

Trabajo de Final de Máster

**Máster Universitario en Rehabilitación
Psicosocial en Salud Mental Comunitaria**

*La tutela, medida de protección versus la Convención
de los derechos de las personas con discapacidad*

Autor: Francisco Alguacil Ojeda

Director/a: Daniel Pinazo Calatayud

Tutor: Catalina Vidales Rodríguez

Fecha de lectura: 14-10-2019



RESUMEN

Este TFM se centra en la repercusión que supone la modificación de la capacidad de los usuarios que padecen un trastorno mental grave (TMG) y como afecta en su proceso de rehabilitación psicosocial. En estas páginas se revisan las figuras de protección tuitiva que existen en nuestro sistema jurídico, para proteger y preservar los derechos fundamentales y la dignidad de los usuarios que padecen un trastorno mental grave (TMG) y se establece una comparación con el ámbito europeo. En virtud del texto de la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad (2006) que promueve el apoyo a la persona con discapacidad, para aquellas esferas en las que la enfermedad les limita la capacidad para ejercer sus derechos fundamentales. En contraposición a lo anterior, el enfoque de protección que se ofrece desde nuestra legislación a través de la asignación por sentencia de la figura tuitiva que se estime más adecuada para la salvaguarda de los intereses de la persona. Si bien en los últimos años se experimenta una adaptación a la convención en lo que a terminología se refiere, aún se recurre mayoritariamente al recurso tuitivo de la tutela, para la salvaguarda de los intereses de la persona.

Palabras clave: incapacitación, capacidad, Convención, tutela, curatela, rehabilitación psicosocial.

Abstract

This TFM focuses on the impact of the modification of the capacity of users suffering from a serious mental disorder (TMG) and how it affects their psychosocial rehabilitation process. These pages review the figures of guardianship protection that exist in our legal system, to protect and preserve the fundamental rights and dignity of users suffering from a serious mental disorder (TMG) and a comparison is established with the European level. Under the text of the New York Convention on Persons with Disabilities (2006) that promotes support for persons with disabilities, for those areas in which the disease limits their ability to exercise their fundamental rights. In contrast to the above, the protection approach offered by our legislation through the allocation by sentence of the guardian figure deemed most appropriate for the safeguarding of the interests of the person. Although in recent years there has been an adaptation to the convention as far as terminology is concerned, the tuition resource of the guardianship is still used mostly to safeguard the interests of the person.

Keywords: incapacitation, capacity, Convention, guardianship, curatorship, psychosocial rehabilitation

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	1
ABSTRACT	1
1. JUSTIFICACIÓN	4
2. HIPÓTESIS Y OBJETIVOS	5
3. METODOLOGÍA	6
4. MARCO TEÓRICO	7
4.1. Capacidad	7
4.1.1. Capacidad jurídica	7
4.1.2. Capacidad de obrar	8
4.2. Convención de Nueva York sobre derechos de personas con discapacidad	9
4.2.1. Capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica	10
4.2.2. Adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención	10
4.2.2.1. Medios de protección a personas discapacitadas	10
4.3. Procedimiento de modificación de la capacidad	12
4.3.1. Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)	12
4.3.2. Ley de Jurisdicción Voluntaria	13
4.4. Incapacitación e internamiento	13
4.4.1. La incapacitación	13
4.4.1.1. Garantías del proceso de incapacitación	14
4.4.1.2. Derechos vulnerados por el proceso de incapacitación	14
4.4.1.3. La autotutela	16
4.4.1.4. La tutela	16
4.4.1.5. La curatela	16
4.4.1.6. Guarda de hecho y defensor judicial	17
4.4.2. El internamiento	17
4.5. Entre la incapacitación y la rehabilitación psicosocial	18
4.5.1. Estigma y discriminación	18
4.5.1.1. Implicaciones en el usuario y en su entorno próximo. Problemas éticos	19
4.5.1.2. Dignidad humana versus incapacitación (carácter antiético del tratamiento médico forzado)	20
4.5.2. La rehabilitación psicosocial en salud mental frente a la incapacitación	22
4.5.2.1. Contribución del usuario e implicación de las familias en la recuperación	22
4.5.2.2. La figura del trabajador social	23

4.5.2.3. Programas de intervención psicosocial	24
4.6. Situación legislativa actual respecto a la incapacidad	25
4.6.1. El proceso de modificación de la capacidad jurídica en la legislación europea	25
4.6.1.1 Evolución del sistema jurídico en España	25
4.6.1.2 La otra mirada del proceso de modificación de la capacidad jurídica: el sistema legislativo europeo	27
5. DISCUSIÓN	31
6. CONCLUSIONES	38
7. REFERENCIAS	41
8. ANEXOS	47
8.1. Cuestionarios de autodiagnóstico	47
8.1.1. Modelo de cuestionario de autodiagnóstico para usuarios	47
8.1.2. Modelo de cuestionario de concienciación de las familias	48
8.2. Decálogo para usuarios y familias	49

ÍNDICE DE FIGURAS

<i>Figura 1.</i> Situación jurídica de los usuarios. Fuente: elaboración propia	32
<i>Figura 2.</i> Usuarios según el género. Fuente: elaboración propia.....	33
<i>Figura 3.</i> Relación de usuarios con medidas tuitivas clasificados por sexo y edad. Fuente: elaboración propia	33
<i>Figura 4.</i> Diagnóstico principal. Fuente: elaboración propia.....	34
<i>Figura 5.</i> Figuras tuitivas aplicadas. Fuente: elaboración propia.....	34
<i>Figura 6.</i> Datos sociodemográficos y medidas tuitivas. Fuente: elaboración propia.....	35
<i>Figura 7.</i> Ejercicio del cargo tuitivo. Fuente: elaboración propia.....	35
<i>Figura 8.</i> Promotor de la demanda. Fuente: elaboración propia	36
<i>Figura 9.</i> Vínculos familiares. Fuente: elaboración propia.....	36
<i>Figura 10.</i> Visitas de usuarios. Fuente: elaboración propia	36

1. JUSTIFICACIÓN

El término de Trastorno mental grave (TMG) engloba diversos tipos de alteraciones del ser humano que implican una discapacidad. La definición más consensuada es la del Instituto Nacional de Salud Mental de EEUU (NIMH, 1987), que engloba tres aspectos: un diagnóstico en el que se detectan trastornos de personalidad; la duración de la enfermedad, según la cual el tiempo de duración ha de superar los dos años; presencia de discapacidad o disfunción que afecta al ámbito social, laboral y entorno más próximo

Bajo este epígrafe se incluye un amplio grupo de personas con características heterogéneas, desde trastornos psiquiátricos agudos, trastornos de personalidad, psicosis, depresiones en mayor o menor grado de intensidad, que afectan a la vida saludable del paciente, hecho que se deriva en una falta de autonomía, o en una necesidad de apoyo o supervisión. Asimismo, el enfermo de salud mental puede llegar a descuidar su autocuidado, mostrar incapacidad para sobrellevar determinados aspectos de la vida diaria, presentar una falta de habilidades sociales o interpersonales, que afectan al ámbito personal y laboral.

Más allá de las consecuencias derivadas de la enfermedad, se deben tener en cuenta los factores externos que afectan a la estabilidad emocional del usuario, en el ámbito social, puesto que con frecuencia estas personas sufren el estigma, la marginación, que contribuye a su aislamiento y exclusión social, que repercute a posteriori, en el caso de una recuperación del estado de salud mental, en una mayor dificultad de integración social y laboral.

Por otra parte, las familias y allegados recurren a la incapacitación del enfermo mental como recurso para solucionar el “problema”. Con mucha frecuencia, tal como se ha podido constatar mediante la estancia en prácticas llevada a cabo en un centro de salud mental, a estas personas se las excluye y se les designa un tutor que asume las funciones de representante del enfermo afectado a todos los niveles. Este hecho priva la libertad y la autonomía del paciente, toda vez que vulnera los derechos fundamentales, además de dificultar su posterior rehabilitación psicosocial.

Como trabajador social, y como resultado, por consiguiente, de la estancia en prácticas, en este TFM se parte de una doble motivación, personal y profesional. En cuanto a la primera, la motivación personal, el hecho de excluir y estigmatizar a un usuario con trastorno mental grave en adelante (TMG) desde la rehabilitación psicosocial le ayudamos a que recupere su proyecto vital, supone anular el derecho a una vida digna, en libertad y autonomía. Se debería dejar de incidir en el aspecto negativo, tanto por parte de los familiares y allegados, como por parte de los profesionales de la salud, que con frecuencia en la elaboración de informes

destacamos en exceso los aspectos negativos, más que los avances, la importancia del internamiento en un centro para que descansa la familia cansada de sentirse sola y culpable cuando no consigue que su familiar asuma la ingesta del tratamiento prescrito, en lugar de focalizar y resaltar lo positivo por los logros obtenidos en el proceso de rehabilitación, por pequeños que estos sean. Desde esta perspectiva, la motivación profesional lleva a plantear en este TFM un estudio y reflexión sobre la modificación de la capacidad judicial de usuarios con TMG. Al mismo tiempo, se pretende reflexionar, a través de las situaciones de los usuarios, sobre el grado de cumplimiento de los criterios que se contemplan en el sistema jurídico español, para designar medidas tuitivas, como la tutela (en la mayor parte de las ocasiones) o la curatela, así como valorar la adaptación a los principios de la Convención sobre las personas con discapacidad, que precisan más de un apoyo y rehabilitación psicosocial que garantice una inserción social futura, que no una exclusión definitiva, que priva el derecho a una vida digna, puesto que tal como figura en la constitución de la Organización Mundial de la salud (1964): “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.

2. HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

En este TFM se parte de la hipótesis previa que la tutela predomina en lugar de la curatela en el sistema de protección tuitiva actual respecto al usuario con TMG. Para demostrar esta hipótesis se parte de un objetivo general: reflexionar sobre el sistema tuitivo actual mediante una aportación práctica destinada al trabajador social, el usuario y las familias.

Este objetivo general se desarrolla mediante diversos objetivos específicos, en concreto:

- revisar la normativa legislativa vigente sobre modificación de capacidad de obrar.
- reflexionar sobre la terminología existente en materia de discapacidad, incapacidad y figuras de protección al discapacitado.
- reflexionar sobre el concepto de estigma y la vulneración de los derechos humanos
- reflexionar sobre los problemas éticos y dilemas morales que se generan en el proceso de incapacitación del usuario
- contribuir a fomentar la rehabilitación psicosocial como alternativa a la incapacitación, mediante la implicación de los usuarios, de las familias y del trabajador social.

3. METODOLOGÍA

En este trabajo de investigación se ha partido de una metodología mixta, es decir, se ha aplicado una metodología cualitativa, mediante un enfoque bibliográfico, en el que se han asimilado los estudios científicos más recientes de los especialistas en ámbitos de la modificación de la capacidad judicial y discapacidad, así como artículos y aportaciones de juristas en materia legislativa. A fin de cohesionar este estudio bibliográfico, se ha recurrido, asimismo, a las fuentes directas de las leyes vigentes, como el Código Civil, la Constitución española, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y el texto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este estudio bibliográfico se ha podido llevar a cabo a partir del acceso a repositorios y bases de datos, como es el caso de Latindex, Redalyc, Dialnet, así como Vlex, base de datos en materia de jurisprudencia y CENDOJ, repositorio de documentación judicial. Asimismo, se ha accedido a la consulta de los informes elaborados por organismos públicos, como la Fiscalía, la Consellería, el Ministerio de Sanidad y Consumo y Bienestar social, en colaboración con el Instituto Nacional de Estadística.

Por otra parte, en el apartado de la aportación práctica se ha empleado una metodología cuantitativa y mediante el uso de estadística descriptiva en el apartado de la discusión o aportación práctica, mediante el análisis de la información obtenida a través de las historias clínicas y sociales de los usuarios que han permitido a la elaboración de gráficos, que son el resultado de la valoración de dichos informe de los usuarios residentes en un centro de salud mental.

La metodología llevada a cabo en el TFM, por consiguiente, ha permitido estructurar la investigación en dos grandes bloques: en primer lugar, un bloque teórico, en el que se han delimitado los conceptos de capacidad jurídica, capacidad de obrar, incapacitación, figuras tuitivas, así como las consecuencias que se derivan de la incapacitación, mediante el internamiento. En esta delimitación conceptual se ha valorado la aportación de las diferentes leyes que se aplican en el procedimiento de modificación de la capacidad, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Convención, a fin de valorar en qué medida se cumplen en la práctica actual. En segundo lugar, tras delimitar las consecuencias e implicaciones de la incapacitación, se ha reflexionado sobre el estigma y la discriminación como un problema para el discapacitado, puesto que la incapacitación afecta a la dignidad de las personas y vulnera los derechos fundamentales. De esta valoración social y de implicación ética del proceso de incapacitación se deriva la necesidad de considerar la

rehabilitación psicosocial y la aportación del trabajador social como eje vertebrador de cohesión de los usuarios y las familias.

Después de este planteamiento teórico sobre las implicaciones de la incapacitación del usuario en su entorno más próximo, se ha llevado a cabo un estudio comparativo del sistema legislativo español en el conjunto de Europa, a fin de valorar que la situación legislativa en España se aleja del sistema de aplicación de figuras tutelares en países como Alemania o Austria, que, a diferencia de España, aplican los criterios de la Convención a fin de centrar la atención en cada situación concreta del usuario, en lugar de recurrir a la tutela como medida más drástica.

En el segundo bloque del TFM se ha llevado a cabo una discusión en la que se ha reflexionado sobre los datos obtenidos en materia de incapacitación en el centro de la estancia de prácticas.

4. MARCO TEÓRICO

4.1. Capacidad

Antes de profundizar en aspectos referentes a la modificación de la capacidad judicial conocida como “incapacitación” y abordar un enfoque teórico desde el punto de vista diacrónico de cómo ha evolucionado jurídicamente el proceso de incapacitación, conviene partir de una definición del concepto en el plano afirmativo, es decir, definir el término de “capacidad”. Según el diccionario de la RAE, en una de las acepciones, la capacidad se explica en dos ámbitos: la “capacidad de obrar” y la “capacidad jurídica”. Respecto a la primera, la capacidad de obrar es la “aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación”, mientras que la capacidad jurídica es la “aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones”.

Ambos conceptos, tanto capacidad jurídica como capacidad de obrar pertenecen a la disciplina jurídica actual, aunque presentan influencias de la tradición romana.

4.1.1. Capacidad jurídica

De acuerdo con el art. 30 del Código Civil, la capacidad jurídica se considera como la aptitud para ser titular de derechos subjetivos y de deberes jurídicos, acepción que es equivalente al concepto de “personalidad”. Así, pues, cualquier persona posee intrínsecamente desde el nacimiento esta y de este modo, toda persona, por el hecho del nacimiento, tendrá capacidad jurídica. Según Esbec (2012), la capacidad jurídica se entiende en estos términos:

La “capacidad jurídica” es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica es, en tal sentido, un atributo o cualidad esencial de ella. (p. 4)

De acuerdo con esta delimitación anterior, esta característica de la persona, la capacidad jurídica, se manifiesta desde el nacimiento hasta la muerte, por lo que de ninguna manera puede privarse de esta condición (Bretón, Fernández Rodríguez y Guerra, 2017); en caso de limitarse esta capacidad, se estaría atentando contra la dignidad humana. Así, pues, la capacidad jurídica no puede estar sujeta a limitaciones, puesto que es la misma para todas las personas.

4.1.2. Capacidad de obrar

Un sentido diferente, según el Código Civil, asume el concepto de “capacidad de obrar”, en tanto que “aptitud” o “capacidad” para asumir derechos y obligaciones, o “idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones” (Esbec, 2012, p. 4); por ejemplo, ser capaz de dictar testamento, casarse, etc., la cual no se manifiesta por igual en todas las personas que, en cambio, sí que poseen intrínsecamente la capacidad jurídica.

Como característica esencial de la capacidad de obrar, pues, conviene resaltar que esta capacidad se manifiesta en diferente grado e intensidad según el tipo de persona, estará sujeta a una acreditación o evaluación, debidamente justificada, por lo que es posible establecer diferentes grados de la capacidad de obrar, que corresponden a los diversos estados civiles y que están asociados, según el Código Civil a factores como la edad, la nacionalidad de origen y la incapacitación. El Código Civil argumenta que la capacidad plena es el estado más amplio (art. 322), que corresponde a la persona mayor de edad.

Así, pues, es evidente que la capacidad de obrar, a diferencia de la capacidad jurídica, sí que admite grados (Fernández de Buján, 2011), y es susceptible de limitarse, sobre todo, por dos motivos: por la minoría de edad y por incapacitación. En este sentido, hay que destacar que el mayor de edad presenta una mayor capacidad de obrar que el menor. De manera equivalente, la incapacitación supone una privación o limitación del autogobierno (Ferreirós, 2017).

A causa de la limitación evidente del autogobierno de las personas hay que destacar la aprobación de 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 (BOE núm. 77), a partir de la cual en el Código Penal se alude a la persona incapacitada como “persona con discapacidad

necesitada de una especial protección”, y el proceso de la incapacitación como “procedimiento de modificación de la capacidad”.

Mediante la aprobación de esta ley se alcanzaron cambios significativos orientados a la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, puesto que se superaron términos inapropiados como “minusvalía”, “incapaz” por “discapacidad” o “persona discapacitada necesitada de especial protección”. Del mismo modo, se aprobaron unas medidas de seguridad destinadas a aquellas personas que presentan trastornos de salud mental, que pueden llegar a considerarse como no responsables desde el punto de vista penal; en este sentido, se argumentó que era posible conceder una demora en el proceso judicial a estas personas, por tratarse de ciudadanos en potencia “peligrosos” desde el punto de vista social.

4.2. Convención de Nueva York sobre derechos de personas con discapacidad

Cabe decir que existe una ley que ha supuesto un cambio radical respecto a la consideración otorgada a las personas con discapacidad: se trata de la Convención de Nueva York (CIDPD o la Convención), que tuvo lugar el 13 de diciembre de 2006 y que supuso una revisión de la legislación vigente hasta el momento sobre los derechos de las personas con discapacidad. Este acuerdo, que fue ratificado por España el 23 de noviembre de 2007, parte del objetivo de garantizar la igualdad plena de toda la sociedad, así como incentivar el respeto por la dignidad intrínseca de todas las personas, tal como se argumenta en el art. 1: “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”.

De esta manera, desde la Convención se garantizaba que se pudiera dar solución de manera más eficaz a los problemas de las personas que sufrían discapacidad, a la vez que se permitía promover sus derechos a todos los niveles, ya que no existía con anterioridad una protección jurídica para garantizar los derechos humanos de estas personas.

Como resultado de la aplicación de la Convención, por tanto, asistimos a un nuevo enfoque de la discapacidad, puesto que deja de considerarse como un estado civil, que según Castro y Bravo (1952, p. 708) son “cualidades jurídicas de las personas” (casados, menores de edad, etc.). En este sentido, las personas discapacitadas no se han de considerar en ningún modo miembros de un “grupo de personas”, como aún remarcaba de manera inadecuada la Sentencia del TS de 29 de abril de 2009, puesto que las consecuencias que se derivan de la discapacidad no se deben imponer a quienes la sufren, sino a las personas cercanas a estas, que deben permitir que las personas discapacitadas gocen de una vida plena a todos los niveles.

4.2.1. Capacidad jurídica y ejercicio de la capacidad jurídica

Según el acuerdo de la Convención de Nueva York, el art. 12 incide en la capacidad jurídica y en el ejercicio de la misma. Este artículo argumenta la igualdad de las personas discapacitadas, en el sentido que tienen derecho a que se les reconozca su personalidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La Convención diferencia entre capacidad de obrar y ejercicio de la capacidad de obrar, que según Guilarte (2015) no implique valorar la capacidad de las personas, sino que constate la necesaria aplicación de los apoyos a estas personas que, en cualquier caso, serán revisados y supervisados en función de las necesidades por parte de la autoridad competente.

Con esta distinción entre el mero hecho de disponer de capacidad de obrar y estar en facultades de ejercerla, la Convención supone un punto de inflexión decisivo en la legislación de los estados firmantes, que deberán modificar las leyes a fin de impedir que se infrinjan los derechos humanos en detrimento de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas, así como impedir que se antepongan los intereses personales por parte de quien ostente el cargo de tutela de las personas incapacitadas. Así, pues, la Convención establece unas garantías a fin de asegurar el “apoyo” (Pau, 2018) a quienes experimentan una modificación de su ejercicio de capacidad de obrar. En este sentido, y según argumenta Guilarte (2015) en el ordenamiento jurídico español impera el binomio capacidad jurídica/capacidad de obrar, que queda superado en virtud del acuerdo de la Convención, mediante una nueva acepción de la capacidad jurídica con posibilidad de evaluarse según diferentes grados o estadios en el desempeño de la misma.

4.2.2. Adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención

4.2.2.1. Medios de protección a personas discapacitadas

Los medios de protección para las personas discapacitadas se dividen en: medios de protección social, que incluyen prestaciones que proporciona el Estado, y medios de protección civil, en los cuales destacan los cargos tutelares, cuya finalidad es asegurar la protección a las personas cuya capacidad de obrar es limitada o modificada judicialmente.

✓ Medios Sociales

Si partimos de la premisa que la finalidad de cualquier país es asegurar un estado de bienestar de toda la sociedad, los servicios sociales velan por asegurar que todas las personas gocen de idénticos derechos que fomenten la integración social, con atención a las personas

discapacitadas, que deben alcanzar su reinserción social, tal como promueve la CIDPD. A este fin, cabe destacar el texto que unifica la legislación existente con anterioridad respecto a los discapacitados, según el mandato de la Ley 26/2011 de 1 de agosto. Se trata del Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre (BOE núm. 289), que se cohesiona en tres pilares fundamentales: derechos y obligaciones; igualdad de oportunidades y no discriminación; infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en temas como: prestaciones sociales y económicas, protección de la salud, atención integral, derecho a la educación, derecho a la vida independiente, derecho al trabajo, a la protección social y derecho a la participación en los asuntos públicos.

Por otra parte, 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. 299), conocida como “ley de dependencia” tiene por objeto:

regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes. (art. 1.1, p. 8)

En el ámbito de los medios de protección social, en la vertiente legislativa, cabe mencionar algunas leyes que, con anterioridad a la Convención de Nueva York, ya imperaban en el sistema legislativo español, como es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [LIONDAU] BOE núm. 289).

✓ Medios Civiles

En este apartado de los medios civiles cabe destacar los estados civiles, entre los que el sistema jurídico español destaca el estado de incapaz, total o parcial. En primer lugar, conviene remarcar que el estado civil engloba una serie de circunstancias personales a las que el sistema jurídico ha otorgado derechos y obligaciones, como es el matrimonio, la nacionalidad, la vecindad civil, la filiación o la incapacidad. De hecho, la incapacitación o la modificación judicial de la capacidad permite cambiar el estado civil de las personas, de capaz a incapaz, siempre en virtud de la graduación que establezca el juez sobre este estado, según la persona tenga la capacidad más o menos limitada (LEC, art. 30).

Otro de los medios civiles que permite el sistema jurídico actual es la existencia de patrimonios protegidos para personas con discapacidad, según la 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 [LPPPD] (BOE 277); esta ley introduce la opción de crear patrimonios jurídicos, tal como se evidencia en la exposición de motivos II, es decir, a las personas que sufren una discapacidad se verán protegidas mediante la creación de un patrimonio de protección, que permite que la ayuda económica al discapacitado no sea sufragada solo por el Estado o por la familia, sino “con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse”.

4.3. Procedimiento de modificación de la capacidad

4.3.1. Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)

Si partimos del hecho que, según el art. 199 del Código Civil, ninguna persona puede declararse incapacitada si no existe previamente una sentencia judicial, la LEC, de 7 de enero de 2000, sobre todo en el cap. II, trata sobre los procesos de la capacidad de las personas, de acuerdo con los art. 756 y ss. del Código Civil, según el cual es competencia del juez conocer los procesos de modificación de la capacidad de las personas. A fin de iniciar el proceso se debe contar con la participación activa de la persona que se ha de declarar incapaz, el cónyuge, los ascendientes y descendientes, los hermanos (art. 757.1 LEC) y el Ministerio Fiscal (art. 757.2 LEC).

En lo referente al proceso judicial previo a declarar la incapacitación (art. 759.1 LEC), teniendo en cuenta los informes periciales que se consideren oportunos. Las medidas que se adopten en su caso serán las que el juez considere necesarias para la protección de la persona presuntamente incapaz. En la sentencia se nombrará a la persona que se solicite para la modificación de la capacidad, así como a quien deba velar por esta persona, como es el caso del tutor o el curador.

Es así, pues, que se argumenta que el contenido de la sentencia puede ser constitutivo o declarativo; en este último caso, la persona ya tendría una capacidad incompleta y los actos que hubiera llevado a cabo con anterioridad serían anulables. Si, por otra parte, la sentencia es de carácter constitutivo, con anterioridad a esta la persona estaría en situación de insuficiente capacidad de obrar a causa de la enfermedad, con lo cual sus actos previos a la sentencia serían nulos.

A pesar de que tras la aprobación de la Convención, se esperaría que la sentencia de modificación de la capacidad de las personas fuera más individualizada y más personalizada,

atendiendo a cada caso concreto, en la práctica judicial se declara la capacidad modificada en grado total o parcial, si bien anteriormente se apuntaba más por la incapacitación total.

4.3.2. Ley de Jurisdicción Voluntaria

La Ley de jurisdicción Voluntaria (LJV), de 2015 (BOE núm. 158) se adapta a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, según la cual se modifica la terminología, en la que se cambian los términos de “incapaz” o “incapacitación” y se sustituyen por el de “capacidad modificada judicialmente”. Esta Ley de jurisdicción Voluntaria se redacta, por consiguiente, de acuerdo con los principios de la Convención, por lo que se refiere a los términos antes mencionados, en lugar de “incapacitación”; además, esta ley sustituye el término de “incapaz” por el de “discapacitado”.

Esta ley tiene el origen en el art. 117 de la Constitución española, donde se argumentan las funciones del juez, como es el caso de garantizar los derechos que son intrínsecamente atribuibles por ley a cualquier persona (art. 117.4). La LJV se aplica a aquellos casos en los que, aun no existiendo un enfrentamiento entre las partes implicadas, se requiere la intervención de un juez.

Sobre el contenido de esta LJV, en el Título II se regulan los derechos de las personas, en lo referente a las cuestiones de tutela, curatela y guarda de hecho, el defensor judicial y las medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad. Respecto a la tutela y a la curatela, esta ley declara que se consideren en sede de jurisdicción voluntaria, siguiendo el criterio del domicilio o residencia habitual de la persona (García Alguacil, 2016).

4.4. Incapacitación e internamiento

4.4.1. La incapacitación

En la vertiente opuesta al grado de capacidad plena, cabe mencionar el grado inferior, según el Código Civil: la incapacidad, que alude al hecho de que la persona no es apta para ejercer sus propios derechos subjetivos y deberes jurídicos, por lo que necesita de un tutor legal (art. 267 del Código Civil).

En este punto conviene partir de la delimitación entre los conceptos de “discapacidad” e “incapacitación”, en el sentido de que el primero alude a una situación administrativa, mientras que el segundo, la incapacitación, es un estado civil, que resulta de la aplicación de una sentencia (Fernández de Buján, 2011).

Se entiende que están incapacitadas las personas que no pueden testar (art. 663 del Código Civil), si bien no existe contra estas una declaración de incapacidad. Como consecuencia de

la aplicación de la sentencia de modificación de la capacidad, destacar que el sistema jurídico español, en el art. 3.1.b) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Sistema Electoral General (LOREG) ordenaba a estas sentencias pronunciarse expresamente sobre el derecho de sufragio de la persona. Es así, pues, que se argumentaba que el contenido de la sentencia podía ser constitutivo o declarativo; en este último caso, la persona ya tendría una capacidad incompleta y los actos que hubiera llevado a cabo con anterioridad serían anulables. Si, por otra parte, la sentencia era de carácter constitutivo, con anterioridad a esta la persona estaría en situación de insuficiente capacidad de obrar a causa de la enfermedad, con lo cual sus actos previos a la sentencia serían nulos.

La situación de incapacidad en las personas puede afectar a quienes se les ha aplicado una sentencia firme, por lo que nadie puede ser declarado incapacitado sin una previa sentencia judicial (art. 199 redactado por Ley 13/1983, 24 octubre), de reforma del Código Civil en materia de tutela). También se aplicará la incapacitación a las personas que cumplen una condena, según el art. 428.2 del Código Penal; a los incapacitados de hecho (art. 303 del Código Civil); a quienes no pueden llevar a cabo un acto concreto (art. 745 del Código Civil); finalmente, a las personas que experimentan una discapacidad, en términos generales.

4.4.1.1. Garantías del proceso de incapacitación

Como ya se ha comentado en el punto anterior, la incapacitación, que implica la existencia de un tutor, es una medida imprescindible para las personas que no pueden gobernarse por sí mismas; es decir, es un procedimiento en beneficio siempre de la persona que experimenta limitaciones en su capacidad de obrar (art. 289 del Código Civil redactado por Ley 13/1983, 24 octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela).

Hay que tener en cuenta en este punto que el proceso de incapacitación no redundará en beneficio de los familiares, a ningún nivel. Así, pues, no se puede someter a una persona que sufre estas limitaciones a realizar determinados actos para los que no se encuentra en plena capacidad.

4.4.1.2. Derechos vulnerados por el proceso de incapacitación

Sobre la totalidad de los derechos de las personas con discapacidad, cabe resaltar que en el proceso de la incapacitación se acaban vulnerando unos derechos esenciales de las personas, que ya quedan recogidos en virtud de la aprobación de la Convención, si bien en el sistema jurídico español, anteriormente, se habían visto anulados; es el caso del derecho al voto, el

derecho a la libertad reproductiva, el derecho a testar y el derecho a elegir libremente el lugar de residencia, entre otros.

Respecto al derecho al sufragio, este se reconoce de acuerdo con la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad (BOE núm. 147). De acuerdo con esta ley, en el preámbulo se reconoce el objetivo de “garantizar la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con discapacidad”, puesto que el derecho al voto es la máxima representación del compromiso de una sociedad democrática.

Asimismo, otros derechos inalienables, además del derecho al voto, es el derecho a testar, siempre que el notario acredite que el testador es capaz de expresar lúcidamente su voluntad (Españeira, 2015); derecho a heredar, de manera que la partición de la herencia no sea perjudicial para el incapaz; derecho al trabajo, en virtud del art. 269.3 del Código Civil que exige al tutor velar por la reinserción laboral del incapacitado; derecho a contraer matrimonio, según el art. 56 del Código Civil, si en el momento de contraer matrimonio el incapaz presenta lucidez mental mediante certificación médica; derecho a recibir información médica y, en contrapartida, respetar la voluntad de la persona afectada en caso contrario.

Además de los derechos apuntados anteriormente, y respecto a la salud sexual y reproductiva del incapacitado, se debe remarcar que la esterilización, como técnica anticonceptiva, en virtud de la Ley Orgánica 3/89 de 21 junio de actualización del Código Penal, se explicita la facultad de esterilizar a una persona sometida a tutela, como medida no punible, si así lo autoriza el juez, en casos graves y con riesgo para la salud, siempre que no exista otra medida menos lesiva (art. 156 del Código Penal). Asimismo, se reconoce en la mujer incapacitada el derecho a la interrupción del embarazo, en virtud del art. 144 del Código Penal (BOE núm. 281) y de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 55), que en el art. 13 evidencia la necesidad de llevar a cabo la interrupción del embarazo, siempre con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, en el período de las primeras 14 semanas de embarazo; nunca se podrá interrumpir la gestación cuando se superen las 22 semanas, salvo en casos excepcionales de riesgo para la salud de la mujer o del feto, y siempre debe explicitarse en un informe médico.

4.4.1.3. La autotutela

En las circunstancias anteriormente descritas, en las que el incapacitado carece o encuentra limitaciones en su capacidad de obrar, hay que tener en cuenta que la curatela se caracteriza por ser un órgano estable, que no actúa de manera fija, sino que complementa la capacidad de la persona que necesita un complemento para llevar a cabo sus actos. Por otra parte, la tutela se aplica en casos en los que se carece de capacidad y la persona que experimenta esta situación necesita de una representación. En ambos casos no se tratará de optar por medidas discriminatorias, sino adaptadas a cada situación personal. La medida más drástica, por tanto, será la tutela.

4.4.1.4. La tutela

Este término alude al caso en el que la persona que se encuentra incapacitada necesita de un representante legal de manera permanente. En este sentido, el tutor asignado a esta persona se encargará de protegerla y de administrar sus bienes. La condición de la tutela protege también a los menores no emancipados que no tengan patria potestad, a aquellos que tienen la patria potestad prorrogada y a los menores en condición de desamparo (art. 222 del Código Civil). Los padres pueden determinar por testamento o documento firmado ante notario qué personas pueden ser tutores de los hijos menores o que sufren una incapacidad (art. 223 del Código Civil). Además, cualquier persona que pueda prever que en un futuro podrá tener una capacidad modificada desde el punto de vista jurídico, podrá designar a un tutor.

El nombramiento del tutor lo llevará a cabo el juez (art. 234.1. del Código Civil), teniendo en cuenta que esta responsabilidad puede recaer tanto en la persona que designe el propio incapacitado como el cónyuge, los padres, las personas designadas por los padres en su testamento, o los descendientes que designe el juez.

La tutela es el régimen más drástico de protección a personas que sufren una limitación de la capacidad de obrar, puesto que la voluntad de estas personas queda muy limitada y suplida por el tutor. Este término de tutela, como consecuencia de la aplicación de la Convención, en el art. 12, se sustituirá, en el Anteproyecto de Ley, por el de “apoyo intenso” (García Alguacil, 2016, p. 143), que tendrá como objetivo primordial la protección de los intereses del incapacitado.

4.4.1.5. La curatela

La curatela, a diferencia de la tutela ya comentada, implica un régimen de permanencia, pero no sustituye la voluntad del incapacitado, sino que supone el apoyo y protección a la persona que experimenta limitaciones en su capacidad de obrar; esta persona protegerá al

incapacitado en aquellos actos que estén evidenciados en la sentencia judicial aplicable a la situación concreta de la persona (art. 289 del Código Civil).

La asignación de tutela o de curatela para las personas con capacidad modificada judicialmente dependerá de la evaluación del juez. Así, pues, cualquier acto que lleve a cabo la persona con capacidad modificada judicialmente sin intervenir el curador, será anulado (art. 293 del Código Civil).

En la actualidad, la Convención (en concreto, en su art. 12 sobre los derechos de las personas con discapacidad) remarca la necesidad de adoptar medidas y apoyos concretos adaptados a las personas con discapacidad, que le permitan ejercer su capacidad jurídica, por lo que la medida de protección que mejor puede apoyar a estas personas es la curatela, toda vez que el curador es un representante que no sufre al discapacitado, sino que le asiste en los casos en los que se considere necesario.

4.4.1.6. Guarda de hecho y defensor judicial

Esta figura se aplica en casos en los que la persona afectada por discapacidad no requiera tutela ni curatela, sino una persona que se encargue de informar, guiar, en virtud del art. 303 del Código Civil (BOE núm. 206), o administrar los bienes; en ningún caso el guarda de hecho es un representante legal, ni sustituye a la persona discapacitada en negocios patrimoniales. Esta figura se puede extinguir en virtud de modificación de la sentencia, fallecimiento o sustitución judicial.

Otra de las figuras de apoyo a la persona discapacitada es el defensor judicial, en virtud de los art. 299 a 302 del Código Civil. Esta figura, que puede designarse junto a la tutela o la curatela, es de carácter temporal y debe ser concedida por el juez. El fin último de esta figura es ejercer apoyo y protección a la persona incapacitada, cuando existe un conflicto de intereses entre incapacitados y representantes legales, o bien en casos en los que el tutor o curador no cumplen con las funciones que les han sido asignadas.

4.4.2. El internamiento

El internamiento, o reclusión de un enfermo mental en un centro sanitario, supervisado por una prescripción médica, debe ser previamente autorizado por una sentencia dictada por un juez y ha de estar sometido a un progresivo control, a fin de proteger la salud del enfermo.

La Ley 13/1983 de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela (BOE núm. 256) establece que en el caso de los internamientos psiquiátricos:

El Internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que por razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta antes al Juez, y en todo caso dentro del plazo de 24 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.

El internamiento, que supone una privación de la libertad del enfermo, debe ser autorizado por el juez, por lo que la STC 141/2012, de 2 de julio 2012 explicita que los internamientos deben cumplir con los principios de necesidad y proporcionalidad, siempre teniendo en cuenta las necesidades que justifican el ingreso desde el punto de vista médico.

De acuerdo con el art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil existen dos tipos de internamientos, en función de la urgencia: el internamiento ordinario y el internamiento urgente. En el primero de los casos, el internamiento ordinario es de tipo voluntario y se caracteriza por el hecho de que existe una tercera persona que solicita ante el juez el internamiento (Castellano, Mingorance, Gassó, 2003). En el caso del internamiento urgente (forzoso) se lleva a cabo por el facultativo correspondiente y en el plazo de 24 horas debe comunicarse al tribunal, que ratificará el internamiento en un plazo de 72 horas.

Ambos tipos de internamiento cumplen con las indicaciones del art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De acuerdo con esta Ley, antes de ratificar el internamiento, se deberá escuchar a la persona afectada, y a cualquier persona próxima a esta, ante el Ministerio Fiscal y ante el juez. El tribunal examinará a esta persona, que podrá disponer de defensa, según el art. 758 de la LEC, y emitirá un informe periódico, normalmente cada seis meses, sobre la necesidad de mantener el internamiento o proceder al alta de la persona internada, pero siempre debe prescribirse el internamiento forzoso de una persona que sufra un trastorno grave de salud mental partiendo del principio de salvaguardar la dignidad de la persona en su beneficio y en el de las personas de su entorno próximo.

4.5. Entre la incapacitación y la rehabilitación psicosocial

4.5.1. Estigma y discriminación

Cuando se alude al concepto de TM, de manera objetiva, el DSM-V lo considera como: un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental. Habitualmente, los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o a una discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes. (DSMV, 2014)

Si reflexionamos sobre esta definición, es obvio que refleja una situación nada fácil de entender y canalizar para la totalidad de la sociedad, que con frecuencia encuentra dificultades a la hora de entender qué es un trastorno mental o qué características se evidencian en las personas que lo padecen.

A este respecto, de la dificultad de entender la relevancia social de un trastorno mental, y tal como argumenta Aguilar (2014) desde el punto de vista diacrónico ha existido una tendencia a asociar la enfermedad mental a una causa de origen diabólico, consideración que se manifestaba en miedo a la hora de acercarse a las personas que padecían un trastorno mental.

Es evidente que el estigma y, por consiguiente, la discriminación, son piedras de toque con las que se encuentran las personas que sufren un trastorno mental. Si bien es cierto que a lo largo de la historia se ha ido evolucionando en el trato hacia estas personas, por parte de diversas organizaciones y colectivos, a nivel social, a la hora de enfrentarnos a un trastorno mental, con frecuencia se recurre a entender esta situación como hartamente compleja, por lo que es frecuente, en lugar de analizar la situación, evitar este esfuerzo cognitivo, que según Douglas (2005) nos permiten generar una interpretación práctica y rápida, mediante una estrategia que, de acuerdo con Arnaiz y Uriarte (2006) es el recurso a crear estereotipos, que son instrumentos prácticos para categorizar a un determinado grupo de personas o categorías sociales, sin tener en consideración cada caso o circunstancia concreta.

La tendencia habitual en la sociedad es considerar que estas personas son impredecibles, peligrosas y comportamientos sociales inadecuados; el resultado consiguiente implica evitar el contacto con estas personas que sufren el trastorno mental, sin tener en cuenta todos los condicionantes, estados y evolución de la persona que sufre el trastorno; así, el mismo estereotipo se convierte en una incapacitación constante de estas personas, que llegan a cuestionar su propia capacidad de obrar y esta consideración afecta a su autoconcepto e, incluso, a su autogobierno.

4.5.1.1. Implicaciones en el usuario y en su entorno próximo. Problemas éticos

De acuerdo con los principios de la Observación General 1 [OG] del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas (2014), es importante recalcar que en casos en los que la persona incapacitada no puede tomar decisiones por ella misma, hay que partir de la valoración de la “preferencia” y “voluntad”. Cuando esta persona no dispone de competencia para tomar decisiones, será necesario un apoyo, bien porque se encuentra ante un impacto emocional, bien porque está sometida a algún tipo de coacción en

su entorno próximo; en estas situaciones, las decisiones que se expresen no serán libres y pueden precisar de una decisión sustitutiva (Canimas, 2016).

En los casos en los que las decisiones deben tomarlas terceras personas, se deben tener en cuenta las denominadas “decisiones presuntas” del usuario, es decir, aquellas decisiones que habría tomado si no se encontrara en una situación de incapacidad. Cabe decir que estas decisiones sustitutivas pueden repercutir en los derechos fundamentales del usuario, por lo que deben tener en cuenta el “mejor interés”, es decir, el beneficio que esta decisión implica en la persona afectada, y que repercuten en su integridad física, moral, en el ámbito de la salud o del bienestar.

El cuidador o apoyo no tiene plena capacidad sobre el otro, por lo que no debe partir de la estigmatización o del prejuicio de que esta persona no puede decidir en ninguna situación; debe valorarse previamente si la persona tiene condición cognitiva para poder llevar a cabo una determinada decisión, si es autónoma. El respeto a las voluntades anticipadas no sufre que, en determinadas circunstancias, se recurra a tomar decisiones en determinados ámbitos, como la educación o la salud, a fin de evitar un daño significativo, pero siempre respetando su estado de bienestar.

4.5.1.2. Dignidad humana versus incapacitación (carácter antiético del tratamiento médico forzoso)

En el caso de que la situación de la persona afectada por enfermedad mental se agrave considerablemente, se podrá optar por un internamiento hospitalario. A este respecto, y en materia de intervención judicial en el caso de internamientos, el art. 763 de la LEC, en los párrafos 1 y 2 explicita que es función del juez dictaminar los internamientos que deriven de un trastorno psíquico.

En cualquier caso, el juez no ordena el internamiento forzoso, sino que autoriza a que se pueda llevar a cabo, puesto que en cualquier situación se debe atender al derecho a la libertad de las personas, según el art. 17 de la Constitución española: “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”.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que evidencia que la libertad de las personas se ve afectada en virtud de una sentencia de internamiento (SSTC Pleno Sala 2ª núm. 141/2012, de 2/julio (Rec. 5070/2009), como también se afirma en el art. 5.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, según la jurisprudencia, que no autoriza el internamiento excepto en casos de máxima urgencia, y siempre que esté suficientemente comprobada, mediante un diagnóstico médico, la enajenación mental de la persona

discapacitada. En cualquier caso, el internamiento será temporal, hasta que desaparezca el trastorno. Este Convenio Europeo también remarca la necesidad de efectuar sucesivos controles, a fin de valorar la necesidad de continuar o interrumpir el internamiento, de acuerdo con el procedimiento que consta en el art. 211 del Código Civil.

Por otra parte, y en contra de la voluntad de la persona afectada por un problema mental se pueden producir no solo internamientos forzosos, que son anticonstitucionales e implican una privación del derecho fundamental a la libertad, sino que también se pueden aplicar tratamientos médicos forzosos (Ortuño, 2017), es decir, en contra de la voluntad de la persona afectada, acción que es contraria al art. 15 de la Constitución española (“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”).

Un caso específicamente que cabe resaltar a este respecto es la aplicación de contenciones mecánicas y de terapias electroconvulsivas (TEC), que afectan a la integridad física y atentan contra la dignidad de la persona afectada. Si bien es cierto que estas prácticas llevadas a cabo por profesionales de la psiquiatría cumplen con los principios éticos de la medicina (Bernardo, González y Pinto, 2018), tanto principio de beneficencia para el paciente, principio de no maleficencia, principio de justicia y principio de autonomía, cabe remarcar que no existen leyes específicas en nuestro entorno legislativo que expliciten la aplicación de esta TEC, y únicamente el profesional médico se acoge al cumplimiento de los principios de la Ley General de Sanidad. A pesar de cumplir con los cuatro pilares éticos antes mencionados, los riesgos constatados en la aplicación de estas prácticas médicas pueden, y de hecho así se evidencia, ocasionar riesgos máximos que atentan contra la integridad física del paciente (ictus, complicaciones cardíacas, cambios hemodinámicos, fracturas, luxaciones, mialgias, náuseas, etc.).

En el caso de que se pueda ocasionar, por tanto, un daño para la salud del paciente, según el art.26.1 de la Ley General de Sanidad, se deberán adoptar medidas de prevención a fin de “cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria, comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios sanitarios”, tanto como la Ley 41/2002, que autoriza a tomar medidas a los profesionales sanitarios “cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley” (art. 9.2).

Si exceptuamos los casos anteriormente indicados, en los que la falta de tratamiento médico supone un riesgo vital para el paciente o para la comunidad, el tratamiento médico se contempla en nuestro sistema legislativo como un derecho del paciente, y no como una obligación susceptible de ser impuesta en contra de su voluntad, tal como se recoge en la Ley

General de Sanidad (art. 18.2), pero de acuerdo siempre con el cumplimiento del derecho a la personalidad, la dignidad y la intimidad de la persona afectada (art. 10.1).

4.5.2. La rehabilitación psicosocial en salud mental frente a la incapacitación

Si partimos del hecho de que la incapacitación repercute en el bienestar de la persona afectada, que no puede verse alterado por una situación temporal de discapacidad, cabe tener en cuenta que en un estado de Derecho se prioriza el estado de bienestar como forma de estado, que reconoce al ciudadano la condición de ciudadanía social, que respeta la dignidad y las libertades básicas de las personas (Hernández, 2017), en los ámbitos en los que la OMS identifica como primordiales, como la financiación igualitaria, la cobertura universal y las prestaciones efectivas.

Partiendo de esta premisa, en casos de discapacidad por enfermedad mental crónica, se precisa una intervención o rehabilitación psicosocial, basada en el apoyo comunitario, a fin de conseguir que las personas afectadas alcancen una mayor autonomía e independencia para llevar a cabo un estilo de vida en su entorno social. A este fin, la Rehabilitación Psicosocial [RPS] es tanto “una ética como una práctica” que incide en la recuperación social de las personas que padecen un trastorno mental (Hernández, 2017) y pone en práctica técnicas de desarrollo de las habilidades sociales, estimulación cognitiva, psicoeducación familiar, acompañamiento terapéutico, desde valores como la autonomía o la participación.

Siguiendo a González y Rodríguez (2002) rehabilitar no supone someter a las personas a llevar a cabo un amplio conjunto de habilidades o el entrenamiento de diversas pautas de conducta, puesto que promover la autonomía conlleva que las personas afectadas adquieran una autonomía, y no una dependencia respecto a los profesionales, e interactúen con otros ciudadanos; o en términos de Sarraceno (1995) la rehabilitación empieza cuando acaba el proceso de entrenamiento (arte-terapia, ludoterapia, terapia ocupacional) y cuando se basa en cada persona concreta, a la que se fomenta la autonomía, la integración y la independencia.

4.5.2.1. Contribución del usuario e implicación de las familias en la recuperación

En cualquier proceso de recuperación o rehabilitación de la persona afectada por un trastorno de salud mental, se requiere de manera indispensable la implicación del usuario, que ha de mostrar una expectativa esperanzadora de recuperar el estado de una vida digna en su entorno; así, pues, se precisa una recuperación médica y una recuperación social, que implica una capacidad añadida de la persona, autocontrol y optimismo para poder superar la circunstancia que ha motivado su situación anterior. Además de la recuperación, es necesario

remarcar el valor del empoderamiento, que implica la capacidad de la persona de asumir poderes, responsabilidades para actuar en su propia vida, a partir de tres pilares fundamentales (Brown y Kandirikirira, 2007): esperanza, autogestión y oportunidad.

En algunos países, como el ámbito anglosajón, se han llevado a cabo reformas en cuanto al proceso de recuperación, hasta el punto de llegar a pactar los tratamientos entre los usuarios y los profesionales; en Finlandia, además, se recurre al proyecto del “Diálogo abierto”, entre las personas que se sitúan en el entorno más próximo al paciente: los familiares, los amigos y los profesionales, mediante el cual cada usuario puede expresarse con libertad sobre la situación de la persona afectada. En España, sin embargo, no se han llevado a cabo reformas significativas en lo concerniente al proceso de recuperación (Saavedra, 2011), puesto que se precisa llegar a asumir, por parte de los profesionales, una actitud más abierta, autocrítica e innovadora.

Desde una mayor implicación en el proceso, la figura del trabajador profesional es fundamental, puesto que ayuda a que el usuario recupere el control y tome decisiones. El profesional debe partir, a este fin, de un enfoque integral, que implique tanto al usuario como a las familias y a las dimensiones de la vida del paciente: salud, empleo, vivienda, etc.

A fin de facilitar la recuperación de la persona afectada Mezzina et. al. (2006) argumentan que es necesario que confluyan tres principios: “estar allí”, apoyando, tanto por parte de los profesionales como de las familias, mediante una actitud que fomente la libertad, a fin de que el usuario se sienta seguro; “hacer más”, sobre todo en lo que respecta a la implicación de los profesionales, que no debe limitarse a prestar apoyos en momentos puntuales, sino en el transcurso de todo el proceso; “hacer algo diferente”, que supone relacionarse con el usuario con una actitud de respeto a su identidad.

4.5.2.2. La figura del trabajador social

El trabajador social se puede definir como “el “profesional que tiene por objeto la investigación de los factores psicosociales que inciden en el proceso salud-enfermedad, así como el tratamiento de los factores psicosociales que aparecen con relación a las situaciones de enfermedad” (Ituarte, 1995, p. 277). De acuerdo con esta definición genérica, cabe tener en cuenta que, como en cualquier profesión que implica un contacto con personas, deben cumplirse unos principios éticos en la praxis del trabajador social, como son: la confidencialidad, como responsabilidad deontológica, que además se explicita en la Ley General de Sanidad 14/1986 (art. 10); consentimiento informado e información al usuario y a las personas próximas relativo a su enfermedad y propuestas de mejora; derecho a tratamiento, por lo que el profesional deberá revisar de manera continuada los recursos y programas

adecuados para el ejercicio de su práctica; respeto a la toma de decisiones del usuario, siempre que la persona afectada tenga autonomía y no esté bajo el régimen de tutela; y respeto a la persona y a su integridad.

De acuerdo con los principios éticos subrayados, el trabajador social ha de cumplir con un amplio elenco de actividades, dirigidas a la mejora de la salud física y emocional del paciente, que se pueden estructurar en cinco bloques: intervención social con los usuarios, orientadas al seguimiento del paciente y de la familia; intervención familiar, a fin de profundizar en el ámbito familiar del paciente y apoyar al núcleo familiar; intervención grupal, que permite favorecer la relación interpersonal de los usuarios, mediante grupos de ayuda; intervención comunitaria, cuya finalidad es reforzar la aceptación del usuario en su entorno próximo, y eliminar miedos o estereotipos.

El trabajador social, por consiguiente, debe centrarse en el enfermo de salud mental, a quien ha de considerar como una persona capaz de integrarse socialmente a todos los niveles, y no partir del hecho que el tratamiento médico es la única solución aplicable (Gómez Parada, 2017).

4.5.2.3. Programas de intervención psicosocial

El trabajador social ha de cumplir, de acuerdo con los principios éticos indicados en el punto anterior, con el objetivo de fomentar y conseguir la rehabilitación psicosocial del paciente. A este fin, en el proceso se requiere aplicar una serie de habilidades y estrategias para asesorar al usuario y a las familias mediante una serie de programas de rehabilitación que permitan la implicación de los usuarios afectados, que han de sentirse responsables directos de su propia recuperación y han de contemplar expectativas de mejora en el proceso.

Los programas de rehabilitación psicosocial más comunes en la intervención en pacientes de salud mental en los centros parten de un programa de adaptación al centro o programa de acogida, así como programas de actividades de la vida diaria, de habilidades sociales y de rehabilitación cognitiva. En cuanto a la fase de adaptación previa del usuario al centro, es tarea del trabajador social intentar favorecer el cambio de entorno, mediante entrevistas individuales con el usuario, o con el tutor responsable, si es el caso, y evaluación de las familias y de su entorno próximo. Una vez superada la fase previa, se deben fomentar los programas de actividades de la vida diaria, que implican aquellas acciones que se llevan a cabo de manera repetida y que favorecen la salud del usuario, por el hecho de fomentar su autonomía (actividades relacionadas con el cuidado de sí mismo, higiene, alimentación, etc.). Asimismo, se requiere llevar a cabo actividades instrumentales, que permitan potenciar la

independencia de los usuarios, mediante el uso de los medios de comunicación, transporte, asesoramiento en trámites burocráticos, limpieza del hogar, etc., además de actividades avanzadas que implican: habilidades sociales, a fin de enseñar a desenvolverse en determinadas situaciones evitando el estrés y la ansiedad por prejuicios o miedos; rehabilitación cognitiva, aportando actividades que permitan seleccionar estímulos que producen distracciones.

Mediante los programas de rehabilitación psicosocial se contribuye a la mejora de las habilidades cognitivas de los usuarios, la toma de decisiones, a la vez que se refleja el progreso en una reducción de la ansiedad ante determinadas relaciones interpersonales o situaciones, de manera que se posibilita un avance en el proceso de recuperación y posterior inserción social.

4.6. Situación legislativa actual respecto a la incapacitación

4.6.1. El proceso de modificación de la capacidad jurídica en la legislación europea

4.6.1.1 Evolución del sistema jurídico en España

En lo referente a la normativa legislativa existente en España sobre la incapacitación, cabe destacar que ha habido diversas reformas, entre las que merece especial mención la Ley 13/1983 de 24 de octubre. De esta Ley, que en el Título X del Libro I trataba sobre la incapacitación judicial (arts. 199-210), la LEC-2000 derogó los arts. 202 a 214, por lo que solo tendrían vigencia los arts. 199, 200 y 201. Asimismo, otra modificación llevada a cabo en la reforma de la Ley de 1983 es la consideración sobre el valor de la persona incapacitada, a la que se le reconoce el derecho de unirse en matrimonio, siempre cuando exista un aval médico que así lo permita (art. 56 del Código Civil), o de testar ante un notario, siempre que en la sentencia de incapacitación no se indique lo contrario, respecto a la facultad del incapacitado (art. 665 del Código Civil).

Más adelante, la LPPD introduce la figura de la autotutela y la del mandato preventivo, por lo que se modifica el art. 757 de la LEC y se reconoce la autoincapacitación de la persona que puede iniciar el proceso para conseguir la incapacitación; asimismo, se recogen otros términos, como la autotutela y el patrimonio protegido.

En la actualidad, España parte de la intención de orientarse y adaptarse a los principios de la Convención, a partir de la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, así como desde la adaptación de una terminología jurídica más centrada en la persona concreta. En este sentido, los términos de “persona discapacitada” o “minusválida” pasan a denominarse

mediante la forma objetiva “personas con discapacidad”, de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, y en virtud del RD 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

En virtud de estas adaptaciones de la materia legislativa a los principios de la Convención ya existe una primera sentencia, en concreto la STS 282/2009, de 29 de abril de 2009. De acuerdo con esta opción de reforma del derecho español, el Tribunal Supremo, mediante un análisis del entorno legislativo referente a la discapacidad, y de acuerdo con la Convención y con los arts. 10, 14 y 49 de la Constitución Española, estima oportuno que la incapacitación no viola el derecho de igualdad de las personas, en el sentido que diferencia entre las personas que tienen capacidad para administrar sus bienes de aquellas que no pueden gobernarse por sí mismas. Al enfermo de salud mental no se le considera excluido del sistema jurídico, sino que se le confiere un sistema de protección, siguiendo el art. 49 de la Constitución Española.

Aun así, en el sistema jurídico español la incapacitación judicial, que supone una rescisión de la capacidad de obrar, parece ser la única alternativa existente a las personas con discapacidad, por lo que se puede apreciar que existe una laguna evidente de protección a las personas que necesitan un apoyo en su vida social o jurídica, pero no han perdido por completo su capacidad de obrar. En este sentido, la incapacitación judicial parece no ser la única alternativa en estas circunstancias, habida cuenta de que la Convención reconoce ya en el Preámbulo “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.

Este principio de la Convención parece ser, sin duda, un punto clave para entender algunas lagunas existentes actualmente en el sistema jurídico español, así como la tendencia recurrente a introducir modificaciones que quedan reflejadas en determinadas leyes. Este es el caso de Cataluña, que introduce un nuevo sistema de guarda de la persona discapacitada, mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. Esta Ley establece, en concreto, la asistencia como nueva figura, la “asistencia” o apoyo de una persona necesaria para cuidar de la persona, protegerla, asistirle, cuidarla o administrar sus bienes, como consecuencia de la pérdida de sus facultades físicas o psíquicas (arts. 226-1 a 226-7 del Código Civil de Cataluña). La figura de la asistencia en Cataluña, aunque no es equiparable a los modelos de

otros países, más avanzados en materia de incapacitación, se enmarca en una tendencia más acorde a los principios de la Convención.

No obstante, cabe remarcar un nuevo enfoque que se plantea desde el anteproyecto de ley, de 26 de septiembre de 2018, por el que se pretende llevar a cabo una reforma del Código civil, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en materia de discapacidad. Se trata de una propuesta de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, que la Sección Primera, de lo Civil, de la Comisión General de Codificación presenta en el Título XI, art. 266, según el cual se explicita que las medidas judiciales que se adopten serán proporcionales a las necesidades de los usuarios, respetando la autonomía y el ejercicio de la capacidad jurídica; además, las decisiones judiciales adoptadas en materia de discapacidad serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años.

De esta manera, en este anteproyecto, que en un futuro se pretende convertir en ley, se inicia un cambio de acuerdo con los criterios del art. 12 de la CDPD. El anteproyecto se plantea como un paso adelante para adaptarse a las exigencias de la Convención, más que contemplarse como un simple cambio de terminología; así, pues, el anteproyecto pretende presentar un nuevo enfoque en la discapacidad, como es el hecho de que las personas afectadas por una discapacidad tienen derecho a tomar decisiones propias, además de considerar la dignidad y el respeto de la autonomía como los ejes fundamentales de esta nueva legislación.

En este sentido, la Exposición de Motivos de este anteproyecto introduce aspectos que coinciden con la Observación General I a propósito del texto de la Convención: elimina la tutela en las personas mayores de edad, si bien sigue apoyándose en las figuras tradicionales de la curatela, guarda de hecho y defensor judicial, y plantea una nueva figura de apoyo, en un concepto amplio, que abarca desde aportar consejo, tomar decisiones, acompañamiento amistoso, etc., y varias figuras de asistencia para la toma de decisiones y ejercicio de la capacidad de obrar, respetando siempre la voluntad y la autonomía de la persona discapacitada.

4.6.1.2 La otra mirada del proceso de modificación de la capacidad jurídica: el sistema legislativo europeo

De acuerdo con la tendencia actual de modificar el sistema legislativo en materia de discapacidad, que intenta superar el sistema de tutelas y la consideración de incapaz, a fin de actuar teniendo en cuenta la protección y el apoyo digno a las personas, así como de los

derechos intrínsecos a estas, algunos países europeos, entre los que destacan, además de España, Francia, Italia, Inglaterra, Austria y Alemania, han llevado a cabo diversas reformas, a fin de tener en mayor consideración la integración de las personas incapacitadas (Viñas, 2012).

En los casos de España y Francia se han experimentado cambios sobre la legislación existente (García Pons, 2013), mientras que en otros países, como Austria o Alemania, se ha establecido un cambio radical, que ha supuesto la desaparición de la consideración de incapacidad, en detrimento de la de apoyo, como única forma de proteger a las personas que, sin perder su capacidad, que es intrínseca al ser humano, por el hecho de tener dignidad y libertad, precisan de protección frente a su enfermedad. Se trata, pues, en estos países, de enfrentarse a la incapacidad con una mayor sensibilidad, centrándose más en la persona en concreto; en este sentido, se emplean términos más positivos, sin recurrir a formas discriminatorias o denigratorias (Viñas, 2012), así como la reserva de la incapacitación por sentencia para casos extremos, por lo que se adoptan otras medidas más flexibles, que siempre respetan, en la medida de lo posible, la voluntad de la persona enferma, a la que no se le puede privar de sus derechos fundamentales (Lasarte, 2011).

Francia es el país que primero cambió el sistema de protección a las personas incapacitadas, a fin de reconocerles idéntica dignidad jurídica al resto de las personas, en virtud de la Ley 68-5, de 3 de enero de 1968, a partir de la cual se establece una reforma que contempla tres tipos de protección: la tutela, la curatela y la “sauvegarde de justice”.

Esta Ley parte del hecho de que la tutela es la medida más drástica y considera que la capacidad de la persona es la norma que hay que contemplar, a fin de no privarla de los mismos derechos que el resto de la sociedad. Una de las aportaciones que cabe destacar en esta Ley es el hecho de respetar el espacio habitual de las personas en proceso de incapacitación, puesto que generar una situación de ruptura respecto al domicilio habitual supone una vulnerabilidad de la persona, según queda recogido en el Art. 490-2 del Código Civil.

Las figuras de mediación de la tutela (arts. 492 a 507 del Código Civil) y de la curatela (arts. 508-515 del Código Civil) se aplican de acuerdo con los mismos criterios que en el sistema jurídico español. Así, pues, el cambio sustantivo que se opera en el sistema jurídico francés es la consideración de la figura de la “sauvegarde de justice” (arts. 491, 491-1 a 491-6 del Código Civil; Abbate, 2005, pp. 129 y ss) que es una medida de aplicación temporal, que puede abarcar de dos a seis meses), que se reserva para situaciones transitorias cuando

aún no se ha designado tutor o curador, y se aplica en casos en los que el enfermo necesita estar protegido por el hecho de sufrir una limitación de su capacidad física o píquica. El sistema jurídico francés delimita que en la figura de la “sauvegarde de justice” cabe destacar dos procedimientos: judicial, que es competencia del juez, y médico, que solicita el médico al Ministerio Fiscal.

El sistema de figuras de mediación en Francia se ha visto modificado en virtud de la Ley 308 de 5 de marzo de 2007, que ha supuesto un cambio de terminología jurídica menos rígido, en el que se evidencian términos como proteger al débil sin discriminación, y se alude al mundo de las personas vulnerables, que superan el sistema anterior, en el que se referían a las personas como incapaces o aludían a la pérdida del gobierno de la persona. Además, en el sistema vigente se disponen medidas de protección diferentes a la figura de la tutela, que solo se aplica en casos de alteraciones graves, tanto físicas como psíquicas, y se considera que, en cualquier caso, la curatela es una medida preferible a la tutela, puesto que supone que la persona solo necesita el apoyo de un curador, manteniendo siempre sus derechos fundamentales.

En el caso de Italia, la Ley 6/2004, pese a ser anterior a la Convención, establece un sistema de protección que presta mayor atención a la voluntad del usuario, a quien se le asegura una protección adecuada a su circunstancia. Esta Ley recurre a la figura de la “administración de apoyo”, un mecanismo de protección destinado a las personas cuya autonomía está reducida (Cendon, 1988), que presenta influencias del sistema de Austria y de Alemania. Esta figura permite al juez establecer una serie de medidas de protección, sin necesidad de privar de la capacidad de obrar, en el sentido de que la persona que precisa de apoyo, a la que se denomina “beneficiario” (no incapaz) puede gobernarse por sí misma.

A pesar de los avances por proteger los derechos de las personas, el sistema judicial italiano conserva aún la incapacitación total (*interdizione*) y la incapacitación parcial (*inabilitazione*), aunque se establecen medidas más flexibles en el transcurso del proceso de incapacitación. Esta opción de mantener la incapacitación jurídica ha provocado la crítica de algunos países, puesto que todavía se suscitan conflictos entre la figura de mediación tutelar y la nueva figura de la administración de apoyo. En este sentido, la problemática que plantea el sistema jurídico italiano, en virtud de la Ley 6/2004, es intentar delimitar cuándo recurrir a una incapacitación total o parcial, cuyos límites quedan difusos.

En el caso de Inglaterra destacan dos figuras, designadas por el Court of Protection, en el proceso de incapacitación: el “receiver”, que administra el patrimonio, y el “guardian”, que velará por el cuidado de la persona incapacitada; al mismo tiempo, se evidencian normas sobre la representación, mediante empoderamiento preventivo de la persona incapacitada, en los llamados Enduring Powers of Attorney (Jiménez, 2003).

A pesar de las modificaciones y aportaciones legales de los países miembros de la Unión Europea al proceso de incapacitación, las medidas más destacadas son las llevadas a cabo por Austria y Alemania. El caso de Austria, siguiendo la Declaración de Derechos del Deficiente Mental de las Naciones Unidas, de 1971, aprobó la Ley austríaca 126/1983, en vigor desde 1984, de tutela de los incapaces, que supuso un cambio drástico con el sistema judicial de la incapacitación, y una innovación en toda la tradición occidental (Klement, 2002, pp. 79 y ss.), en el que se recoge la figura del curador, llamado “Sachwalter”, cuyas funciones establece el juez en cada situación (párrafo 273 del Código Civil General, ABGB), según el grado de enfermedad de la persona y la medida en la que no puede gestionar sus asuntos sin peligro o daño, siempre que no disponga de ninguna persona que le asista, tanto familiares como instituciones. El curador, cuya figura puede solicitarla el propio interesado o de oficio (no puede solicitarlo una tercera persona), se encargará de cuidar a la persona tanto en el ámbito de la salud como en el de las relaciones sociales (párrafo 282 del Código Civil General, ABGB).

Este avanzado sistema jurídico se puede comparar en cuanto a modificaciones sustanciales con el modelo de Alemania que, a partir del modelo austríaco, aprobó la Ley 48/1990, de 12 de septiembre, en vigor desde 1992, y suprimió las instituciones de incapacitación, la tutela de los mayores de edad y la curatela, que se sustituyen por el término de “asistencia” (“Betreuung”) tal como recogen los párrafos 1896 -1980k del Código Civil alemán (BGB). Para solicitar la figura del asistente se requiere una causa que explique la protección necesaria de la persona, bien por una causa psíquica, un problema mental o un impedimento físico y, de acuerdo con las directrices que marca el juez, se encargará de seguir y proteger los deseos y necesidades del usuario, siempre que redunden en beneficio de esta persona cuya capacidad está limitada, pero sin invadir su libertad de gestión y de organización, en la medida de lo posible.

Mediante el sistema alemán se deja atrás el anterior sistema que anteponía la voluntad o el interés personal y económico del tutor o del curador sobre el de la persona enferma. La

reforma alemana es la más radical en el proceso de la incapacitación y supone una mejora de la persona cuya capacidad está limitada, puesto que vela por conservar la autonomía de esta persona, de manera que pueda seguir con su propia vida según sus motivaciones y deseos, sin ver privada su libertad de actuación (García Ripoll, 1999).

5. DISCUSIÓN

Tras el estudio teórico y revisión bibliográfica de las páginas precedentes, se deriva una necesidad de aportar consideraciones y valorar si existe una aplicación práctica y real de la Convención en el centro en el que se ha llevado a cabo la estancia en prácticas, como muestra para el análisis; o, por otra parte, continúan sin aplicarse las modificaciones en beneficio del bienestar de los usuarios. En caso de no cumplirse las directrices que se recogen en el art. 12 de la Convención, se partirá de la necesidad que se debería aportar una reforma urgente, tal como se recoge en el Anteproyecto de Ley de reforma del derecho civil en materia de discapacidad aprobado en diciembre del 2018 por el consejo de ministros.

Esta reforma legislativa, sería necesaria a fin de conseguir una mejora de las condiciones reales de los usuarios, en defensa de los derechos fundamentales y de la dignidad, siempre de acuerdo a los principios de la Convención, tal como ratificó España en el sistema legislativo vigente.

Mediante este análisis se pretende analizar, por consiguiente, si se cumplen las directrices de la Convención Internacional de Naciones Unidas respecto a los derechos de las personas con Discapacidad, en relación al artículo 12, sobre el tipo de medida de protección adoptada con los usuarios. La reflexión parte del caso particular del centro residencia donde se han llevado a cabo las prácticas de máster, que conduce a la defensa de este TFM.

Este centro se concibe como un servicio residencial comunitario, abierto, supervisado y flexible, con una capacidad de veintiocho plazas, para personas con enfermedad mental crónica, de ambos sexos, en edades comprendidas entre 21 y 63 años, que presentan dificultades y limitaciones en su autonomía personal y social, toda vez que se parte del claro objetivo de mejorar la preparación para una vida más autónoma de estos usuarios.

El centro proporciona a los usuarios alojamiento, bien con carácter temporal o indefinido, a la vez que facilita apoyo y soporte personal y social, en coordinación con los dispositivos de salud mental de la red de la Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, así como con el resto de recursos comunitarios normalizados, para favorecer la mayor integración posible de los usuarios.

Como hipótesis de partida, se podría afirmar que la tutela, como medida de protección más restrictiva, tendrá consecuencias más negativas para la consecución del objetivo de rehabilitación de estos usuarios.

La finalidad de la residencia es proporcionar a los usuarios una cobertura digna, que atienda a las necesidades básicas de alojamiento, manutención y cuidados, y permita crear un ambiente familiar y normalizado que favorezca que todos ellos participen con su voz de manera democrática, y en la medida de sus posibilidades, en las rutinas diarias domésticas y en la organización interna.

En el análisis presentado, se analiza, mediante un estudio transversal, de una muestra no aleatoria e intencional de personas con trastorno mental grave (TMG), entre los 21 y 63 años, que han sido atendidos en el centro desde la apertura en febrero de 2018 hasta finales de diciembre del mismo año.

La selección y derivación de los usuarios para su acceso a la residencia se lleva a cabo por la Consellería de Igualdad y Políticas Inclusivas, mediante el Decreto de la Dirección Territorial de Igualdad y Políticas Inclusivas de Castellón.

Durante 2018 han permanecido en la residencia 34 usuarios, de los cuales 8 disponían de plena capacidad jurídica (24%) y los otros 26 (76%) se encontraban ya sometidos a alguna medida de protección tuitiva. La muestra seleccionada, por consiguiente, se lleva a cabo con estos 26 usuarios, de los cuales el 65% son hombres (17) y el 35% son mujeres (9). El rango de edad oscila entre los 21 años del usuario de menor edad y los 63 años del mayor en rango de edad, con una media de 44,3 años (Figura 1):

Situación jurídica de los usuarios



Figura 1. Situación jurídica de los usuarios. Fuente: elaboración propia

➤ Instrumentos de análisis

Como recurso para llevar a cabo el análisis se parte de la documentación administrativa existente de los usuarios, tanto impresa como informatizada, así como de los libros de registro de visitas y salida de permisos, a fin de conocer las siguientes variables relacionadas con el proceso de modificación judicial de la capacidad:

- ✓ Tipo de medida de protección a la que están sometidos.
- ✓ La edad en el momento de la modificación judicial de la capacidad.
- ✓ El estado civil.

- ✓ El promotor de la medida de modificación judicial de la capacidad
- ✓ La asunción del cargo tutor legal

Los datos recogidos se analizan mediante la aplicación de estadística descriptiva. Para evitar manejar decimales, todas las cifras se han redondeado al valor entero más cercano.

➤ Resultados

Los datos obtenidos se han interpretado a partir de las siguientes dimensiones de análisis:

a) Género de las personas bajo apoyo tutelar

La distribución de género en los 26 usuarios protegidos por alguna medida tuitiva corresponde al 65% de hombres (17) y al 35% de mujeres (9). Desde la apertura del centro, el porcentaje de varones es mayor al de mujeres.

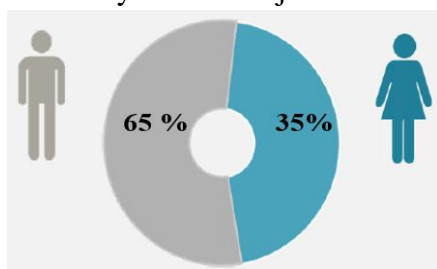


Figura 2. Usuarios según el género. Fuente: elaboración propia

b) Edades de los usuarios según género

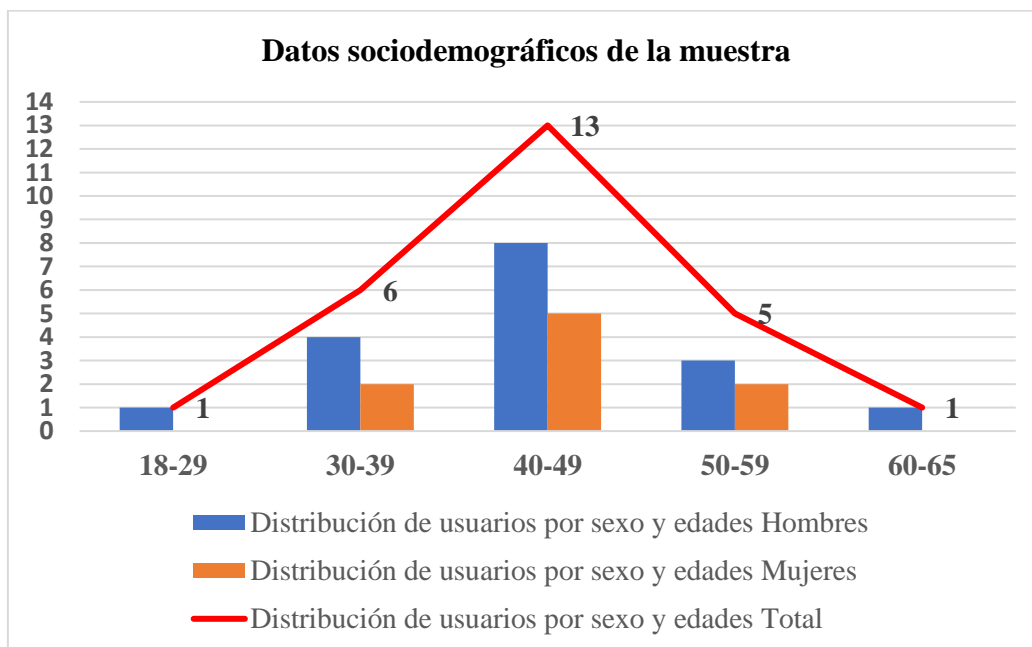


Figura 3. Relación de usuarios con medidas tuitivas clasificados por sexo y edad. Fuente: elaboración propia

Durante el año 2018 se han incorporado a la residencia usuarios en edades comprendidas entre los 21 años y los 63, con una media de 44,3 años, por lo que la media la media para las

mujeres de 45 años y 44 para los hombres. Un total de 6 usuarios tenían edades comprendidas entre los 30 y 39 años. El mayor número de usuarios se sitúa entre los 40 y los 49 años (13 usuarios). Por último, 5 de ellos tienen edades comprendidas entre los 50 y 59 años, y uno se sitúa en el rango de edad de los 60 y los 65 años. El 73% de los usuarios presentan edades comprendidas entre los 30 y los 49 años.

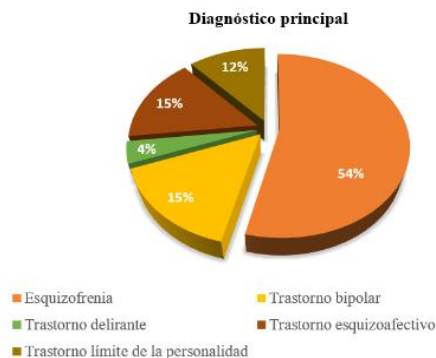


Figura 4. Diagnóstico principal. Fuente: elaboración propia

c) Diagnóstico clínico principal

En lo referente a los resultados obtenidos sobre el diagnóstico clínico de los usuarios, se ha seleccionado el diagnóstico principal que motivó el inicio del proceso de modificación de la capacidad, por lo que se limitó su capacidad de obrar

De la muestra se deriva que el 54% (14) de los usuarios tiene diagnosticada esquizofrenia. En la misma proporción cabe destacar las patologías de trastorno bipolar y trastorno esquizoafectivo con un 15% cada una, que afecta a 8 usuarios de la muestra. Destacan 3 casos de trastorno límite de la personalidad y un usuario presenta trastorno delirante.

En lo referente a los resultados obtenidos sobre el diagnóstico clínico de los usuarios, se ha seleccionado el diagnóstico principal que motivó el inicio del proceso de modificación de la capacidad, por lo que se limitó su capacidad de obrar

d) Tipo de medida de protección a la que están sometidos los usuarios con modificación de la capacidad de obrar

La medida de protección más frecuente en los 26 usuarios a los que se les ha sometido a un proceso de modificación de la capacidad es la tutela, que se aplica a 25 personas (96%), mientras que la curatela tan solo se aplica a 1 persona (4%), que la tiene asumida la dirección Territorial de Castellón.

Si realizamos el análisis por género, en el caso de los hombres el 100% de ellos (17) han sido sometidos a la medida de tutela. En el caso de las mujeres, el 89% (8) de ellas tienen aplicada como medida la tutela y el 11% restante se corresponde a una usuaria que cuenta con la figura tuitiva de curatela.

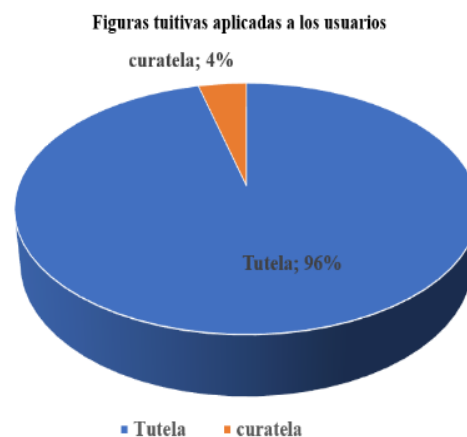


Figura 5. Figuras tuitivas aplicadas. Fuente: elaboración propia

Así, pues, y teniendo en cuenta las variables de género, edades y medidas tuitivas, es decir, partiendo de datos sociodemográficos de la muestra, se puede argumentar, después del análisis llevado a cabo, que la medida de la tutela es mayoritaria, que afecta tanto a la variable edad y a la variable género, tal como se evidencia en la figura siguiente:

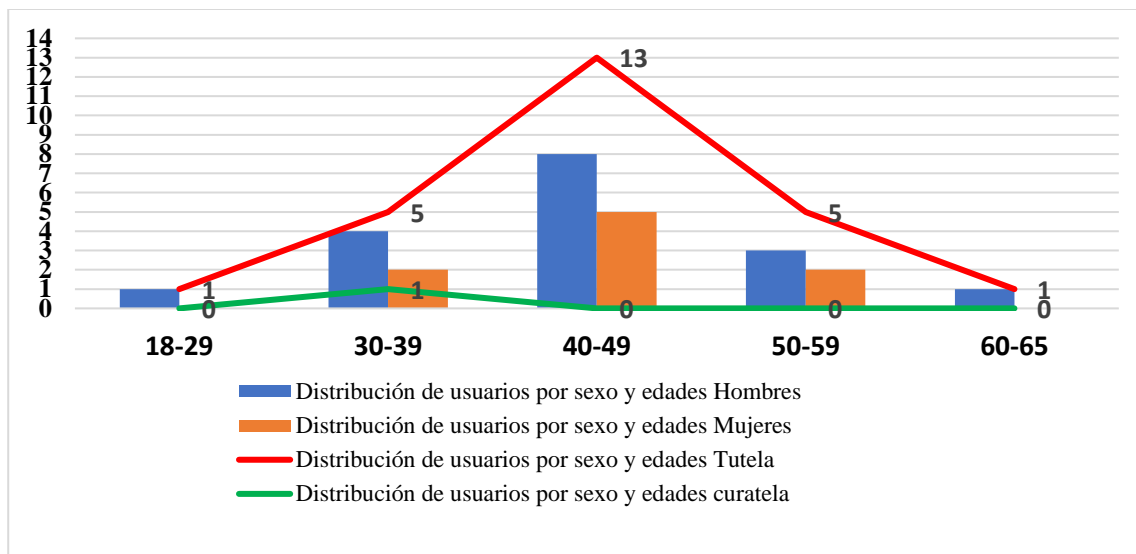
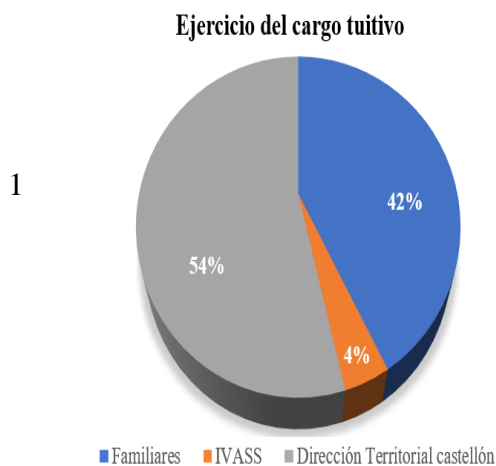


Figura 6. Datos sociodemográficos y medidas tuitivas. Fuente: elaboración propia

e) Ejercicio del cargo de protección



El ejercicio de los cargos tuitivos de tutela y curatela los asume, en su mayoría, la Generalitat Valenciana de la siguiente manera: cargo de curatela a través de la Dirección Territorial de Castellón; 13 cargos de tutela (54%) a través de la Dirección Territorial de Castellón; 1 cargo de tutela a través del Instituto Valenciano de Atención Social-Sociosanitaria (INVASS)

Figura 7. Ejercicio del cargo tuitivo. Fuente: elaboración propia

Respecto a los 11 usuarios restantes, el cargo de tutor lo ejerce un familiar en un 42%. En cuanto a los varones, el 38% (7) es la familia la que asume la función de tutor, mientras que en el 62% restante la función tuitiva es asumida por las instituciones (10). En el grupo de las mujeres, el 44% están tutorizadas por su familia (4) frente a un 56% que están tutorizadas por una institución.

f) Promotor de la demanda para la medida de modificación judicial de la capacidad

La fiscalía es la promotora de la demanda para el inicio del proceso de la modificación de la capacidad judicial en el 62% de los casos (16). Desde los Servicios Sociales, se promueve la modificación de la capacidad para 2 personas usuarias (8%).

En el 30% (8) de los casos restantes es la propia familia del usuario la que inicia el proceso de modificación judicial de la capacidad.

En lo que respecta a los hombres, la fiscalía es la promotora en un 65% (11) de los casos, mientras que en un 29% (5) de los casos es la familia la que promueve el proceso; desde los servicios sociales promueven el 6% restante (1). En el caso de las mujeres, la fiscalía es la promotora en un 56% de los casos (5), mientras que en un 33% de los casos (3) es la familia la que promueve el proceso; desde los servicios sociales promueven 1 caso (11%).



Figura 8. Promotor de la demanda. Fuente: elaboración propia

g) Vínculos familiares

En lo referente a los vínculos familiares, según la muestra, un 8% (2) carece de familiares. El 42% (11) cuenta todavía con algún progenitor vivo. El 60% (16) tiene algún hermano. Respecto a los usuarios, solo 3 de ellos (12%) tienen hijos. Un 73% (19) es soltero, mientras que el 27% (7) está o ha estado casado, o forma pareja de hecho.

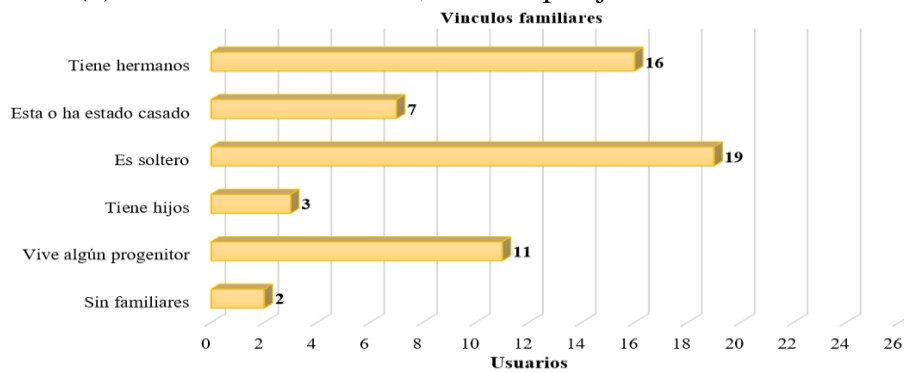
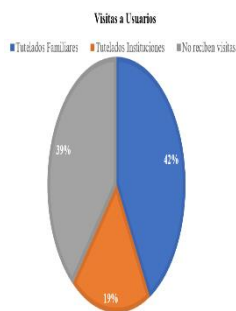


Figura 9. Vínculos familiares. Fuente: elaboración propia

h) Visitas y permisos



Según el registro de visitas, el 61% (16) de los usuarios con medidas tuitivas han recibido al menos 1 visita de algún familiar o amigo. El 39% restante no ha recibido visitas por parte de sus familiares. Un 42% de los usuarios (11) que están tutelados por los familiares han recibido visitas en alguna ocasión y se les ha concedido un permiso para pasar la jornada. El 19% (5) son usuarios tutelados por entidades públicas.

Figura 10. Visitas de usuarios. Fuente: elaboración propia

i) Grado de Discapacidad

Los usuarios están todos valorados y tienen reconocidos el grado de discapacidad, que oscila en valores entre el 40% y el 80%. Cabe resaltar que 1 usuaria, que tiene como medida de protección la curatela, tiene reconocido un grado de discapacidad del 40%. Un 19% de los usuarios (5) tiene reconocido un grado de discapacidad entre el 40% y 55% (2 mujeres y 3 hombres). El grado de discapacidad entre el 65%-69% corresponde a la gran mayoría de usuarios (un 58%), que de acuerdo con la variable género corresponde a 5 mujeres y 10 hombres, mientras que el 23% restante (6) tiene un grado reconocido entre el 70% y el 80%, que de acuerdo con el género corresponde a 2 mujeres y 4 hombres.

j) Edad en el momento de la modificación judicial de la capacidad

El rango de edades en la que la capacidad fue modificada judicialmente oscila entre los 19 y 53 años. Para la muestra total, la media es de 41,76 (d.t.=9,25), la mediana se corresponde con 43,27 y la moda es de 44,5.

Para un caso la modificación de la capacidad se ha producido a los 19 años (4%), 2 de los casos entre los 20-29 años (8%); en 6 de los usuarios entre los 30-39 años (23%); en 11 casos el 42% entre los 40-49 años; en el 23% restante entre los 50-53 años.

El rango de edad para las mujeres es de 24 a 53 años con una media de 43,4 (d.t.=8,11) y una mediana 42,7 y moda de 45,1. Por otra parte, para los hombres el rango es de 19 a 52 años, con una media de 41 (d.t.=9,39), una mediana 42,25 y la moda es de 42,9.

➤ Resultados del análisis y reflexión

En esta discusión o reflexión sobre la práctica de la modificación de la capacidad de obrar en usuarios con TMG en una residencia de salud mental, y a la luz de los datos, se desprende la necesidad de un plan previo de actuación (ver Anexo 8.1.) al ingreso de los usuarios en CEEM, así como la necesidad de llevar a cabo intervenciones, a partir de un plan de concienciación de la enfermedad dirigida al usuario, así como aportar una intervención con las familias, a fin de poder reducir la emoción expresada y transmitir las repercusiones éticas, morales, sociales, etc. que implica la modificación de la capacidad de obrar. Este hecho supone, a su vez, una concienciación a los profesionales, a fin de que en los informes emitidos se reflejen los logros obtenidos por los usuarios, se valore el proceso y se insista más en el refuerzo de lo positivo, dentro de las capacidades de cada usuario.

En el caso de las familias y profesionales, cabe concienciarse de que la modificación de la capacidad de obrar no implica el inicio para conseguir recursos, sino que deben facilitar

apoyos y contribuir activamente a afrontar la situación derivada en el usuario afectado.

La idea que se pretende aportar, por consiguiente, es que la modificación de la capacidad no es la única medida aplicable al usuario de salud mental; es tarea del mismo, de las familias y de los allegados, así como del trabajador social, establecer un plan previo de actuación a fin de valorar una posible rehabilitación psicosocial, en la que el eje central sea preservar los derechos fundamentales del usuario, sin estigmatizarlo ni considerarlo como un ser incapaz (ver Anexo 8.2.).

Mediante esta discusión se presentan posibles cuestionarios de autodiagnóstico y de concienciación de las familias sobre la necesidad de aplicar medicación, de falta de autogobierno del usuario o, en contrapartida, la posibilidad de contribuir a una mejora de la calidad de vida a partir de la rehabilitación. A este fin, resulta imprescindible aplicar diferentes programas y planes de actuación centrados en los tres ejes implicados en la recuperación (Shepherd, Boardman y Slade, 2008): usuario, familia y profesionales (ver Anexo 8.3.). Como contrapartida, la incapacitación y, por consiguiente, la aplicación de la tutela, es un camino drástico y no aplicable en todas las situaciones, sino en casos de extrema gravedad, y siempre anteponiendo la libertad y el respeto a los derechos fundamentales, tal como requiere el texto de la Convención, puesto que cada usuario precisa de unos apoyos concretos e individualizados, en función de cada situación particular.

6. CONCLUSIONES

Después del análisis llevado a cabo en este TFM sobre el proceso de modificación de la capacidad de obrar, cabe mencionar que se ha cumplido el objetivo general que se había planteado, así como la hipótesis de partida, al reflexionar sobre el sistema tuitivo actual. La hipótesis, que estaba centrada en argumentar que la tutela es el sistema tuitivo más frecuente en nuestro entorno, a pesar de las consecuencias negativas que se derivan para el usuario, se ha corroborado a partir del análisis efectuado en un estudio de un centro de salud mental.

A su vez, se han cumplido los objetivos específicos que se derivan del objetivo principal, puesto que se ha revisado la normativa en materia legislativa sobre la modificación de la capacidad de obrar, y se ha reflexionado sobre la terminología vigente respecto a los conceptos de discapacidad o incapacidad, entre otros. Se ha argumentado que el usuario que sufre un trastorno de salud mental es una persona sujeta a la estigmatización social, así como al aislamiento de sí mismo, además de describir los dilemas éticos que, en no pocas ocasiones, se plantean a la hora de iniciar o continuar el proceso de incapacitación de un usuario.

Se ha podido evidenciar que el ordenamiento jurídico español se refería a la persona incapacitada reconocida como tal mediante sentencia judicial. La incapacidad podía ser parcial o total, según se tratase de una falta radical y absoluta de la capacidad de obrar. Actualmente se recurre a una terminología más adecuada, refiriéndose a personas con la capacidad modificada o limitada, a partir de un concepto de complementación de la capacidad natural de cada persona.

No deben confundirse, por consiguiente, los términos de incapacidad y de discapacidad, pues el primero determina la falta de capacidad de obrar para actuar, sea en el grado que sea, mientras el segundo se refiere a algún tipo de deficiencia, bien sea física o mental. Todavía queda mucho por hacer y mejorar en el ámbito de la modificación de la capacidad de una persona, puesto que la sentencia debe reflejar a la perfección la situación en la que se encuentra el individuo, de forma individualizada y personal, que debe actualizarse, a fin de proponer las medidas de apoyo adecuadas para mantener la libertad de decisión en su mayor expresión posible.

Después de revisar la normativa legislativa vigente, se ha podido comprobar que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha realizado cambios insuficientes en el ámbito de la tutela, curatela, guarda de hecho y protección de las personas con discapacidad, puesto que la mayoría de las disposiciones ya estaban vigentes. Si bien a nivel terminológico se ha adaptado a la realidad, no parece aportar soluciones a los principales problemas, a nivel teórico y procedimental, existentes en este ámbito, que deberían adaptarse a la normativa internacional y a las necesidades concretas de cada persona. Esta ley se refiere a la anterior “persona incapacitada por sentencia” como “persona con capacidad modificada judicialmente”, dado que, aunque sea una mera adaptación terminológica, se está partiendo de una noción de capacidad más acorde con lo establecido en la Convención de Nueva York.

En este sentido, las pretensiones de la Convención de las Naciones Unidas de 2006 parten de una clara finalidad de proteger y apoyar a las personas con discapacidad y, por ende, a las que presentan una capacidad modificada, a fin de reivindicar y proteger la autonomía de cada persona. El articulado de la Convención aboga por la protección de sistemas de representación menos intrusivos, por lo que de acuerdo con este código normativo la figura de la tutela debería desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico, para dejar mayor opción a la fijación de la curatela; la tutela pretende sustituir la capacidad de las personas, mientras que la normativa internacional en materia de derechos humanos prioriza la capacidad natural de la persona, que posee unos derechos que, en ningún caso deben ser vulnerados, al mismo tiempo que se parte de una mayor atención a la autonomía y a la libertad de las personas.

A este principio indiscutible, de preservar los derechos fundamentales de las personas, el hecho de recurrir a un internamiento, voluntario o forzoso, que supone una privación de la autonomía del usuario, debería reducirse al máximo, y solicitar la incapacitación y el recurso a la medida de la tutela en casos muy graves. En contrapartida, es tarea del usuario que padece el trastorno mental, como de las familias y de los profesionales, contribuir a fomentar la rehabilitación psicosocial, mediante programas efectivos y reales que impliquen una recuperación y posterior integración social del usuario. Especial mención merecen las entidades públicas y aquellas asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, encargadas de la protección de las personas con la capacidad limitada, quienes realizan trabajos sociales y fomentan su integración.

Es imprescindible seguir los pasos establecidos en la Ley para llevar a cabo los procedimientos con personas con capacidad limitada, a fin de velar por la defensa de sus derechos fundamentales; se debe llevar a cabo, así, pues, un proceso que no resulte complejo, de manera que permita una resolución ágil y eficaz, que contribuya a no demorar la situación de fijación de los límites de la capacidad, siempre en beneficio de los intereses particulares de cada usuario.

En el presente, la adaptación a los criterios de la Convención todavía dista lejana pese al proyecto de ley existente está aún por fijarse, si bien en algunos países de Europa, como Alemania o Austria ya se ha modificado el sistema que permite basarse en el apoyo y en el respeto a la autonomía y la dignidad de cada persona concreta, sin recurrir a la tutela como medida sistemática, tal como se ha observado en el caso práctico del análisis en este TFM; La tutela si bien resuelve el proceso de manera práctica, no refleja una situación que redunde en una recuperación efectiva, respete la libertad y repercuta en beneficio de la persona que sufre un trastorno mental, sino que contribuye más, si cabe, a fomentar una visión distorsionada de la capacidad de autogobierno, así como del estigma social y del aislamiento de sí mismos.

La aplicación de las leyes ha permitido a lo largo de estos años la creación de distintas instituciones destinadas a proteger al incapaz, tanto desde un punto de vista personal como patrimonial, pero aún es necesario realizar cambios en la normativa, que ya se vislumbra mediante el anteproyecto de Ley, que pretende reformar esta protección tutiva, a fin de adaptarse plenamente a la Convención y a conseguir una mayor integración de las personas con la capacidad limitada en nuestra sociedad.

7. REFERENCIAS

Abbate, M. (2005). Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia, en *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, a cura di E. V. Napoli. Milano, pp. 129 y ss.

Aguilar, A. (2014). Conceptualización y sensibilización sobre las personas con enfermedad mental. *TOG. Revista Electrónica de Terapia Ocupacional*, 11, 20, pp. 1-17.

Arnaiz, A., Uriarte, J.J. (2006). Estigma y enfermedad mental, *Norte de Salud Mental*, 6, 26.

Bernardo, M., González, A. y Pinto, M. (2018). Consenso español sobre la Terapia Electroconvulsiva. Madrid: Sociedad Española de Psiquiatría Biológica (SEPB).

Bretón, N., Fernández, M. y Guerra, P. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia?, *Rev Bio y Der.*, 39, pp. 73-86. Recuperado de www.bioeticayderecho.ub.edu

Brown, W. y Kandirikirira, N. (2007). Recovering Mental Health in Scotland Scottish. Recovery Network.

Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]. (2002). *Código Civil alemán (BGB)*. Boletín Oficial Federal. Bundesgesetzblatt (Reforma por Ley de 26 de noviembre de 2001, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, en vigor desde 1-2002).

Calò, E. (2004). *Amministrazione di sostegno: Legge 9 gennaio, n. 6*, Milano.

Canimas, J. (2016). Decidir por el otro a veces es necesario. En *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, 39.

Castellano, M^a., Mingorance, C. y Gassó, M. (2003). El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, *Actualidad civil*, 26.

Castro, F. (1952). *Derecho Civil de España*. Madrid, vol. 2.

Cendon, P. (1988). Infermi di menti e altri 'disabili' in una proposta di riforma del Codice civile. Relazione introduttiva e bozza di riforma, en *Giur. it.*, IV, pp. 117 y ss.

Código Civil. Real Decreto de 24 de julio. BOE núm. 206 (25-7-1889).

- Constitución española (1978). Constitución española de 1978. BOE núm. 311.
Recuperado de [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1))
- DSMV. (2014). Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Asociación Estadounidense de Psiquiatría.
- Duglas, M. (2005). Estigma y exclusión en la enfermedad mental: Apuntes para el análisis e investigación. *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 6 (1), pp. 3-14.
- Esbec, E. (2012). Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad, *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, 12, pp. 121-147.
- Espiñeira, I. (2015). ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho civil*, II, núm. 2, pp. 285-287.
- Fernández de Buján, A. (2011). Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Modificación de la capacidad. Modificación judicial de la capacidad, *Revista de Derecho de la UNED*, 23, 1, pp. 53-8.
- Ferreirós, C.E. (2007). *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMIES; Obra Social Caja Madrid.
- García Alguacil, M.J. (2016). *Protección jurídica de las personas con discapacidad*. Reus, Col. Familia y Derecho.
- García Pons, A. (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España, *ADC*, pp. 59-147.
- García Ripoll, M. (1999). La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo. En *Act. Civ.*, 2, pp. 553-581.
- González, J. y Rodríguez A. (2002): *Rehabilitación Psicosocial y Apoyo comunitario de personas con enfermedad mental crónica: Programas Básicos de Intervención*. Madrid. Consejería de Servicios Sociales. Serie Cuadernos Técnicos de Servicios Sociales, 17.

Guilarte, C. (2015). La capacidad para testar y el artículo 12 de la Convención de Nueva York. Alcaín, E. (Dir.), Álvarez, G. (Coord.). *La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – Delos derechos a los hechos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Hernández, M. (2017). La rehabilitación psicosocial entre la desinstitucionalización y la recuperación. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 37 (131), pp. 171-187. Recuperado de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352017000100010

Ituarte, A. (1995). *Procedimiento y proceso en Trabajo Social Clínico*. Madrid: Siglo XXI. Col. Trabajo Social, 2.

Jiménez, A. J. (2003). Un sistema de autotutela mediante el apoderamiento preventivo: los Enduring Powers of Attorney, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 8, pp. 21-36.

Klement, K. (2002). Sintesi del sistema austriaco dell'amministrazione di sostegno (Sachwalterschaft). En *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Atti del convegno di studi su "Capacità ed autonomia della persona". Milano.

Lasarte, C. (2006). Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril. En *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. de P. Blasco Gascó). Valencia: Tirant Lo Blanch

Ley 68-5 de 3 de enero de 1968. Fracia. Diario Oficial del 4 de enero de 1968 J.O. nº 3 du 4 jan.

Ley 13/1983 de 24 de octubre de reforma del Código Civil en materia de tutela. BOE núm. 256.

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE núm. 102.

Ley 48/1990, de 12 de septiembre, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. [LEC]. BOE núm. 7.

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.

Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. [LIONDAU]. BOE núm. 289.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. [LPAP]. BOE núm. 299.

Ley 308 de 5 de marzo de 2007 de protección de las personas mayores (en vigor en enero de 2009). Francia, J.O. núm. 56 du 7 mars 2007.

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.

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 175.

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.

Ley 15/2017, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria [LJV], de 2015. BOE núm. 158.

Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. [LOREG]. BOE núm. 147.

Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. BOE núm. 55.

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. BOE núm. 77. Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral, para garantizar el derecho al sufragio de las personas con discapacidad. BOE núm. 147.

Mezzina, R. et. al. (2006). Social nature of recovery: discussion and implications for practice. *American Journal of Psychiatric Rehabilitation*, Philadelphia , 9, pp. 63-80.

Naciones Unidas. (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York. Recuperado de

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/210918-discapacitados.aspx>

NIMH [Instituto Nacional de Salud Mental].

Recuperado de

<https://www.nimh.nih.gov/health/publications/espanol/spanish-listing.shtml>

Observación General [OG]. (2014). Observación General del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad.

Ortuño, C. (2017). A propósito de los tratamientos médicos forzosos. Su inadecuada judicialización con base en el art. 763 de la ley de enjuiciamiento civil. *Revista Jurídica Valenciana*, 33, pp. 49-60.

Pau, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil. *Revista de Derecho Civil*, V, 3, pp. 5-28. Recuperado de <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. BOE núm. 311.

Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre. BOE núm, 289.

Saavedra, F. (2011). Cómo encontrar un lugar en el mundo: explorando experiencias de recuperación de personas con trastornos mentales graves. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, 18 (1), pp. 121-139.

Sarraceno, B. (1995). *La fine dell'intrattenimento. Manuale de rehabilitazione psiquiatrica*. Milano: Etas Libri.

Sentencia Civil 282/2009, Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, Consejo General del Poder Judicial.

Sentencia del Tribunal Supremo 8191/2000 de 29 de abril del 2000. BOE núm. 119.

Shepherd, G., Boardman, J. y Slade, M. (2008). Hacer de la recuperación una realidad.. Recuperado de <https://www.centreformentalhealth.org.uk/making-recovery-a-reality>

STC 141/2012 de 2 de julio de 2012. Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Segunda. Recurso de amparo 5070-2009. BOE núm. 181.

Viñas, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer. Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Badajoz: FUTUEX (Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad).

8. ANEXOS

8.1. Propuesta de cuestionarios de autodiagnóstico

8.1.1. Modelo de cuestionario de autodiagnóstico para usuarios

El usuario deberá responder, con total sinceridad, a las preguntas siguientes, a fin de valorar su grado de capacidad de obrar y su conciencia del trastorno que padece:

0. ¿Te consideras una persona autosuficiente?
1. ¿Te está cuidando un familiar, posee autorización judicial para cuidarte? ¿Cobra por cuidarte?
2. ¿Cumples con la prescripción médica y tomas la medicación?
3. ¿Qué consideración crees que tienen sobre ti tus familiares?
4. ¿Eres titular de tu cuenta bancaria, puedes seguir los movimientos que se efectúan en tu cuenta?
5. ¿Eres capaz de vestirte, asearte y desplazarte en tu entorno próximo sin ningún tipo de ayuda?
6. ¿Cómo es la relación que mantienes con tus familiares y allegados, crees que tienen interés en beneficiarse de tu situación?
7. ¿Crees que en un futuro inmediato podrás trabajar?
8. ¿Sientes miedo o te avergüenzas ante las personas que no conoces, o no confías en el control de tus emociones en público?
9. ¿Te consideras una persona peligrosa para ti mismo o para los demás?

8.1.2. Modelo de cuestionario de concienciación de las familias

El familiar deberá responder, con total sinceridad, a las preguntas siguientes, a fin de valorar su grado de aceptación e implicación en el trastorno que sufre el familiar:

1. ¿Consideras que X es autónomo o necesita ayuda para llevar a cabo su actividad diaria?
2. ¿Estás cuidando o dedicas tiempo a X? ¿Cobras por esta atención, o lo haces por ayudarlo?
3. ¿Has recurrido a administrar fármacos a X, aun cuando no te lo han requerido? ¿Por qué motivo?
4. ¿Qué consideración tienes sobre X, es un enfermo, debe incapacitarse, o crees que es capaz de salir de esta situación?
5. ¿Eres el titular o autorizado de la cuenta bancaria de X? ¿Controlas los movimientos bancarios de X?
6. ¿Cómo es la relación que mantienes con X, es cordial, sientes lástima?
7. ¿Sientes miedo o te avergüenzas en público ante una posible reacción violenta de X?
8. ¿Piensas que la incapacitación o el internamiento de X resolvería los problemas? ¿En qué sentido?
9. ¿Crees que X merece una nueva oportunidad de reinserción social, que puede volver a su situación laboral anterior?
10. ¿Estás dispuesto a ayudar a X en su proceso de recuperación, sin anteponer intereses personales o económicos?

8.2. Decálogo para usuarios y familias

A continuación, se presenta un decálogo que resume, mediante 10 máximas, aspectos a tener en cuenta por parte del trabajador social, los usuarios y las familias, ante un caso de trastorno mental:

1. El usuario que padece un trastorno mental no es un incapaz
2. El usuario que padece un trastorno mental puede necesitar apoyo y comprensión, pero se le debe dejar opción a que manifieste sus intereses
3. Cualquier actuación de familiares, allegados y profesionales debe orientarse al beneficio del usuario
4. El padecer un trastorno mental Grave no es una oportunidad para conseguir beneficios personales o materiales
5. Salvo en situaciones límites, siempre debe respetar la voluntad del usuario
6. Reflexionar sobre la conveniencia para el usuario de solicitar una modificación de la capacidad.
7. El usuario que padece un trastorno mental no es una persona peligrosa ni un enfermo que debe estar aislado
8. Ayudar al usuario que padece un trastorno mental no supone anular su capacidad de tomar decisiones
9. Proteger y apoyar al usuario, ante un posible uso inadecuado del dinero no implica beneficiarse o sacar rendimiento personal de la situación
10. El trabajador social es responsable de conseguir armonía y conciliación entre el usuario y las familias, y debe velar y trabajar para la recuperación promocionando lo positivo y nunca incidiendo en remarcar los aspectos negativos del proceso.