órgano judicial, con las salvaguardas necesarias para ello.

la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen[1802]. Sin embargo, a la fecha de elaboración de este trabajo, no tenemos constancia de que se hayan continuado los trámites para que la proposición se convierta en proyecto de ley.

En términos generales, se considera que la reforma de la incapacitación y de la tutela aún no ha culminado[1803]. Como consecuencia del incumplimiento de los plazos, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[1804], a cuyo control se ha adherido España por la ratificación del Protocolo Facultativo[1805], realiza en 2011 la siguiente valoración:

> *33. El Comité observa que la Ley Núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.*
>
> *34. El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.*

La reforma de la capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico español se está desarrollando a nuestro juicio de manera puntual y dispersa, con ocasión de las modificaciones que se producen en otras figuras jurídicas.

Las normas que introducen la nueva concepción de la capacidad con carácter general se concretan en la sustitución de los términos "incapacitado" e "incapacitación" por los de "modificación judicial de la capacidad" y "personas con capacidad modificada judicialmente", introducidos por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[1806],

---

[1802] BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 197, de 19 de diciembre de 2012, p. 17. La proposición no de Ley se presenta por el Grupo Parlamentario Popular el 18 de junio de 2012. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 119, de 19 de diciembre de 2012, p.6.

[1803] TORRES GARCÍA, "Efectos...", pp. 56.

[1804] ONU. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 23/09/2011.* CRPD/C/ESP/CO/1 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f1&Lang=en.
(Última recuperación 1/09/2015), pp. 5-6.

[1805] La ratificación del Protocolo legitima activamente a las personas con discapacidad, individualmente o en grupo, así como a cualquier otra persona en su nombre, a presentar una queja o reclamación internacional al órgano de control por el incumplimiento de las obligaciones exigibles en virtud de la Convención. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *op. cit.*, p. 116.

[1806] Las expresiones se consolidan con la aprobación de las leyes 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

expresiones que utilizaremos en adelante; en la incorporación del principio general de respeto a la autonomía en la toma de decisiones de las personas con discapacidad y en la valoración de sus circunstancias personales y en la prestación de apoyos para su favorecimiento (art. 6 del Real Decreto Legislativo 1/2013)[1807]; así como en la introducción de la personalidad del tutelado, -entendemos que en su sentido coloquial (forma de ser)-, como elemento a tener en consideración en el ejercicio de la tutela (artículo 268 del Código Civil[1808], reformado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional[1809]. Mayor repercusión tiene, a nuestro juicio, la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y al punto segundo del artículo 1.263 del Código Civil (art. 2.29 de la Ley), que además de sustituir la referencia a "los incapacitados" por la de "los que tienen su capacidad modificada judicialmente", elimina la tradicional invalidez genérica de los contratos celebrados por personas incapacitadas, limitándola a "los términos señalados por la resolución judicial".

La reforma sanitaria del consentimiento sigue su curso. La Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica[1810], combina la autonomía de la voluntad del paciente incapaz y el beneficio que reporta la investigación a su salud, en sus artículos 4.2[1811] y 20[1812] . Por su parte, la Ley 26/2011 modifica determinados artículos relativos a la

[1807] Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, analizado en su vertiente social en el punto anterior.

Artículo 6. *Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad.*

1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.

[1808] Art. 268 :*Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica.*

[1809] BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 53676-53686.

[1810] BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp 28826-28848.

[1811] Art. 4 2: *Se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación.*

La prestación del consentimiento por representación será proporcionada a la investigación a desarrollar y se efectuará con respeto a la dignidad de la persona y en beneficio de su salud.

Las personas incapacitadas y los menores participarán en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación.

[1812] Artículo 20: *Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.*

1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.

b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.

prestación del consentimiento en materia sanitaria, haciendo especial hincapié en la accesibilidad y comprensibilidad de la información que se suministra a la persona con discapacidad, a través del empleo de formatos adecuados y de las reglas del diseño para todos[1813] e incorporando el sistema de apoyos para que el consentimiento pueda emitirlo por sí misma la persona con discapacidad.

También en el supuesto de recepción de órganos, se introduce la obligación de valorar las circunstancias personales de la persona con discapacidad y su capacidad para tomar dicha decisión en concreto, así como la de prestar los apoyos para la toma de decisiones. Una vez dispuestos los apoyos y asistencias adecuados a las concretas circunstancias de la persona con discapacidad que los necesite para la toma de decisiones, se estará a su libre determinación (art. 6 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, modificado por el art. 5 de la Ley 26/2011[1814]). Igualmente el art. 7 de la Ley 26/2011 incorpora al art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de

c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.

d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.

b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.

c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

[1813] Los arts. 5, 6, 7 y 8 de la Ley 26/2011 incorporan la accesibilidad de la información en los términos señalados, en los siguientes artículos: art. 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; art. 10.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; art. 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y arts. 4 y 11 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

[1814] El supuesto de consentimiento para la realización del trasplante por representación que en la norma de la Ley 30/1979 se daba en los casos de pacientes con déficit mental (incapacitado o no) se sustituya ahora por el supuesto del adulto incapacitado, exclusivamente.

Versión de 1979, art. 6.c: *El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad (…) si el receptor expresa por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad.*

Versión de 2011, art. 6.c: *El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad (…) si el receptor expresa por escrito u otro medio adecuado a su discapacidad, su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad.*

derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, un último mandato: "si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes (…), para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento".

La Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, da una nueva redacción al art. 9.3.b de la Ley 41/2002 limitando el consentimiento por representación del paciente con "capacidad modificada judicialmente" al supuesto en "que así conste en la sentencia" (artículo modificado por la Disposición Final Segunda de la Ley). Se incorpora además al artículo 9 un punto 6, en virtud del cual la decisión por representación ha de adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Se añade que "aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad". Se añade también un nuevo punto 7 en el que se establece que la prestación del consentimiento por representación "será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento".

La misma Ley 26/2015, introduce las siguientes reformas:

- Se modifica la tutela administrativa de incapaces, reduciéndola, como se ha señalado en el apartado 6.1. del Capítulo VI a la de las personas con capacidad modificada judicialmente (art. 239 bis del Código Civil).
- Se admite la guarda de hecho de personas con capacidad modificada judicialmente, en la que cabe otorgar facultades tutelares a los guardadores, con carácter cautelar (art. 303.2 del Código Civil).

1.4. **MODIFICACIONES NECESARIAS EN LAS FIGURAS CIVILES EN APLICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK**

A nuestro juicio, la Convención de 2006 no instaura un nuevo sistema de apoyos común para todos los Estados que la ratifiquen[1815]. A pesar de ello, su artículo 12 constituye el marco propicio para que los ordenamientos internos se replanteen la finalidad y el funcionamiento de sus instituciones tradicionales[1816]. Identificamos por ello en este apartado las reformas necesarias en el actual sistema de guarda propuestas tanto por la doctrina, como por el ejecutivo[1817] y por las entidades del tercer sector[1818], a las que nos sumamos en los términos que referimos. Se trata, en definitiva, de que el Derecho civil contribuya a la función rehabilitadora e integradora de la persona con discapacidad a través del ejercicio máximo de sus derechos, con la menor limitación posible de su capacidad de obrar[1819], la mayor promoción de la capacidad natural y la instauración de instrumentos preventivos de declaración de la voluntad[1820].

a) Las causas de modificación judicial de la capacidad

La Convención de Nueva York, en relación con la modificación de la capacidad exige la eliminación de la discriminación que resulta de reconocer la capacidad de ejercicio de los derechos por referencia directa a la discapacidad. En atención a los arts. 4 y 5.2[1821] de la Convención, resulta contrario a ella limitar o negar la capacidad

[1815] PEREÑA VIECNTE, "La Convención…", p. 12; SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 145.

[1816] GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p.90.

[1817] Informe del Consejo de Ministros y Anteproyecto del Ministerio de Justicia.

CONSEJO DE MINISTROS. *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* 30 de marzo de 2010. www.sid.usal.es/idocs/F8/FDO23551/informe_convencio_ONU_2010.doc (Última recuperación 1/09/2015)

MINISTERIO DE JUSTICIA. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *Borrador del Anteproyecto de Ley de 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*, 2010.

[1818] Así, la Fundación del Notariado, AEQUITAS; la Asociación de Fundaciones Tutelares de Personas con Enfermedad Mental Asociadas, FUTUPEMA y el Comité Español de Representantes de Minusválidos, CERMI.

[1819] VIVAS TESÓN. *op. cit.,* p. 1665.

[1820] SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1144; GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p. 89; LÓPEZ FRÍAS, *"El ejercicio…"*, p. 297.

[1821] Art. 4:

El Estado se compromete adoptar todas las medidas para asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

Art. 5.2.:

Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

de obrar de una persona, como consecuencia directa de un diagnóstico o de su propia discapacidad, es decir, sin valorar su capacidad natural[1822], tanto perdida como remanente, en relación con los actos de su vida. A nuestro juicio, la redacción actual del artículo 200 no resulta incompatible con el Convenio, por radicar la modificación de la capacidad, desde la reforma de 1983, en la incapacidad de autogobierno, lo que incluye una valoración de la capacidad natural[1823]. Sin embargo, dada la escasa incidencia de la discapacidad sensorial y física en la capacidad de obrar de las personas[1824], compartimos la propuesta doctrinal de eliminar la referencia a la enfermedad física como causa de incapacitación[1825], sin perjuicio de la duda que nos plantea la Sentencia de 14 de julio de 2004[1826], que limita la capacidad de obrar de una persona impedida físicamente por no poder comunicar ordinariamente su voluntad.

b) El motivo de la modificación judicial de la capacidad

De los principios de necesidad y de proporcionalidad de los apoyos del artículo 12 y del principio general del respeto a la autonomía de decisión del artículo 3, se deriva que la limitación de la capacidad de obrar habrá de tener lugar exclusivamente cuando ello sea necesario para la protección de los derechos de la persona. Sobre la base de que toda restricción o limitación de la capacidad afecta a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad[1827], la modificación judicial de la capacidad carece de justificación en los supuestos en los que no existe una vulnerabilidad que proteger[1828]: ya sea por ausencia de eventuales amenazas de

[1822] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.5; VARELA AUTRÁN "La protección jurídica...", p. 84.
De la necesidad de proteger la privacidad, las connotaciones peyorativas y de promover la autonomía individual, surge también el mandato instaurado en el RD 1364/2012, de 27 de septiembre (BOE núm. 245, de 12 de octubre de 2012, pp 72772-72774) de suprimir la obligatoriedad de señalar el tipo de deficiencia o discapacidad en la resolución de reconocimiento de la discapacidad, contenida en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 1971/1999.

[1823] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.23, propone una modificación del art. 200 del CC que incorpora una definición de lo que ha de entenderse por autogobierno, a partir de una concepción adaptativa del sujeto al contexto en el que se encuentra. Exige para modificar la capacidad de obrar de la persona: "que en la persona concurra una discapacidad física o psíquica de carácter persistente que impida o restrinja de forma relevante el desenvolvimiento de su autonomía en orden a la gestión de su interés personal, patrimonial o ambos". MAYOR FERNÁNDEZ,

[1824] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", pp. 25-26; RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 254; PALACIOS Y ROMANACH, *op. cit.,* pp.124-125; DÍAZ PARDO, *op. cit.,* p. 10.

[1825] RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 254

[1826] La sentencia considera pertinente la incapacitación de una persona aquejada de tetraplejía, con las facultades psíquicas conservadas por no darse en ella la posibilidad de comunicar su voluntad de manera libre y espontánea. STS (Sala 1ª), núm. 781/2004. EDJ 2004/86791. Ponente: González Poveda, Pedro.

[1827] Véase, GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 95.

[1828] DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 986, califica la incapacitación como "agresión" a la persona..

terceros o de la situación personal del incapaz[1829] (en los términos descritos en el Capítulo I); o porque las medidas implementadas contrarrestan dichas amenazas[1830]. Ello supone incorporar la teoría de la causa y del motivo de la incapacitación de SANTOS URBANEJA (recogida en el apartado 3.6. del Capítulo I de este trabajo) al ordenamiento jurídico actual. En aplicación de esta teoría, se propone que la demanda de modificación de la capacidad especifique el motivo de la incapacitación con claridad[1831] e incluso el apoyo que se solicita[1832], y que la resolución incluya tanto la constatación de la existencia de una causa de incapacitación, como la constatación de un motivo suficiente para proceder a la incapacitación[1833]. Ello conlleva la interpretación flexible de la obligación del Ministerio Fiscal de promover el proceso de incapacitación (art. 757. 2 de la LEC, en consonancia con el 762.1 de la LEC[1834]), reduciéndola al supuesto de que lo considere procedente, una vez analizados los hechos[1835].

c) La modificación de la capacidad en la sentencia

Partimos, como ha quedado justificado a lo largo del trabajo, de la necesidad de una mayor determinación en las sentencias de incapacitación de las áreas personales y patrimoniales respecto de las que se modifica la capacidad, de la manera más acorde posible a su situación real[1836], atendiendo a las circunstancias sociales y personales particulares[1837]. Señala en este sentido la Fiscalía General del Estado en la *Instrucción*

[1829] A estos criterios podrían reconducirse las situaciones de incapacidad calificadas como de no conflictivas o en las que confluyen intereses de todas las partes implicadas,. Respectivamente DÍEZ-PICAZO, "Nuevas perspectivas…", p. 987; GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 101.

[1830] La propuesta contraria a la antigua incapacitación no es ajena, por lo demás, a los postulados actuales de las disciplinas sociales y psicológicas, que ponen en cuestión la figura de la incapacitación por la estigmatización que supone la declaración oficial de la enfermedad o de la deficiencia mental, así como por las consecuencias negativas que ello conlleva para el tratamiento y para la integración social del incapaz. LACRUZ, *Elementos de Derecho..., 2010*, p. 150.

[1831] BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p.22; Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia de 2010.

[1832] Instrucción del Ministerio Fiscal de 2010.

[1833] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p.30

[1834] Art. 762.1: *Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación*.

Nótese que no existía expresión similar a "si lo considera procedente" en la regulación de la incapacitación en el CC anterior a la LEC de 2000.

Art. 757.2: *El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado*.

[1835] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 34.

[1836] MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 29.

[1837] RAMS ALBESA, *op. cit.*, p. 217. BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 169; DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp. 29-31. SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 26-29; PEREÑA VIECNTE, "La Convención…", p.13; ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 140.

El informe del Consejo de Ministros, *Informe...*, p. 19, establece que " la inaptitud (sic) para el autogobierno es circunstancial en el sentido de que, para su determinación, habría que ponderar lo que

3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, que "lo que se pretende no es limitar –*in genere*- la capacidad jurídica de una persona, sino determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, lo que comporta su ineludible determinación en los distintos ámbitos de su vida". En sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2015[1838].

Este deber de concreción tiene cabida en una eventual reforma de los actuales artículos 199 y 200 del CC y 760 de la LEC, que incorpore para la graduación de la sentencia, el sistema de determinación de la capacidad a través del análisis y concreción de las categorías de actos que la persona no puede realizar por sí misma[1839], atendiendo al elemento contextual y subrayando la motivación expresa de la modificación de la capacidad[1840].

Consideramos en este sentido, que más relevante que extraer del artículo 12 de la Convención una presunción genérica de capacidad del incapaz[1841], resulta la necesidad de constatar la discapacidad concreta que dará lugar a la graduación de la sentencia[1842]. Por ello, a nuestro juicio habría sido más acertado emplear las expresiones "determinación judicial de la capacidad de obrar" y "persona con capacidad judicialmente determinada"[1843], retomando el verbo utilizado en el art. 760

---

hace ordinariamente la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma".También las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2014 y de 13 de mayo de 2015.

[1838] Literalmente afirma: "Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y represente en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación para todas o para determinadas actuaciones" (FJ 5).

[1839] Propuesta del Consejo de Ministros, *Informe...*, p. 19. El Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia de 2010 propone permitir además, que el Juez otorgue las autorizaciones requeridas en el art. 271 para un conjunto de actos relacionados entre sí, a la vista del plan de gestión y administración presentado por el tutor.

[1840] El juez goza de una gran discrecionalidad de valoración de la prueba practicada pero deberá justificar en la motivación de la sentencia cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica. STS de 13 de mayo de 2015.

[1841] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", pp. 379-380.

[1842] DE SALAS MURILLO, "La valoración...", p. 20.

[1843] La denominación de los procesos ha sido variada: "proceso de modificación de la capacidad de obrar", "proceso para determinar la capacidad de obrar", "proceso de adecuación de la capacidad de obrar", "proceso de provisión de apoyos para la toma de decisión". El autor propone la denominación de "procesos sobre la capacidad": CAMPO IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 3.

MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.7, propone llamar al procedimiento "de delimitación de la capacidad de obrar". Evita así la palabra limitar, que conlleva "restringir algo que es de hecho y en derecho posible" y utiliza "delimitar", que supone simplemente describir el contorno de lo posible, describir hasta dónde puede llegar el discapacitado, de hecho, con arreglo a sus circunstancias actuales". En lugar

de la LEC para referirse precisamente a la graduación de la sentencia. El término "determinación" refleja, a nuestro parecer, el ajuste de la capacidad de obrar a la capacidad natural subsistente en la persona y apunta a la valoración global del riesgo que la sociedad puede asumir en relación con la discapacidad de una persona; al tiempo que mantiene la tesis formalista de la resolución judicial. Combina en este sentido los principios de individualización de la sentencia y de seguridad jurídica[1844].

d) El ejercicio de los derechos de la personalidad por la persona con capacidad de obrar modificada

El carácter esencialmente restrictivo de la incapacidad en relación con los actos que afectan a los derechos de la personalidad, exige reconocer expresamente, en un artículo a modo del actual 162.1 del Código Civil referido a los menores, la capacidad de actuación del incapacitado conforme a su capacidad natural en los actos que afecten a tales derechos, salvo disposición contraria en la ley o en la sentencia[1845]. Además, compartimos la necesidad planteada por la doctrina de derogar el régimen de inclusión expresa en la sentencia de los actos que el incapaz puede realizar por sí mismo, contenida en el artículo 267 del Código[1846]. Consideramos que tal derogación ha de alcanzar por lo menos, a las facetas de los derechos de la personalidad que el titular pueda ejercer por sí mismo, tal y como sucede en otros ordenamientos jurídicos civiles internos[1847]. Así, sólo cabrá impedir que el sometido a tutela pueda ejercitar tales derechos cuando ello haya quedado excluido expresamente en la sentencia[1848].

---

de incapacitado propone el término tutelado, en el sentido de sometido a medidas de protección tutelar, siendo la acepción más común de la RAE del término tutelar aquello "que guía, ampara o defiende a una persona".

El autor, siguiendo a GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, pp. 51-77, se pronuncia a favor de la tesis naturalista o realista, de manera que "el procedimiento de incapacitación no ha de culminar con una resolución judicial que incapacita a la persona, es decir, constitutiva de la incapacidad, sino con una resolución judicial declarativa de la discapacidad y constitutiva, eso sí, de la tutela", pp. 8-9. En su opinión y en respeto a la dignidad personal, únicamente la enfermedad incapacitante es causa de la enfermedad porque así lo determina la ley. La resolución judicial supone la comprobación de ese hecho y, en consecuencia, declara la incapacidad.

Comparte esta opinión, SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 149.

[1844] Principios que sustituyen a los tradicionales de autonomía y protección de los años 90. Véase, SABATINO, C, p. "Competency: Refining…", p. 25.

[1845] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.15.

[1846] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.14. Véase también, CONSEJO DE MINISTROS, *Informe...*, p. 19; ESCRIBANO TORTAJADA, *op. cit.*, p. 149.

[1847] Los arts. 39 y 136 del Derecho Foral Navarro remiten a la regulación de la capacidad del menor de catorce años, en lo no previsto en la sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos. En términos generales y para los supuestos no regulados por la legislación común, el tutor no tiene representación sobre los derechos de la personalidad (art. 12). 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. Boletín Oficial de Aragón núm. 67, de 29 de marzo de 2011

[1848] En tanto no se elimine el art. 267, CABRERA MERCADO, *op. cit.*, p. 85, propone que cuando la sentencia no determine los actos que el incapacitado puede realizar por sí mismo, se recurra al régimen

e) Predominio de la curatela

En términos generales se propone como opción preferente el complemento de la capacidad ejercido a través de la curatela[1849], como figura menos invasiva en la vida y autonomía del incapaz[1850]. La curatela se constituye y se admite aun en relación con un único asunto concreto o una actividad determinada de la persona discapacitada[1851]. Se plantea incluso una curatela con cierto componente sustitutivo, en el que la tradicional iniciativa del sometido a curatela es sustituida por la del curador, de manera que es el sometido a curatela quien adhiere su voluntad a la del curador[1852].

f) Nuevas medidas de apoyo

El eje del nuevo modelo lo constituye no ya la modificación judicial de la capacidad, sino las medidas de apoyo a implementar para la toma de decisiones, sobre todo las que eviten la necesidad del recurso a aquella modificación[1853]. La doctrina

---

establecido para la curatela, y se interprete que aquellos actos que necesitan complemento o sustitución sean los actos de los arts. 271 y 272. Consideramos más adecuada la alternativa aportada por el propio autor favorable a la interposición de recurso de aclaración de sentencia.

La actuación del incapacitado en el ámbito de sus derechos de la personalidad está recogida en art. 222-47 del Código Civil de Cataluña que exceptúa de la representación legal del tutor los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa. Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE núm. 203, de 21de agosto de 2010, pp. 73429-73525.

[1849] En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 20; TORRES GARCÍA, "La persona…", p. 173; CONSEJO DE MINISTROS, *Informe...*, p.14; GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", pp. 51-52. CABRERA MERCADO, *op. cit.*, p. 85; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.14; VARELA AUTRÁN, "La protección jurídica...", pp. 99-100. MARTÍNEZ MAROTO, "Aspectos…", p.81; DE ASÍS DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p. 32, propugna la curatela para los aspectos patrimoniales; CAMPO IZQUIERDO, *op. cit.*, p.5; BERROCAL LANZAROT, "La autonomía...", p. 27; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, *op. cit.*, p. 118.

Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 3/2010 *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*, p. 8.

[1850] Sentencias del TS de 31 de diciembre de 1991, 16 de marzo de 2001, 20 de noviembre de 2002 y 30 de junio de 2004.

[1851] GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p.90.

[1852] Así se desprende del escrito del Ministerio Fiscal que acompaña al recurso de casación resuelto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, que recomienda el recurso a la figura del curador "siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos, (…)". El escrito considera la curatela "*la figura sustitutiva* vigente más acorde con el derecho español". La cursiva es nuestra (Recogido en FJ 3).

[1853] MARTÍNEZ MAROTO, A. "Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores y los alojamientos" en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores (Coordinadora Pilar Rodríguez Rodríguez).* Madrid: Panamericana, 2007, p.81.

Ello da lugar a que SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", pp. 147-148, se cuestione la concepción de la Convención, eventualmente configuradora de una visión naturalista de la capacidad (Véase nota 1843) en la que la resolución judicial es constitutiva, en este caso de la medida de apoyo, y declarativa de la capacidad. Véase el análisis que realiza la autora de la Ley 20/2011, de 24 de julio, del Preámbulo del Registro Civil y la referencia a la "declaración judicial de modificación de la capacidad" de su artículo 1.

reclama instrumentos jurídicos flexibles[1854] que ayuden en la toma de decisiones con trascendencia jurídica, así como a la puesta en práctica de tales decisiones en los actos ordinarios de la vida diaria[1855]. Se identifican como nuevos apoyos a implementar la curatela temporal[1856], la guarda de hecho determinada y/o controlada judicialmente[1857], -planteada por algunos autores como figura de carácter provisional[1858]-; la figura del asistente y del acompañante[1859], con la función específica de prestar su apoyo en la toma de decisiones[1860] o una figura de apoyos en general[1861]; u otras de naturaleza administrativa o que el interesado pudiera disponer de manera anticipada para el supuesto de devenir incapaz.

Sin embargo, a nuestro juicio, tan importantes como las medidas de apoyo, son las salvaguardias exigibles por el artículo 12 para garantizar la necesidad, adecuación, brevedad y proporcionalidad de estas medidas a la situación del incapaz, así como para evitar la vulneración de los derechos, las influencias indebidas o los abusos. Las salvaguardias habrán de garantizar la toma en consideración de la voluntad del incapaz[1862], además del control[1863] y la revisión periódica[1864] por autoridad imparcial e

[1854] ESCRIBANO TORTAJADA, *op. cit.*, p. 143.
[1855] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", pp. 98-99; GARCÍA PONS, *op. cit.,* p. 44; Consejo de Ministros, *Informe...*, p.15.
[1856] Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia de 2010
[1857] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 30; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 11; DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p. 32; DE SALAS MURILLO, *Responsabilidad civil...*, p. 35.
[1858] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.21; SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 34; SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 158. Así se desprende además de la redacción actual del art. 303 del CC.
[1859] BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 22; GETE-ALONSO Y CALERA, *"Capacidad de obrar…",* p.95.
[1860] GARCÍA PONS, *op. cit.,*, pp. 47 y 117.
[1861] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", p. 32.
[1862] GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 398.
[1863] SOTO RUIZ, J.J. "El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado" en De Lorenzo y Pérez Bueno (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007, p. 579; ACEDO PENCO, *op. cit.*, P 94. En el ámbito internacional, SHINDLER, M. & WAKSMAN, Y. "Restriction of Liberty" en *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.)*. Oxford: Hart Publishing, 2014, PP. 351-359 [355].
[1864] PEREÑA VICENTE, "La Convención...", p. 203. GARCÍA CANTERO, G. "¿Persons with Disability…", p. 90.

El Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia de 2010 propone en este sentido:

- exigir en el art. 215 del CC que la figura o medida de apoyo que se determine ha de aplicarse en el plazo más corto posible y estar sujeta a exámenes periódicos por parte de la autoridad judicial.
- incorporar en el art. 760 de la LEC que si el Juez considera temporal la causa que impide el autogobierno de la persona, determine la duración de la medida de apoyo y someta a examen periódico la necesidad de prórroga o modificación.
- supeditar la duración de las medidas cautelares del art. 762 a la subsistencia de las causas y revisarlas a los seis meses si no se hubiese presentado la demanda de modificación de la capacidad.

independiente[1865], control que, como se ha dicho, habrá de ser mayor cuanto mayor sea la invasión de la medida de apoyo produce en la vida del discapaz. Consideramos que la provisión de nuevos apoyos con las garantías exigibles habrá de acometerse en el marco de una reforma integral interdisciplinar sobre la cuestión de la autonomía[1866] y de la vulnerabilidad, dotada de los medios judiciales y de programas de servicios sociales suficientes.

g) La relevancia de la voluntad de la persona con capacidad restringida

Como se desprende del artículo 12, en el ejercicio de los derechos, resulta relevante la participación de la persona en las decisiones que le incumben[1867], aun en el supuesto de personas sometidas a tutela[1868]. La expresión de la voluntad de la persona afectada por la discapacidad puede tener lugar tanto en el momento en el que se toma la decisión, como posteriormente, pudiéndose ser expresa, o interpretada[1869]. Supuesta la admisión de la autorregulación previa de la propia esfera personal[1870],

[1865] Se propone para ello que las medidas de apoyo se establezcan en la sentencia de modificación de la capacidad, Consejo de Ministros, *Informe...*, pp.14 y 19, que se garantice su funcionamiento regular.

[1866] SILLERO CROVETTO, "Implicaciones…", p. 162.

[1867] GARCÍA CANTERO, "Reflexiones...", p. 52.

[1868] Consejo de Ministros, *Informe...*, p. 14.

El Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia de 2010 plantea incorporar, en este sentido, en el ejercicio de las funciones tutelares el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con capacidad modificada judicialmente y evitar el conflicto de intereses y la influencia indebida (art. 216). Asimismo introduce en el ejercicio del cargo de tutor la salvaguarda de la capacidad de decisión, preferencia, voluntad e intereses del tutelado (art. 268).

STS de 1 de julio de 2014: "la persona que será designada tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de esta última. El ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo el control judicial" (FJ 7).

El Código civil de Cataluña establece en su art. 222-38 que el tutor tiene el deber de respetar tanto como sea posible los deseos que exprese el incapaz de acuerdo con su capacidad natural.

SAN PASTOR SEVILLA, Y. "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma", en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP.207-218[214].

[1869] GARCÍA CANTERO, "Los derechos de los mayores...", p. 169.

[1870] La admisión del contenido personal en los instrumentos preventivos distintos a los específicamente regulados en relación con actos médicos en las llamadas "voluntades anticipadas" no es una cuestión resuelta legalmente. Se manifiesta a favor de ello SERRANO GARCÍA, "La voluntad...", p. 1135, que contempla la posibilidad de que el instrumento contemplase la posibilidad de ser atendido en su propia casa, aunque en relación con la "última enfermedad".

Según PÉREZ DE VARGAS, *op. cit.*, p. 74, considera que son objeto del contenido de la autotutela prevista en el art. 223 del Código Civil exclusivamente las cuestiones relacionadas con la tutela tales como nombramiento de sustitutos, órganos de fiscalización, medidas de control, dispensas para el ejercicio del cargo, etc.

Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. en "Los poderes preventivos en el Derecho Español: luces y sombras" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, pp.249-283 [276-278], admite el contenido personal de las disposiciones de la autotutela. También para actos de contenido personal relacionados con la asistencia médica, en virtud del artículo 11 de la Ley de Autonomía del Paciente. La autora excluye, sin embargo, el

puede atenderse a lo expresado anticipadamente por el incapaz cuando no lo era: así, la designación de quien haya de ser la persona que oriente, complemente o le sustituya en la toma de decisiones; la manifestación de las propias preferencias con respecto al contenido de tales decisiones o en términos más generales, de la dirección en la que han de ser tomadas. Cabe incluso reconstruir la voluntad del que fue capaz en su momento[1871].

El problema radica en la compatibilidad del contenido de tales manifestaciones de voluntad con el mayor beneficio del incapaz en el momento de adoptar la decisión[1872]. El principio del mayor interés del incapaz, vigente en nuestro ordenamiento jurídico, y establecido con carácter imperativo en el art. 216 del CC, actúa como valor interpretativo de las normas, como norma integradora ante la ausencia de una disposición específica, así como criterio o pauta para la resolución de conflictos de intereses y toma de decisiones[1873]. Por ello, deberá modular a nuestro parecer sus preferencias, y ello a través de los mecanismos de control previstos para las medidas de apoyo en el art. 12.4 de la Convención[1874]. Sin embargo, dado que el legislador español no ha dispuesto todavía las garantías jurídicas necesarias para que la voluntad anticipada del ahora incapaz pueda tomarse en consideración sin vulnerar sus derechos o evitando influencias indebidas[1875], la única posibilidad de atender a ella por el momento, a nuestro juicio, consiste en tenerla en cuenta como un elemento más de

contenido personal en la figura de los poderes preventivos del artículo 1732 del Código Civil: DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. "¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa a la protección de los mayores" *Revista de Derecho Privado. Enero-febrero, 2006,* pp. 10-51.

Por lo que respecta a otros ordenamientos jurídicos, en Dinamarca el documento de declaración de voluntades anticipadas contempla la inclusión de la forma en la que se desean recibir los cuidados diarios, sin estar sometida a formalidad alguna: VENNEMOSE, *op. cit.*, p. 108. También en Finlandia, donde la declaración puede recoger incluso los gustos de las personas (comida, música, etc.). SULKAVA, *op. cit.*, p. 112. En Irlanda pueden a través de los poderes preventivos se puede gestionar el cuidado de la persona mayor. BARTLEY, M. & O´NEIL D."Practice of Competence Assessment in Dementia: Ireland" en *Competence Assessment in Dementia*. *(Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, PP.125-129.

[1871] DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp. 29-31; SEOANE RODRÍGUEZ, "LAS PERSONAS...", p. 98.

[1872] MCGEE, *op. cit.*, pp. 144-145, describe el estrés y los perjuicios que le causa a la persona con grave discapacidad psíquica el no reconocimiento de sus deseos actuales.

[1873] SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental...", pp. 73-77; SEOANE RODRÍGUEZ, "Las personas...", pp. 95-98; DE ASÍS, BARRANCO, CUENCA y PALACIOS, "Algunas reflexiones…", pp. 29-31; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 320-332.

[1874] Así lo establece la STS de 17 de julio de 2012, que mantiene expresamente vigente este principio, en aplicación del cual admite el nombramiento de tutor distinto al designado por la persona con capacidad restringida en instrumento de autotutela (FJ 5).

[1875] Véase, SILLERO CROVETTO "Implicaciones…", pp. 159-161, con relación a los controles sobre el otorgamiento y efectividad de los poderes preventivos..

la determinación de cuál el interés superior del incapaz en el momento de adoptar la decisión[1876].

2. PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL INCAPAZ SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. LA TOMA EN CONSIDERACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN NÚM. (99) 4 DEL COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA

Desde la década de los noventa el modelo de la discapacidad se caracteriza por el despliegue de la dignidad sobre la capacidad de obrar. La dignidad deja de proyectarse exclusivamente en la protección del incapaz y adquiere, en este sentido, una dimensión subjetiva y positiva[1877], que favorece la promoción de la autodeterminación, con fundamento en el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la CE)[1878]. Éste se configura como norma interpretativa en todo lo referente a la capacidad de obrar[1879]. La protección a través de la determinación de la capacidad de obrar queda reducida a las áreas en las que resulte imposible el ejercicio libre y responsable de la facultad de autodeterminación[1880] y los esfuerzos se concentran en promover la autonomía decisoria de las personas discapaces a través de las nuevas medidas de apoyo.

Sin embargo, cabe cuestionar, como ya se ha anunciado en el punto 3.6. del Capítulo I, la centralidad del libre desarrollo de la personalidad, por lo que a las personas mayores en situación de grave discapacidad cognitiva se refiere. Traemos aquí a colación la crítica formulada al inicio, relativa a una concepción "hipercognitiva" de la capacidad en la Convención de Nueva York, que deja sin amparo a las personas mayores carentes de capacidad natural.

Por ello, queremos incidir en la vulnerabilidad del colectivo al que nos referimos y en la posibilidad de una acepción más amplia del concepto de libre desarrollo de la personalidad, que incluya su protección. La realización de los fines existenciales a los que sirven las relaciones jurídicas en las que se inserta la persona[1881] y, por ende, la ordenación de las mismas a través del Derecho, persiguen el desarrollo personal, pero

[1876] Véanse: SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental...", pp. 73-77 y el mismo autor, "Las personas...", pp. 95-98; GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 320-332.
[1877] LEÑA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.206.
[1878] GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 19; TENA PIAZUELO, *op. cit.*, p. 131; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "El tratamiento jurídico...", p. 27; GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (I)...", p. 178.
[1879] ESCRIBANO TORTAJADA, *op. cit.*, 141. GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (I)...", p. 179; MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, *op. cit.,* p. 36.
[1880] GORDILLO CAÑAS, *Capacidad…*, p. 34; SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , pp. 73-77; ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p. 243.
[1881] GARCÍA CANTERO, "¿Persons with Disability…", p. 79.

también, como parte de éste, la preservación de su mejor calidad de vida cuando las posibilidades de desarrollo son limitadas. En este sentido, se pronuncia LEÑA FERNÁNDEZ, para quien el centro de interés actual del Derecho de la discapacidad es la consecución de lo más conveniente para el crecimiento personal del incapacitado, es decir, "lo que sea mejor para fomentar su autoestima y su integración social, lo que menos lesione su dignidad personal, lo que más ayude, junto con la medicación, en su caso, a la mejoría de su deficiencia o enfermedad"[1882]. Igualmente, SÁNCHEZ-CALERO subraya el propio desarrollo físico, ético y corporal, la salud mental, el perfeccionamiento educativo, la convivencia, los aspectos vivenciales, el equilibrio emocional y afectivo[1883]. También GANZEMÜLLER ROIG, que aunque considera que cada vez tiene mayor relevancia en la determinación del mayor interés del incapaz el fomento de sus habilidades, mantiene como objetivo la preservación de sus capacidades[1884]; o GARCÍA PONS para quien el fomento del libre desarrollo de su personalidad implica permitir que la persona con discapacidad ejerza sus derechos subjetivos cuando tenga capacidad para ello, pero también dar cumplimiento de la función social inherente a las figuras de representación legal o complemento de la capacidad, cuando no posea dicha capacidad[1885]. Tal interpretación es la que a nuestro juicio ha de darse al contenido del art. 268 del Código Civil.

Por ello, queremos destacar con relación al Derecho civil de las personas mayores, no sólo la Convención de Nueva York, sino también, las directrices contenidas en la Recomendación (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, de 23 de febrero de 1999. Este instrumento, que no tiene carácter vinculante para los Estados[1886] y precede en siete años a la Convención de Nueva York, demuestra a nuestro parecer una posición más adecuada a la situación de la persona mayor con enfermedad neurocognitiva tipo Alzheimer.

La Recomendación tiene como origen la petición realizada por la Tercera Conferencia Europea sobre el derecho de la familia, celebrada en Cádiz en 1995, al Consejo de Europa sobre un instrumento europeo destinado a proteger a los mayores incapacitados. El instrumento se encarga por el Comité europeo de cooperación

[1882] LEÑA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.206.
[1883] SÁNCHEZ-CALERO,*La actuación...*, pp. 30-31.
[1884] GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 402.
[1885] GARCÍA PONS, *op. cit.,* p. 157.
[1886] La idea de una Declaración de Derechos de las Personas Mayores fue aprobada en el Congreso Internacional sobre la Familia, celebrado en Palma de Mallorca en 1994. GARCÍA CANTERO, G. "¿Hacia una Declaración Universal de los Derechos de las Personas Mayores?" *Proyecto social: Revista de relaciones laborales, Nº 4-5, 1997*, pp. 29-34 [29-30].

jurídica con el rango de Recomendación y con tal carácter, es aprobado por el Comité de Ministros[1887].

El contenido de la Recomendación lo constituyen los principios "que se aplican a la protección de las personas mayores que, por causa de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de tomar decisiones, de forma autónoma, en lo que respecta a una cualquiera o al conjunto de las cuestiones relativas a su persona o a sus bienes, de comprenderlas, de explicarlas o de ponerlas en práctica y que, en consecuencia, no pueden proteger sus intereses" (Parte I. Punto 1). Al igual que la Convención de Nueva York, la Recomendación basa sus principios en el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, con base en la dignidad de las personas, e incluye, entre otros, los principios de flexibilidad, máxima preservación de la capacidad, necesidad y subsidiariedad, proporcionalidad y respeto de los deseos y sentimientos de la persona interesada (Principios 1, 2, 3, 5, 6 y 9). Dispone que entre el abanico de medidas deberían figurar "en los casos apropiados, disposiciones no restrictivas de la capacidad jurídica de los interesados ", que "deberían conllevar disposiciones que se limiten a un acto específico y que no necesiten la designación de un representante o de un representante dotado de poderes permanentes" y convendría considerar medidas "que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor en cuestión" (principios 2.4, 2.5 y 2.6).

Sin embargo, la Recomendación se separa de la Convención en la medida en que establece expresamente, que la instauración o puesta en práctica de una medida de protección deberá tomar en consideración de manera preeminente los intereses y el bienestar del mayor incapacitado (Principio 8). También es más precisa y realista, a nuestro juicio, en cuanto al alcance concreto del mantenimiento de la capacidad de actuación. Ello por dos razones: en primer lugar, parte de un concepto de "legal capacity"[1888], que puede ser restringido (principios 2.4, 3.1, 6.2, 12.2). En segundo lugar, por lo que respecta al principio de máxima preservación de la capacidad, lo concreta y supedita en lo posible a la capacidad real de la persona a proteger. Así establece que una medida de protección no debe conducir automáticamente a una restricción total de la capacidad jurídica, *salvo cuando se muestra necesaria con toda evidencia para la protección de la persona en cuestión*; que no debe privar automáticamente a la persona de tomar cualquier decisión de carácter personal, *siempre y en la medida que su capacidad lo permita* y que *cada vez que sea posible*, la

[1887] Aunque la propia Recomendación reconoce que la Conferencia de Cádiz de 1995 contempla la posibilidad de que el texto tuviese carácter de Convención.
[1888] Versión oficial en inglés del documento, disponible en:
http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf
(Última recuperación 26 de septiembre de 2015).

persona mayor debe tener la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de manera jurídicamente efectiva (principios 3.1 y 3.2 y 3.4). (La cursiva es nuestra).

3. CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL INTERNAMIENTO FORZOSO ACTUAL

En este punto procede que nos pronunciemos sobre el mejor encaje de la decisión de internamiento residencial de personas mayores con enfermedades neurocognitivas, resolviendo su ubicación, bien en el artículo 763 de la LEC; o como parte de la decisión de modificación judicial de la capacidad del artículo 760, sobre la base de la configuración actual de la capacidad en Derecho civil. La cuestión a dilucidar es si, más allá de las garantías constitucionales exigidas por la afectación del derecho a la libertad, el enfoque adecuado desde una perspectiva jurídico privada es la atención a la capacidad natural, tal y como se recoge en la regulación del internamiento por razón de trastorno psíquico (art. 763 de la LEC), en consonancia con el desarrollo de dicho enfoque a partir de la Convención de Nueva York; o si a la luz de ésta, es posible mantener todavía el pronunciamiento sobre el internamiento con ocasión y como parte de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar (art. 760 de la LEC), constituyendo ello el remedio protector de la incapacidad de vida independiente.

Como paso previo a tal planteamiento, queremos dejar sentada a modo de premisa la compatibilidad de ambas alternativas (artículo 763 y 760 de la LEC) con los artículos de la Convención que regulan la libertad de la persona con discapacidad, sin perjuicio de las modificaciones que se proponen al final del capítulo.

3.1. **COMPATIBILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 760 Y 763 DE LA LEC CON LOS ARTÍCULOS 12, 14 Y 19 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK**

El acto de internamiento forzoso de una persona con discapacidad, se ve afectado por *ratio legis* Convención de Nueva York y, como acto concreto, por lo establecido en sus artículos 12, 14 y 19.

a) Por lo que respecta al artículo 12, analizado en el apartado precedente, consideramos que tanto en el artículo 760, como en el artículo 763 de la LEC, permiten considerar que la decisión por parte del tercero con respecto al internamiento del incapaz, se adopta respetando los derechos, evitando los conflictos de intereses y la influencia indebida, suponiendo el control judicial previsto en ambos artículos la salvaguardia suficente para ello. Además de revisable e imparcial, dicho control resulta proporcionado a la intensidad de la decisión prevista: tiene naturaleza de autorización judicial en el internamiento adoptado sin necesidad inmediata de modificación de la capacidad (art. 763 de la LEC); y de decisión en sentido estricto, en el internamiento

que conlleva la modificación de la capacidad de la persona a internar (arts. 760 y 762). A pesar de ello, los principios de necesidad, adecuación, proporcionalidad, brevedad y toma en consideración de la voluntad del incapaz, predicables de las figuras de apoyo, reclaman a nuestro parecer, como se verá, ser incorporados a la redacción de los artículos como principios generales que se derivan de la propia Convención en todos los supuestos de toma de decisiones por parte de terceros.

b) Los artículos 760 y 763 de la LEC, en tanto inciden en la libertad del incapaz, resultan además afectados por lo dispuesto en el art. 14 de la Convención:

> *Artículo 14 Libertad y seguridad de la persona*
> *1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:*
> *a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;*
> *b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.*
> *2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.*

La primera conclusión que se puede extraer de la lectura del artículo 14 es que la Convención no prohíbe el internamiento forzoso de personas con discapacidad, siempre que, en su consideración de privación de libertad, la detención respete lo establecido en el Derecho internacional, en particular, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entendemos que la finalidad del artículo es asegurar las garantías de los procesos judiciales tendentes a la privación de libertad de las personas con discapacidad (segundo párrafo) y evitar el confinamiento de las personas por razón directa de su discapacidad[1889] (primer párrafo); medida que resultaría esencialmente discriminatoria[1890] y que denegaría la posibilidad del ejercicio de la libertad a las personas con capacidad natural para ello.

Las observaciones realizadas a España por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas en 2011, atañen a la aplicación del artículo 14:

> *Libertad y seguridad de la persona (artículo 14)*
>
> *35. El Comité toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial ("enfermedad mental"), en establecimientos especiales. Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que*

[1889] BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p.385; GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 404.
[1890] BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.,* pp. 173-175.

> *contienen solo salvaguardias ex post facto para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos.*
>
> *36. El Comité recomienda al Estado parte 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.*

Las críticas se centran, como se ve, en el recurso abusivo al internamiento de urgencia, lo que permite evitar los controles del internamiento a priori, en los malos tratos que se asegura que tienen lugar en los centros residenciales y psiquiátricos y, en la admisión del internamiento por razón de discapacidad[1891].

En relación con el internamiento urgente, consideramos que la regulación establecida en los artículos 762 en relación con el 760, y 763 de la LEC, cumplen los criterios del art. 12.4 (aplicación en el plazo más breve posible y sujeción a exámenes periódicos acordados judicialmente)[1892], así como los requisitos exigidos en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos tal y como se ha analizado en los capítulos anteriores[1893]. Cuestión distinta es el recurso indebido al internamiento urgente, en la que no entramos por exceder de nuestro objeto de estudio, como también lo excede la afirmación relativa a los malos tratos.

Por lo que respecta a la admisión del internamiento por razón de discapacidad, se ha afirmado que el art. 763 de la LEC establece un nexo directo entre la enfermedad y el internamiento[1894]. Consideramos que tal afirmación se desprende del propio título del artículo "Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", reiterado en el párrafo primero del artículo. Convenimos en este sentido con GANZEMÜLLER ROIG en que el internamiento se produce cuando se cumplen determinadas condiciones asociadas a la enfermedad mental, pero que no derivan de ésta directamente[1895]. Por ello, la adecuación a la Convención pasaría por suprimir la referencia al trastorno psíquico como motivo del internamiento y delimitar el ámbito de aplicación del artículo a partir de la finalidad perseguida por el internamiento: "Internamiento no

[1891] También la OMS, *Manual de recursos...*, p. 46

[1892] GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 404.

[1893] BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.*, p. 171, afirma en su análisis del artículo 14 de la Convención de Nueva York, la compatibilidad del artículo 763 con el art.5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Plantea sin embargo, la necesidad de la aplicabilidad del artículo 763 a los internamientos del artículo 271, para garantizar la compatibilidad con los instrumentos internacionales, de los internamientos realizados al amparo de este último artículo.. A esta cuestión se le ha dado respuesta en el Capítulo V de este trabajo.

[1894] BLÁZQUEZ MARTÍN, pp. 173-175.

[1895] GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 404.

voluntario con finalidad (terapéutica, curativa, asistencial…)", o la que proceda, en función del tipo de internamiento que el legislador quiera regular. Se elimina así la caracterización del internamiento por su vinculación a un colectivo de personas determinado. Más difícil nos resulta sustituir la referencia a la incapacidad manifiesta o diagnosticada, porque el carácter forzoso del internamiento resulta precisamente de la incapacidad de decidir el internamiento por uno mismo. La identificación del ámbito subjetivo del artículo 763 por la incapacidad de decidir el internamiento forzoso en modo alguno resulta discriminatoria, a nuestro parecer, pues puede predicarse con respecto a cualquier persona en un momento dado.

Por lo que respecta al artículo 760, en cuanto precepto que admite el internamiento en el proceso de modificación de la capacidad, no apreciamos contradicción alguna con lo establecido en el artículo 14, sin perjuicio de que nos cuestionemos la necesidad del recurso a la modificación de la capacidad de obrar, lo que será analizado en el apartado 4.3.2. de este Capítulo.

En consecuencia, afirmamos en estos términos la validez del internamiento forzoso del art. 763, así como del pronunciamiento relativo al ingreso en la sentencia de modificación de capacidad del art. 760 de la LEC[1896], en tanto no suponen una discriminación derivada de la discapacidad.

c) Por último ha de tomarse en consideración el 19 de la Convención de Nueva York, que reconoce el derecho a vivir de forma independiente:

> *Artículo 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad:*
>
> *Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:*
>
> *a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;*
>
> *b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;*
>
> *c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades.*

[1896] Así parece desprenderse también del Documento de Trabajo del Ministerio de Justicia, que mantiene la redacción actual del artículo con la salvedad de que incorpora al art. 763 el tratamiento ambulatorio forzoso. 929.

Dejando al margen las cuestiones de política social previstas en el artículo 19, -objeto de las observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, con respecto a España[1897]-, no podemos sino señalar que el precepto que afecta directamente al Derecho civil, cual es el contenido en la letra a) del artículo, tiene la consideración de criterio rector interpretativo del interés superior del incapaz[1898], sin adquirir la elección de la residencia, a nuestro juicio, la condición de nuevo derecho surgido del texto de la Convención[1899], en tanto

[1897] *Observaciones del Comité:*

39. Preocupa al Comité la falta de recursos y de servicios que garanticen el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, en particular en las zonas rurales. Le inquieta además que la elección de residencia de las personas con discapacidad se vea limitada por la disponibilidad de los servicios necesarios, así como el hecho de que, según se informa, quienes viven en establecimientos residenciales no tienen otra alternativa que ese internamiento. Finalmente, preocupa al Comité la vinculación entre, por una parte, el derecho al disfrute de servicios sociales y, por otra, un grado específico de discapacidad.

40. El Comité alienta al Estado parte a que vele por que se proporcione una financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan, de forma efectiva, disfrutar de la libertad de elegir su residencia en pie de igualdad con los demás, tener acceso a toda una serie de servicios comunitarios en su domicilio o en residencias y a otros servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal, y disfrutar así de un ajuste razonable a fin de integrarse mejor en sus comunidades.

[1898] GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 404; BLÁZQUEZ MARTÍN, *op. cit.*, pp. 173-175. Estos autores señalan también el derecho a la libertad de desplazamiento reconocido art. 18 de la Convención.

BARIFFI, "Capacidad jurídica...", p.385.

BLÁZQUEZ MARTÍN, *Op. Cit*., pp. 173-175, afirma que hay que "aplicar el enfoque de vida independiente para garantizar que una persona con discapacidad y dependiente no lo sea hasta el punto de tener que elegir entre la institucionalización *motu propio* o la institucionalización desde una situación de emergencia social".

[1899] CUENCA GÓMEZ, p. *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 39-60.

Tal derecho se reconoce a la persona protegida, por ejemplo, en el artículo 459-2 del Code Civil francés (redacción dada por la Ley núm. 2007-308 de 5 de marzo de 2007 que contiene la reforma de la protección jurídica de los mayores). El artículo reconoce el derecho de la persona mayor protegida a escoger el lugar de su residencia, mantener libremente relaciones personales con terceros, allegados o no, a ser visitada y, si llega el caso, albergada por éstos, salvo decisión contraria del consejo de familia o del juez, en caso de dificultad. Estos derechos se recogen también en el art. 4 del Decreto núm. 2008-1556 del 31 de diciembre de 2008 relativo a los derechos de los usuarios de los mandatarios judiciales para la protección de los mayores y de los delegados para las prestaciones familiales, artículo dedicado a las relaciones familiares.

Véase también, nota 411.

En cualquier caso, tampoco el derecho a la libre elección de residencia es considerado un acto personalísimo. Establece el artículo 459 del Code Civil, (en su redacción dada por Ley núm.2009-526 de 12 de mayo de 2009), que fuera de los casos previstos en el artículo 458 del Code (actos personalísimos entre los que no se encuentra la elección de la residencia): que la persona protegida toma sólo las decisiones relativas a su persona en la medida en que su estado lo permite. No obstante, salvo urgencia, la persona encargada de la protección del mayor no puede, sin la autorización del juez o del consejo de familia si ha estado constituido, tomar una decisión que tenga por resultado atentar gravemente contra la integridad corporal de la persona protegida o contra la intimidad de su vida privada. La persona encargada de la protección del mayor puede tomar con respecto a éste las medidas estrictamente necesarias de protección para poner fin al peligro que su propio comportamiento hiciera correr al

no se incorpore como derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico interno, lo que en cualquier caso debería ser modulado además por el principio de razonabilidad de los ajustes.

3.2. **TOMA DE POSTURA EN RELACIÓN CON EL INTERNAMIENTO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO**

Por sus antecedentes históricos, a salvo de la regulación contenida en el Código Civil entre 1983 y 1996 y, sobre todo, por la dirección que toma el supuesto de hecho contenido en el artículo 211 del mismo en su redacción por Ley Orgánica 1/1996, elevado por la Ley 1/2000 a elemento definidor del internamiento con su incorporación al título del precepto, consideramos que el ámbito de aplicación propio del internamiento regulado en el actual artículo 763 de la LEC es el del internamiento psiquiátrico. El internamiento psiquiátrico tiene la consideración de un tipo especial de acto médico consustancial al tratamiento, al servicio del cual se produce la privación de libertad. Llama la atención, sin embargo, que esté residenciado en una ley de carácter general[1900] (primero en el Código Civil, art. 211 y después en la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 763), separándose de la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, que lo regulan en su legislación sanitaria[1901], al margen de la legislación general relativa a la capacidad de toma de decisiones[1902].

Esta particularidad se explica por la tradición legislativa española[1903], interesada desde el siglo XIX en la garantía de la libertad de la persona capaz, como se ha visto en el Capítulo III de este trabajo, y que en la reforma de 1983 incorpora la regulación del internamiento en el Código Civil, como parte de la regulación de la tutela, y con la

---

interesado. Deberá informar sobre ello sin demora el juez o el consejo de familia si ha estado constituido.

[1900] La Comisión de Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría criticó ya en 1984 que el artículo 211 se redactase al margen de una regulación general sobre internamientos por motivos sanitarios y con fines terapéuticos. DÍEZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.52.

[1901] EUROPEAN UNION AGENCY FOR HUMAN RIGHTS. *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems,* 2012, pp.67-69 http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems (Última recuperación 1/09/2015), MAREK L.& STOPPE G. *op. cit.,* pp. 1-11; KIEJNA, RYMASZEWSKA & HADRYS, *op. cit.*, pp. 141-147.

[1902] Así en el Reino Unido la Mental Capacity Act (2005) ofrece el marco jurídico de la sustitución en la toma de decisiones, que incluye la decisión relativa al internamiento residencial forzoso, de manera diferenciada a la Mental Health Act (1985, reformada en 2007), circunscrita al tratamiento psiquiátrico forzoso (incluido el internamiento).

En Francia, el internamiento psiquiátrico se regula en el Código de la Salud Pública, modificado por la Ley nº 2011-803 de 5 julio de 2011 y nº 2013-869 de 27 de septiembre, relativa a los derechos y a la protección de las personas que son objeto de atención psiquiátrica. También en Noruega el internamiento psiquiátrico forma parte de la legislación sanitaria. ENGEDAL, K. & KIRKEVOLD, Ø. *op. cit.*, pp.173-141.

[1903] SALIZE, H. J. Y DRESSING H. "Compulsory admission of mentally ill patients in European Union Member States" *Social Psychiatry & Psychiatric Epidemiology, 39, 2004,* pp. 797-803, [801].

finalidad de evitar todo atisbo de discrecionalidad médica, predicable del Decreto de 1931 y contraria al mandato constitucional. En cualquier caso, son numerosas las propuestas tendentes a eliminar la regulación del internamiento psiquiátrico de la Ley de Enjuiciamiento Civil e incorporarla, al igual que la de cualquier acto médico necesario para el tratamiento de una enfermedad o deficiencia, a la regulación del consentimiento informado de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre[1904]. Ello, en coherencia con art. 7 del Convenio de Oviedo, que prevé las intervenciones para el tratamiento de personas con trastorno mental y con el art. 20 de la Ley General de Sanidad[1905].

La naturaleza médica del acto de internamiento forzoso del artículo 763 radica, a nuestro juicio, en que el elemento de referencia para adoptarlo es la salud del paciente[1906]. Se trata de proporcionar un diagnóstico o un tratamiento médico que no es posible garantizar fuera del ámbito de la privación de libertad[1907]. Responde por lo tanto a razones terapéuticas[1908] y su decisión corresponde al médico, al igual que le corresponde decidir el alta del paciente[1909]. El facultativo determina la capacidad natural del sujeto[1910], así como la conveniencia del internamiento, como medida curativa a aplicar[1911].

La autorización judicial, tanto del ingreso como de la permanencia en el centro, es fundamentalmente un control[1912] que tiene lugar en interés de la persona a internar[1913], que dependerá básicamente de la efectiva fundamentación terapéutica del acto y que se produce a partir de lo establecido en el preceptivo dictamen del facultativo. Esta autorización judicial, que no ha sido extraña a otros actos también médicos, incluso no terapéuticos[1914], se prevé ahora en términos generales para los supuestos de peligro para la salud del incapaz en los casos de consentimiento por

[1904] Ya en 1988, COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, p. 411; Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Organización de Naciones Unidas. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 877, puntos 35 y 36; OMS, *Manual de recursos...*, pp. 49 Y 50; REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, *op. cit.*, pp. 55 y 109-110.

Otro sector doctrinal, considera más acertado, sin embargo, que las normas reguladoras de la toma de decisiones se incorporen al Código Civil, en sede de Derecho de la persona, a modo de la regulación establecida en el Código Civil de Cataluña. Así, GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 97.

[1905] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 204.

[1906] ESPEJEL JORQUERA, *op. cit.*, 57.

[1907] GANZEMÜLLER ROIG, "La función…", p. 404.

[1908] JIMÉNEZ SORIA, *op. cit.*, p. 217; SILLERO CROVETTO, "Tratamiento jurídico...", p. 999.

[1909] TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.,* p. 114; DE COUTO, *La protección...*, p.52; SÁNCHEZ CALERO, *La actuación...*, pp.89-90.

[1910] SIMÓN-LORDA, p. "La capacidad…", p. 331.

[1911] SANTOS MORÓN, M. J. *Incapacitados y derechos…*, p. 71, para los tratamientos médicos en general.

[1912] SILLERO CROVETTO, "Tratamiento jurídico...", p. 999.

[1913] SÁNCHEZ-CALERO, *La actuación...*, p. 42.

[1914] GARCÍA GARNICA, "Discapacidad y dependencia (II)...", p. 222.

Así, la esterilización forzosa del incapaz, a fin de asegurar su justificación, proporcionalidad y evitar resultados especialmente gravosos o desmedidos.

representación, tal y como se desprende de la última reforma de la Ley 41/2002 (art.9.6) por la Ley 26/2015, de 28 de julio. En este sentido, sostiene acertadamente a nuestro juicio, GARCÍA LLERENA, que es necesaria la autorización judicial para todos los actos de carácter personal para los que la persona con capacidad modificada judicialmente no tiene capacidad natural y entrañan importancia o riesgo para sus intereses, como búsqueda de la realización del interés superior del incapaz[1915]. El control judicial adquiere en virtud de la Convención de Nueva York la naturaleza de salvaguarda de los intereses del incapaz, evitando conflictos de intereses e influencias indebidas (art. 12), lo que coincide precisamente con la función tradicional de la autorización judicial del internamiento del artículo 211, y de sus precedentes, tal y como se ha expuesto a lo largo del trabajo.

Por lo que respecta a la capacidad del paciente, el internamiento psiquiátrico, como acto que afecta al derecho de libertad[1916], se rige por la capacidad que requieren los actos relativos a los derechos de la personalidad[1917], es decir, por la capacidad natural[1918], y prescinde por ello de la constatación de la capacidad de obrar general. Éste es el significado que corresponde atribuir al art. 763 de la LEC en su regulación del internamiento de "una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela". Así, el internamiento voluntario puede ser realizado tanto por la persona con capacidad natural cuya capacidad legal no ha sido modificada (supuesto habitual), como por la persona con capacidad natural con capacidad modificada judicialmente.

Siendo la causa del acto de internamiento psiquiátrico voluntario, el diagnóstico y/o el tratamiento[1919], la capacidad natural para consentirlo consiste en el discernimiento acerca de la propia enfermedad[1920], así como del significado y consecuencias del internamiento en relación con la curación. El sujeto ha de poder valorar si los perjuicios que prevé que puedan derivarse de su permanencia en el régimen que establece el centro, se ven compensados por los beneficios que el diagnóstico o el tratamiento le vayan a reportar a su salud. Si no tiene tal capacidad, procederá el internamiento forzoso.

[1915] De hecho, la autora aplica analógicamente la necesidad de autorización judicial del art. 271.1 y 763 La identidad de razón exigida por el art. 4.1. del CC estaría en el riesgo y la semejanza en el hecho de que la actuación del representante recaiga sobre la esfera personal del incapaz. GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, pp. 276-279.
[1916] LACRUZ, Elementos de Derecho..., 1990… (Epígrafe redactado por Rivero Hernández, F.), p.67.
[1917] DELGADO BUENO, "Evaluación de...", p.102.
[1918] SIMÓN LORDA, P; RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J.; MARTÍNEZ MAROTO, A.; LÓPEZ PISA, M. ET AL., *op. cit.*, pp. 419-426.
[1919] DE COUTO, *La protección...*, p.46.
[1920] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.22.

La falta de capacidad natural determinará, a nuestro juicio, la nulidad del internamiento voluntario. Si no hay voluntad de internamiento (porque no existe o porque no se puede expresar) el acto será radicalmente nulo[1921], sin perjuicio del régimen y consecuencias que ello pueda tener en su vertiente contractual. Distinto es el supuesto del internamiento de la persona sometida a curatela, realizado con capacidad natural pero sin asistencia del curador, cuando ésta es necesaria. En este caso, no parece que exista motivo para sancionar con la ineficacia absoluta del acto, aquel que se ha producido voluntariamente, por lo que el acto de internamiento será sólo anulable[1922].

Por lo que respecta al internamiento forzoso, consideramos también nulo el que tiene lugar sin la autorización judicial preceptiva. Esta conclusión resulta de la trascendencia del propio acto; de ser la autorización judicial una *conditio iuris*[1923] derivada de la aplicación de una norma imperativa (art. 6 del CC)[1924]; y de que aun habiéndose realizado por el tutor, en el caso del incapaz con capacidad modificada judicialmente, éste no actúa como representante en un acto de carácter voluntario, -tal posibilidad queda excluida precisamente por ser este internamiento involuntario[1925]-. A pesar de la nulidad, tanto este supuesto como el del internamiento voluntario realizado por el incapaz natural, podrían ser excepcionalmente convalidados a posteriori[1926], si así lo reclama el interés del incapaz. Tal convalidación no es extraña, por otra parte, a la regulación del supuesto, ya que tiene lugar con la ratificación del internamiento de urgencia.

No podemos concluir el apartado sin destacar que la regulación del internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico exige, en garantía de la libertad y de la seguridad del paciente, una regulación más detallada que delimite el supuesto ante el

[1921] ALBADALEJO, M. *Compendio…*, p. 49.

[1922] Ésta es la eficacia que atribuye GARCÍA CANTERO a los actos realizados sin la intervención preceptiva del curador, en virtud del artículo 293 del Código Civil. "Notas...", P, 797.

[1923] AMORÓS GUARDIOLA, "Comentarios a los artículos...", p. 381.

[1924] GARCÍA CANTERO, "El nuevo régimen...", p. 495; CUENA CASAS, *op. cit.*, p. 1985. DÍEZ-PICAZO considera que son nulos los actos que realiza el tutor sin autorización del Consejo de Familia, cualquiera que sea la apariencia o confianza que se pueda haber suscitado en los terceros que contrataron con el tutor. DÍEZ-PICAZO, L. "La representación…", p. 287. En contra LETE DEL RÍO, que se posiciona a favor de la anulabilidad del internamiento realizado por el tutor sin autorización del Consejo de familia, a pesar de lo dispuesto en el art. 6.3 del CC. Señala el autor que si el tutor realiza un acto que expresamente le está prohibido, el acto le será reputado nulo. Si no es así, el acto será anulable, si ha reportado algún beneficio al tutelado. LETE DEL RÍO, "Comentario al artículo 264"…, p. 301.

[1925] Distinta es la respuesta que da la jurisprudencia en los supuestos de actos realizados por el titular de la patria potestad sin la preceptiva autorización judicial (art. 166) es favorable a la anulabilidad del acto. Sin embargo las razones son las siguientes: la consideración de la autorización judicial complemento de la capacidad quien actúa como representante. (STS 216/2006, de 3 marzo 2006), la seguridad del tráfico negocial y la prestación del consentimiento, en este caso por representación, que excluye la nulidad impuesta por el art. 1261. (Sala 1ª) Ponente: O'callaghan Muñoz, Xavier.

[1926] Posibilidad admitida por AMORÓS GUARDIOLA, "Comentario...", p. 545.

que se puede adoptar[1927]. Ello requiere incorporar los requisitos a la legislación española, tal y como ha advertido la Agencia para los Derechos Humanos de La Unión Europea[1928], además de los establecidos por el Tribuanal Europeo de Derechos Humanos, la Recomendación (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 17) y el Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental OMS[1929], que pueden agruparse en los siguientes:

- Constatación de la necesidad de tratamiento.
- Necesidad del internamiento para evitar un riesgo significativo de daño grave a la salud de la persona a internar o a otras personas[1930].
- Constatación de la incapacidad para comprender la necesidad del internamiento.
- Finalidad terapéutica del internamiento.
- Inexistencia de alternativas al ingreso y la toma en consideración de la opinión relativa al ingreso de la persona a ingresar.

3.3. ENCAJE JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL

Retomamos en este punto la descripción de la situación en la que procede el ingreso residencial de personas mayores y sometemos a análisis, a la luz del espíritu de la Convención, la posibilidad de la adopción del internamiento en el procedimiento de modificación judicial de la capacidad establecido en el artículo 760 de la LEC.

3.3.1. Supuesto en el que procede el internamiento residencial forzoso

El destinatario natural del internamiento residencial asistencial, como se ha visto en el primer capítulo, es la persona que está en situación de vulnerabilidad en su propio domicilio, entendida ésta como una situación de riesgo provocada por la imposibilidad de defensa ante las demandas del entorno, o dicho en otros términos, por las dificultades de gestión de la vida en el propio hogar[1931].

Ante esta situación, cuando la persona carece de conciencia de tal vulnerabilidad y/o de capacidad para formarse la voluntad necesaria para superarla, el Estado está

[1927] SALIZE & DRESSING H., "Compulsory…", p. 798; MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.22.
[1928] EUROPEAN UNION AGENCY FOR HUMAN RIGHTS, *op. cit.*, p. 39.
[1929] OMS, *Manual de recursos...*, pp 55-56.
[1930] SALIZE, H. J. & DRESSING H. "Epidemiology of involuntary placement of mentally ill people across the European Union", *British Journal of Psychiatry, 184, 2004,* pp. 163-168, p. 165. Los mismos autores en "Compulsory…", pp. 798 y 801; BECKER,T.; MAGLIANO,L.; PRIEBE,S.; SALIZE,H.J.; SCHÜTZWOHL, M.; KALLERT,T. "Evidence-based mental health services research. The contribution of some recent EU funded projects". *En Public Health in Europe: 10 Years European Public Health Association*. *KIRCH, WILHELM (Ed.).* Berlin: Springer, 2003, PP.184-188, p. 185.
[1931] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 242.

legitimado para imponer forzosamente el internamiento, -en las condiciones reguladas-, en aplicación de los artículos 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 17.1 de la Constitución. Sólo en el supuesto de que la persona no pueda decidir qué es lo más ventajoso para ella[1932], el derecho de autonomía cede ante el de protección, regido por el principio de mayor interés del incapaz[1933]. El internamiento residencial forzoso se define, por tanto, de manera negativa. Procede cuando la persona no puede decidir sobre la permanencia en su propio entorno, constituyendo éste un riesgo para su integridad. En atención al grado de capacidad, diferirá el margen de actuación de las personas.

En los supuestos de demencia leve, la valoración de la capacidad de decisión sobre la vida en el propio domicilio tiene especial trascendencia[1934]. No solamente es habitual que la vulnerabilidad sea menor (la persona, mantiene la capacidad para realizar las actividades de la vida que reclama su actuación diaria), sino que la capacidad de valorarla se mantiene, dado que en muchas ocasiones, -aun existiendo dificultades en la capacidad de retención de la memoria, así como en la capacidad razonamiento abstracto-, la capacidad de razonamiento cotidiano y de discernimiento está sólo ligeramente afectada[1935]. En estos supuestos no existe justificación para impedir a la persona elegir el lugar en el que desea vivir[1936], en atención al respeto que merece su derecho de libertad. La decisión se puede favorecer, en todo caso, con los apoyos jurídicos que ayuden a la persona[1937] a evaluar su situación, y/o con los apoyos sociales

[1932] Como afirma MARTÍNEZ MAROTO, "Aspectos…", p. 85, la salvaguarda o previsión ejercida sobre el derecho a la salud o protección de la integridad "no puede conculcar otro, no menos importante: el derecho a la libertad de elegir el lugar y el modo de vida que cada uno quiera, de acuerdo con sus propias posibilidades". Se trata de evitar tomar decisiones adoptadas desde la "beneficencia paternalista ("proteger al otro del daño consiste en procurarle el bien tal como yo, profesional, lo entiendo, sin tener en cuenta cómo lo entienda él". SIMÓN LORDA, P; RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J.; MARTÍNEZ MAROTO, A.; LÓPEZ PISA, M. ET AL., *op. cit.*, pp. 419-426.

[1933] GARCÍA PONS, *op. cit.,*, p. 157. En consecuencia el principio de protección está supeditado al de libertad, de suerte que principios como el mayor interés de la persona con discapacidad, -aplicación del principio de protección-, no puede vulnerar el principio de libertad y será subsidiario respecto de la decisión y de los valores de la persona con discapacidad en aquello para lo que sea capaz. SEOANE RODRÍGUEZ, Prólogo..., pp. 14-19 y SEOANE RODRÍGUEZ, "La persona, el retraso mental..." , p. 63. Nótese que las obras son anterior a la aprobación de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. También después de la Convención, GARCÍA PONS, *op. cit.,*, p. 49.

Señala CENTENO que en el internamiento de personas mayores se ha de proteger a las personas mayores frente a la extorsión que puede derivarse de la mala fe de quienes les rodean, que han podido captar su confianza, y se sirven de su situación de fragilidad, sugestibilidad, incertidumbre e indecisión. Esta utilización de las personas mayores puede tener lugar especialmente, cuando su voluntad ha desaparecido CENTENO, *op. cit.*, p.91.

[1934] MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p.22 y p.25. Sentencia núm. 781/2004 de 14 julio, RJ 2004\5204.

Para los tres actos se halla capacitada la persona con Alzheimer inicial. El autor justifica por tanto el internamiento por razón no de la discapacidad en sí, sino por la ausencia de conciencia de la enfermedad o de la dependencia y por la falta de aptitudes para afrontar el tratamiento de la misma. Ello supone dar cabida al internamiento geriátrico.

[1935] DÍAZ PARDO, *op. cit.,* p. 10.

[1936] ESBEC, *op. cit.,* p. 182; CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 252.

[1937] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 79.

que le ayuden a hacerle frente. Se trata de hacer compatible las posiciones de autonomía y vulnerabilidad que confluyen en este caso[1938], para lo que puede ser suficiente, por lo que a los apoyos jurídicos se refiere, incorporar la figura del asistente[1939], modificar la capacidad de decisión relativa al autogobierno en algunos ámbitos[1940], sometiendo por ejemplo a curatela los tratamientos sanitarios[1941], el manejo de asuntos económicos[1942], o incluso el internamiento voluntario[1943]. En estos casos el internamiento, como se ha dicho, es voluntario, y se rige por la capacidad natural, porque la persona es todavía capaz de hacer el "juicio de conveniencia"[1944], aunque necesite un asistente o incluso un complemento para ello.

Por el contrario, las demencias de grado moderado y severo[1945] eliminan por lo general la conciencia sobre la propia enfermedad y provocan una dependencia de terceros para la realización de las actividades de la vida diaria[1946]. La protección de estas personas, en ausencia de apoyo social o familiar, reclama el internamiento forzoso en un medio estructurado que les asista y proteja[1947]. Además, la afectación en el autogobierno provocada por la demencia es subsumible en la causa de la modificación de la capacidad del artículo 199[1948]. Sin embargo, también en estos casos deberá garantizarse siempre que sea posible, la permanencia de la persona en el propio hogar,

[1938] Posibilidad admitida en términos generales por GARCÍA RUBIO, como superación a la dicotomía autonomía-vulnerabilidad, "La persona…", p. 99.

[1939] FERRANDO, G. "Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.151-189, pp. 162-167.

[1940] BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 28.

[1941] BERROCAL LANZAROT, "La protección...", pp. 224-225. Nota 200; GARCÍA RUBIO, "La persona…", p. 101.

La sentencia de 1 de julio de 2014 admite expresamente la curatela sobre la esfera personal (FJ 7)

[1942] ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p.179.

[1943] En otros supuestos el internamiento se somete a curatela. Así, la STS (Sala 1ª) de 11 de octubre de 2012, nº 617/2012. EDJ 2012/232596.

[1944] STS de 13 de mayo de 2015. La Sala aprecia en relación con una persona afectada por demencia senil, falta de movilidad, sordera y que tiene reconocida una minusvalía administrativa del 90%, "no consta que el deterioro cognitivo sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación. En concreto, si prefiere seguir viviendo en su casa con una persona que le asista, o en una residencia" (FJ 7).

[1945] DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 55.

[1946] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 252. Según la Clinical Dementia Rating (CDR) en el estadio moderado de Deterioro Cognitivo (grado 2 de 5) la capacidad de razonamiento y de resolución de problemas está afectada por grandes dificultades para hacer frente a problemas, similitudes y diferencias. El juicio social habitual está limitado. En relación con las actividades, la persona es incapaz de ser independiente para realizar las de fuera de casa y requiere ayuda para vestirse, asearse y encargarse de sus efectos personales. Sólo realiza actividades domésticas muy simples. Berg. L. Clinical Dementia Rating (CDR). Psychopharmacol. Bull. 1988; 24: 637-639; Citado en Documento de Sitges, en BOADA Y ROBLES, *op. cit.,* p. 140.

[1947] CALCEDO ORDÓÑEZ, "La pericial médica...", p. 251.

[1948] Afirma SANCHO GARGALLO que en las demencias avanzadas la situación de incapacidad se aprecia fácilmente, al objetivarse el deterioro global de todas las funciones cognitivas básicas, *Incapacitación y tutela...,* p. 42.

habida cuenta de que si no existe un riesgo, no hay situación de vulnerabilidad que proteger.

En este sentido, el mantenimiento en el propio domicilio en ausencia de riesgos se convierte en un criterio objetivo por el que ha de regirse el principio del interés superior del incapaz[1949], en el que se incardinan los principios de vida independiente y de integración en la comunidad, recogidos, como se ha visto, en las políticas gerontológicas desde la década de los 80 y reconocidos actualmente en el art. 19 de la Convención de Nueva York. Estos principios [1950] no pierden valor por el hecho de que la persona carezca de capacidad de decisión[1951], de manera que si la persona incapaz dispone de medios propios para permanecer en su propio entorno, habrán de implementarse los apoyos necesarios precisamente para evitar la situación de vulnerabilidad[1952].

Cuando la persona carece de recursos, la determinación de los apoyos habrá de ir prioritariamente dirigida a que la persona pueda permanecer en el propio hogar, atendiendo a los principios de necesidad, adecuación, subsidiariedad y proporcionalidad en los términos de la Convención y de los principios 5 y 6 de la Recomendación (99) 4 de 23 de febrero de 1999-, así como al principio de razonabilidad de los ajustes[1953]. Es decir, el mantenimiento en el hogar deberá garantizarse siempre que los apoyos requeridos para ello no supongan cargas

[1949] Del mismo modo que la permanencia, la integración en la vida familiar del tutor y la reincorporación a la familia de origen en el acogimiento (arts. 234 y 172.4 del CC) constituyen principios y pautas de aplicación del interés superior del menor. GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 302.

[1950] En sentido estricto no tienen la consideración de nuevos derechos, sino que son pautas interpretativas de cómo ha de entenderse el derecho a la dignidad reconocido por la CE. En la medida en que el art. 19 se relaciona con él goza de las máximas garantías de protección CUENCA GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 39-60.

[1951] BASSY afirma que en la institucionalización de ancianos dependientes las decisiones se toman sin valorar las alternativas existentes a la institucionalización, optándose generalmente por la alternativa más fácil y segura, que es la institucionalización. La decisión de institucionalización se toma además a espaldas de la persona mayor y se le presenta cuando ya es irreversible. BASSY, *op. cit.,* 115.

[1952] El interés patrimonial de la persona debe estar supeditado y ser útil para la protección personal de la persona con discapacidad y para satisfacer sus necesidades materiales y morales, entre las que destaca la necesidad de lograr su mayor autonomía, con arreglo a sus circunstancias. MAYOR FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 12.

[1953] CABRA DE LUNA, M.A. "Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad" en *V Jornadas Fundación Aequitas*, *Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.240-265 [250], recoge los criterios para determinar el límite de la carga desproporcionada, que justificaría la negativa a adoptar las medidas de adaptación necesarias: los costes de la medida, (incluida la posibilidad de obtener financiación para sufragarla), los efectos discriminatorios que se deriven de su no adopción y la estructura y características de la persona, entidad u organización que haya de poner en práctica la medida.

desproporcionadas[1954], ni la imposición de obligaciones relativas al cuidado no exigidas por la ley[1955].

El criterio objetivo favorable al mantenimiento en el hogar del incapaz resultante de su mejor interés, habrá de ser modulado, sin embargo, por el criterio subjetivo, manifestado en las disposiciones anticipadas que la persona pudiera haber realizado en relación con su internamiento residencial[1956], que constituyen también, como se ha dicho, parte del criterio interpretativo del interés del incapaz[1957].

3.3.2. El internamiento residencial forzoso como parte de la sentencia de incapacitación. Su admisibilidad a la luz de la Convención de Nueva York

A diferencia del internamiento psiquiátrico, el internamiento residencial forzoso tiene una estrecha vinculación con la capacidad de autogobierno y con la modificación de la capacidad de obrar, en su dimensión de capacidad de decisión sobre la vida independiente.

Frente a la decisión relativa al internamiento psiquiátrico, la valoración de la capacidad de decisión sobre el lugar en el que se desarrolla la propia vida forma parte de la capacidad de autogobierno[1958] porque analiza no la voluntad de realizar el acto específico del tratamiento, sino una situación general que abarca las posibilidades y riesgos que dan lugar, en su caso, a la vulnerabilidad. Se trata de verificar si el individuo tiene conciencia de la necesidad de usar, en su caso, asistencia o adaptaciones para superar sus áreas problemáticas y voluntad para utilizarlas[1959], o en

[1954] CAMPO IZQUIERDO, *op. cit.*, p. 6, entiende que la demanda debiera ir acompañada de un informe social, un informe médico psiquiátrico o neurológico, junto con el informe forense y un informe detallado de la situación económica de la persona.

[1955] Recuérdese que no existe obligación de mantener a una persona en el propio domicilio. La obligación legal de alimentos es una obligación esencialmente pecuniaria (arts. 148 y 149 del CC), y la obligación derivada del art. 68 del CC (compartir el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo) carece de efectos prácticos por lo que respecta a su exigibilidad. PÉREZ MONGE, M. "Edad avanzada" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi 2013, PP.699-749 [747].

[1956] ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. "Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa.* Madrid: Dynkinson, 2013, pp. 29-42 [36]. Plantea el autor *lege ferenda* que un eventual artículo regulador del internamiento de personas mayores contemple que antes de proceder a él se averigue si el paciente ha otorgado un apoderamiento o instrucciones previas relativas al mismo, así como en relación con otros sistemas de apoyo. En el mismo sentido ARCE FLOREZ-VALDÉS, J. "La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (La tutela del siglo XXI)" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. *Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, PP.206-220 [215].

[1957] PEREÑA VICENTE, "La Convención…", p. 10.

[1958] CHIMENO CANO, "Problemas...", p. 118.
ABA. *Judicial Determination*…, pp. 11-13.

su caso, para rechazarlas conscientemente. Ya no se trata de que la persona incapaz sea capaz de decidir sobre el internamiento desde un punto de vista meramente cognitivo, sino de que sea capaz de asumir los riesgos que se derivan de la permanencia en su propio entorno, teniéndose en cuenta que la promoción de la autonomía en general, y de la toma de decisiones, en particular, de las personas con discapacidad, se consideran actualmente elementos beneficiosos para su calidad de vida, y que la protección cede cada vez más a favor de la asunción de riesgos[1960].

La decisión del juez no es una elección dicotómica o disyuntiva, un dilema en el que se ha de decidir si internar o no internar a una persona, como cuando se determina médicamente la existencia de un trastorno psiquiátrico que afecta a la comprensión de la necesidad de tratamiento[1961]. La decisión judicial sobre la permanencia en el propio hogar es una decisión "dimensional", en la que influyen la capacidad de realizar las actividades de la vida diaria, la capacidad de conciencia de las propias limitaciones y la disponibilidad de medios propios o ajenos para resolverla. El proceso de valoración es un proceso deliberativo, distinto al razonamiento lógico[1962] característico del ámbito médico. Se trata de analizar la capacidad de racionamiento informal de la persona, el razonamiento de la vida cotidiana: cómo procesa la información, cómo siente y se relaciona con su ambiente, y de qué manera se ve afectada su capacidad de adaptación o en qué facetas la persona fracasa y necesita supervisión.

Por ello, consideramos que la norma en la que tiene mejor cabida el internamiento geriátrico forzoso es el art. 760.1 de la LEC[1963], como pronunciamiento de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar. Resulta razonable además, en atención a la protección global del incapaz, considerar que este pronunciamiento es algo más que una autorización, y que constituye una verdadera determinación de la medida, es decir, una decisión de internamiento, adoptada previa apreciación de todas las

[1960] VARELA, "La protección jurídica...", pp. 85-86.

[1961] ÁLVAREZ LATA, "Capacidad e incapacidad...", p. 145; DELGADO BUENO Y RUIZ DE LA CUESTA, "Aspectos médico-legales...", p. 49. No descartamos que la decisión médica del internamiento, incluso su control judicial, pueda evolucionar en un futuro incorporando una concepción social del beneficio de la salud del enfermo. Así, señal ESBEC RODRÍGUEZ, *op. cit.,* pp. 182 y 194, que incluso en el internamiento psiquiátrico involuntario, el juez, al decidirlo se basa en elementos multidimensionales. El autor destaca la influencia que tienen éstos en EEUU en la toma de decisiones judiciales relativas al internamiento. Así, en Colorado las relacionadas con el ingreso involuntario de enfermos mentales. Entre ellas aparecen tras la fiabilidad de seguimiento de la medicación y del tratamiento ambulatorio y la incapacidad de trabajar, la incapacidad para el autocuidado y el apoyo de la familia respecto al ingreso. En tercer lugar, junto a la incapacidad de trabajar, aparece la ausencia de vivienda adecuada.

[1962] ESBEC, *op. cit.,* p. 183.

[1963] COMES Y ESCALONILLA, *op. cit.,* pp. 190-191, describen el supuesto tipo del internamiento del art. 760 de la LEC como el de las de personas ancianas, que generalmente viven solas, con procesos de deterioro cognitivo y pérdida de las habilidades funcionales para la realización de las actividades de la vida diaria, que se niegan a recibir ayuda domiciliaria o ésta es insuficiente.

pruebas necesarias[1964] para verificar la situación real de la persona. Esta solución es la más acorde a nuestro juicio con un sistema protector de la dignidad de la persona mayor con deterioro neurocognitivo[1965].

Planteado en estos términos, el pronunciamiento judicial sobre la incapacidad de una persona para decidir su permanencia en el hogar, no constituye una sustracción de su esfera de la voluntad de un acto personal reservado a su capacidad natural, cuestión que habría merecido la crítica de la doctrina[1966]. En el caso del internamiento, no cabe afirmar que su establecimiento en la sentencia de modificación de la capacidad de obrar esté vulnerando el criterio de capacidad natural establecido por el art. 763 de la LEC, ya que no se trata de una interpretación extensiva de la incapacidad de obrar a los actos personales, sino de una verificación de la incapacidad natural de autogobierno de vida independiente, que al estar determinada por la ausencia de conciencia irreversible de la situación de vulnerabilidad, de carácter multidimensional, excluye la existencia de intervalos lúcidos en los que el sujeto sea naturalmente capaz para comprender la situación en la que se encuentra, en los que pudiera adoptar una decisión consciente contraria al internamiento.

A pesar de que consideremos que el internamiento residencial forzoso tiene un mejor encaje en el artículo 760 de la LEC, reconocemos, como se ha afirmado en el capítulo anterior, que formalmente también tiene cabida en el supuesto de hecho del art. 763 de la LEC, dada la admisión de la enfermedad neurodegenerativa en el concepto de trastorno psíquico y la incapacidad de decisión de quien la sufre en un estado avanzado, a lo que se añade su carácter contencioso y la amplitud de medios de prueba a valorar por el juez, que se incorporan tras la reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

Admitida el alta judicial junto a la médica, así como el internamiento urgente por razones sociales, la única duda en términos formales sobre la aplicabilidad del art. 763 al internamiento residencial forzoso resulta, como se ha dicho, de la necesaria revisión

[1964] GUILARTE MARTÍN-CALERO ,*La curatela…,* p. 270.en referencia al artículo 211 del Código Civil, en su redacción de 1996, afirma que las garantías contempladas en él, "quedan imbuidas en las más amplias que presiden el procedimiento de incapacitación".

[1965] Es la opción que prefiere GÓMEZ GARZÁS, "Aspectos legales…", p. 210, defensor del principio de *cura maiorum*. Véase nota 491. Afirma el autor que "ante una persona con evidente falta de capacidad lo lógico, en términos jurídicos, sería la realización de un proceso de incapacitación previo al internamiento".

[1966] GARCÍA LLERENA, *op. cit.*, p. 128. La doctrina se muestra contraria a sustraer la capacidad de actuación del incapacitado con capacidad natural en los supuestos en los que la ley lo permite, en atención a la dignidad reconocida en el texto constitucional. Véase: LACRUZ, 1134, p. 163; ÁLVAREZ LATA, siguiendo a ALBADALEJO. ÁLVAREZ LATA, "La actuación...", p.245 y p. 249. LÓPEZ FRÍAS, *"El ejercicio…"*, p.315-317; TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.,* p. 107; TORRES GARCÍA, "Efectos…", p. 135; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable.* Madrid: Mc. Graw-Hill, 1997, p.138; GETE-ALONSO Y CALERA, *La nueva normativa...*, p. 267.

semestral del internamiento prevista en el mismo, que carece de sentido en el supuesto de demencias sin pronóstico de mejora, pero que en cualquier caso también es exigible en el internamiento decidido en la sentencia de modificación de la capacidad.

La mejor aplicabilidad del art. 760 o 763 de la LEC ha de resolverse, en consecuencia, en función de las ventajas que uno y otro artículo aportan al ingreso residencial como medida de superación de una situación de vulnerabilidad doméstica.

El artículo 763 proporciona agilidad al procedimiento de internamiento[1967], la admisión del internamiento urgente, que no tiene cabida en el art. 760, sino con carácter cautelar, y la posibilidad, en su caso, de mantener la capacidad del sujeto a internar. Siendo las dos primeras cuestiones de naturaleza procesal, nos centramos en la tercera para responder al objeto de estudio de este trabajo. Esta cuestión resulta determinante en la respuesta que demos a la pregunta objeto del mismo, ya que el espíritu de la Convención de Nueva York reclama, en atención a la nueva concepción de la discapacidad, prescindir en la medida de lo posible de la modificación judicial de la capacidad, idea que inspira las recientes reformas civiles de los ordenamientos jurídicos europeos (así Alemania, Francia, Italia y Suíza)[1968].

3.3.2.1. La coincidencia del motivo y de la causa de modificación de la capacidad de obrar en el supuesto de internamiento residencial forzoso

Nos planteamos, por tanto, la posibilidad de que la persona en situación de vulnerabilidad e incapaz de decidir por sí misma sobre su permanencia en el domicilio,

[1967] FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad y dependencia" en *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007 (Dir. Manuel Ángel Martínez García*). Cizur Menor: Aranzadi, 2008, PP. 405-444, [408]. Subraya las virtudes del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Señala que éste se caracteriza por la estrecha conexión con la vida diaria de los ciudadanos, por la interrelación entre la norma procedimental y la base de derecho material, así como por la trascendencia práctica del procedimiento, que hace que el justiciable perciba de manera directa que se hace justicia, en atención a la brevedad, simplificación, concentración e inmediatez en la tramitación del expediente. Sin embargo, el internamiento queda fuera de la actual Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria.

[1968] Así, la Ley alemana de 12 de septiembre de 1990 que modifica el los artículos 1986 y siguientes del BGB; la Ley francesa de 2007-308 de 5 de marzo de 2007 que contiene la reforma de la protección jurídica de los mayores; la Ley italiana 6/2004, de 6 de enero, que modifica el Codice Civile e introduce la administrazione di sostegno; o la Ley suíza de protección del adulto de 19 diciembre 2008, en vigor desde el 1 de enero de 2013.

no deba ser objeto de un procedimiento de modificación judicial de la capacidad, y su internamiento haya de ser establecido por la vía del artículo 763 de la LEC[1969].

Frente al caso del paciente psiquiátrico, cuya capacidad en pocas ocasiones necesita ser modificada judicialmente y para quien los internamientos suelen tener una duración limitada, - salvo precisamente en los supuestos en los que sea necesario su internamiento residencial asistencial[1970]-, nos cuesta identificar un supuesto en el que proceda el internamiento residencial forzoso de personas con enfermedades neurocognitivas en grado medio y avanzado[1971], en situación de vulnerabilidad, sin necesidad de modificación judicial de la capacidad de obrar en su dimensión referida a la capacidad de autogobierno sobre la propia vida independiente. En términos generales parece razonable afirmar que la persona que tiene afectada su capacidad cognitiva y que ha perdido su capacidad de permanecer en su domicilio de manera segura, es susceptible de ser sometida a una figura de guarda generalizada resultante de una modificación judicial de su capacidad. No suele resultar factible, en estos casos, un simple apoyo en la toma de decisiones particulares[1972].

A diferencia del art. 763 de la LEC, en el que el ingreso psiquiátrico forzoso procede en muchas ocasiones con respecto a personas que no son capaces de decidir su conveniencia en un momento concreto, pero que una vez ajustada la medicación, pueden gestionar por sí mismas la superación de las demandas de su entorno[1973], en el

[1969] GARCIMARTÍN, "La sentencia...", p. 233, plantea que tampoco el internamiento del art. 760 presupone la incapacidad, pues puede acordarse el mismo en la sentencia judicial, aunque se desestime la demanda de incapacitación como pronunciamiento principal. No estamos de acuerdo con tal afirmación, porque a nuestro juicio, el internamiento determinado en sentencia de incapacitación supone en la práctica una modificación de la capacidad de autogobierno para la vida indendiente, salvo que se reconduzca al artículo 763.

[1970] GANZEMÜLLER ROIG admite la aplicación del art. 763 de la LEC para las "graves enfermedades psiquiátricas de larga duración". "La función…", p. 404. Coincidimos con él en la aplicabilidad de este artículo a tales situaciones cuando requieran una asistencia fundamentalmente médica. En otro caso, procederá el internamiento asistencial.

[1971] La demencia senil, cuando produce limitaciones graves a la capacidad, está admitida jurisprudencialmente como causa de incapacitación plena y general. Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2004. (FJ. 2). Sala de lo Civil. Sección 1ª. Sentencia nº 533/2004. RJ\2004\4428. Pte: O´CALLAGHAN, Xavier.

[1972] HALL, "Mental Capacity…", p.10.

[1973] En este sentido, Sentencia de 1 de julio de 1999. Voto particular del Magistrado García Manzano: Punto 3. "el párrafo 1.o del art. 211 C.C., tanto en su redacción originaria, como en la que ahora presenta el precepto, en virtud de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/1996, no establece una necesaria correlación entre incapacitación e internamiento de personas afectadas por enfermedades mentales o psíquicas. (…) El internamiento que el Juez cuestiona, el involuntario o forzoso, es una medida autónoma, que se desarrolla fuera del ámbito del juicio de menor cuantía dirigido a la declaración judicial de que una persona es incapaz y necesita mecanismos de tutela. La no necesaria vinculación de estos dos ámbitos es puesta de manifiesto por la regulación contenida en los arts. 199 y siguientes del cuerpo legal en que se inserta la medida de internamiento, como ha destacado la doctrina, y establecido la jurisprudencia civil (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986)".
También DELGADO BUENO, "Evaluación de...", pp. 121-122.

supuesto cubierto por el internamiento residencial forzoso se da la coincidencia en la causa y el motivo de la incapacitación:

- El supuesto cubierto por el internamiento residencial forzoso es la situación de vulnerabilidad en el propio domicilio de quienes no son conscientes de ella.

- La causa de la limitación de la capacidad de autogobierno en su dimensión de incapacidad para la vida independiente, es la ausencia de conciencia de tal vulnerabilidad o la incapacidad psíquica para superarla[1974].

- El motivo de la limitación de la capacidad es la necesidad de suplir la voluntad de quien no es capaz de percibir los riesgos que se derivan de continuar viviendo en su casa o no tiene la capacidad cognitiva necesaria para superarlos.

Como se ve, la causa y el motivo de la incapacitación coinciden en este supuesto, por lo tanto procede afirmar que el internamiento residencial exige una modificación de la capacidad de obrar para la vida independiente.

SANTOS URBANEJA excluye la coincidencia de la causa y el motivo de la incapacitación en el siguiente supuesto: "si tomamos como ejemplo la situación de un anciano que se encuentra en la última fase de Alzheimer, perfectamente atendido por su familia, que le proporciona todo lo que necesita, nadie podrá negar que existe <<causa>> de incapacitación, en cuanto que concurren todos los requisitos del artículo 200 del Código Civil (padecimiento mental persistente y falta de autogobierno); sin embargo, la demanda carecerá de <<motivo>>, porque, tras la sentencia, la situación del anciano permanecerá en lo tocante a su protección real, convirtiéndose la declaración de incapacidad en un mal innecesario"[1975]. El supuesto descrito por el autor, -sin perjuicio de la protección patrimonial que pudiera precisar-, no es reconducible al caso que nos ocupa ya que no se da en él la situación de vulnerabilidad que determina la necesidad de ingreso residencial. Por lo tanto, los supuestos en los que no ha lugar a un cambio de residencia del sujeto incapaz, son los que permiten afirmar, en su caso, la ausencia de necesidad de modificación judicial de la capacidad, por lo que a la vida independiente se refiere.

En aplicación también de la teoría de la causa y el motivo, afirman HEREDIA PUENTE Y FÁBREGA RUIZ, que en muchos casos, dado lo organizado de la vida en una residencia para personas mayores, la incapacitación y el nombramiento de tutor no aporta ningún plus de protección, sino que limita su capacidad sin fin objetivo alguno, de

[1974] Las resoluciones judiciales actuales tienden a analizar esta categoría de la capacidad de autogobierno. VILLANUEVA LUPIÓN, *op. cit.*, p.440.
[1975] SANTOS URBANEJA, "Causa y motivo...", p. 30.

suerte que sería más adecuado funcionar con una curatela o con una guarda de hecho[1976], sometida al control judicial. Admitimos la posibilidad de mantenimiento de la capacidad de obrar en este supuesto ya que una vez internada la persona, la situación de vulnerabilidad inconsciente ha desaparecido del supuesto y no existe en consecuencia motivo para la modificación de la capacidad. En cualquier caso, este supuesto no hace referencia a la necesidad de internamiento en procedimiento de modificación de la capacidad, sino a la modificación judicial de la capacidad de una persona internada.

Dada la graduación actual de las sentencias de modificación de la capacidad de obrar en función de categorías o dimensiones vitales, no encontramos razones que exijan, en términos generales, el mantenimiento de la capacidad de obrar de las personas incapaces de autogobierno para la vida independiente susceptibles de ser internadas en centros residenciales. La interpretación extensiva del art. 763 que da cabida al internamiento residencial forzoso, podía tener sentido hasta finales de los noventa a fin de evitar incapacitaciones plenas, pero carece de sentido en la actualidad, en la que domina un concepto de autogobierno flexible y basado en gran medida, precisamente, en la capacidad de gestionar la propia vida independiente.

3.3.2.2. Supuestos de internamiento residencial en los que no concurre motivo para la modificación judicial de la capacidad

Excluimos, en primer lugar, el supuesto de persona afectada de demencia leve, citada en el punto 4.3.1, que aun necesitado de ayuda y apoyo para satisfacer sus necesidades vitales, no ha perdido la capacidad de decisión sobre su forma de vida porque, por ejemplo, su demencia, en caso de existir, está en sus estadios iniciales. Son casos en los que la persona que tiene las dificultades, mantiene su capacidad de relación con el entorno y de comunicación con quien le pueda ayudar. Entendemos que este supuesto no necesita modificación de la capacidad. Se trataría en todo caso, como se ha dicho, de un ingreso voluntario, que quedaría fuera de la regulación tanto del actual artículo 763 de la LEC, como de la determinación judicial de internamiento en procedimiento de modificación judicial de la capacidad[1977] (art. 760 de la LEC) por lo que al autogobierno para la vida independente se refiere.

Sin embargo, hemos identificado tres supuestos en los que resulta deseable el mantenimiento del *status quo* de capacidad, a pesar del internamiento y, reconducible, a nuestro juicio al artículo 763.

[1976] HEREDIA Y FÁBREGA, *op. cit.*, p. 41.

[1977] Señala la STS de 13 de mayo de 2015, que la persona con demencia senil objeto de la cusa mantiene la capacidad de autogobierno, que define como "la capacidad de conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia" (FJ 7).

El primero, es aquel en el que el internamiento procede a solicitud del tutor, respecto de la persona tutelada que vivía hasta el momento en su propio domicilio. Este supuesto incluye tanto al tutor nombrado judicialmente, como a la tutela *ex lege* del art. 239 bis y constituye el supuesto habitual del artículo 271.1 del Código Civil: el tutor necesitará autorización judicial para internar al tutelado. Admitida, como se ha expuesto en el apartado 9.4. del Capítulo V, la tramitación de la autorización por la vía establecida en el artículo 763 de la LEC[1978], la necesidad de un nuevo pronunciamiento judicial sobre la capacidad de autogobierno junto con la decisión de internamiento, dependerá del alcance de los cambios que hayan tenido lugar en la situación con respecto al momento en que se constituyó la tutela y, en especial, de la aparición de una situación de vulnerabilidad nueva incomprendida por el incapacitado, que antes no existía. Será, a nuestro juicio, necesaria la modificación de la capacidad cuando la persona la mantuviese sobre su esfera de la vida independiente, a pesar de estar sujeta a tutela.

El segundo supuesto lo constituye el de la persona con capacidad legal suficiente, respecto de la cual se solicita su internamiento residencial de manera temporal, para cubrir necesidades concretas, tales como supuestos de urgencia social, necesidad de valoración psicosocial de la situación del enfermo, afrontar dificultades puntuales del guardador o tutor, o para descanso del cuidador[1979]. Este caso es merecedor, a nuestro juicio, de autorización judicial más que de una orden de internamiento (principio de proporcionalidad de la salvaguardia) y no requiere modificación judicial de la capacidad de la persona a internar (principio de proporcionalidad de la medida de apoyo), salvo que ya estuviese determinada (supuesto reconducible al expuesto en el párrafo anterior).

Consideramos que un tercer supuesto que debe ser incluido en una norma que admite el internamiento de una persona mayor con demencia tipo Alzheimer en grado moderado o severo en situación de vulnerabilidad, sin necesidad de modificar judicialmente su capacidad, se da cuando la persona ha manifestado anticipadamente su voluntad de ser atendida en un centro residencial de naturaleza asistencial en un documento en el caso de devenir incapaz. Tal manifestación ha de ser respetada, aun en ausencia de vulnerabilidad, sin perjuicio de que deba ser sometida a control judicial a fin de salvaguardar los derechos de quien la emitió en su momento y de valorar su

[1978] Así lo reconoce expresamente GANZENMÜLLER ROIG, "El internamiento…", p. 386.

[1979] La regulación inglesa establece el límite de 8 semanas de internamiento residencial, a partir del cual se endurece la salvaguarda en la sustitución de toma de decisiones y se hace preceptiva la intervención del Defensor Independiente de la Capacidad Mental (Independent Mental Capacity Advocate). Ver: Mental Capacity Act, 2005, secciones 38 y 39.

actual interés superior. En este caso, el control no requerirá tener otra naturaleza que la de autorización (principio de proporcionalidad)[1980].

4. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL INTERNAMIENTO RESIDENCIAL

La nueva concepción del Derecho civil regulador de la discapacidad reclama garantías protectoras de la seguridad jurídica de quien vaya a ver limitada su capacidad de actuación, exigidas por el art. 9.3 de la CE y por el artículo 14 de la Convención, que proscribe la arbitrariedad de la privación de libertad. En relación con el internamiento forzoso residencial de naturaleza asistencial, requiere actualmente una resolución judicial para acordarlo o autorizarlo (arts. 760, 762 y 763 de la LEC), lo que da cumplimiento a las garantías exigidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y a los artículos 12 y 14 de la Convención. Sin embargo, están insuficientemente delimitados, a nuestro parecer, los supuestos en los que proceden tales resoluciones de internamiento, así como los requisitos sustantivos para adoptarlas. A ello se añade el difícil encaje del internamiento residencial forzoso en el actual artículo 763 de la LEC, por lo que respecta a la valoración de la capacidad natural, de la persona mayor con enfermedad neurocognitiva en situación de vulnerabilidad, como se ha expuesto. Procede en consecuencia, a nuestro parecer, la redacción de una nueva norma que aborde el internamiento residencial forzoso en un artículo al efecto.

Ello no se ha producido con ocasión de las reformas más recientes del internamiento forzoso, que han tenido lugar en los ordenamientos civiles aragonés y catalán, de suerte que adolecen a nuestro parecer de los mismos defectos que el art. 763 de la LEC.

El Decreto Legislativo del Gobierno de Aragón 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón[1981], regula en su artículo 36 de manera conjunta el internamiento psiquiátrico, educativo y residencial[1982]. El artículo reproduce el contenido del art. 33 de la LEY 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho

[1980] No excluimos que en un futuro, los controles puedan ser de naturaleza administrativa, mientras permanezca abierta la vía del recurso judicial. Sin embargo, tal posibilidad requiere un entramado y unas figuras defensoras del mayor en situación de vulnerabilidad inexistentes por el momento en nuestro ordenamiento jurídico.

[1981] El Código contiene el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. BOA núm. 67, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490-6616.

[1982] Libro I "Derecho de la persona", Título Primero "De la capacidad y estado de las personas", Capítulo II "Incapacidad e Incapacitación", Sección 1ª "De la persona incapaz y la incapacitada".

de la persona, que introduce la regulación del internamiento en el ordenamiento civil foral de Aragón[1983]. El contenido de ambos artículos es el siguiente:

> *Para internar a una persona contra su voluntad en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad, se necesita autorización judicial. Nadie podrá ser obligado a permanecer internado, salvo si media autorización judicial en tal sentido.*

El internamiento se reconoce como un acto de especial intromisión en la vida del incapaz, que requiere autorización judicial. Con esta exigencia se refuerzan las garantías de protección en relación con los actos personales, para los que el Derecho civil aragonés exige como norma general, para el supuesto del incapaz no incapacitado, el consentimiento del cónyuge no separado judicialmente o de hecho o, en su defecto, del pariente más próximo o allegado, cuando aquél no esté en condiciones de emitirlo (art. 35 del Código de Derecho Foral)[1984]. Sin embargo, más allá de la exigencia expresa de autorización judicial para el internamiento residencial de personas incapaces naturales, incapacitadas o no, el precepto no incorpora otros requisitos, por lo que el supuesto queda sin delimitar.

Igualmente, el Código Civil de Cataluña, en su redacción dada por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, regula el internamiento forzoso en el art. 212-4:

> *Internamiento.*
>
> *El internamiento en un establecimiento especializado de una persona por razón de trastornos psíquicos o enfermedades que puedan afectar a su capacidad cognitiva requiere la autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma, cualquiera que sea su edad.*

La redacción del artículo da cabida al internamiento residencial de personas mayores incapaces para apreciar su situación de vulnerabilidad, de manera más clara que su precedente art. 255 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia [1985], que afirmaba que "el internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico,

[1983] BOE núm. 23, de 26 de enero de 2007, pp. 3713-3739. La Ley 13/2006 deroga el Libro Primero, «Derecho de la persona y de la familia», de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, aprobado por LEY 15/ 1967, de 8 de abril. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1967, pp.4792-4805.

[1984] Se exige el consentimiento de estas personas cuando con arreglo a las leyes del ordenamiento común se establezca que la voluntad del sujeto es la que decide sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad (arts. 32 de la Ley 13/2006 y 35 del Decreto Legislativo 1/2011). Se trata de supuestos como la intromisión en los derechos al honor, la intimidad o la propia imagen, o bien en la integridad física, que presenta a su vez variedades muy distintas, como la cirugía, el trasplante de órganos, las transfusiones de sangre, la cirugía estética o la práctica de tatuajes o de perforaciones corporales. (Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1/2011 y de la Ley 13/2006).
En defecto de las personas citadas, resolverá el juez.

[1985] LEY 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998, p. 28341.

cualquiera que sea su edad, en una institución adecuada y cerrada requiere autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma". Si bien la redacción da lugar a una mayor seguridad jurídica, puede incurrir en discriminación por la identificación que realiza del sujeto de internamiento, a partir y por motivo de la enfermedad o deficiencia.

En cualquier caso, a nuestro parecer el art. 214, al igual que su precedente y que el art. 763 de la LEC, tiene por objeto principal la regulación del internamiento psiquiátrico forzoso. Basamos esta afirmación en las siguientes razones:

- Los artículos 212-4 a 6 conforman el contenido de la Sección 2ª "Internamientos" del CAPÍTULO II, titulado "Autonomía de la persona en el ámbito de la salud"[1986].
- El internamiento urgente contemplado en el art. 212-5, se refiere a la "urgencia médica", que habrá de ser "constatada por un facultativo".
- Los plazos de revisión del internamiento urgente (entre 2 y 6 meses) corroboran también la naturaleza psiquiátrica del internamiento.
- La AP de Barcelona excluye el internamiento residencial del artículo 212-4, siguiendo la línea que lo excluye también del artículo 763 de la LEC[1987].

Sin perjuicio de ello, el internamiento residencial tiene cabida formal en el artículo 212-4, en cuanto internamiento en un establecimiento especializado de una persona afectada por un trastorno psíquico o enfermedad que afecta a su capacidad cognitiva, por razón del mismo.

En relación con el internamiento forzoso, existe una propuesta de reforma elaborada por MAYOR FERNÁNDEZ, que incorpora a la regulación actual los elementos necesarios para delimitar el supuesto de hecho en el que tiene cabida el internamiento residencial, garantizando así la seguridad de quienes careciendo de capacidad natural para decidir el internamiento, son destinatarios del mismo, atendiendo al mismo tiempo a las exigencias derivadas de la Convención de Nueva York[1988] y de los

[1986] Título I "La persona física", del Libro Segundo "La persona y la familia".

[1987] Subraya que la irreversibilidad del deterioro cognitivo exige que la solicitud de internamiento se formule en el "marco de un proceso de incapacidad, en el que con plenitud probatorio y nombramiento de defensor judicial, se pudieran acordar cuantas medidas fueran precisas para la adecuada protección de la persona, tanto a nivel personal como patrimonial" (FJ.1) incluso, con carácter cautelar (FJ. 2). Se señala en este sentido, que la decisión tiene más de asistencial que de urgente (FJ.2). Sección 18. Nº de Recurso: 16/2011. Nº de Resolución: 186/2011 Roj: AAP B 5619/2011 - ECLI:ES:APB:2011:5619ª Id Cendoj: 08019370182011200145.

[1988] PÉREZ BUENO, "La recepción...", p.324.

planteamientos actuales de las organizaciones internacionales[1989]. Consideramos acertada la regulación propuesta por el autor[1990], que separa la regulación sustantiva de la procesal en los cuerpos jurídicos correspondientes e introduce en cada uno de ellos los criterios legales para que proceda el acuerdo del internamiento por parte del Juez, lo que contribuye a superar el silencio del legislador[1991] y a eliminar, en consecuencia, las dudas interpretativas que han marcado la legislación relativa al internamiento posterior a 1983. La propuesta incorpora además en la regulación de la medida de ingreso, los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la Convención de Nueva York. Por lo que al ingreso residencial se refiere, es destacable la inclusión en el supuesto de hecho de elementos de naturaleza social, que dan cabida a la situación de vulnerabilidad de la persona mayor, que careciendo de conciencia de la misma, supone un riesgo actual, cierto y grave para su salud o integridad física o psíquica.

Nos permitimos realizar, sin embargo, las siguientes matizaciones:

[1989] MAYOR FERNÁNDEZ plantea una regulación del internamiento forzoso en una reforma de los actuales títulos XI y X del Libro I del CC, así como de los arts. 760 a 763 de la LEC Puede consultarse la propuesta completa en "La reforma de la protección…*".*

Los aspectos procesales de la regulación forman parte de la propuesta de reforma del art. 763 y 763 bis que propone el propio autor. El internamiento de urgencia queda relegado al internamiento psiquiátrico, regulado en su propuesta en un art. 763 ter.

Es destacable el hecho de que el art 760 no contempla en la propuesta del autor el pronunciamiento judicial relativo al internamiento en la sentencia de incapacitación.

[1990] Artículo 204 (Con rango de ley orgánica)

El ingreso en centro sanitario, geriátrico, psiquiátrico o de deshabituación y el tratamiento ambulatorio psiquiátrico o de deshabituación, impuestos en contra de la voluntad del interesado, sólo podrán acordarse mediante resolución judicial cuando se den las siguientes condiciones:

1º Que se trate de una persona en la que concurre discapacidad física o psíquica, enfermedad o trastorno mental, grave dependencia de sustancias perjudiciales para la salud o bien se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su avanzada edad.

2º Que exista un riesgo actual, cierto y grave para su salud, su integridad física o psíquica o una situación de exclusión social que ponga en grave riesgo su integridad moral.

3º Que no sea capaz de comprender y asumir la necesidad del ingreso o tratamiento por carecer de la suficiente conciencia de su discapacidad, enfermedad, dependencia o vulnerabilidad derivada de su avanzada edad.

4º Que el ingreso o tratamiento involuntario resulte idóneo, necesario y proporcionado en relación con el objetivo y finalidad de protección que se pretende.

Artículo 205 (Con rango de ley orgánica)

El ingreso involuntario se ordenará sólo en el caso de que el mismo objetivo de protección no pueda lograrse mediante el tratamiento ambulatorio involuntario. El ingreso siempre deberá realizarse en centro adecuado a la patología o situación del afectado y en su caso a su minoría de edad, de entre los siguientes:

1º Centro sanitario ordinario.

2º Centro psiquiátrico especializado.

3º Centro geriátrico.

4º Centro educativo especial

5º Centro de deshabituación.

[1991] DE COUTO, *La protección...*, p.47.

a) Debería eliminarse, a nuestro parecer, la referencia a la edad avanzada asociada a la situación de vulnerabilidad porque no es la edad avanzada la que genera por sí misma la situación de vulnerabilidad, sino el deterioro o el declive de las facultades cognitivas y funcionales. Un artículo dedicado en exclusiva a la regulación del internamiento residencial geriátrico permitiría evitar la alusión a la edad avanzada.

b) Consideramos reiterativa la doble exigencia de la propuesta del artículo 204.3º propuesto, de que la persona no sea capaz de comprender y asumir la situación de necesidad del ingreso por carecer de conciencia suficiente sobre su vulnerabilidad. A nuestro parecer, la ausencia de conciencia sobre la propia vulnerabilidad en el domicilio determina necesariamente la ausencia de comprensión de la necesidad del ingreso.

c) A nuestro parecer el internamiento residencial debe regularse de manera diferenciada al resto, principalmente con relación al ingreso sanitario, psiquiátrico y de deshabituación en atención al carácter médico de los mismos. Esta distinción vendría justificada además por la previsión del volumen de población afectada y por la irreversibilidad de la incapacidad de decisión. Ello sería coherente con la previsión de un plazo de revisión de la medida superior al resto[1992], con la exigencia preceptiva que a nuestro parecer habría de introducirse de informes sociales relativos a tal situación de vulnerabilidad[1993] y con la sustitución del tratamiento forzoso ambulatorio por la atención a domicilio, como medida prioritaria frente al ingreso residencial forzoso. Podría contemplarse en este artículo el internamiento residencial urgente, temporal, el solicitado por el tutor y el dispuesto en instrumento preventivo por el propio incapaz, que serían objeto de autorización y no de decisión judicial.

d) Ya hemos afirmado la identificación del supuesto que da lugar al ingreso residencial forzoso con la falta de capacidad de autogobierno para la vida independiente.

[1992] Nº 9 del art. 763 bis de la propuesta. Véas nota 1989.
[1993] En la propuesta procesal el informe social no es preceptivo, a diferencia del informe médico.

Proponemos, por tanto, la siguiente redacción de los elementos sustantivos del ingreso residencial, con rango de Ley Orgánica:

Artículo 1. La sentencia de modificación judicial de la capacidad podrá limitar la capacidad de autogobierno de la persona para la vida independiente cuando aquélla carezca con carácter permanente de capacidad para comprender el alcance y la gravedad de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. En este caso, si no existe posibilidad de implementar, con los ajustes razonables, otras medidas menos restrictivas para la libertad, la sentencia podrá determinar el ingreso residencial asistencial con carácter forzoso, en beneficio de la persona cuya capacidad se modifica, cuando éste sea necesario para superar la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. En la valoración de la necesidad del ingreso, se tomarán en consideración las preferencias y deseos de la persona afectada.

Se entiende por situación de vulnerabilidad la situación de incapacidad para hacer frente a las demandas y problemas derivados de la vida diaria en el hogar, que ponen en riesgo la integridad física y/o psíquica de la persona.

Artículo 2[1994]. El ingreso residencial de naturaleza asistencial podrá autorizarse judicialmente sin necesidad de modificación de la capacidad del sujeto a internar, en los siguientes casos:

1. Cuando responda a una necesidad temporal, por tiempo determinado inferior a seis meses, sin perjuicio del procedimiento específico que requieran los ingresos de urgencia.

2. Cuando sea solicitado por el tutor que tenga atribuída la toma de decisiones relativas al lugar de vida de la persona a internar.

3. Cuando conste de manera fehaciente la voluntad favorable al ingreso de la persona a internar en documento de voluntades anticipadas o análogo.

Artículo 3. En ningún caso prodecerá el ingreso forzoso cuando la persona, capaz de comprender el alcance y gravedad de su situación de vulnerabilidad, se oponga o no muestre su conformidad con el mismo, aunque esté sometida a curatela o a otra medida de asistencia o complemento de la capacidad.

[1994] Pudiera incorporarse como nuevo procedimiento de jurisdicción voluntaria, que habría de respetar en cualquier caso las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Jurisrudencia del mismo Tribunal.

CONCLUSIONES

PRIMERA- ACTUALIDAD DEL PROBLEMA E IDENTIFICACIÓN DE LAS PERSONAS SUSCEPTIBLES DE INTERNAMIENTO

El dilema planteado en el título de este trabajo "capacidad natural *versus* capacidad de autogobierno" en relación con el internamiento residencial de personas mayores, constituye un problema jurídico propio de las sociedades contemporáneas, caracterizadas por el envejecimiento de la población, y especialmente por el incremento del grupo de octogenarios, cuya proporción con respecto a la población total asciende actualmente un punto porcentual cada década. El aumento de las patologías asociadas a la senectud, junto con la denominada "crisis del cuidado familiar", da lugar a un incremento del número de personas asistidas en centros residenciales, en los que se les presta una atención integral.

Tal y como revelan los datos estadísticos relativos a la opinión de los mayores, el perfil de las personas residentes en los centros y la línea establecida por las políticas gerontológicas más actuales, el internamiento asistencial constituye la estrategia gerontológica adecuada para afrontar la vulnerabilidad social de las personas mayores; entendiéndose por vulnerabilidad, el conjunto de circunstancias personales y contextuales que sitúan a la persona mayor en una posición de indefensión para hacer frente a las amenazas que se derivan de su entorno o de su propia condición personal.

Sin embargo, la limitación de libertad que supone el internamiento, en los términos establecidos por los artículos 17.1 de la Constitución Española y 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, supedita la imposición del internamiento con carácter forzoso a que la persona que va a ser internada carezca de la capacidad necesaria para decidirlo.

SEGUNDA- LA CAPACIDAD DE TOMA DE DECISIÓN DE INGRESO RESIDENCIAL

Los trastornos neurocognitivos asociados a la senectud dificultan desde sus estadios moderados el proceso de toma de decisiones, como función cognitiva superior que requiere de capacidad de entendimiento, juicio, razonamiento y planificación y que permite a la persona dirigir su conducta para la resolución de los problemas. Sin embargo, la validez de la decisión emitida por una persona con un trastorno neurocognitivo va a depender no sólo de la afectación cognitiva del sujeto, sino también del tipo de decisión de que se trate.

Este trabajo propone la valoración de la capacidad de decisión de ingreso residencial en su dimensión contraria, es decir, evaluando la capacidad de decisión de la persona relativa a la vida independiente en su hogar. A diferencia de otras decisiones esencialmente cognitivas, -tales como las decisiones contractuales y las relativas al tratamiento médico-, la decisión sobre la permanencia en el propio domicilio contiene una serie de componentes "interactivos", que confluyen con el elemento cognitivo; a saber: el riesgo derivado de la situación, las necesidades personales particulares, los recursos disponibles y las propias preferencias y valores. Tales elementos reclaman una valoración de la capacidad de la toma de esta decisión, que tenga en cuenta la funcionalidad del proceso de toma de decisiones -valorada a través de la comprensión de la información relevante y de los aspectos esenciales de la situación-, en combinación con la racionalidad y consistencia de la decisión tomada, a la luz de los valores y preferencias de la persona.

El concepto de vulnerabilidad se revela de utilidad para la evaluación de la capacidad de permanencia en el hogar, en la medida en que se constituye como objeto mismo de la comprensión de los elementos que componen la decisión; es decir, se adopta como criterio para establecer la necesidad de internamiento forzoso, la capacidad del sujeto de tener iniciativa y/o de formarse el juicio necesario para la resolución de los problemas que le plantea su vida diaria. Procede, entonces, afirmar que un sujeto es incapaz para decidir sobre su permanencia en el domicilio cuando su capacidad de juicio tiene un grado de afectación tal, que le impide identificar los problemas, las necesidades y las amenazas de su vida cotidiana y/o formarse la voluntad necesaria para hacerles frente, lo que equivale a afirmar que no es capaz de comprender y afrontar cognitivamente su situación de vulnerabilidad. Aplicando el principio de escala móvil de capacidad, el grado de juicio exigible será mayor cuanto mayor sea el grado de vulnerabilidad social del sujeto, lo que aporta a la valoración de la capacidad de decisión una dimensión contextual. La valoración habrá de realizarse, en consecuencia, a partir de instrumentos que midan la capacidad de realizar juicios de conveniencia en el entorno habitual, o mediante la combinación de herramientas diagnósticas interdisciplinares, completadas con los métodos tradicionales de diagnóstico de la enfermedad neurocognitiva.

El concepto de vulnerabilidad se identifica parcialmente con la dimensión de falta de autonomía contenida en el concepto de dependencia (capacidad de controlar, adoptar y tomar por propia iniciativa decisiones personales), pero lo supera en cuanto incorpora la dimensión del riesgo y la toma en consideración de los apoyos disponibles para ello.

TERCERA- UNA PREGUNTA DE DIFÍCIL RESPUESTA ACTUALMENTE

Desde el punto de vista jurídico, la respuesta a la pregunta planteada no es sencilla. El concepto de capacidad legal, que determina la validez de actuación jurídica en el Derecho civil español incorpora tradicionalmente dos dimensiones: una dimensión de capacidad natural o psicológica para consentir cada uno de los actos de la vida jurídica, esencialmente cognitiva; y una dimensión global o capacidad de autogobierno, sustentada en un concepto general y estable. Las nuevas tendencias en la concepción de la capacidad, que desde la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad de 2006 tienen su proyección en el Derecho civil, consideran además el concepto de autogobierno circunstancial y admiten su concreción en categorías, una de las cuales es el autogobierno para la vida independiente, que incorpora dimensiones como la esfera del autocuidado y la de satisfacción de las necesidades cotidianas.

Sin embargo, la categorización del concepto de autogobierno implica aproximarlo cada vez más a la capacidad natural necesaria para cada acto en particular. Además, el creciente reconocimiento de la capacidad natural de la persona incapaz nos lleva a cuestionarnos si no existe un derecho a permanecer en el propio entorno, regido por la capacidad natural, como corresponde a los derechos de la personalidad. En nuestra opinión tal posibilidad ha de ser rechazada. El ordenamiento jurídico español no sanciona un derecho subjetivo a la permanencia en el propio entorno, más allá del mandato programático del art. 19.a) de la Convención de 2006 y del amparo que toda intromisión ilegítima en la propia esfera de libertad pueda tener. Existe un derecho subjetivo a no ser retenido, detenido o ingresado en contra la propia voluntad (arts. 17 de la CE, 5.1 del Convenio y 763 de la LEC), que sí está regulado por la capacidad natural.

La pregunta se plantea entonces en torno a la articulación de tal derecho y a su mejor encaje el artículo 763 de la LEC, regulador del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, o en el artículo 760 de la LEC, que permite adoptar el internamiento en sentencia de incapacitación o como medida cautelar del art. 762 de la LEC.

CUARTA- RAZONES EXPLICATIVAS DE LA PREOCUPACIÓN TARDÍA DEL LEGISLADOR

La capacidad de decisión relativa al internamiento comienza a ser objeto de preocupación del legislador y de las políticas gerontológicas en España hace sólo 25 años, coincidiendo con el despunte del ingreso residencial de personas mayores de principios de los noventa, con la incorporación a los servicios sociales del reconocimiento del derecho a la autonomía y a la libre decisión, e impulsada por la

Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, habiendo quedado hasta entonces la voluntad del mayor al margen de toda regulación del internamiento forzoso. Ello contrasta con los más de doscientos años de interés legislativo por la libertad de quien va a ser internado en un centro psiquiátrico, que ya se apunta en la primera Ley de Beneficencia de 6 de febrero de 1822.

Esta diferencia puede explicarse, como ha quedado expuesto en este trabajo, por la tradición de los cuidados domiciliarios en el hogar durante la vejez y sobre todo, por la concepción histórica del carácter voluntario del internamiento residencial, desde la Edad Media y durante todo el siglo XIX. La ausencia de garantías jurídicas de la libertad en el internamiento residencial de personas mayores en España hasta el último cuarto del siglo XX, se justifica por el carácter asistencial del mismo, y en todo caso, de control social durante la primera etapa. El ingreso residencial ha tenido tradicionalmente por destinataria de manera indiscriminada a la población pobre, lo que ha hecho presuponer al legislador el carácter voluntario del ingreso, cuando menos formalmente. En consecuencia, su regulación a través de la legislación administrativa ha sido ajena a toda consideración de la capacidad civil y ha tenido como elemento central de control la prueba de la condición de pobre. El desarrollo de la Psiquiatría de principios del siglo XX y su reflejo en el Decreto de 3 de julio de 1931, deja al margen del internamiento psiquiátrico a las personas mayores con demencia, quedando éstas relegadas a establecimientos asistenciales o a colonias agrícolas, carentes de toda regulación relativa a la capacidad. En los años ochenta, con el desarrollo de los servicios sociales, las políticas gerontológicas de atención a la ancianidad en el propio domicilio y la idea del centro residencial como recurso para personas "válidas", mantienen la concepción del ingreso residencial voluntario y retrasan una década el control jurídico de la libertad en el procedimiento de ingreso.

Por el contrario, por lo que respecta al internamiento psiquiátrico, la Ley de Beneficencia de 1822, atribuye ya un carácter especializado a las casas de curación de dementes como parte del entramado hospitalario y prevé un reglamento especial que ordene entre otros aspectos, la admisión de los enfermos (arts. 115 y 126). La Ley General de Beneficencia de 1849 y su Reglamento de 1852, mantienen este carácter especializado y prevén departamentos en los centros psiquiátricos para las personas con recursos (arts. 14 y 15 del Reglamento). Aunque la norma en esta época es la decisión de internamiento a cargo de la familia y sobre todo del facultativo, en coherencia con el modelo médico de la discapacidad, la regulación del internamiento en el Hospital Psiquiátrico de Santa Isabel de Leganés (contenida en los Decretos de 1873 y de 12 de mayo de 1885) establece por primera vez un procedimiento judicial del ingreso. Éste constituye el primer antecedente de la regulación del internamiento psiquiátrico forzoso. Aunque el internamiento psiquiátrico es una cuestión de familia,

se somete en este centro en particular a un expediente judicial, que evite el internamiento de personas capaces, motivados por intereses económicos de terceros.

QUINTA- ETAPAS Y ELEMENTOS DE LA REGULACIÓN DEL INTERNAMIENTO FORZOSO

Desde la primera norma general relativa al internamiento forzoso (RD de 19 de mayo de 1885) su regulación ha sido reformada en cinco ocasiones, coincidiendo cuatro de ellas con diferentes modelos imperantes en la discapacidad: el modelo tradicional (RD de 19 de mayo de 1885); el modelo médico (Decreto de 3 de julio de 1931); el modelo de la integración social (artículo 211 del Código Civil, en su redacción dada por Ley 13/1983, 24 de octubre, de reforma de la tutela) y el modelo de la autonomía personal (art. 211 del CC, en su reforma operada por la Ley 1/1996, de 15 de enero y artículo 763 de la LEC, redactado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

La interpretación histórica, lógica y finalista de la regulación del internamiento forzoso nos lleva a mantener que se trata de un internamiento de naturaleza psiquiátrica, en sus dos modalidades, ordinaria y urgente. Los elementos esenciales de esta evolución legislativa, que han sido objeto de nuestro análisis y que nos han llevado a adoptar esta conclusión han sido los siguientes:

En primer lugar, el tipo de internamiento contemplado en la regulación del internamiento forzoso.

El artículo 211, en su redacción dada por la Ley 1/1996 regula expresamente el supuesto del "internamiento por razón de trastorno psíquico", expresión mantenida y elevada a rango de título del artículo, en el actual artículo 763 de la LEC. La demencia y los trastornos cognitivos, tal y como se describen en los manuales diagnósticos actuales, tienen perfecta cabida en la expresión "trastorno psíquico". Sin embargo, consideramos que la expresión de los artículos 211 del CC (derogado) y 763 de la LEC hacen referencia al motivo del ingreso y no al sujeto de internamiento. En este sentido, el internamiento residencial no tiene lugar por razón del trastorno en sí, como señala el artículo, sino por la situación de vulnerabilidad social de quien lo necesita. Se trata por tanto de un internamiento con finalidad o por motivo o razón asistencial y no por razón de trastorno psíquico. La relevancia del supuesto de urgencia en la regulación, la centralidad del dictamen médico, la admisión de la finalización del internamiento por el alta médica y el control semestral del mismo, nos llevan a afirmar la naturaleza médica y la finalidad curativa del internamiento regulado actualmente en el artículo 763 de la LEC, de la que no participa a nuestro juicio el internamiento residencial de naturaleza asistencial.

En segundo lugar, la capacidad natural en el ingreso forzoso.

El Decreto de 1931 pone los cimientos de lo que posteriormente será la regulación del internamiento forzoso con arreglo a la capacidad natural, previendo la necesaria capacidad natural para el internamiento voluntario y transformando éste en forzoso sobrevenido, cuando desaparece tal capacidad. Sin embargo, la capacidad natural pierde relevancia en la interpretación que ha de darse al antiguo artículo 211 del CC, en su redacción de 1983, en consonancia con la concepción plena de la incapacidad en ese momento y con el carácter proteccionista de la regulación de la tutela. La capacidad natural constituye entonces un requisito añadido a la capacidad de obrar general para proceder al internamiento voluntario. La capacidad natural resulta irrelevante, sin embargo, con respecto al sometido a tutela, lo que es coherente con la ausencia de toda consideración a la capacidad de ejercicio de los derechos de la personalidad del tutelado, más allá de los actos personalísimos. Las reformas del internamiento por Ley 1/1996 y Ley 1/2000, en consonancia con el paradigma de la autonomía personal, incorporan a la regulación del internamiento forzoso el criterio de la capacidad natural de la persona a internar -con capacidad de obrar plena o modificada judicialmente- a través de la expresión "el internamiento de una persona que está en condiciones de decidirlo por sí". El artículo 763 de la LEC (y anteriormente el art. 211 del CC) se constituye así en la norma que sanciona la capacidad natural como elemento central del internamiento forzoso psiquiátrico y limita la actuación del tutor con respecto al mismo, a los efectos del artículo 267 del Código Civil, en virtud de su naturaleza de derecho de la personalidad.

En tercer lugar, la función judicial y la función del facultativo.

La intervención judicial se ha contemplado en la regulación del internamiento forzoso como una función de garantía de la libertad de la persona a internar (RD de 19 de mayo de 1885) o como un control de la efectiva necesidad del internamiento determinada por el médico, (art. 211 en sus dos redacciones, y parcialmente, el art. 763 de la LEC). El juicio valorativo de la autoridad judicial con respecto al internamiento, se considera más una autorización que una decisión en sí misma, y en consecuencia, no se puede afirmar que responda a una función esencialmente protectora del incapaz, al menos en la medida predicable al artículo 760, regulador del proceso de modificación de la capacidad, y que desde 2000 admite el internamiento como parte de la sentencia, o con carácter cautelar al amparo del art. 762 de la LEC. A diferencia de ello, la función protectora del médico con respecto a la persona del interno e incluso de la sociedad, se prevé ya desde el RD de 1885 por la vía del ingreso en observación, y alcanza su punto culminante en el Decreto de 3 de julio de 1931, que reproduce el modelo médico de la discapacidad, en el que el facultativo, junto con la familia, tiene la decisión absoluta sobre el ingreso y sobre el tratamiento. El dictamen

médico preceptivo y el alta médica previstos en el art. 763 permiten afirmar que la protección del interno es competencia del facultativo, sin perjuicio de que la amplitud de pruebas y el carácter contencioso del proceso regulado en el artículo 763, permitan al juez decidir sobre la conveniencia en atención a la protección que merecen los supuestos de vulnerabilidad de la persona mayor.

En cuarto lugar, la admisión del internamiento residencial en la regulación del internamiento forzoso.

Por sus elementos sustantivos, el internamiento residencial sólo ha podido tener encaje en la regulación del internamiento forzoso al que nos referimos en el artículo 211 del CC en su redacción de 1983, sobre una interpretación literal de la expresión "presunto incapaz" identificadora de su ámbito subjetivo. Como se ha visto, esta expresión resulta, sin embargo, técnicamente incorrecta, derivada de una concepción protectora del incapaz con discapacidad intelectual y ha de ser interpretada en su sentido coloquial y fáctico, como equivalente a persona con enfermedad mental o discapacidad intelectual, en su caso. Por su regulación procesal, el internamiento residencial de naturaleza asistencial tiene cabida en el actual artículo 763 de la LEC, justificada por las garantías judiciales exigidas a todo internamiento por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la Jurisprudencia del mismo tribunal.

En quinto y último lugar, la cuestión de la modificación de la capacidad.

La vinculación entre la capacidad y el internamiento ha sido inconstante en la regulación del internamiento forzoso. Promovida en el RD de 19 de mayo de 1885 a partir de la identificación fáctica de ambos supuestos, discurren después de manera independiente en el Decreto de 1931. En 1983 se establece en el artículo 211 el internamiento seguido de la incapacitación como curso lógico, pero no necesario, de la protección del incapaz. El actual artículo 763, admite el internamiento sin modificación de la capacidad de obrar, interpretación acorde con los principios inspiradores de la Convención de Nueva York. El espíritu de la Convención pone en cuestión el mantenimiento del internamiento decidido en virtud del artículo 760 de la LEC por la centralidad que adquiere en el instrumento internacional la promoción de la capacidad natural del incapaz, así como por el carácter subsidiario de la modificación judicial de la capacidad respecto de cualquier otra medida menos restrictiva (principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad).

Admitido el mantenimiento de la capacidad de obrar y de la sustitución de la voluntad en el ordenamiento jurídico español posterior a la Convención de Nueva York para los supuestos más graves, toda vez analizado el supuesto de internamiento residencial a la luz de la teoría del motivo y de la causa de incapacitación, y, en virtud de la afinación

de la graduación de la capacidad exigida por el nuevo paradigma de la concepción de la discapacidad, afirmamos: que el internamiento residencial de personas reclama en las situaciones de vulnerabilidad de grave deterioro cognitivo -desde un Derecho protector de la dignidad-, la modificación de la capacidad de obrar en relación con la vida independiente y el consiguiente internamiento residencial forzoso de naturaleza asistencial. Ello, sin perjuicio, de la conclusión siguiente.

SEXTA-. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE EL INTERNAMIENTO CON O SIN MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

La concepción social de la discapacidad plasmada en la Convención de Nueva York conlleva los principios de máxima promoción de la autonomía del discapaz; sobre todo en relación con los derechos de la personalidad, la promoción de los apoyos para la toma de decisiones por uno mismo, la limitación de la incapacitación a su mínimo posible, denominada ahora modificación judicial de la capacidad, y la máxima graduación de las sentencias con el ajuste necesario a la situación real de la persona. Al mismo tiempo exige salvaguardas proporcionales a la intromisión en la vida del discapaz, que eviten la vulneración de los derechos, el conflicto de intereses y la influencia indebida.

Sometido el internamiento al tamiz de los principios de la Convención, hemos identificado los siguientes supuestos:

a) Persona mayor con demencia en estados iniciales

Existe consenso científico acerca de que en tales situaciones se conserva habitualmente la capacidad de realizar juicios de conveniencia sobre la propia situación, que se está en condiciones de valorar los riesgos a los que se enfrenta permaneciendo en el hogar y que tiene la voluntad de afrontarlos. Por ello, el internamiento en estos casos, aun con los apoyos necesarios, habrá de ser voluntario y si falta la declaración de voluntad al efecto será radicalmente nulo. Ello sin perjuicio, de que cualquier duda surgida sobre la capacidad deba de dar lugar al internamiento forzoso, por ejemplo de manera temporal para el diagnóstico.

b) Persona incapaz psicológicamente para el autogobierno en su dimensión de vida independiente, que no está en situación de vulnerabilidad

Se considera que en esta situación los apoyos satisfacen las necesidades de la vida cotidiana y las demandas del entorno. Salvo que existan otras esferas de la vida que exijan protección a través de la modificación de la capacidad de obrar, la

aplicación de la teoría de la causa y el motivo nos lleva a concluir que procede el internamiento sin modificación judicial de la capacidad.

c) Persona con demencia en grado moderado o severo, en situación de vulnerabilidad en su propio hogar, incapaz de comprender y hacer frente a tal situación.

En estos supuestos se da tanto la causa como el motivo de modificación judicial de la capacidad y procede, en consecuencia, el internamiento como parte de la sentencia que constituye la nueva capacidad, que habrá de referirse, en este caso, a su dimensión de capacidad de autogobierno para la vida independiente.

d) Persona necesitada de un internamiento temporal

Procede por distintas razones: para diagnóstico, por razones de urgencia, de descanso del cuidador, etc. Bastará en este caso, la autorización judicial. Se considera razonable como límite temporal para la determinación de este supuesto un periodo de internamiento de 6 meses.

e) Persona sometida a tutela no internada, con capacidad de autogobierno judicialmente modificada para la vida independiente en situación de vulnerabilidad

Consideramos que es suficiente la autorización judicial, solicitada por el tutor, que sin embargo se hace necesaria a fin de verificarse que el ingreso no obedece a razones ajenas al beneficio del incapaz.

f) Internamiento dispuesto en documento de voluntades anticipadas o similar

Consideramos que a pesar de que este internamiento tiene naturaleza voluntaria, sin embargo, exige a nuestro juicio ser sometido a autorización judicial. Ello por la modificación que pueda sufrir la situación del incapaz respecto de aquella inicialmente prevista por él mismo, en atención a su mejor interés superior actual, y en respuesta a la exigencia de salvaguardias proporcionales a la medida que se adopta, en este caso, privativa de libertad.

En consecuencia, la sentencia de modificación judicial de la capacidad de la persona deberá limitar la capacidad de autogobierno para la vida independiente de una persona, cuando ésta carezca con carácter permanente de la capacidad de comprender el alcance y la gravedad de la situación de vulnerabilidad en la que se

encuentra, derivada de su incapacidad de hacer frente a las actividades de la vida diaria. En este caso, si no existe la posibilidad de implementar, con los ajustes razonables, otras medidas menos restrictivas para la libertad, la sentencia podrá determinar el internamiento residencial, cuando éste sea necesario para superar la situación de grave vulnerabilidad. El internamiento podrá adoptarse también con duración determinada, sin necesidad de modificación de la capacidad del sujeto, cuando responda a una necesidad temporal.

SÉPTIMA-. NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN

El supuesto contemplado en el artículo 763 de la LEC, en tanto se construye sobre un concepto esencialmente cognitivo de capacidad natural y con un componente esencialmente terapéutico, en el que la función judicial es la de control de una decisión médica, se revela discordante con el supuesto de internamiento residencial de naturaleza asistencial.

Afirmada la posibilidad de interpretación extensiva del mismo, ello nos conduce, sin embargo, a la coexistencia actual en un mismo artículo de dos internamientos diferenciados: el internamiento de personas con enfermedad psiquiátrica, temporal y caracterizado por la ausencia de capacidad natural momentánea para decidir el acto de internamiento, y el internamiento de carácter asistencial de personas con trastornos neurocognitivos, que precisa de una atención a largo plazo y asociada a la capacidad de autogobierno, que puede adoptarse también en virtud del art. 760 de la LEC en sentencia de incapacitación.

Se hace por ello necesario, regular el supuesto del internamiento forzoso de naturaleza asistencial, con rango de ley orgánica, diferenciando los supuestos en los que el internamiento residencial exige la modificación de la capacidad de autogobierno para la vida independiente, de aquellos en los que es suficiente la autorización judicial. Se ha elaborado una propuesta de regulación sustantiva al efecto.

OCTAVA- MANTENIMIENTO DEL RECURSO A LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Desde la reforma de 1983 se retoma en el ordenamiento jurídico español, con ocasión de la aprobación de la CE y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la intervención judicial como garantía de preservación de la libertad en el internamiento. Consideramos que tal previsión ha de mantenerse en este momento, por la privación de libertad que supone el internamiento, junto con la inexistencia actual de un sistema de salvaguardas dirigidos a evitar la vulneración de derechos, la influencia indebida o el conflicto de intereses que pudieran resultar de un internamiento autorizado o

decidido por instancias administrativas o por personas físicas o jurídicas previstas en documentos de voluntades anticipadas.

Ello sin perjuicio de que en un futuro, a medida que se vaya sustituyendo la modificación de la capacidad en nuestro ordenamiento por apoyos menos invasivos, dotados de las salvaguardas jurídicas adecuadas, pueda contemplarse tal posibilidad. Ello merece ser objeto de ulteriores investigaciones. Asimismo, procede por el momento a nuestro juicio someter, como se ha dicho, la validez de las disposiciones anticipadas, cuya virtualidad reconocemos, al control judicial, en interés del beneficio del incapaz, a expensas de la relevancia que tales instrumentos vayan adquiriendo y del desarrollo legislativo que se vaya operando en sus controles. Resultan de gran interés a efectos del internamiento residencial el estudio de las posibilidades que ofrecen estos instrumentos, las salvaguardas que precisan y la eficacia que pueden tener las nuevas figuras contempladas en la normativa más reciente, tales como el asistente, el guardador de hecho con funciones tutelares, las nuevas funciones que se atribuyen al defensor judicial, así como otro tipo de defensores de la persona incapaz que puedan desarrollarse, a modo de las previstas en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

NOVENA-. LIMITACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS

El modelo de concepción de la discapacidad que considerábamos aplicable al colectivo de personas mayores en situación de vulnerabilidad -por coincidir en él la condición de mayor pero también de persona con discapacidad, por la asociación de la capacidad de decisión a la discapacidad y no a la senectud y por ser un modelo con un importante desarrollo teórico, se ha revelado insuficiente a nuestro juicio para el tratamiento de la capacidad de las personas mayores con deterioro neurocognitivo grave, en la medida en que el modelo actual, resultante de la Convención de Nueva York, no profundiza en las necesidades de protección de aquellas personas que carecen de capacidad natural o de autogobierno en un grado significativo, ni desarrolla conceptualmente las implicaciones en este supuesto del principio de desarrollo de la personalidad. Proponemos, en este sentido, por lo tanto, una profundización en el estudio de los modelos de cuidado de las personas mayores y de su vulnerabilidad personal, desde el ámbito de la capacidad en el Derecho civil.

BIBLIOGRAFÍA

ABA. AMERICAN BAR ASSOCIATION. COMMISION ON LAW AND AGING & AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSSOCIATION., *Assessment of Older Adults with Diminished Capacity: A Handbook for Lawyers.* Washington, DC: AMERICAN BAR ASSOCIATION & AMERICAN PSYCHOLOGICAL, 2005.

-, *Judicial Determination of Capacity of Older Adults in Guardianship Proceedings. Handbook for Judges.* Washington DC: American Bar Association & American Psychological, 2006.

ABELLÁN GARCÍA, A.; VILCHES FUENTES, J. y PUJOL RODRÍGUEZ, R., *Un perfil de las personas mayores en España, 2014. Datos estadísticos básicos.* Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), 2014.

ACEDO PENCO, Á., *Derecho privado general y Derecho de la persona*. Madrid: Dykinson, 2010.

ACKERNECHT E.H., *Breve historia de la psiquiatría*. Buenos Aires: EUDEBA, 1962.

ACNUDH. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe presentado con ocasión de la Sexta reunión del Comité Especial de la convención sobre discapacidad, sobre el asunto de la "legal capacity",*2005.
http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6documents.htm
(Última recuperación 1/09/2015)

AEN. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA. COMISIÓN DE LEGISLACIÓN: CAPILLA, T.; CARBALLO, S., GONZÁLEZ DURO, E. y ROIG SALAS, A., "Reflexiones sobre la práctica del internamiento psiquiátrico". *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (*RAEN), Vol.6, Núm. 18, 1986,* pp. 485-489.

AGUILAR DOMENECH, R., *La introducción a la historia de la legislación psiquiátrica española del siglo XIX (Tesis Doctoral)*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1991.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M., "Comentario al artículo 211" en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia. Tomo 1. 3ª edición*. Madrid: Trivium, 1992, pp.1209-1219.

ALBADALEJO GARCÍA, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Madrid: Bosch, 1970.

-, *Derecho Civil I. Introducción y parte general. Volumen I. Introducción y Derecho de la Persona. 11ª edición*. Barcelona: Bosch, 1989.

-, *Compendio de Derecho Civil. 13ª edición*. Madrid: Edisofer, 2007.

-, *Curso de Derecho civil. IV, Derecho de familia*. *11ª edición*. Madrid: Edisofer, 2008.

ALCÓN YUSTAS, M.F. y DE COUTO GÁLVEZ, R., *Lecciones de Derecho Constitucional y de Derecho Civil (Derecho de la Persona).* Madrid: Dykinson, 1997.

ALEMÁN BRACHO C. y GARCÍA M., *Servicios Sociales Sectoriales*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. 2005.

ALMENTA HERNÁNDEZ, E. y CALCEDO ORDÓÑEZ, A., "Hospitalización voluntaria versus contra la voluntad en un Hospital General (I): aspectos conductuales, semiológicos y circunstanciales relacionados con la admisión", en *Anales de Psiquiatría*, *Vol. 5, Núm. 9, 1989*, Madrid: Aran Ediciones, 1989, PP.365-373.

ALONSO MEDINA, C., "La incapacidad y tutela en las personas mayores institucionalizadas" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas*. León: Junta de Castilla y León, 1998.

ALONSO PÉREZ, M., ALONSO PÉREZ, M., en "Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho Civil de España", *Anuario de Derecho Civil, 1983*, pp. 1117-1127.

-, "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/19996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", *Actualidad Civil, enero 1997,* pp. 17-40.

ALONSO SECO, J.M. Y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España.* Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997.

ÁLVAREZ ÁLVARES, H., "Las garantías judiciales de los internamientos involuntarios. Inconstitucionalidad del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil" en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dynkinson, 2013, pp. 29-42.

ÁLVAREZ LATA, N., "Capacidad e incapacidad en el Derecho. Un reconocimiento jurídico del retraso mental" en SEOANE, J.A., (Coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso menta*l. A Coruña: Fundación Paideia, 1999, pp.91-198.

-, "La actuación de la persona con retraso mental (incapacitada o no incapacitada) en la esfera jurídico-privada" en SEOANE, J.A., (Coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso menta*l.. A Coruña: Fundación Paideia, 1999, pp. 199-255.

ÁLVAREZ URÍA, F., *Miserables y locos. Medicina mental y Orden social en la España del siglo XIX*. Barcelona: Tusquets Editores, 1983.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., "El derecho a la autonomía de los pacientes" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General,* Madrid: Thomson Civitas, 2003, PP.172-205.

AMAYA RICO, V., "El consentimiento informado de las personas mayores" en LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 2007, PP. 258-269.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *DSM-IV-TR. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Texto revisado. (Dir. De la versión española López-Ibor Aliño, Juan J.) 4ª edición*. Barcelona: Masson, 2005.

-, *DSM-V-TM. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition.* Washington, DC: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013.

AMORÓS GUARDIOLA, M., "Comentario al artículo 271" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, pp. 537-547.

-, "Comentarios a los artículos 271, 271.2, 271.3 y 171.4 del Código Civil". (En Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela. Ed. Tecnos, 1986). *Estudios jurídicos. Tomo III*. Madrid: Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009, PP.371-389.

ANDREW, M.K.; MITNITSKI, A.B. & ROCKWOOD, K., "Social Vulnerability, Frailty and Mortality in Elderly People". *Plosone.* May 2008, Volume 3, Issue 5, pp. 1-8.

APPELBAUM, P. D. & T. GRISSO. "Assessing Patient's Capacities to Consent to Treatment" *New England Journal of Medicine,* 1988, 319, pp. 1635-1638.

-, "Assessment of Patients Competence to Consent to Treatment". *The New England Journal of Medicine, 2007, 35*, pp. 1836 y ss.

ARAGONCILLO IBEAS, A., "Elementos subjetivos: juicio de capacidad" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004,* Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, pp.102-109.

ARAMBURO Y MACHADO, M., *La capacidad civil*. 2ª edición, Madrid: Reus, 1931.

ARARTEKO, *Las residencias de tercera edad en la Comunidad Autónoma Vasca*. Bilbao: Ararteko, 1994.

ARCE FLOREZ-VALDÉS, J., "La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas (La tutela del siglo XXI)" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. *Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, PP.206-220.

ARENAL PONTE, C., "Los manicomios son para dementes pobres". *La voz de la Caridad. Artículos sobre beneficencia y prisiones. Volumen I. (1870-1884).* Recuperado de www.cervantesvirtual.com (Última recuperación 15 de agosto de 2015.

-, "Ley de dementes" en *Obras completas*. *Tomo XX. Vol.III:* Madrid; Librería de Victoriano Suárez, 1900, PP.21-26

-, "La beneficencia, la filantropía y la caridad" en *Obras completas de Doña Concepción del Arena*l. *Estudio preliminar y Edición de Carmen Díaz Castañón. Tomo I. Biblioteca de autores españoles Tomo CCCII*, Madrid: Atlas, 1993.

ARNAU RIPOLLÉS, M.S., "La vida independiente como fin de las políticas públicas de discapacidad en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Cizur Menor; Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, PP.469-495.

ARROYO-ANLLÓ, E.M. y GIL MÉNDEZ, C., "La anosognosia en la enfermedad de Alzheimer". *Revista Española de Geriatría y Gerontología,* 2007, 42(3), pp. 181-

187.

ASO ESCARIO, J.; MARTÍNEZ QUIÑONES, J.V. y ARREGUI CALVO, R., *Aspectos médico legales de las demencias.* Barcelona: Masson, 2004.

Asociación Americana de Retraso Mental. *Retraso mental. Definición, clasificación y sistemas de apoyo. (Traducción de Verdugo, M.A. y Jenaro, C)*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

-, *Retraso mental. Definición, clasificación y sistemas de apoyo. (Traducción de Verdugo, M.A. y Jenaro, C)*. Madrid: Alianza Editorial, 1997.

AVELLO FUERTES, J., "Procedimientos de incapacidad introducidos por la reforma del código civil en materia de tutela", *Poder Judicial, núm. 10, 1986*, pp. 35-40.

AZNAR LÓPEZ, M., "Los derechos fundamentales de las personas mayores internadas en residencias geriátricas" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas*. León: Junta de Castilla y León, 1998, PP.11-31.

-, "En torno a las divergencias interpretativas sobre los internamientos civiles" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios celebrada en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 67-88.

-, "Los derechos fundamentales de las personas mayores atendidas en centros geriátricos". *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre Tutela, Asistencia y Protección a las Personas Mayores*, *Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000*. Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, PP.23-33.

BADOSA COLL, F., "La personalitat civil restringida. Les seves causes, el seu estatut jurídic. La personalitat civil" en *Segones Jornades Jurídiques de Lleida (3 i 4 de Maig de 1984)*, Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984, pp. 1-44.

BARBERO GARCÍA, O., "Incapacitación y tutela. Acciones Civiles" en LLAMAS POMBO, E. (Dir.) *Derecho de la persona. Derecho de sucesiones. Derecho de familia. Tomo I*. Madrid: La Ley, 2013, pp.163-261.

BARIFFI, F.J., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 353-390.

BARNES, C., "El movimiento de vida independiente en el Reino Unido" en *El movimiento de vida independiente: experiencias internacionales (García Alonso, J. Vidal, Coordinador).* Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, pp.191-216.

BARRIOS FLORES, L.F., "Un siglo de psiquiatría penitenciaria". *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, *1, 2000*, pp. 23-30.

BARTLEY, M. & O´NEIL D., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Ireland" en *Competence Assessment in Dementia*. *(Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, pp.125-129.

BASSY IZA, N., "Determinación de la competencia. Juicio de capacidad"en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad.* Jornadas Fundación Aequitas, *Madrid 8 y 9 de marzo de 2004.* Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.110-130.

BECKER,T.; MAGLIANO,L.; PRIEBE,S.; SALIZE,H.J.; SCHÜTZWOHL, M. & KALLERT,T. "Evidence-based mental health services research. The contribution of some recent EU funded projects" en KIRCH, W. (Ed.), *Public Health in Europe: 10 Years European Public Health Association.* Berlin: Springer, 2003, PP.184-188.

BELLOCH JULBE, J.A., "El enfermo mental no delincuente: ideología y "praxis" en una perspectiva judicialista" *Clínica y análisis grupal*. *Revista de Psicoterapia y Psicología social aplicada*. Núm. *10. Mayo-junio*, 1978, PP. 25-47.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., "Dictamen sobre los aspectos jurídicos de la asistencia psiquiátrica" en *Legislación Psiquiátrica: crítica y alternativas.* Vitoria-Gasteiz: Gobierno Vasco Departamento de Sanidad y Seguridad Social, 1984, PP. 255-342.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La marginación de los locos y el Derecho*. Madrid: Taurus, 1976.

-, *Derecho de la Persona*. Madrid: Montecorvo, 1976.

-, "Psiquiatría y Derecho" en GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J.L., VELA BUENO, A, y ARANA ARREGUI, J.A. (Coords.), *Manual de Psiquiatría.* Madrid: Karpos, 1980, PP.1239-1266.

-, "Comentario al artículo 211 del Código Civil. Ley de modificación de los artículos 17 al 26 del Código Civil, 1982" en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.196-210.

-, "Comentario al artículo 271 del Código Civil" en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.548-550.

-, "Comentario al artículo 2 de la Ley 13/1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.798-800.

-, "La incapacitación de las personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico – Comentario a la STS 10-2-1986". *Poder Judicial*. *Época 2ª, núm. 3, septiembre de 1986*, PP.107-112.

-, *Manual de Derecho civil: Derecho privado y Derecho de la persona*. Madrid: Bercal, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y VALLADARES RASCÓN, E., *Manual de introducción al Derecho*. *5ª edición*. Madrid: Bercal, 2000.

BERMEJO, L., *Estudio sobre la creación de una unidad de calidad de vida en personas con demencia en sus fases iniciales*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Servicios Sociales e Igualdad, 2014.

BERNARD, P. Y MARCHAND, D., "La hospitalización de los enfermos mentales". *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*. *Diciembre de 1968,* PP.39-51.

BERROCAL LANZAROT, A.I., "La protección jurídica de los mayores en situación de desamparo: ¿extensión de la guarda y tutela pública a estos supuestos?" en MARTÍNEZ GARCÍA, M.A. (Dir.), *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. *Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, PP.125-248.

-, "Protección jurídica de las personas mayores ante su eventual incapacitación en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. La institución de la autotutela". *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9. 2008 (15-141),* pp. 15-141.

-, "La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014,* 2014, PP.23-40.

BILOTTA, C.; CASÉ, A.; NICOLINI, P.; MAURI, S.; CASTELLI, M. & VERGANI, C., "Social vulnerability, mental health and correlates of frailty in older outpatients living alone in the community in Italy". *Aging & Mental Health, November 2010, vol. 14, núm..8*, pp. 1027-1036.

BLAIKIE, P.M., "The tsunami of 2004 in Sri Lanka: An introduction to impacts and policy in the shadow of civil war". *Norsk Geografisk TidsskriftNorwegian Journal of Geography, 2009, Vol. 63*, pp. 2-9.

BLAIKIE, P.M., CANNON, T., DAVIS, I. & WISNER, B. *At Risk: People's Vulnerability and Disasters.* London and New York: Routledge, 1994.

BLANCO EGIDO, E. Y SÁNCHEZ SALCEDO A.M., "Enfoque de la discapacidad en los organismos oficiales". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 65, 2006*, PP.37-48.

BLÁNQUEZ P. Y MEZQUITA, J., "Características de nuevos ingresos psiquiátricos voluntarios e involuntarios". *Anales de Psiquiatría, Vol. 3, Núm. 49, 1987,* Madrid: Aran Ediciones, 1987, pp.135-138.

BLÁZQUEZ MARTÍN, D., "La garantía en igualdad de la libertad y seguridad de las personas con discapacidad tras la ratificación de la Convención" en CUENCA GÓMEZ P. (Ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechs de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, 2010, PP.155-189.

BOADA ROVIRA, M. y ROBLES BAYÓN, A., *Documento de Sitges 2009. Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluació*n. Barcelona: Glosa, 2009.

BONILLA SÁNCHEZ, J.J., *Personas y derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 2010.

BORREL Y SOLER, A.M., *Derecho Civil Español. Tomo IV. Derecho de Familia*. Barcelona: Bosch, 1954.

BUSTOS PUECHE, J.E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*. *2ª edición*. Madrid: Dykinson, 2008.

CABRA DE LUNA, M.A., "Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad" en *V Jornadas Fundación Aequitas*, *Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.240-265.

CABRERA MERCADO, R., "Participación en mesa redonda: Las personas con discapacidad intelectual ante la Administración de Justicia y el proceso judicial. Discapacidad intelectual y Derecho" en *IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004, PP.79-87.

CALABRESE, P., "Neuropsychological assessment" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007.

CALCEDO ORDÓÑEZ, A., "Hospitalización psiquiátrica involuntaria" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios*, celebrada *en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP. 29-43.

-, "La pericial médica en el procedimiento de incapacitación" en TERREROS, J.L. (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 227-264.

CAMPO IZQUIERDO, L., "Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014, pp*. 2-7.

CASADO PÉREZ, D., *Panorámica de la discapacidad*. Barcelona: Intress, 1991.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

-, *Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Volumen II. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. 13ª edición. Revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos*. Madrid: Reus, 1982.

CASTEL, R., "El tratamiento moral. Terapéutica mental y control social en el siglo XIX". *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial. Recopilación de textos a cargo de Ramón García*. Barcelona: Barral Editores, 1975, PP.71-96.

CASTILLO RODRÍGUEZ, L., "Algunas reflexiones procesales sobre la ancianidad" en *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre la tutela, asistencia y protección a mayores*. *Córdoba 17 y 18 de noviembre de 2000.* Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, PP. 125-131.

CASTRO GARCÍA, J., "Procesos de incapacidad introducidos por la reforma del CC en materia de tutela". *Jornadas de Derecho Procesal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1984, PP. 45-81.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.C., "La figura de la incapacitación a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la Sentencia núm. 282/2009 del TS, Sala 1ª, de 29 de abril". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, *núm. 2, abril de 2014*, PP. 115-122.

CEBRIÁN ZÚÑIGA, J.A., "El tratamiento de la discapacidad en las ciencias sociales y culturales. Diferentes roles de la discapacidad en la historia social / personajes relevantes con discapacidad" en DE LORENZO Y PÉREZ BUENO (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 1345-1364.

CENTENO ESCUDERO, R., "La práctica pericial en la incapacitación de las personas mayores" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas.* León: Junta de Castilla y León, 1998.

CERVILLA GARZÓN, M.D., "Los derechos fundamentales del anciano internado. En particular, el derecho a la libertad, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad" en *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes.* Barcelona: Bosch, 2008, pp. 68-92.

CHIMENO CANO, M., "El internamiento psiquiátrico forzoso en Cataluña: análisis del art. 255 del Código de Familia y la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil" *Revista Jurídica de Catalunya, Año 2001, Vol. 100, Núm. 2,* pp. 321-343.

-, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*. *2ª edición*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004.

-, Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Dykinson, 2013, PP.117-138.

CIS. CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLÓGICAS, *Condiciones de vida de las personas mayores*, 2006. http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=7740&cuestionario=8954&muestra=14085 (Última recuperación 1/09/2015)

COBREROS MENDAZONA, E., "Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales". *Revista de Administración Pública*, núm. 94, enero-abril 1981. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

-, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*. *(Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español).* Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1988.

COLODRÓN ÁLVAREZ, A., "En torno al ingreso de los enfermos mentales y la legislación psiquiátrica. Clínica y análisis grupal". *Revista de Psicoterapia y Psicología social aplicada*. *Núm. 10. Mayo-junio*, 1978, PP. 6-8.

COMES MUÑOZ, E. Y ESCALONILLA MORALES, B.M., "Discapacidad y procedimiento de incapacitación" en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, PP.169-226.

CONSEJO DE MINISTROS, *Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la Legislación a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* 30 de marzo de 2010. www.sid.usal.es/idocs/F8/FDO23551/informe_convencio_ONU_2010.doc (Última recuperación 1/09/2015)

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "*Informe del Gabinete Técnico sobre algunas cuestiones que suscita el Título IX del Libro I del Código Civil, reformado por la Ley 13/1983, de 23 de octubre". Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial*, año IV, núm. 24, abril 1984.

CUENA CASAS, M., "Comentarios a los artículos 269 y 271 del Código Civil" en RAMS ALBESA, J. (Coord.), *Comentarios al Código Civil. Vol II.* Barcelona: Bosch, 2000, PP. 1963-2000.

CUENCA GÓMEZ, P., *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Dykinson, 2010.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., "¿Crisis de la incapacitación? La autonomía de la voluntad como posible alternativa a la protección de los mayores". *Revista de Derecho Privado. Enero-febrero, 2006,* pp. 10-51.

-, *Incapacitación y mandato*. Madrid: La Ley. 2008.

-, "Los poderes preventivos en el Derecho Español: luces y sombras" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, pp.249-283.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., La protección de la personalidad en el Derecho Privado. *Revista de Derecho Notarial. Año XX, Núm. LXXXIII 1974, enero-marzo*, P. 7-82.

DE ASÍS ROIG, R., "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad" en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo,* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pp. 310 y ss.

DE ASÍS ROIG, R.; BARIFFI, F. y PALACIOS RIZZO, A., "Principios éticos y fundamentos jurídicos" en DE LORENZO, R Y PÉREZ BUENO, L.C. (Dirs.) *Tratado sobre discapacidad* Cizur Menor: Thomson Aranzadi 2007, PP. 83-110.

DE ASÍS ROIG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P.; PALACIOS RIZZO, A. "Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Derecho Español" en CUENCA GÓMEZ, P. (Ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español.* Madrid: Dykinson, 2010, PP.11-35.

DE BUEN LOZANO, D. *Derecho civil español común*. Madrid, 1922.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la Persona. Parte Primera. La persona y su estado civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1952.

-, *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la persona. 5ª edición.* Madrid: 1970.

-, *Temas de Derecho Civil*. Madrid: Marisal, 1972.

DE COUTO GÁLVEZ, R.; MIRAT HERNÁNDEZ, P. y ARMENDARIZ LEÓN, C., *La protección jurídica de los ancianos. Procedimiento de incapacitación e instituciones tutelares que los protege. El internamiento involuntario y su incidencia penal*. Madrid: Colex, 2007.

DE DIEGO GUTIÉRREZ, F. C., *Curso elemental de Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo VII*. *Derecho de Familia*. Madrid: 1927.

-, *Instituciones de Derecho civil español.* Madrid: 1929.

DE LA PUENTE LLORENTE, R., en DE LA RED, N. Y RUEDA, D. (Eds.), "Inserción laboral de colectivos con discapacidad". *Intervención social y demandas emergentes.* Madrid: CCS, 2003.

DE LORENZO, R. y PALACIOS RIZZO, A., "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional". en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, PP.3-124.

DE MARTÍ, J., "El ingreso de personas con deterioro cognitivo en residencias" *Informes del Portal de Mayores*, núm. 61. Madrid: Portal de Mayores, 2006. http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/marti-ingreso-01.pdf (Última recuperación 1/09/2015)

DE PEDRO MIMBRERO, J.L., "Reforma del Código Civil en materia de tutela (Ley 13/1982 de 24 de octubre)" en *La tutela de las personas mayores incapacitadas*. Valladolid: Junta De Castilla y León. Gerencia de Servicios Sociales, 1998, PP. 53-68.

DE SALAS MURILLO, S., *Responsabilidad civil e incapacidad. La responsabilidad civil por daños causados por las personas en las que concurre causa de incapacitación.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

-, "La valoración de la (dis)capacidad en nuestro sistema jurídico: una visión general" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: el Justicia de Aragón, 2010, PP.15-58.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España (1991).* Madrid: Defensor del Pueblo, 1992.

DEJONG, G., "Independent Living: From Social Movement to Analytic Paradigm" en *Archives of Physical Medicine and* Rehabilitation, 1979, pp. 435-446.

DELGADO BUENO, S., "Evaluación de la capacidad de obrar", *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol. 4, 2004,* pp. 97-133.

DELGADO BUENO, S. y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA J.L., "Aspectos legales de los internamientos psiquiátricos " *Psiquis, Vol. 9, 1988*, PP.11-27.

DELGADO BUENO, S. Y RUIZ DE LA CUESTA, J.M., "Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación" en GONZÁLEZ POVEDA, P. y PICÓN MARTÍN, J.M., (Dirs.), *Los discapacitados y su protección jurídica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp.23-118.

DÍAZ MARDOMINGO, M.C., "Deterioro cognitivo, edad y situación de dependencia en centros residenciales" en LASARTE ÁLVAREZ, C. y MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.) *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia.* Madrid: Colex, 2010, pp. 271-291.

DÍAZ PARDO, G., "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014*, pp. 8-22.

DÍAZ VELÁZQUEZ, E. "Reflexiones epistemológicas para una sociología de la discapacidad" *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico*. *Vol. 3 (2), 2009*, PP.85-99.

DÍEZ FERNÁNDEZ, M.E., "Cambios en el marco jurídico y legal de la enfermedad mental" en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, pp. 47-60.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Comentarios a los artículos 199 a 210 del Código Civil" en *Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y Tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, pp.177-196.

-, "Comentarios a los arts. 212 y 213 del Código Civil" en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos*,* 1986*,* PP.210-212.

-, "Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela". *La personalitat civil. Segones Jornades Jurídiques de Lleida* (3 i 4 de Maig de 1984). Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984, PP.67-75.

-, *La representación en el Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1992.

-, "De las personas naturales. Comentario de los artículos 29 a 34 del Código Civil". en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, *dirigidos por M. Albadalejo, vol. I, Edersa, Madrid, 1978* y en *Luis Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos*. *Tomo I. Teoría General. Derecho subjetivo. Derecho y Masificación Social. Teoría y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de la Familia* . Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 950-971.

-, "Capacidad civil y capacidad penal", (en la obra *Los menores ante el Derecho. Responsabilidad, capacidad y autonomía de los menores de edad. Estudio Comparado de Isabel Ruiz Gallardón y Antonoio García de Pablos* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho. UCM, Madrid, 2005. Prólogo) en *Luis Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos. Tomo I. Teoría General. Derecho subjetivo. Derecho y Masificación Social. Teoría y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de la Familia* . Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 993-996.

-, "Nuevas perspectivas del Derecho de las personas", (en *Ponencias y conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*. Diputación de Barcelona, Barcelona, 1999) en *Luis Díez-Picazo. Ensayos Jurídicos*. Tomo I. Teoría General. Derecho subjetivo. Derecho y Masificación Social. Teoría y Derecho. Derecho de la Persona y Derecho de la Familia . Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp. 980-992.

DIÉZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. 9ª edición. Madrid: Tecnos, 1988.

-, *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica.8ª edición.* Madrid: Tecnos, 1992.

-, *Sistema de Derecho Civil. Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada*. *Persona jurídica*. *10ª edición.* Madrid: Tecnos, 2001.

-, *Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Décima Edición.* Madrid: Tecnos, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (DIR); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.; ROGEL VIDE, C.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A. Y CAFFARENA LAPORTA, J., *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*. Madrid: Fundación General Mediterránea – SEREM. Dirección General de Servicios Sociales, 1977.

DOLADO PÉREZ, A., "Criterios generales de valoración de la discapacidad en la incapacitación judicial" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, PP.61-81.

DOLL, B.; SANDS, D.J.; WEHMEYER M.L. & PALMER, S., "Promoting the Development and Acquisition of Self Determined Behaviour" en *Self-Determination Across the Life Span. Independence and Choice for People with Disabilities (Sands, Deanna J. and Wehmeyer, Michael L. Eds)*. Baltimore: Paul H. Brookes, 1996, pp. 65-110.

DOLZ LAGO, M.J., "El internamiento psiquiátrico civil en España: Aspectos legales", *Justicia. Revista de Derecho* Procesal, núm. 4, 1992, PP.881-909.

DONNELLY, M., "A Legal Overview" en *The Law and Ethics of Dementia* (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.) Oxford: Hart Publishing 2014, pp. 271-283.

DRANE, J. F., "Competency to give an informed consent. A model for making clinical assessments". *Journal of the American Medical Association, august 17, 1984, Volume 252, n.7*, pp. 925-927.

DURÁN VILLA, F.R., "Los servicios sociales especializados para la vejez" en *Vejez y envejecimiento en Europa Occidental. Semata – Ciencias Sociales e Humanidades, núm. 18*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2007, pp. 205-229.

DURO VENTURA, C., "El internamiento de los presuntos incapaces. Introducción. Cuestiones procesales" en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, PP.11-38.

ENGEDAL, K. & KIRKEVOLD, Ø., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Norway" en *Competence Assessment in Dementia.(Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, pp. 137-141.

ESBEC RODRÍGUEZ, E., "La prueba pericial en el proceso de incapacitación". *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas*, *Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.181-202.

ESCRIBANO TORTAJADA, P., "Discapacidad y libre desarrollo de la personalidad" en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dynkinson, 2013, PP.137-159. P.141.

ESPEJEL JORQUERA, C., "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Comentarios al art. 763 LEC" en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol 4, 2004,* PP. 47-62.

ESPINAR VICENTE, J.M., "Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social" en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 1995, pp. 43-77.

ESPINO GRANADO, J. A., "La Reforma de la legislación psiquiátrica en la Segunda República: su influencia asistencial", *Estudios de Historia Social*, 14. Madrid: Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1980, pp. 59-106.

-, "Presente y futuro de la Atención Psiquiátrica en España: veinte años después del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica" en *La atención a la salud mental en España. Estrategias y compromiso social. Acto de Celebración del XX aniversario del Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica (Toledo, 14 de abril de 2005).* Madrid: Comunidad de Castilla-La Mancha. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2006, pp. 26-52.

ESPINOSA IBORRA, J., *La asistencia psiquiátrica en la España del siglo XIX*. Valencia: Cátedra e Instituto de Historia de la Medicina, 1966.

-, "El nacimiento de los manicomios". P*siquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial*. *Recopilación de textos a cargo de Ramón García*. Barcelona: Barral Editores, 1975, PP.33-51.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR HUMAN RIGHTS, *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems.* 2012. http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems (Última recuperación 1/09/2015)

EVERHART, E.D.; LEHOCKEY, K.A.; MORAN, A.M. & HIGHSMITH, J.M., "Personal Care and Independence" en *Civil Capacities in Clinical Neuropsychology (G.J. Demakis Ed.).* New York: Oxford University Press, 2012, pp. 139-163.

FÁBREGA RUIZ, C.F., "Protección de incapaces: actuaciones previas del fiscal. Medidas cautelares y de protección" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas*, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, pp. 48-64.

-, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad.* Madrid: Ramón Areces, 2006.

-, "Ingresos involuntarios: algunas cuestiones problemáticas". *Estudios jurídicos, Núm.. 2012, 2012*.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., "El representante sanitario" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP. 161-179.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., "La reforma de la jurisdicción voluntaria y la atención a las situaciones de incapacidad y dependencia" en *La defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio/agosto de 2007 (Dir. Manuel Ángel Martínez García*). Cizur Menor: Aranzadi, 2008, PP. 405-444.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C. M Y SÁNCHEZ GARCÍA, J.A., "Espacios para el refugio"; en *Vejez y envejecimiento en Europa Occidental. Semata – Ciencias Sociales e Humanidades, núm. 18, 2006.* Universidad de Santiago de Compostela, pp. 167-203.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales" en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, pp. 103-123.

-, "Los derechos de los incapaces e incapacitados. Aspectos sustantivos y procesales". *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1994, PP.103-123.

-, "El procedimiento de incapacitación" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas,* Madrid 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid, Fundación Aequitas-Obra Social Caja. Madrid, 2004, PP.271-286.

FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Los centros residenciales para personas mayores en el marco de los servicios sociales" *en Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes*. Barcelona: Bosch, 2008, pp. 93-156.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., "El daño al "proyecto de vida" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo.* Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General. Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 531-566.

FERNÁNDEZ, M.A., "Los procesos de incapacitación". *La personalitat civil. Segones Jornades Jurídiques de Lleida* (3 i 4 de Maig de 1984) Barcelona: Universitat de Barcelona, 1984, PP.45-75.

FERRANDO, G., "Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP.151-189.

FERREIRÓS MARCOS, C.E. "Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado". *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, *nº 5, 2002,* pp. 563-846. P. 178.

-, Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario. Colección CERMI, núm. 27. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI, 2008.

FOSTER, S.M.; CORNWELL, R. ELISABETH; K., MICHAEL A. & DAVIS, H.P., "Cognitive Changes across the Life Span" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls).* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008.

FOUCAULT, M., "Conferencia Cuarta" *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa, 1983.

FUNDACIÓN AEQUITAS, *La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España. Informe de conclusiones. Madrid, 1 de junio de 2010.* Madrid: Fundación Aequitas, 2010. http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=fdc664c7-8ff2-45d0-985b-edf64a26644f&groupId=10228 (Última recuperación 1/09/2015).

GALVÁN GALLEGOS, A., "La tutela respecto de la tercera edad" *Actualidad Civil*, *Núm. 28, 9 al 15 de julio de 2001,* PP. 1025-1032.

GANZENMÜLLER ROIG, C., "Las personas con discapacidad intelectual ante la Administración de Justicia y el proceso judicial" (Participación en mesa redonda) en *Discapacidad intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003.* Madrid: Fundación Aequitas, 2004, PP. 69-72.

-, "El internamiento involuntario" en TERREROS, J.L., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol. I. Aspectos jurídicos.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 365-395.

-, "Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles. Criterios interpretativos en materia de modificación de la capacidad y medidas de apoyo" en Curso del Consejo General del Poder Judicial. Sevilla, del 20 al 22 de octubre de 2010. Material no publicado, disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/Cursos/Ano-2010--Criterios-interpretativos-en-materia-de-modificacion-de-la-capacidad-y-medidas-de-apoyo. (Última recuperación 2/05/2015)

GANZENMÜLLER ROIG, C. y ESCUDERO MORATALLA, J.F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Barcelona: Bosch, 2005.

GARCÍA CANO, T., *Función calificadora de la capacidad en documentos notariales. Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010.

GARCÍA CANTERO, G., "Los ancianos ante el derecho civil" *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXV, núm. 5 (noviembre) 1976, (Segunda época. Tomo LXX (241 de la Colección),* PP.419-427.

-, "El nuevo régimen de la tutela". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXXIII. Núm 4 (octubre) 1984, (Segunda época. Tomo LXXXIX (257 de la Colección),* PP. 465-499.

-, "Notas sobre la curatela". *Revista de Derecho Privado*. *Septiembre de 1984. (Tomo LXVIII. Enero-diciembre 1984)*, PP.787-802.

-, "Los principios de la nueva normativa de la tutela (I)". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Año CXXXVI. Núm. 1. Julio, 1985*, *(Segunda época. Tomo XC (259 de la Colección),* PP.85-102.

-, "¿Hacia una Declaración Universal de los Derechos de las Personas Mayores?" *Proyecto social: Revista de relaciones laborales, Núm. 4-5, 1997, pp*. 29-34.

-, "Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas". *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, núm. 7, 1999, pp. 45-58.

-, "Los derechos de los mayores en la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre personas con discapacidad". *Revista de Derecho de Familia y de las Personas (1)*: 2013, PP. 162-173.

-, "Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Dykinson, 2013, pp.41-56.

-, "¿Persons with Disability vs. Personas Incapacitadas o Viceversa? Inserción del art. 12 del Convenio de Nueva York de 2006, en el Ordenamiento español". *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 4, octubre-diciembre, 2014, Estudios, pp. 67-106.

GARCÍA GARCÍA, L., *Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento.* Valencia: Revista General de Derecho, 2000.

GARCÍA GARCILAZO, H., *Programas de acción mundial para las personas con discapacidad: el gran desconocido.* Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

GARCÍA GARNICA, M.C., "El artículo 162 del CC: una regla especial de capacidad de obrar en el ejercicio de los derechos de la personalidad" en *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2008, pp. 151-171.

-, "Discapacidad y dependencia (I): concepto y evolución jurídica" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II.* Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 173-210.

-, "Discapacidad y dependencia (II): configuración y contenido de su situación jurídica" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 211-274.

GARCÍA GONZÁLEZ, J, "Aspectos médicos, jurídicos y sociales del enfermo mental" en TORRES GONZÁLEZ, F. (Coord.), *Los marginados en España*. Madrid: Fundamentos, 1978, PP.193-210.

-, "Modelos de atención comunitaria en salud mental: críticas e insuficiencias", en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, pp. 41-46.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. *Tomos I-II.* Barcelona: Base, 1973. (Reprod. Facs. De la ed. De: Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852).

GARCÍA LLERENA, V., *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*. A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2002.

GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La convención internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Editorial Universitaria. Centro de Estudios Ramón Areces, 2008.

GARCÍA RUBIO, M.P., "Los derechos de la personalidad" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, PP.595-631.

-, "La persona en el Derecho Civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas". *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, nº 14, diciembre de 2013,* pp *82-108.*

GARCÍA, R., "A modo de introducción: orden manicomial y reeducación de la violencia" en *Psiquiatría, antipsiquiatría y orden manicomial*. *Recopilación de textos a cargo de Ramón García.* Barcelona: Barral Editores, 1975, PP.13-29.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., "Algunos problemas planteados por el internamiento de enfermos mentales: art. 211 CC". *Fundación Mariano Ruiz Funes, 1988; 7,* PP.27-44.

-, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*. Barcelona: Bosch, 1992

GARCIMARTÍN MONTERO, R., "La sentencia de incapacitación: posibles contenidos" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad.* Zaragoza: El Justicia de Aragón. 2010, pp. 221-246.

-, "La designación judicial del guardador legal" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 97-116.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., "De la curatela. Sección Primera. Disposiciones Generales. Arts.286-293"en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela.* Madrid: Tecnos, 1986, PP.685-714.

-, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. *Segunda edición*. Madrid: Civitas, 1992.

-, “Capacidad de obrar y ejercicio de los derechos de la personalidad de la persona con discapacidad” en GARCÍA GARNICA, M.C., (Dir.), *Estudios sobre Dependencia y Discapacidad*. Cizur Menor: Aranzadi, 2011, pp.41-98.

-, “Persona, personalidad, capacidad” en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013.

GIL RODRÍGUEZ, J., “Comentario al artículo 271 del Código Civil” en *Comentario del Código Civil. Tomo I.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 798-803.

-, “La entidad pública” y las “instituciones privadas” en la tutela de incapaces desamparados” en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional de la Junta de Castilla y León*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 21-78.

GIMÉNEZ GLUCK, D., “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento jurídico europeo y español” en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson, Reuters, 2009, pp.223-244.

GÓMEZ GARZÁS, J., “Las enfermedades que cursan con deterioro cognitivo y sus efectos e incidencia en la esfera patrimonial de la persona” en LASARTE ÁLVAREZ, C. (Dir.) *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI. Jornadas internacionales sobre las Reformas de Derecho de Familia. Madrid, 27-29 de junio de 2005.* Madrid: IDADFE; UNED y el Derecho Editores, 2006, pp.199-207.

-, “Aspectos legales en relación con las demencias asociadas a la edad” en PERAITA ADRADOS, H., (Coord.) *Envejecimiento y enfermedad de Alzheimer.* Madrid: Trotta, 2006, pp. 193-213.

-, “El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimier y otros trastornos afines” en LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores*. Madrid: Tecnos, 2007, pp. 216-233

-, “Nuevas perspectivas socio-económicas en la gestión de las entidades prestadoras de servicios de atención a las personas mayores y en situación de dependencia. Especial referencia a la gestión basada en la calidad y en la responsabilidad sociales corporativa (RSC)” en LASARTE ÁLVAREZ, C. y MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia.* Madrid: Colex, 2010, pp. 83-107.

GÓMEZ LAPLAZA, C., “Comentarios a los artículos 259 a 270” en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Madrid: Tecnos, 1986, PP.447-537.

GÓMEZ PAPI, J.M., “El internamiento del enfermo mental” en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1994, PP.265-275.

GOMEZ-OLIVEROS, J.M., “Comentarios a la Ley 13/1983 de 24 de octubre”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, *Mayo-junio 1984*. *Año LX. Número 562*, pp. 1407-1432.

GONZÁLEZ DURO, E., *Historia de la locura en España*. Madrid: Temas de Hoy, 1996.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. Y ESPINO GRANADO, A., "Antecedentes y ordenación político-administrativa de la reforma psiquiátrica" en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, PP.3-23.

GORDILLO CAÑAS, G., *Capacidad, incapacidad y estabilidad en los contratos.* Madrid: Tecnos, 1986.

GRIFFITH, R., "Court-authorised deprivation of liberty", B*ritish Journal of Community Nursing, January 2015, Vol 20. N.1*, 2015, PP.38-41.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable.* Madrid: Mc. Graw-Hill, 1997.

GULLÓN BALLESTEROS, A., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar" en GONZÁLEZ POVEDA, P. y MARCOS PICÓN, J.M., (Dirs.) *Los discapacitados y su protección jurídica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp.1-25.

GUTIÉRREZ CALLES, J. L., *La guarda del enfermo mental: deberes y responsabilidades*, Madrid: Dykinson, 2004.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales.* Madrid: Marcial Pons, 2005.

HALL, M.I., "Mental Capacity in the (Civil) Law: Capacity, Autonomy and Vulnerability", *McGill Law Journal-Revue de Droit de McGill, 2012, 58, 1*, PP.1-35.

-, "Dementia, Autonomy and Guardianship for the Old" en *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.)*. Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 339-349.

HAUSER, J., "Proteger y respetar a la persona", en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.137-150.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M., "La tutela asumida por las entidades públicas a favor de los mayores incapacitados: un nuevo y necesario mecanismos de protección jurídico-asistencial" en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad. Coord. José Pérez de Vargas Muñoz.* Madrid: La Ley, 2006, pp. 593-624.

HEREDIA PUENTE, M. y FABREGA RUIZ, C., *Protección legal de incapaces*. Madrid: Colex, 1998.

HOMMEL, P.A., "Guardianship Reform in the 1980s: A Decade of Substantive and Procedural Change" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael, Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.).* New York: Springer Publishing Company, 1996.

IGLESIAS DE USSELL, J. y LÓPEZ DOBLAS, J., "Participación social, formas de vida, relaciones sociales y la forma de envejecer" en *Las personas mayores en España. Informe 2012. Tomo I. Datos estadísticos estatales y por Comunidades Autónomas*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, PP.165-196.

IMSERSO, *Libro Blanco de Atención a las personas en situación de dependencia en España*. Madrid: Imserso, 2004.

-, *Encuesta Mayores*, 2010. http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/presentacionencuestamayores_20.pdf (Última recuperación 14 de junio de 2015)

INE. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia*, 2008. http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=%2Ft15%2Fp418&file=inebase (Última recuperación 01/09/2015)

-, Censos de población y viviendas, 2011. http://www.ine.es/jaxi/menu.do?type=pcaxis&path=/t20/e244/colectivos/p02/&file=pcaxis&L=0 y http://www.ine.es/prensa/np777.pdf (Última recuperación 01/09/2015)

INSERSO, *Plan Gerontológico*. Madrid: MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, 1992.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS "BARTOLOMÉ DE LAS CASAS", *Informe Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico español al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. 2012.* Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2012. http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/14183 (Última recuperación 1/09/2015)

INTERNATIONAL DISABILITY ALLIANCE, *Principles for implementation of CRDP article 12,* 2008. http://www.internationaldisabilityalliance.org/en/ida-position-papers-and-statements (Última recuperación 1/09/2015)

JIMÉNEZ REDONDO, M., "El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico, nº 14, diciembre de 2013,* pp. 14-33.

JIMÉNEZ SORIA, J., "Ingresos en centros geriátricos", en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004*. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.215-224.

JIMÉNEZ VILLAREJO, J., "Legislación vigente en torno al internamiento psiquiátrico (Aportación de un jurista)" en *La transformación de la asistencia psiquiátrica. (Manuel González de Chávez Compilador)*. Madrid: Mayoría, 1980, pp. 381-390.

KAPP, M.B. & MOSSMAN, D., "Measuring Decisional Capacity: Cautions on the Construction of a "Capacimeter", *Psychology, Public Policy, and Law*, 1996, Vol 2, num. 1, 1996, pp.73-95.

KAUFMAN, S.R. & BECKER, G., *Frailty, Risk, and Choice: Cultural Discourses and the Question of Responsibility* en Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.) New York: Springer Publishing Company, 1996, pp. 48-70.

KERSCHEN, N., "Are legal systems in Europe fit for the dementia challenge? Approach of the Council of Europe", *en Competence Assessment in Dementia.(Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, PP.61-70.

KIEJNA, A.; RYMASZEWSKA, J. & HADRYS, T., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Poland" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network.* Wien: Springer, 2007, PP.141-147.

KOLVA, E.A. & ROSENFELD, B., "Legal Perspectives on Civil Capacity and Competence" en *Civil Capacities in Clinical Neuropsychology (G.J. Demakis Ed.)*. New York: Oxford University Press, 2012, pp. 17-39.

LACABA SÁNCHEZ, F., "Internamiento de incapaces: problemática del art. 211 CC", *La Ley, núm. 3387, 1993,* PP.1012-1017.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. 2, Personas.* Barcelona: Bosch, 1990.

-, Elementos de Derecho Civil I. Parte General. Vol. 2, Personas. 2ª *edición*. Barcelona: Bosch, 1999.

-, Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen II. Personas. 6ª edición. Revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría. Madrid: Dykinson, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo I. Parte General y Derecho de la Persona. 6ª edición.* Madrid: Trivium, 1998.

-, *Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho civil I. 13ª edición.* Madrid: Marcial Pons, 2007.

-, "El internamiento en centros psiquiátricos y residenciales: un supuesto más de políticos y legisladores desatentos (notas con ocasión de la STC 141/2012, de 2 de julio), en *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida (Coords. José Mª de la Cuesta Sáenz, Elena Vicente Domingo, Mª Teresa Carrancho Herrero, José M Caballero Lozano y Raquel de Román Pérez)*. Cizur-Menor: Aranzadi, 2013, PP.753-766.

LÁZARO GUILLAMÓN, C, "La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas", *Studia Prawnoustrojowe (2011) núm. 13, 2011,* PP.181-193.

LEGERÉN MOLINA, A., *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 293.3 del Código Civil.* Madrid: Ramón Areces, 2012.

LEGIDOS JAMILENA, A., "Internamientos involuntarios" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios. Celebrada en Madrid, el 24/06/1999*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.51-58.

LEÑA FERNÁNDEZ, R., "Graduación de la incapacidad" en R*evisión de los procedimientos relativos a la incapacidad, Jornadas Fundación Aequitas, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004.* Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, PP.203-214.

LETE DEL RÍO, J. M., *Comentario al Título IX. De la tutela. Generalidades, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albadalejo). Tomo IV. Artículos 181 a 332 del Código Civil. 2ª edición*. Madrid: Edersa, 1978, pp. 142-147.

-, Comentarios a los artículos 200, 201, 203, 211, 216, 217, 218, 262, 264, 269 y 271.1º. "Comentarios a los artículos 181 a 332 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dirigidos por Manuel Albadalejo). Tomo IV. 2ª edición*. Madrid: Edersa, 1978, PP.151-332.

-, *Derecho de la Persona. 2ª edición*. Madrid: Tecnos, 1991, PP.106-109.

-, *Derecho de la Persona. 3ª edición.* Madrid: Tecnos, 1996.

-, *Derecho de la Persona. 4ª edición*. Madrid: Tecnos, 2000, PP.106-109.

LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*. Madrid: Ramón Areces, 2011.

LIpp, V., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Germany Dementia: Germany", en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*.Wien: Springer, 2007, PP.117-121.

LOEB, P. A. *Independent Living Scales*. San Antonio, Texas: Psychological Corporation. 1996.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M., "Bases para una nueva política en salud mental" en *La psiquiatría en la España de fin de siglo (José García, Antonio Espino, Ladislao Lara).* Madrid: Díaz de Santos, 1998, pp. 29-39.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., "El internamiento de los enajenados", *Poder Judicial, 2ª época, núm.4, diciembre de 1986,* pp. 49-67.

LÓPEZ EBRI, G. A., *Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad. Formularios y dictámenes*. Valencia: Fundación Aequitas, 2009.

LÓPEZ FRÍAS, M. J., "El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos", *Revista de Derecho Privado, abril 1999*, PP.296-320.

-, "Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado", *La Ley. Actualidad Civil, núm. 13. 24 al 30 de marzo de 2003*, PP.327-338.

LÓPEZ MORA, N., "Ámbito legal del ingreso involuntario" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios celebrada en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.45-50.

MADRIGAL GALICIA, J. J., "Las demencias: aspectos biopsicosociales de la incapacidad". *La tutela de las personas mayores incapacitadas.* Valladolid: Junta de Castilla León. Consejería de Sanidad y Bienestar Social, 1998, pp. 33-44.

MADRIGAL MUÑOZ, M. "Servicios Sociales dirigidos a personas mayores en España" en *Las personas mayores en España. Informe 2012. Tomo I. Datos estadísticos estatales y por comunidades autónomas*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, pp. 199-235.

MADRILEJOS SARASOLA, J. "Los derechos personalísimos". *Revista de Derecho Privado, abril de 1962, Tomo XLVI,* pp. 270-285.

MANRESA Y NAVARRO, J.M., "Comentario al artículo 269" en *Comentarios al Código Civil español. Tomo II*, Madrid: Revista de Legislación, 1903.

-, *Comentario al Código Civil Español. Tomo II. 5ª edición*, Madrid: Reus, 1925.

MARAÑA, J. J. y LOBATO, M., "El movimiento de vida independiente en España" en *El movimiento de vida independiente: experiencias internacionales (García Alonso, J. Vidal Coordinador).* Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, PP.259-282.

MAREK L. & STOppE G., "Why is competence assessment important? Development of the EDCon Consensus Statement" en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, pp. 1-11.

MARSON, D. C.; INGRAM, KELLY K.; CODY, H. A.& HARREL, L. E., "Assessing the Competency of Patients with Alzheimer's Disease under Different Legal Standards. A Prototype Instrument", *Archives of Neurology*, 1995, 52 (10), pp.949-954.

MARTÍN AZCANO, E.M., "De nuevo sobre la incapacitación judicial y la adecuación de los regímenes de guarda tradicionales". *La Ley. Derecho de familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores, núm. 2, abril de 2014,* pp. 76-84.

MARTÍN CARRASCO, M.; AGÜERA ORTIZ, L.; PELEGRÍN VALRO, C. y MORÍÑIGO DOMÍNGUEZ, A., en "Las demencias". *Psiquiatría Geriátrica (Eds. Luis Agüera Ortiz, Manuel Martín Carrasco, Jorge Cervilla Ballesteros).* Barcelona: Masson, 2002, pp. 201-313.

MARTÍN GRANIZO, M. *La incapacitación y figuras afines.* Madrid: Colex, 1987.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "Panorama general de las figuras de guarda legal de los discapacitados intelectuales" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, pp.187-220.

-, "La persona y el Derecho de la persona" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp. 319-330.

-, "Los derechos de la personalidad" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp. 545-579.

-, "El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Madrid: Dykinson, 2013, pp. 15-40.

MARTÍNEZ DÍE, R., "Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección" en GONZÁLEZ POVEDA, P. y MARCOS PICÓN, J.M., (Dirs.) *Los discapacitados y su protección jurídica*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.171-205.

MARTÍNEZ MAROTO, A., "Desajustes legislativos en la institucionalización de las personas mayores: necesidades reales versus respuestas jurídicas", *Revista Multidisciplinar Gerontológica 2003, núm. 13, 4,* pp. 242-248.

-, "Aspectos legales y consideraciones éticas básicas relacionadas con las personas mayores y los alojamientos" en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores (Coordinadora Pilar Rodríguez Rodríguez).* Madrid: Panamericana, 2007.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., "La responsabilidad jurídica del subnormal. Especial estudio de su modalidad civil", en DÍEZ-PICAZO, L. (Dir.) *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español.* Madrid: Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, PP.111-139.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., "Los principios básicos del nuevo Derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU", en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, PP.245-268.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado.* Cizur Menor: Aranzadi, 2010.

MATEO DÍAZ, J., "El internamiento de los enfermos y deficientes psíquicos", *Actualidad Civil núm. 25. Semana 16 a 22 de mayo de 1986. (1986-1. Núm.561),* pp. 1761-1772.

MAYOR DEL HOYO, M. V., "Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convenicón de Naciones Unidas" en DE SALAS MURILLO, S. (Coord.), *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas.* Madrid: Dykinson, 2013, PP.193-210.

-, “La interrelación de los aspectos jurídico-civiles de la discapacidad y la minoridad: clave en la reforma de la discapacidad”. Boletín *del Ministerio de Justicia, año LXVIII, núm. 2173, diciembre de 2014*, PP.1-26.

MAYOR FERNÁNDEZ, D., “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, *Boletín del Ministerio de Justicia. Año LXV. Núm. 2133. Julio de 2011, Ministerio de Justicia*, pp.1-37.

MAZA ZORRILLA, E., *Pobreza y asistencia social en España, siglos XVI al XX.* Valladolid: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1987.

-, *Pobreza y beneficencia en la España contemporánea (1808-1936).* Barcelona: Ariel, 1999.

MCGEE, A., “Best Interests Determinations and Substituted Judgement: Personhood and Precedent Autonomy”, en *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.)*.Oxford: Hart Publishing, 2014, PP.135-149.

MENA ÁLVAREZ, J.M., "Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico en "*Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria. Tomo I.* Barcelona: Bosch, 1983, P. 483.

MINISTERIO DE JUSTICIA. SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *Borrador del Anteproyecto de Ley de 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*, 2010.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO, *Informe de la Comisión Ministerial para la Reforma Psiquiátrica*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

-, *Recomendaciones y propuestas de la Comisión Ministerial presentadas al Ministro de Sanidad y Consumo para la Reforma de la Psiquiatría Española.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

MIRANDA LÓPEZ, M.J. *Aspectos sociológicos del internamiento de ancianos*. Madrid: Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Política y Sociología, 1985.

MONTES PENADÉS, V.L., “La categoría de derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales”, en *Constitución, Derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón (J.C. Carbonell, J.L. González y E. Orts, Dirs). Tomo II.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 1383-1405.

MORENO QUESADA, B., “El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho”, *Revista de Derecho Privado. Abril de 1985,* PP.307-330.

-, “La incapacidad y la incapacitación”en *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona (Coord. F.J.Sánchez Calero, 3ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, PP.111-122.

-, “La capacidad y el estado civil de las personas”, *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona (Coord. F.J.Sánchez Calero, 3ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp.81-89.

MORETÓN SANZ, M.F., “Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia” en LASARTE ÁLVAREZ, C. y MORETÓN SANZ, M.F. (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*. Madrid: Colex, 2010, pp. 111-150.

MOYE, J., “Clinical Frameworks for Capacity Assessment” en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls)*. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, pp. 177-191.

MOYE J.; KAREL, J.M.; GUERRERA R.J. & ARMIN A., “Neuropsychological predictors of decision-making capacity over 9 months in mild-to-moderate dementia”, *Journal of General Internal Medicine. Volume 21, Issue 1,* January 2006, pp. 78-83.

MOYE, J. & MARSON, D.C., “Asessment of Decision- Making Capacity in Older Adults: An Emerging Area of Practice and Research”. *The Journal of Lifelong Learning in Psychiatry.* Winter 2009, Vol. VII, No. 1, pp. 92 y ss.

MOYE, J.; MARSON, D.C. & EDELSTEIN, B., “Assessment of Capacity in an Aging Society” *American Psychologist*, 2013, n. 68, pp. 158-171.

MOYE, J.; SABATINO, C.J. & WEINTRAUB BRENDEL, R., “Evaluation of the Capacity to Appoint a Healthcare Proxy” *American Journal of Geriatric Psychiatry*, April 2013, 21, 4, pp 329-335.

MOYE, J; SCHAIE, K.; WARNER, W. & SHERRY L., “Decision Making Capacity” en Handbook of the Psychology of Aging (Seventh Edition) Ed. by: K. Warner Schaie and Sherry L. Willis. 2011.

MUÑIZ ESPADA, E., “Descripción de las causas que originan la formación de la tutela”, *Actualidad Civil, núm. 11/14, 20 de marzo de 1994*, PP.201-217.

NADAL I OLLER, N., *La incapacitación. Comentarios al Título IX del Libro I del Código Civil, según redactado de la Ley 13/83, de 24 de octubre y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero*. Barcelona: Bosch, 1999.

O`CALLAGHAN MUÑOZ, X., “Intervención del juez en la nueva tutela (Ley 24 octubre 1983)” Poder Judicial, núm. 10, 1983, pp. 31-34.

-, “El proceso de incapacitación por deficiencias y por prodigalidad”, *Jornadas de Derecho procesal*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1984, PP.83-92.

-, *Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte General*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.

-, “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho” en *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol I. Aspectos jurídicos. (Coord. José Luis Terreros).* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp.289-364.

OMS. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. Madrid: IMSERSO, 2001.

-, *Clasificación Internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad.* Madrid: Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO). Ministerio de Asuntos Sociales, 1994.

- *Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación,* 2006. http://www.who.int/mental_health/policy/legislation/WHO_Resource_Book_MH_LEG_Spanish.pdf última recuperación 29 de septiembre de 2015.

CIE 10.Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión, vols.1, 2 y 3. 8ª edición. Washington, D.C: Organización Panamericana de la Salud, 2008.

ONU. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento*. *Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento*. *Viena del 26 julio a 6 de agosto de 1982*. Resolución 37/51, de 3 de diciembre de 1982.

-, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento. Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. Madrid 8 al 12 de abril de 2002. Nueva York: Naciones Unidas, 2003.

ONU. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 23/09/2011.* http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fESP%2fCO%2f1&Lang=en CRPD/C/ESP/CO/1 (Última recuperación 1/09/2015)

ORDÁS ALONSO, M., "Del ejercicio de la tutela. Comentarios a los artículos 259 a 275", *Comentarios al Código Civil (Coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano).* Elcano: Aranzadi, 2001, PP.406-428.

ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., "La protección de los incapaces. Actuaciones del Defensor del Pueblo" *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial, núm. 22.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 252-286.

ORTIZ NAVACERRADA, S., "El proceso civil desde la perspectiva del artículo 10 de la Constitución" en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.*. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 1995, pp. 123-143.

OSSORIO SERRANO, J.M., "Los derechos de la personalidad" en *Curso de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona (Coord. F.J.Sánchez Calero, 3ª edición).* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 165-186.

PALACIOS RIZZO, A. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CERMI, 2008.

PALACIOS RIZZO, A. Y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional.* Madrid: Ediciones Diversitas- AIES, 2006.

PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho Civil (I). Vol. I. Derecho Privado. Derecho de la Persona (Coord. Pedro de Pablo Contreras).* Madrid: Colex, 1998, pp.378-382.

-, "Resoluciones judiciales que modifican la capacidad de obrar" en DE PABLO CONTRERAS, P. (Coord), *Curso de Derecho Civil (I). Derecho privado. Derecho de la persona. 4ª edición.* Madrid: Colex, 2011, pp.423-461.

PECES MORATE, J.E., "Problemática del internamiento judicial de enfermos psiquiátricos", *Actualidad Civil, núm. 35. Semana 22-28 de septiembre de 1986*. *Vol.2., núm. 756*, PP. 2429-2436.

PEDRAZ GÓMEZ, S., "La incapacitación por enfermedad o deficiencias psíquicas" en PEDRAZ GÓMEZ, S. (Dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. Salud mental y justicia. Problemática civil y penal. Internamientos en Derecho Civil y Penal. La peligrosidad.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, PP.109-138.

PEREÑA VICENTE, M., "La Convención de las Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.193-205.

-, "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio de la incapacitación?", *Diario La Ley núm. 7691, 9 de septiembre de 2011,* PP.8-14.

PÉREZ ALGAR, F., "La incapacitación", en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I),* Madrid: Ediciones ICAI, 1984, pp.73-109.

-, "Derechos individuales e incapacitación" en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares. (Comentarios a la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil, Títulos IX y X del Libro I)*, Madrid: Ediciones ICAI, 1984, PP.55-71.

PÉREZ BUENO, L. C., "La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios" en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, PP.319-330.

PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO GARCÍA, R., "Los difusos límites de la discapacidad n el futuro. Hacia un nuevo estuatuto de la discapacidad", en Tratado sobre discapacidad (Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno Dirs.), Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, PP.1551-1566.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.P., "Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.49-135.

PÉREZ MONGE, M., "Edad avanzada" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi 2013, PP.699-749.

PÉREZ ORTIZ, L., "Mayores en residencias" en *Las personas mayores en España. Informe 2004. Tomo I. Datos estadísticos estatales y por Comunidades Autónomas.* Madrid: IMSERSO, 2005, pp. 811-909.

PUIG BRUTAU, J*., Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela. Primera edición,* Barcelona: Bosch, 1979.

-, *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia, matrimonio, divorcio, filiación, patria potestad, tutela. Segunda edición*. Barcelona: Bosch, 1985.

PUIG DE LA BELLACASA, R., "Concepciones, paradigmas y evolución de las mentalidades sobre la discapacidad", *Discapacidad e información. Documentos 14/90. 2ª edición.* Madrid: Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 63-96.

PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo II. Derecho de Familia. Vol. II. Paternidad y filiación.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

-, *Compendio de Derecho Civil Español. Tomo IV. Familia y sucesiones. Vol. I.* Barcelona: Nauta, 1996.

QUICKEL, J.W. & DEMAKIS, G. J., "The independent Living Scales in civil competency evaluations: Initial findings and prediction of competency adjudication", *Law and Human Behavior, 37.3 (June 2013),* pp.155-162.

RAMOS CHAPARRO, E., "El internamiento de incapaces presuntos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Año137, núm. 3. Septiembre de 1988, (Segunda época. Tomo XCVII (265 de la colección), pp. 479-540.

-, *La persona y su capacidad civil*, Madrid: Tecnos, 1995

RAMS ALBESA, J., "Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez (Reflexión sobre estos conceptos jurídicos esenciales, de ordinario tratados como lugares comunes)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* enero-febrero 2011, núm. 723, 2011, pp.211 y ss.

RAPPAPORT, J., "In praise of a paradox: A social policy of empowerment over prevention". *American Journal of Community Psychology, 1981; 9*, pp. 1-25.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE), *Diccionario de la Lengua Española. 22ª edición*. Madrid: Real Academia Española, 2001.

REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD. SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMENTO DE MODIFICACIÓN, *Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid, 13 de junio de 2012.* http://www.discapnet.es/Castellano/areastematicas/derechos/faqs/Paginas/faq13.aspx (Última recuperación 1/09/2015)

REGO ÁLVAREZ, A. y GUIMÓN UGARTECHEA, J., "Psicología y psicopatalogía del envejecimiento", en *Manual de Psiquiatría (Coords. José Luis González de Rivera y Revuelta, Antonio Vela Bueno y José Arana Arregui)*. Madrid: Karpos, 1980, PP.976-1010.

RETUERTO BUADES, M., "Discapacidad y tuición: las limitaciones a la capacidad de obrar por razón de la edad y de la salud. Los derechos del impedido" *en Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre Tutela, Asistencia y Protección a las Personas Mayores*, *Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000.* Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, pp. 53-70.

RIVERO FERNÁNDEZ, F., "La capacidad de obrar y la incapacitación judicial", en *Jornadas sobre Psiquiatría Forense.* Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, 1994, PP.230-245.

-, "Los derechos humanos del incapacitado" en *Derechos humanos del incapacitado, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto (Marzal A. ed.)*. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 46-48.

-, "Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios" en *Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios. Actas de la Jornada conjunta sobre internamientos involuntarios celebrada en Madrid, el 24/06/1999.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Consejo General del Poder Judicial, 2000, PP.207-230.

ROBLES MORCHÓN, G. "El libre desarrollo de la personalidad (art.10.1 de la C.E.) en GARCÍA SAN MIGUEL, L. (Coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución.* Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 1995, pp.45-62.

ROCA GUILLAMÓN, J., "Comentario al artículo 211" en *Comentario del Código Civil. Tomo I.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, pp. 659-664.

ROCA TRÍAS, E., "Comentarios a los artículos 215 a 217" en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela,* Madrid: Tecnos, 1986, PP.218-234.

-, "Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la persona", *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Bermejo. Vol 2. (Coordinación a cargo del Área de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza)*. Barcelona: Bosch, 1993, pp.1895-1912.

-, "La autonomía personal, fundamento de la gestión de los intereses de la tercera edad en Cataluña" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General.* Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 817-844.

RODA GARCÍA, L., "El internamiento forzoso del artículo 211 del Código Civil: entre la ineficacia y las oportunidades perdidas", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, 1983,* PP.48-56.

-, "El internamiento forzoso del artículo 211 del Código Civil: entre la ineficacia y las oportunidades perdidas", en *Legislación, derechos y salud mental (M.E. Díez Fernández Editor).* Oviedo: Servicio de Publicaciones del Principado de Asturias, 1994, PP.47-56.

RODOTÁ, S. *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho.* Madrid: Trotta, 2010.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., "Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales" en *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia (Sempere Navarro, Antonio. Director y Charro Baena, Pilar Coordinadora).* Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2008, pp. 25-48.

RODRÍGUEZ LAFORA, G., "El internamiento de los enfermos mentales y los subdelegados de medicina". *El siglo médico. Revista Clínica de Madrid. Año LXXV, Tomo 81, Madrid 17 de marzo de 1928. Núm. 3875, pp*. 289-300.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P., "Evolución de las residencias y otros alojamientos en el contexto internacional" en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores (Coordinadora Pilar Rodríguez Rodríguez)*. Madrid: Panamericana, 2007, pp. 3-27.

-, *Conceptualización de los alojamientos para personas mayores* en *Residencias y otros alojamientos para personas mayores (Coordinadora Pilar Rodríguez Rodríguez)* Madrid: Panamericana, 2007, pp. 47-75.

RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., "Autorización y cesión: el consentimiento para la intromisión en derechos inalienables" en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*. Madrid: Thomson Civitas, 2002, pp. 845-806.

ROGEL VIDE, C., "La tutela del deficiente mental", *La situación jurídica de los deficientes mentales en el Derecho español (Dir.Luis Díez-Picazo),* Madrid: Departamento de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, 1975, PP.156-231.

ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas.* Bolonia-Madrid: Publicaciones del Real Colegio de España, 1985.

-, *Derecho de la persona*, Barcelona: Bosch, 1998.

ROGEL VIDE, C. Y ESPÍN ALBA, I., *Derecho de la persona*. Madrid: Reus, 2008.

ROIG SALAS, A., "Coacción y privación de libertad en la asistencia psiquiátrica", *Cuadernos Asturianos de Salud.* Oviedo: Servicio de Publicaciones del Principado de Asturias 1985, PP.45-47.

-, "La ley en la práctica: 5 años de experiencia. Cumplimiento de la ley e internamiento psiquiátrico", *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (RAEN), Vol. 9, Núm. 31*, 1989, PP.633-339.

ROMEO CASABONA, C. M., "El médico ante el Derecho" en *La responsabilidad penal y civil del médico.* Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo, 1988, PP.49-54

-, "El tratamiento jurídico del enfermo mental en el Consejo de Europa y sistema de garantías en el Derecho español", *Actualidad y Derecho. Número 43. Semana 21 al 27 de octubre de 1991, Madrid, Actualidad Editorial (Antes Editora General de Derecho),* 1991, PP.703-740.

ROMERO COLOMA, A.M., *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid: Tivium, 1985.

ROTH, L.H.; MEISEL, A.J.D. & LIDZ, A.W., "Tests of competency to Consent to Treatment", *American Journal of Psychiatry, march 1977, 134:3*, pp. 279-284.

RUIZ JIMÉNEZ, J., "El procedimiento de incapacitación: consecuencias jurídicas de la pérdida de capacidad en las personas mayores", en LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores.* Madrid, Tecnos, 2007, PP.179-196. P. 181.

RUIZ-RICO RUIZ, J. M. y GARCÍA ALGUACIL, M. J., *La representación Legal de Menores e Incapaces. Contenido y límites de la actividad de representación*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2004.

SABATINO, C. P., "Competency: Refining Our Legal Fictions" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.)* New York: Springer Publishing Company, 1996, pp. 1-28.

SABATINO, C.P. y BASINGER, S.L., "Competency: Reforming our Legal Fictions", *Journal of Mental Health and Aging, 2000, vol. 6, n. 2,* pp. 119-144.

SALIZE, H. J. & DRESSING H., "Compulsory admission of mentally ill patients in European Union Member States", *Social Psychiatry & Psychiatric Epidemiology, 39, 2004,* pp. 797-803.

-, "Epidemiology of involuntary placement of mentally ill people across the European Union", *British Journal of Psychiatry, 184, 2004,* pp. 163-168.

SALTHOUSE, T.A., "Commentary: A Cognitive Psychologist´s Perspective on the Assessment of Cognitive Competency" en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.; Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.)* New York: Springer Publishing Company, 1996, pp. 29-39.

SAN PASTOR SEVILLA, Y., "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: perspectivas de reforma", en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad.* Madrid: La Ley, 2011, PP.207-218.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, D. Y EGEA JMÉNEZ, C., "Enfoque de vulnerabilidad social para investigar las desventajas socioambientales. Su aplicación en el estudio de los adultos mayores" *Papeles de Población*, julio-diciembre 2011, vol. 17, núm. 69, pp. 151-185.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados.* Valencia: Tirant lo Blanc, 2005.

-, *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores incapacitados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SANCHO GARGALLO, I., *Incapacitación y tutela conforme a la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SANFEY, A.G. & HASTIE, R., "Judgement and decision making across de adult life span: A tutorial review of psychological research" en *Cognitive Aging (Park, Denise c. & Shwarz Norbert Eds.).* Philadelphia: Taylor & Francis, 2000.

SANTOS BRIZ, J. (DIRECTOR); SIERRA GIL DEL LA CUESTA, I.; GONZÁLEZ POVEDA, P.P. y otros, *Tratado de Derecho civil: teoría y práctica. Tomo I*, Barcelona: Bosch, 2003.

SANTOS MORÓN, M. J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. Madrid: Escuela Libre de Derecho y Economía, 2000.

-, *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 de la LEC 1/2000.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002.

-, "La situación de los discapacitados psíquicos" en *Los derechos de las personas con discapacidad (Coord. Ignacio Campoy Cervera).* Madrid: Dykinson, 2005, pp. 167-186.

SANTOS URBANEJA, F., "El control de la tutela", *Cuadernos de Derecho Judicial Número 16, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996*, PP.491-535.

-, "Dos cuestiones relativas a la protección legal de las personas mayores. ¿Qué debemos proteger? ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismos?", *Actas de las Primeras Jornadas de Problemas legales sobre la tutela, asistencia y protección a mayores. Córdoba 17 y 18 de noviembre de 2000*. Córdoba: Obra Social y Cultural Cajasur, 2001, pp.71-85.

-, "Causa y motivo de la incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código Civil" en *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad. Jornadas Fundación Aequitas*, Madrid 8 y 9 de marzo de 2004. Madrid: Fundación Aequitas-Obra Social Caja Madrid, 2004, pp.25-40.

-, "Pautas de actuación en caso de personas mayores que viven solas y no pueden valerse por sí mismas". Informes Portal Mayores, núm. 24, 2004, PP.1-24. http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/santos-pautas-01.pdf (última recuperación 1/09/2015).

SCHALOCK, R. L., "Hacia una nueva concepción de la discapacidad", en *Hacia una nueva concepción de la discapacidad. Actas de las III Jornadas Científicas de Investigación sobre perosnas con discapacidad.* (Coords. Verdugo Alonso, M.Ángel y Jordán de Urríes Vega, F. de B), Salamanca: Amarú, 1999, pp.79-109.

SEOANE RODRÍGUEZ, J., "La persona, el retraso mental y el Derecho" en SEOANE, J.A., (Coord.), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso menta*l. A Coruña: Fundación Paideia, 1999, pp.35-90.

-, Prólogo al libro *El mayor interés en la esfera personal del incapaz, de Viviana García Llerena*. A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2002, pp. 11-22.

-, “Las personas con discapacidad intelectual ante la Administración de Justicia y el proceso judicial”, *Discapacidad intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003.*

SERENA VELLOSO, C., “En torno al régimen jurídico del enfermo mental” en TORRES GONZÁLEZ, F. (Coord.), *Los marginados en España*. Madrid: Fundamentos, 1978, PP.211-231.

SERIES, H., “The Happy Dementia Patient” n *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.).* Oxford: Hart Publishing, 2014, pp. 105-110*.*

SERRANO ALONSO, E., *Derecho de la Persona. 2ª edición*, Madrid: La Ley-Actualidad, 1996.

-, “Comentario al art. 162 del CC” en *Comentarios del Código Civil. Tomo 2. Sierra Gil de La Cuesta (Coordinador)*. Barcelona: Bosch, 2000.

SERRANO GARCÍA, I., “Dos años de vigencia de la LppD: Balance” en *La protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional de la Junta de Castilla y León*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007, PP.215-243.

“La voluntad anticipada del incapaz”, en *Homenaje al Profesor Carlos Vattier Fuenzalida (Coords. José Mª de la Cuesta Sáenz, Elena Vicente Domingo, Mª Teresa Carrancho Herrero, José M Caballero Lozano y Raquel de Román Pérez*), Cizur-Menor, Aranzadi, 2013, PP.133-151.

SHINDLER, M. & WAKSMAN, Y., “Restriction of Liberty” en *The Law and Ethics of Dementia (Charles Foster, Jonathan Herring and Israel Doron Eds.)*. Oxford: Hart Publishing, 2014, PP. 351-359.

SHRÖEDER-BUTTERFILL, E. y MARIANTI, R., “A framework for understanding old-age vulnerabilities”. *Ageing and Society*, 2006, n. 26, pp. 9-35.

SILLERO CROVETTO, B., “Tratamiento jurídico de la incapacitación de personas de edad avanzada”, *en Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo. Tomo I Semblanzas. Derecho Civil. Parte General*, Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp.974-1008.

-, “El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”en LASARTE ÁLVAREZ, C (Dir.), *La protección de las personas mayores.* Madrid: Tecnos, 2007, PP.162-178.

-, “Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en el sistema jurídico español” en *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor José González García (Coord. Domingo Jiménez Liébana).* Jaén: Universidad de Jaén-Aranzadi, 2012, pp. 139-162.

SIMÓN-LORDA, P., “La capacidad de los pacientes para tomar decisiones: una tarea todavía pendiente”, *Revista de la Asociación. Española de Neuropsiquiatría,* 2008, *vol.28, núm. 10.2,* pp. 325-348.

SIMÓN LORDA, P.; RODRÍGUEZ LÓPEZ, A y CONCHEIRO CARRO, L., "El consentimiento informado en psiquiatría: un formulario escrito de consentimiento para terapia electroconvulsiva (TEC) o electroshock", *Anales de Psiquiatría*, *1992, Vol.8, Núm. 7, pp*. 9-16.

SIMÓN LORDA, P. RODRÍGUEZ SALVADOR, J.J.; MARTÍNEZ MAROTO, A.; LÓPEZ PISA, M. y otros, "Ability of Patients to Take Decisions". *Medicina Clínica 117 (2001),* pp. 419-426.

SKELTON,F.; KUNIK,M.E.; REGEV,T. & NAIK,A.D., "Determining if an older adult can make and execute decisions to live safely at home: A capacity assessment and intervention model". Archives of Gerontology and Geriatrics, 2010, 50. 3.

SMYER, M.A., "Aging and Decision-Making Capacity: An Overview" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls).* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, pp. 3-24.

SOTO RUIZ, J.J., "El estatus jurídico de las personas con discapacidad en las leyes de cabecera del ordenamiento jurídico privado" en De Lorenzo y Pérez Bueno (Dirs.), *Tratado sobre discapacidad*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2007.

STARKSTEIN, S.E.; JORGE, R.; MIZRAHI, R.; ADRIAN, J. & ROBINSON, R.G., "Insight and danger in Alzheimer's disease", *European Journal of Neurology* 2007, 14 (4), pp.455-460.

SULKAVA, R., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Finland Dementia: Finland", en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network).* Wien: Springer, 2007, PP.109-113.

TENA PIAZUELO, I., "La capacidad para realizar actos con eficacia jurídica en la jurisprudencia", en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza: El Justicia de Aragón, 2010, pp.127-184.

TORRALBA SORIANO, V., "La llamada incapacidad natural" en Libro-Homenaje al profesor Luis Martín-Ballestero. Zaragoza: Institución Fernando el Católico (CSIC), 1983, pp. 569 y ss.

TORRES GARCÍA, T. F., "El hijo incapacitado como sucesor universal" en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) *La encrucijada de la incapacitaicón y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP. 687-724.

-, "Efectos de la incapacitación" en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II.* Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, PP.123-171.

-, "La persona y el Derecho civil" en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García.* Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, Universidad de Jaén, 2012, pp. 163-173.

TORRES GARCÍA, T. F y DOMÍNGUEZ LUELMO, A., "La incapacitación", en GETE ALONSO Y CALERA, M.C., (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*. *Tomo II*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pp. 54-121.

VALVERDE Y VALVERDE, C., *Derecho Civil Español. Tomo IV. Parte Especial. Derecho de Familia.* Valladolid: Casa Editorial Cuesta, 1913.

VARELA AUTRÁN, B., "La Discapacidad en el Derecho español y en la Constitución Española", *Discapacidad intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada, 23 y 24 de octubre de 2003*. Madrid: Fundación Aequitas, 2004, PP.43-58.

-, "La protección jurídica de las personas con discapacidad intelectual límite: curatela, guarda de hecho y otras figuras", en La *defensa jurídica de las personas vulnerables. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP, julio/agosto de 2007*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008.

VÁZQUEZ DE LA TORRE, P., "Nosografía psiquiátrica en el Manicomio Nacional de Santa Isabel (1931-1952)", *FRENIA*, Vol. VIII-2008, pp. 69-96.

VENNEMOSE B.D. & WALDEMAR, G., "Practice of Competence Assessment in Dementia: Denmark in Dementia: Denmark", en *Competence Assessment in Dementia. (Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, PP.107-108.

VERDUGO ALONSO, M.A., "Personas con deficiencias, discapacidades y minusvalías" en VERDUGO ALONSO, M.A. (Dir.). *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras. 2ª edición, Madrid, Siglo XXI, 1998*, PP.1-33.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., "Autogobierno personal y discapacidad: la modificación judicial de la capacidad de obrar en la toma de decisiones"en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (Dir.) *La encrucijada de la incapacitaicón y la discapacidad*. Madrid: La Ley, 2011, PP.429-443.

VILLASANTE ARMAS, O. "Orden y norma en el Manicomio de Leganés (1851-1900): el discurrir diario del paciente decimonónico", *Frenia, Vol. III-2008 Vol. III-2008,* pp. 33-68.

VIVAS TESÓN, I., "Más allá de la capacidad de entender y querer: algunas consideraciones de lege ferenda acerca de la protección de las personas diversamente capaces" en CUENA CASAS, M., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. Y ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid: Dynkinson, 2013, pp. 1655-1673.

VORM, A. & OLDE RIKKE, G.M., "Informed consent in dementia research" en *Competence Assessment in Dementia.(Edited by Gabriela Stoppe. On behalf of the European Consensus Network)*. Wien: Springer, 2007, pp. 85-92.

WARD, M. J., "Coming of Age in the Age of Self-Determination. A Historical and personal perspective", *Self-Determination Across the Life Span. Independence and Choice for People with Disabilities (Sands, Deanna J. and Wehmeyer, Michael L. Eds).* Baltimore: Paul H. Brookes, 1996, pp.3-16.

WEHMEYER, M. L., "Self-Determination as an Educational Outcome. Why Is It Important to Children, Youth, and Adults with Disabilities?"en *Self-Determination Across the Life Span. Independence and Choice for People with Disabilities (Sands, Deanna J. and Wehmeyer, Michael L. Eds)*. Baltimore: Paul H. Brookes, 1996, pp. 17-35.

-, "Autodeterminación y personas con discapacidades severas". *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual. Vol 37 (4). Núm*. 220. 2006.

WEHMEYER, M. L; KELCHER, K. & RICHARDS, S., "Essential Characteristics of Self-Determined Beharvior of Individuals with Mental Retardation", *American Journal of Mental Retardation, Vol. 100, núm. 6, 1996*, PP.632-642.

WEINER, M.; GEHRMANN, H.R.; HYNAN, LS; SAINE, K.C. & CULLUM, C.M., "Comparison of the test of everyday functional abilities with a direct measure of daily function", *Dementia and Geriatric Cognitive Disorders,* 2006; 22 (1), pp. 83-6.

WILBER, K. H., "Commentary: Alternatives to Guardianship Revisited: What´s Risk Got to Do whit It?"en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael ;Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.)*, New York: Springer Publishing Company, 1996, pp.213-224.

WILLIS, S. L.,"Assesing everyday Competence in the Cognitively Callenged Elderly"en *Older adult´s decision making and the law. (Smyer, Michael.;Schaie, Warner K.; Kapp, Marshall B Eds.).* New York, Springer Publishing Company, 1996, pp.87-127.

WOOD, S. & KUBIK, J., "Presenting the Complex Client in Court: Practical Issues Related to the Assessment of Capacity", *Rehabilitation psychology 50 (2005),* pp. 201-206.

WOOD, S. & TANIUS, B.E., "Impact of Dementia on Decision Making Abilities" en *Changes in Decision-Making Capacity in Older Adults. Assesment and Intervention (Editora Sara H. Qualls)* New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2008, pp. 91-97.

ZARIT, S.H & ZARIT, J.M., *Mental Disorders in Older Adults. Fundamentals of Assessment and Treatment. 2nd. Edition.* New York: The Guilford Press, 2007.

ZURITA MARTÍN, I., *Protección civil de la ancianidad*. Madrid: Dykinson, 2004.

-, "El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales" en *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes.* Barcelona: Bosch, 2008, pp. 19-65.

DOCUMENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

- "Algunos estudios doctrinales sobre temas de actualidad. *El internamiento de incapaces presuntos en la reforma del Código Civil por Ley 13/83 de 24 de octubre". Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1985.* Madrid: Fiscalía General del Estado, PP. 205-239.

- Circular núm. 2/1984. En torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de incapaces presunto, de 8 de junio, pp.339-351.

- Instrucción de la Fiscalía General del Estado, núm. 6/1987, de 23 de noviembre, sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos.

- Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, sobre régimen jurídico que debe de (sic) regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad.

- Consulta número 2/1993, de 15 de octubre. “De nuevo sobre el artículo 211 del Código Civil”.

- Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces.

- Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas

ANEXO NORMATIVO

NORMAS ESTATALES

- Real Decreto de 2 de septiembre de 1816, disponiendo se dé a la prensa el reglamento de la hospitalidad domiciliaria. Gaceta de Madrid, núm. 110, de 5 de septiembre de 1816, pp. 966-967.
- Ley de 6 de febrero de 1822, de Beneficencia.
- Ley de Vagos, sancionada por Real Decreto de 9 de mayo de 1845. Gaceta de Madrid, núm. 3933, de 21 de junio de 1845.
- Ley, de 20 de junio de 1849, General de Beneficencia. Gaceta de Madrid núm. 5398, de 24 de junio de 1849, pp. 1-2.
- Reglamento de 14 de mayo de 1852, de ejecución de la Ley General de Beneficencia. Gaceta de Madrid núm. 6537, de 16 de mayo de 1852, pp. 2-4.
- Ley de Orden Público de 20 de marzo de 1867, Gaceta de Madrid núm. 81, de 22 de marzo de 1867.
- Instrucción general para los establecimientos benéficos nacionales, contenida en el Real Decreto de 1873. Gaceta de Madrid núm. 118, de 28 de abril de 1873, pp. 244-247.
- Ley de Enjuiciamiento Civil, contenida en el Real Decreto de 3 de febrero de 1881.
- Real Decreto de 27 de enero de 1885 Gaceta de Madrid, núm.36, de 5 de febrero de 1885, pp. 360-361.
- Real Decreto de 12 de mayo de 1885, que aprueba el Reglamento Orgánico para el régimen y gobierno interior del Manicomio de Santa Isabel de Leganés. Gaceta de Madrid, 15 de mayo de 1885, núm. 135, pp. 448-450.
- Real Decreto de 19 de mayo de 1885, sobre asilos de dementes. Gaceta de Madrid, 21 de mayo de 1885, núm. 141, P. 511. Rectificación del 22 de mayo de 1885 al mismo. Gaceta de Madrid, núm. 142, de 22 de mayo, P. 524.
- Circular del 22 de mayo de 1885. Gaceta de Madrid, 23 de junio de 1885, núm. 171, P. 866.
- Real Orden de 20 de junio de 1885, sobre los internamientos de presuntos dementes que carezcan de familia o de representante legal, sobre los presuntos dementes albergados en hospitales para enfermos, así como el modo de proceder una vez terminado el plazo legal de observación. Gaceta de Madrid, núm. 143, de 23 de mayo de 1885, P. 533.
- Real Orden de 28 de enero de 1887. Gaceta de Madrid, núm. 29, de 29 de enero de 1887, pp. 296-297.
- Real Decreto 14 de marzo de 1889. Gaceta de Madrid, núm. 99, 8 de abril de 1889, pp. 87-88.
- Real Decreto de 14 de junio de 1891, por el que se aprueba el Reglamento del servicio benéfico sanitario de los pueblos. Gaceta de Madrid, núm.167, de 16 de junio de 1891, pp 914-915.
- Real Decreto de 30 de abril de 1895. Gaceta de Madrid, núm. 122, de 2 de mayo de 1895, pp. 409-410.

- Real Orden de 2 de agosto de 1902. Gaceta de Madrid, núm. 223, de 11 de agosto de 1902, P.632.
- Real Orden de 25 de marzo de 1908. Gaceta de Madrid, núm. 88, de 28 de marzo de 1908, P. 1301.
- Real Orden de 1 de junio de 1908. Gaceta de Madrid, núm. 154, de 2 de junio de 1908, P.1053.
- Real Orden de 11 de diciembre de 1908. Gaceta de Madrid de 12 de diciembre de 1908.
- Real Orden de 2 de noviembre de 1921 Gaceta de Madrid, núm. 308, de 4 de noviembre de 1921, pp. 402-404.
- Decreto de 3 de julio de 1931. Gaceta de Madrid, núm. 188, de 7 de julio de 1931, pp.186-189.
- Circular de 23 de diciembre de 1931. Gaceta de Madrid de 6 y 7 de enero de 1932.
- Decreto de 27 de mayo de 1932. Gaceta de Madrid, núm. 153, de 1 de junio de 1932, pp: 1603-1604
- Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1932. Gaceta de Madrid, núm. 18, de 18 de enero de 1933, pp. 420.
- La Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933. Gaceta de Madrid, núm. 217, de 5 de agosto de 1933.
- Decreto de 24 de mayo de 1943. BOE núm. 162, de 11 de junio de 1943.
- Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944. BOE núm. 331, de 26 de noviembre de 1944, pp. 8980-8936.
- Orden de 15 de febrero de 1954. BOE núm. 67, de 8 de marzo de 1954, P. 133
- Orden de 22 de febrero de 1954. BOE núm. 69, de 10 de marzo de 1954, P. 1393-1394
- La de 14 de abril de 1955 sobre creación del Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica. BOE núm. 105, de 15 de abril de 1955, pp. 2374-2376.
- Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social BOE núm. 187, de 6 de agosto de 1970, pp.12551-12553
- Orden de 26 de febrero de 1971, por la que se aprueba el Plan Nacional de la Seguridad Social de Asistencia a los Ancianos, dirigido a los pensionistas de la Seguridad Social. BOE núm. 53, de 3 de marzo de 1971, pp. 3490-3491.
- Decreto 1144/1971, de 13 de mayo, que contiene el Reglamento para la aplicación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. BOE, núm. 132 de 3 de junio de 1971, pp. 8895-8903
- Real Decreto 1878/1978, sobre establecimientos residenciales de la tercera edad, de 23 de junio. BOE núm. 190, de 10 de agosto de 1978, pp.18770-18771.
- Ley 77/1978, de 28 de diciembre de modificación la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. BOE núm. 10 de 11 de enero de 1979.
- Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. BOE núm. 266 de 06 de Noviembre de 1979.
- Instrumento de Ratificación d Convenio para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1996, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979, pp. 23564-23570

- Carta Social Europea de 1961, núm. 35 del Consejo de Europa, hecha en Turín el de 18 de octubre de 1961. Ratificada por España el 29 de abril de 1980. Instrumento de ratificación en BOE núm. 153/1980, de 26 de junio, pp. 14583-14540).
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981, pp. 10725-19735.
- Resolución de 30 de mayo de 1981, de la Dirección General de Acción Social por la que se aprueba el nuevo baremo de admisiones, traslados y permutas en las Residencias Gerontológicas del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de la Seguridad Social. BOE núm. 181, de 30 de julio de 1981, pp. 17422-17424.
- Orden de 21 de septiembre de 1981, por la que se regulan los sistemas de concesión de plazas en los Centros gestionados por el Instituto Nacional de Asistencia Social y se fija el procedimiento para la aplicación de la tarifa de precios. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 1981, pp. 22948-22954.
- Ley 13/1982, de 1 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1982, pp. 11106-11112.
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1982, pp. 12546 a 12548.
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus. BOE de 26 de mayo de 1984, núm. 126, págs. 14756-14758.
- Orden de 16 de mayo de 1985 por la que se aprueba el Estatuto Básico de los Centros de la Tercera Edad. BOE núm128, de 29 de mayo de 1985, pp. 15947-15951.
- Orden de 8 de enero de 1986 por la que se aprueban los nuevos baremos de admisiones, traslados y permutas en los Centros residenciales para la tercera edad del instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), de la Seguridad Social. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1986, pp.2404-2407.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986, pp. 15207-15224.
- Resolución de 26 de agosto de 1987, de la Dirección General del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), por la que se regulan los ingresos, traslados y permutas en los Centros Residenciales para la Tercera Edad. BOE núm. 235, de 1 de octubre de 1987, pp. 29272-29275.
- Ley 35/1988. de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, P. 33375.
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988, P. 36766.
- Ley 18/1990 de 17 de diciembre, sobre reforma de la nacionalidad. BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 1990, P. 37588
- Ley 30/1991, de 20 de diciembre, modificación del Código Civil en materia de testamentos. BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 1991, P 41308-41309.
- 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. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996, pp. 1225-1238

- RD 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos. BOE núm. 72, de 23 de marzo de 1996, P. 11248.
- RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000, P 181.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm.7, de 08/01/2000.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002, pp 40126-40132.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003, PP. 40852-40863.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003, pp. 43187-43195.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006, pp.44142-44156.
- Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006. Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007. BOE núm. 96, de 21 abril 2008, pp. 20648.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 30 de marzo de 2007. Instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007. BOE núm.97, de 22 de abril de 2008, pp.20750-20752.
- Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica. BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp 28826-28848.
- Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas con discapacidad auditiva y sordociegas. BOE núm.255, de 24 de octubre de 2007, pp. 43251- 43259.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007, pp. 53278-53284.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, pp. 53676-53686.
- 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 incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad. BOE núm. 73, de 29 de marzo de 2009, pp. 29173-29142.
- Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de

diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011, pp. 18567-18691.

- La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011, pp 1-38.
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87478-87494.
- Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. BOE núm. 313, de 27 de diciembre de 2012.
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba bajo el título de Ley General de derechos de las personas con discapacidad, el texto refundido de las leyes 13/1982 (LISMI), Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, pp. 95636-95673.
- Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2013, pp. 107128-107142.
- La Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. BOE núm.252, de 17 de octubre de 2014, pp. 83921-84082
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, pp. 54068-54201.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015. 64544-63613

NORMAS AUTONÓMICAS

Comunidad Autónoma de Andalucía:

- Ley 2/1988, de 4 de abril de Servicios Sociales de Andalucía. BOE núm. 154, de 28 de junio de 1988, pp. 20135-20139.
- Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores de la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOE núm. 233, de 29 de septiembre de 1999, pp. 34670-34680.

Comunidad Autónoma de Aragón:

- Ley 15/ 1967, de 8 de abril, de Compilación del Derecho Civil de Aragón. BOE núm. 86, de 11 de abril de 1967, pp. 4792-4805.
- Ley 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social, de la Comunidad Autónoma de Aragón. BOE núm. 86, de 10 de abril de 1987, pp. 10749-1075.
- Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona. BOE núm. 23, de 26 de enero de 2007, pp. 3713-3739.

- Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón. BOE 20 de agosto de 2009, núm. 201, pp. 71537- 71584.
- Decreto Legislativo del Gobierno de Aragón 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba Código del Derecho Foral de Aragón. BOA. núm. 67, de 29 de marzo de 2011, pp. 6490-6616.

Comunidad Autónoma del Principado de Asturias:

- Ley 51/1987, de 11 de abril. de servicios sociales del Principado de Asturias. BOE núm. 137, de 9 de junio de 1987, pp. 17219-17222.
- Ley 7/1991, de 5 de abril, de asistencia y protección al anciano, del Principado de Asturias. BOE núm. 121, de 21 de mayo de 1991, pp.16045-16052.
- Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales, de Asturias. BOE núm. 86, de 10 de abril de 2003, pp. 14069-14081.

Comunidad Autónoma de las Islas Baleares:

- Ley 9/1987, de 11 de febrero, de Acción Social de la Comunidad Autónoma de Baleares. BOE núm. 114, de 13 de mayo de 1987, pp. 13982-13988.
- Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears. Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears. BOE núm. 163, de 7 de julio de 2009, pp. 56578-56640.

Comunidad Autónoma de Canarias

- Ley 9/1987, de 28 de abril de Servicios sociales de Canarias. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 1987, pp.15618-15624.
- Ley 3/1996, de 11 de julio, de participación de las personas mayores y de la solidaridad entre generaciones de la Comunidad Autónoma de Canarias. BOE núm. 188, de 5 de agosto de 1996, pp. 24067-24073.

Comunidad Autónoma de Cantabria:

- Ley 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social, de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOE núm. 181, de 29 de julio de 1992, pp. 26306-26311.
- Ley 6/2001, de Cantabria, de 20 de noviembre, de Atención y Protección a las Personas en Situación de Dependencia. BOE núm.302, de 18 de diciembre de 2001, pp. 47919-47925. Corrección de errores BOE núm. 13, de 15 de enero de 2002. P. 1671;
- Ley 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales de Cantabria. BOE núm. 94, de 19 de abril de 2007, pp. 17216-17242.

Comunidad Autónoma de Cataluña:

- Ley 26/1985 de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Cataluña. BOE núm.57, de 7 de marzo de 1986, pp.8779-8782.
- Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, de la Generalitat de Catalunya que refunde varias normas en materia de asistencia y servicios sociales. DOGC núm. 1997, de 13 de enero de 1995, pp. 198-207.

- Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña. BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998, pp. 28310-28344.Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña. BOE núm. 226, de 6 noviembre 2007, pp. 45490-45519.
- Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE núm. 203, de 21de agosto de 2010, pp. 73429-73525.

Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha:

- Ley 3/1986. de 16 de abril de 1986. de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. BOE núm. 174, de 22 de julio de 1986, pp. 26389-26392.
- Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad de Castilla-La Mancha. BOE núm. 56, de 5 de marzo de 1996, pp. 8667-8679.
- Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha. BOE núm. 38, de 14 de febrero de 2011, pp. 15496- 15540.

Comunidad Autónoma de Castilla y León:

- Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales de la
- Comunidad de Castilla y León. BOE núm. 57, de 8 de marzo de 1989, pp. 6520-6526.
- Ley 5/2003 de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León (artículo 1.e). BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2003, pp. 17158-17172.
- Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León. BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011, pp. 1756- 1803.

Comunidad Autónoma de Extremadura

- Ley 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura. Diario Oficial de Extremadura núm. 37, de 12 de mayo de 1987, pp. 591-600.
- Ley 2/1994, de 28 de abril, de asistencia social geriátrica, de Extremadura. BOE, núm. 144, de 17 de junio de 1994, pp. 19003-19008.
- Ley 14/2015, de 9 de abril, de Servicios Sociales de Extremadura. BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2015.

Comunidad Autónoma de Galicia:

- Ley 3/1987, de 27 de mayo, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Galicia. BOE núm. 173, de 21 de julio de 1987, pp. 22213- 22215.
- Ley 4/1993. de 14 de abril. de servicios sociales de Galicia. BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1993, pp. 13897-13910
- Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia. BOE núm. 15, de 17 de enero de 2009, pp. 5513-5553.

Comunidad Autónoma de Madrid:

- Ley 11/1984, de 8. de junio de 1984, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Madrid. BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984, pp. 21851-21854.
- Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. BOE núm. 157, de 2 julio 2003, pp. 25487- 25505.

Comunidad Autónoma de la Región de Murcia:

- Ley 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales de la Región de Murcia. BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1986, pp. 10271-10281.
- Ley 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia. BOE núm. 35, de 10 febrero 2004, pp. 5792- 5803.

Comunidad Foral de Navarra:

- Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, sobre Servicios Sociales de Navarra. BOE núm. 148, de 22 junio 1983, pp. 17598-17560.
- Ley foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra. BOE núm. 27, de 31 enero 2007, pp. 4507-4525.

Comunidad Autónoma del País Vasco:

- Ley 6/1982, de 20 de mayo, sobre Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV, núm. 71, de 2 de junio de 1982, pp.1263-1273.
- Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOE núm. 17, de 20 de enero de 2012, pp. 4564-4580.
- Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOE núm. 242, de 7 de octubre de 2011, pp. 105335-105396.

Comunidad Autónoma de la Rioja

- Ley 2/1990, de 10 de mayo, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de La Rioja. BOE núm. 132, de 2 de junio de 1990, pp.15397- 15403.
- Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja. BOE núm. 14, de 16 de enero de 2010, pp. 3808-3852.

Comunidad Autónoma de Valencia

- Ley 5/1989, de 6 de Julio, de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 187, de 7 de agosto de 1989, pp. 25324-25327.
- Ley 5/1997. de 25 de junio. por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 192, de 2 de agosto de 1997, pp. 24405-24422.

DOCUMENTOS APROBADOS POR ORGANISMOS INTERNACIONALES

- Declaración de la ONU de Derechos del Deficiente mental de 1971. Resolución 2856 (XXVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1971.
- Declaración de la ONU de los Derechos de los Impedidos de 1975. Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975.
- Resolución 37/52, de 3 de diciembre de 1982, que aprueba el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas, (A/37/51).
- Resolución 34/180 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

- Recomendación (83) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa sobre la Protección legal de las personas que padecen trastornos mentales internadas como pacientes involuntarios, de 22 de Febrero de 1983.
- Resolución de la Asamblea General, de 23 de noviembre de 1984 Unidas (A/RES/39/26).
- Resolución de la ONU 46/91 de Principios a favor de las Personas de Edad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas**,** el 16 de diciembre de 1991.
- Decisión del Consejo de la Comunidad Europea de 26 de noviembre de 1990 (91/49). DOUE núm.28, de 2 de febrero de 1991, pp. 29-31.
- Resolución de la Asamblea General 46/96, de Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de 20 de diciembre de 1993.
- Recomendación 1235 (1994) del Consejo de Europa sobre Psiquiatría y Derechos Humanos (Adoptada por la Asamblea de 12 de abril de 1994.10ª sesión).
- Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros. Núm. (98) 9 relativa a la dependencia, adoptada el 18 de septiembre de 1998.
- Recomendación (99) 4 del Comité de Ministro a los Estados miembros sobre los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, de 23 de febrero de 1999.
- Recomendación (2004) 10, del Comité de Ministros a los Estados Miembros relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas con trastorno mental.
- Declaración Ministerial de Viena 2012, adoptada por los Estados Miembros de la CEPE (Comisión Económica para Europa) durante la Conferencia Ministerial sobre Envejecimiento, celebrada en Viena los días 19 y 20 de septiembre de 2012.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

RJ: Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi

EDJ: El Derecho Jurisprudencia

TRIBUNAL SUPREMO

.- STS de 7 de abril de 1903, RJ, 1903, núm. 107, pp. 592-597.
.- STS de febrero de 1914, RJ, 1914, núm. 101, pp. 540-551
.- STS de 25 de octubre de 1928, RJ, 1928, núm. 131, pp. 532-548.
.- STS de 9 febrero 1943 RJ, 1943, núm. 32, pp. 221-241.
.- STS de 17 de junio de 1943, RJ, 1943, núm. 729, p 420.
.- STS de 5 de marzo de 1947, RJ, 1947, núm. 343, pp. 218-219.
.- STS de 2 de julio de 1953, RJ, 1953, 2009, pp. 1299-1300.
.- STS de 25 de marzo de 1961, RJ, 1961, núm. 1230, pp. 774-776.
.- STS de 11 de diciembre de 1962, RJ, 1962, núm. 5063, pp. 3443-3444.
.- STS de 7 de abril de 1965, RJ, 1965, núm. 2365, pp. 1447-1448.
.- STS de 28 de abril de 1965, RJ, 1965, núm. 2373, pp. 1452-1453.
.- STS de 6 de febrero de 1968, RJ, 1968, núm. 773, PP. 503-504.
.- STS, Sala 1ª, de 19 de abril de 1971, núm. 214/1971, RJ, 1971, núm. 1615.
.- STS, Sala 1ª, de 23 de Noviembre de 1981, núm. 443/1981. EDJ 1981/1715. Ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, José.
.- STS, Sala 1ª, de 26 de Mayo de 1982. Ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, José.
.- STS, Sala 1ª, de 10 de Febrero de 1986, núm. 72/1986. EDJ 1986/1121. Ponente: Fernández Rodríguez, Antonio.
.- STS, Sala 1ª, de 10 de Febrero de 1988, EDJ 1988/1069. Ponente: Fernández-Cid de Temes, Eduardo.
- STS de 20 de febrero de 1989, Ponente: Carretero Pérez, Antonio, Sala 1ª, EDJ 1989/1976.
.- STS, Sala 1ª, de 12 de Junio de 1989, EDJ 1989/5938. Ponente: Latour Brotons, Juan.
.- STS, Sala 1ª, de 19 de Abril de 1990. EDJ 1990/4224. Ponente: Almagro Nosete, José.
.- STS, Sala 1ª, de 20 de Marzo de 1991, EDJ 1991/3017. Ponente: Fernández-Cid de Temes, Eduardo.
.- STS, Sala 1ª, de 31 de Diciembre de 1991, núm. 995/1991. EDJ 1991/12410. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso.
.- STS, Sala 1ª, de 22 de Julio de 1993, núm. 776/1993. EDJ 1993/7533. Ponente: Burgos y Pérez de Andrade, Gumersindo.
.- STS, Sala 1ª, de 20 de Mayo de 1994, núm. 479/1994. EDJ 1994/4583. Ponente: Almagro Nosete, José.
.- STS, Sala 1ª, de 31 de Octubre de 1994, núm. 479/1991. EDJ 1994/8728. Ponente: Burgos y Pérez de Andrade, Gumersindo.
.- STS, Sala 1ª, de 27 de Noviembre de 1995, núm. 1017/1995. EDJ 1995/6374. Ponente: Fernández-Cid de Temes, Eduardo.

.- STS, Sala 1ª, de 19 de Febrero de 1996, núm. 119/1996. EDJ 1996/1309. Ponente: Villagómez Rodil, Alfonso.

.- STS, Sala 1ª, de 9 de Junio de 1997, núm. 520/1997. EDJ 1997/6831. Ponente: O´Callaghan Muñoz, Xavier.

.- STS, Sala 1ª, de 27 de Enero de 1998, núm. 24/1998. EDJ 1998/315. Ponente: O´Callaghan Muñoz, Xavier.

.- STS, Sala 1ª, de 19 de Mayo de 1998, núm. 461/1998. EDJ 1998/5016. Ponente: O´Callaghan Muñoz, Xavier.

.- STS, Sala 1ª, de 28 de Julio de 1998, núm. 818/1998. EDJ 1998/12946. Ponente: Martínez-Corraleda Gómez, Luis.

.- STS, Sala 1ª, de 19 de septiembre de 1998, núm. 848/1998. RJ 1998/6399. Ponente. Villagómez Rodil, Alfonso.

.- STS, Sala 1ª, de 27 de Febrero de 1999, núm. 149/1999. EDJ 1999/2219. Ponente: González Poveda, Pedro.

.- STS, Sala 1ª, de 26 de Julio de 1999, núm. 683/1999. EDJ 1999/33311. Ponente: Gullón Ballesteros, Antonio.

.- STS, Sala 1ª, de 16 de Septiembre de 1999, núm. 738/1999. EDJ 1999/27821. Ponente: O´Callaghan Muñoz, Xavier.

.- STS, Sala 1ª, de 12 de Enero de 2001, núm. 3/2001. EDJ 2001/6. Ponente: Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel.

.- STS, Sala 1ª, de 20 de Noviembre de 2002, núm. 1082/2002. EDJ 2002/51325. Ponente: Martínez-Calcerrada Gómez, Luis.

.- Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 1 junio 2004., Rafael. RJ 2004\4628. Ponente: Ruiz de la Cuesta Cascajares.

.- STS, Sala 1ª, de 11 de Junio de 2004, núm. 533/2004, EDJ 2004/54946. Ponente: O´Callaghan Muñoz, Xavier.

.- STS, Sala 1ª, de 14 de Julio de 2004, núm. 781/2004. EDJ 2004/86791. Ponente: González Poveda, Pedro.

.- STS, de 19 de noviembre de 2004, núm. 1104/2004. RJ 2004\6910. Ponente: Ferrándiz Gabriel, José Ramón.

.- Auto del TS, Sala 1ª, de 30 mayo 2005. Ponente: Marín Castán, Francisco. RJ 2005\7039.

.-Auto del TS, Sala 1ª, de 19 octubre 2005. RJ 2006\2096. Ponente: Roca Trías, Encarnación.

.- STS, Sala 1ª, de 3 de Marzo de 2006, núm. 216/2006.

.- Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 27 de marzo de 2006. RJ 2006\2320. Ponente: Marín Castán, Francisco.

.- Auto del TS, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2008. RJ 2009\288. Ponente: Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio.

.- Auto del TS, Sala 1ª, de 21 de enero de 2009. RJ 2009\553. Ponente: García Varela, Román.

.- STS, Sala 1ª, de 29 de Abril de 2009, núm. 282/2009. EDJ 2009/72792. Ponente: Roca Trías, Encarnación.

.- STS, Pleno, de 21 de Septiembre de 2011, núm. 625/2011. EDJ 2011/220157. Ponente: Roca Trías, Encarnación.

.- STS, Sala 1ª, de 17 de Julio de 2012, núm. 504/2012. EDJ 2012/196515. Ponente: Roca Trías, Encarnación.

.- STS, Sala 1ª, de 11 de Octubre de 2012, núm. 617/2012. EDJ 2012/232596. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.
.- STS, Sala 1ª, de 24 de Junio de 2013, núm. 421/2013. EDJ 2013/120784. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
.- STS, Sala 1ª, de 1 de Julio de 2014, núm. 341/2014. EDJ 2014/123845. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio.
.- STS, Sala 1ª, de 27 de Noviembre de 2014, núm. 698/2014. EDJ 2014/204300. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.
.- STS, Sala 1ª, de 13 de Mayo de 2015, núm. 244/2015. EDJ 2015/74566. Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

.- STC núm. 53/1985, de 11 de Abril de 1985. BOE núm. 119, de 18 de Mayo de 1985.
.- STC núm. 112/1988, de 8 de Junio de 1988. BOE 152, de 25 de Junio de 1988.
.- STC, Sala 2ª, núm. 104/1990, de 4 de Junio de 1990. EDJ 1990/5858. Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel.
.- STC, Pleno, núm. 120/1990, de 27 de Junio de 1990. EDJ 1990/6901. Ponente: García-Mon y González Regueral, Fernando.
.- STC, Pleno, núm. 215/1994, de 14 de Julio de 1994. EDJ 1994/10563. Ponente: García-Mon y González-Regueral, Fernando.
.- AUTO TC núm. 382/1996, de 18 de Diciembre de 1996. EDJ 1996/52991.
.- AUTO TC núm. 333/1997, de 13 de Octubre de 1997. EDJ 1997/57537.
.- STC, Pleno, núm. 129/1999, de 1 de Julio de 1999. EDJ 1999/13066.
.- STC, Sala 2ª, núm. 311/2000, de 18 de Diciembre de 2000. EDJ 2000/40310. Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente.
.- STC, Pleno, núm. 200/2001, de 4 de Octubre de 2001, EDJ 2001/32232. Ponente: Conde Martín de Hijas, Vicente.
.- STC, Sala 2ª, de 9 de octubre de 2002, núm. 174/2002, BOE 255/2002, de 24 de Octubre de 2002. EDJ 2002/44852. Ponente: Vives Antón, Tomás.
.- STC, Pleno, núm. 131/2010, de 2 de Diciembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 4511/1999. EDJ 2010/268825. Ponente: Aragón Reyes, Manuel.
.- STC, Pleno, núm. 132/2010, de 2 de Diciembre de 2010. Cuestión de inconstitucionalidad 4542/2010. EDJ 2010/268826. Ponente: Gay Montalvo, Eugeni.
.- STC, Sala 2ª núm. 144/2012, de 2 de julio de 2012. RTC 2012/144, Ponente: Rodríguez Arribas, Ramón.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Caso De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica. Sentencia de 18 junio 1971 (TEDH\1971\1)
- Caso Winterwerp contra Holanda. Sentencia de 24 octubre 1979 TEDH\1979\4
- Caso Guzzardi contra Italia. Sentencia de 6 noviembre 1980 TEDH\1980\7
- Caso X contra Reino Unido. Sentencia de 5 noviembre 1981. TEDH 1981\5

- Caso Luberti contra Italia. Sentencia de 23 febrero 1984 TEDH\1984\4
- Caso Ashingdane contra Reino Unido. Sentencia de 28 mayo 1985. TEDH\1985\74
- Caso Van der Leer contra Países Bajos. Sentencia de 21 febrero 1990. TEDH\1990\5
- Caso H.M. contra Suiza. Sentencia de 26 de febrero de 2002

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- A.P. de A Coruña, (Sección 4ª), auto núm. 86/2011, de 13 de julio.
- A.P. de A Coruña, (Sección 4ª), auto núm. 132/2011, de 29 de noviembre.
- A.P. de Asturias (Sección 5ª), auto núm. 446/2011, de 2 de diciembre.
- A.P. de Barcelona, (Sección 12ª), auto de 6 de julio de 1995.
- A.P. Barcelona, (Sección 16ª), auto núm. 342/96 de 24 de julio
- A.P. Barcelona (Sección 16ª), auto de 19/11/1996.
- A.P. Barcelona, (Sección 1ª), auto de 12/12/1997,
- A.P. Barcelona, (Sección 1ª), auto de 10/2/1998,
- A.P. Barcelona, (Sección 1ª), auto de 5/2/1999.
- A.P. Bizkaia, (Sección 3ª), auto núm. 3/2003, de 20 de enero,
- A.P. Bizkaia, (Sección 3ª), auto núm. 56/2003, de 20 de febrero.
- AP. Bizkaia. Sentencia de 14 de marzo, núm. 220/2008, de 2008,
- AP. de Cádiz (Sección 5ª), auto núm. 47/2010, de 16 de marzo
- A.P. Cádiz, (Sección 5ª), auto núm. 161/2012, de 18 de diciembre.
- A.P. de Castellón (Sección 1ª), auto núm. 85/2002, de 20 de marzo.
- A.P. de Castellón (Sección 3ª), auto núm. 141/2005, de 18 de marzo.
- A.P. de Córdoba (Sección 3ª), auto núm. 140/1999, de 14 de mayo.
- A.P. de Granada (Sección 3ª), auto núm. 242/2004, de 31 de marzo.
- A.P. de Granada (Sección 4ª), auto núm. 151/2002, de 12 de noviembre.
- A.P. de Huelva (Sección 1ª), auto núm. 55/2006, de 27 de febrero.
- A.P. de Huelva (Sección 1ª), auto núm. 19/2007, de 20 de marzo.
- A.P. de Huelva (Sección 1ª), auto núm. 17/2010, de 29 de marzo.
- A.P. de Huelva (Sección 1ª), auto núm. 45/2006, de 24 de julio.
- A.P. de Huelva (Sección 3ª), auto: núm. 80/2004, de 14 de septiembre.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª), auto núm. 20/2009, de 18 de marzo.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª), auto núm. 35/2009, de 8 de mayo.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª), auto núm. 45/2011, de 10 de junio.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª), auto núm. 66/2009, de 25 de septiembre.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª), auto núm. 52/2008, de 29 de septiembre.
- A.P. de Jaén (Sección 3ª), auto núm. 63/2010, de 3 de diciembre.
- A.P. de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3ª) auto de 8/5/2008.
- A.P. de La Rioja, núm. 155/1998, de 17 de marzo.
- A.P. de Madrid (Sección 22ª), auto núm. 166/2011, de 25 de mayo.
- A.P. de Madrid (Sección 22ª), auto núm. 245/2010, de 2 de julio.
- A.P. de Madrid (Sección 22ª), auto núm. 243/2011, de 18 de julio.
- A.P. de Madrid (Sección 22ª), auto núm. 337/2010 de 15 de octubre.
- A.P. de Madrid (Sección 24ª), auto núm. 336/2010, de 18 de marzo.
- A.P. de Madrid (Sección 24ª), auto núm. 809/2009, de 22 de julio.

- A.P. de Madrid (Sección 24ª), auto núm. 744/2008, de 26 de junio
- A.P. de Pontevedra, (Sección 1ª), auto 43/2011, de 24 de marzo.
- A.P. de Pontevedra, (Sección 1ª), auto núm. 84/2010, de 21 de abril.
- A.P. de Pontevedra, (Sección 1ª), auto núm. 140/2010, de 30 de junio.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 129/2011, de 16 de junio.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 133/2011, 21 de junio.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 207/2011, de 23 de junio.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 147/2011, de 8 de julio.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 188/2011, de 9 de septiembre.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 199/2011, de 16 de septiembre.
- A.P. de Pontevedra (Sección 6ª), auto núm. 218/2011, de 6 de octubre.
- A.P. La Rioja, auto núm. 3/2000, de 17 de enero.
- A.P. La Rioja, auto núm. 16/2002, de 18 de febrero.
- A.P. La Rioja, auto núm. 30/2000, de 29 de febrero.
- A.P. La Rioja, auto núm. 138/2002, de 30 de diciembre.
- A.P. de Segovia, auto núm. 76/2000 de 27 de marzo.
- A.P. de Sevilla (Sección 2ª), auto núm. 150/2012, de 29 de junio.
- A.P. de Sevilla (Sección 2ª), auto núm. 175/2003, de 31 de julio.
- A.P. de Sevilla (Sección 2ª), auto núm. 235/2012, de 15 de noviembre.
- A.P. Toledo, (Sección 2ª), auto núm. 265/2001, de 23 de mayo.
- A.P. de Toledo (Sección 1ª), auto núm. 1/2003, de 16 de enero.
- A.P. de Valencia (Sección 10ª), auto núm. 90/2003, de 7 de mayo.
- A.P. de Valencia (Sección 10ª), auto núm. 466/2009 de 16 de diciembre.
- A.P. de Valencia (Sección 11ª), auto núm. 31/2002, de 6 de mayo.
- A.P. Valladolid, (Sección 1ª), auto núm. 86/2006, de 3 de julio.
- A.P. Valladolid, (Sección 1ª), auto núm. 109/2005, de 29 de septiembre.
- A.P. Zaragoza, (Sección 5ª), auto núm. 449/2006, de 20 de Julio.
- A.P. Zaragoza, (Sección 5ª), auto núm. 450/2006, de 20 de julio.