

Sesión III.

**EL DERECHO FORAL ARAGONÉS
ANTE EL ALZHEIMER**

PONENTE:

Ilmo. Sr. D. Armando Barreda Hernández
PÁG. 149

COPONENTES:

D. Daniel Bellido Diego-Madrado
PÁG. 199

D. Francisco Javier Hernáiz Corrales
PÁG. 223

EL DERECHO FORAL ARAGONÉS ANTE EL ALZHEÍMER

ILMO. SR. D. ARMANDO BARREDA HERNÁNDEZ

Magistrado Juez

SUMARIO: I. Introducción. II. El interés del Derecho Foral Aragonés por las consecuencias de la enfermedad Alzheimer. III. La imperiosa necesidad de fijar el diagnóstico. *a) Breve reseña de la enfermedad de Alzheimer. b) Un canto a la esperanza, sobre todo desde la prevención. c) La repercusión social de la enfermedad de Alzheimer. d) El crucial momento de la detección y diagnóstico. e) Consecuencias del impacto de la enfermedad de Alzheimer en el paciente y su propia familia. f) La importancia de hallar al líder familiar, más allá del efectivo cuidador. g) La controvertida burocratización del actual sistema intervencionista y la colaboración con las asociaciones de enfermos.* **IV. La idiosincrasia del proceso civil de incapacidad.** *a) La repercusión jurídica del consentimiento del enfermo en todos los ámbitos de su vida. b) Demasiadas incertidumbres sobre las expectativas del proceso, condicionada por un importante componente, el pedagógico, además del sociológico. c) La razón de ser del proceso de incapacidad. d) La trascendente actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos. e) La apuesta del proceso civil resulta insatisfactoria. f) La vigente sistema de incapacidad en Aragón y los factores que delimitan su práctica diaria. g) Los efectos de la declaración judicial de la incapacidad. h) La imperfección del sistema judicial, demasiada formalidad en casos de normalidad.* **V. Alternativas más allá de la incapacitación judicial sobre la enfermedad de Alzheimer en Aragón.** *a) Las razones de buscar instrumentos jurídicos alternativos al judicial, última ratio, y evitar así el síndrome de las ventanillas giratorias. b) La necesaria implantación de un nuevo sistema en las instituciones de guarda y protección en Aragón, de acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. c) Las posibilidades de regularización de situaciones de hecho sin previa sentencia judicial de incapacidad. d) Instrumentos jurídicos vigentes: (d-a) Derecho civil aragonés. (d-b) Derecho civil común supletorio.*

EN RECONOCIMIENTO A LA LABOR COTIDIANA, ABNEGADA Y SILENCIOSA DE CADA CUIDADOR, NUESTROS HÉROES

I. INTRODUCCIÓN.

EXCMOS. SRES. JUSTICIA DE ARAGÓN, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS, SEÑORAS Y SEÑORES LETRADOS, COMPAÑEROS, AMIGOS Y DEMÁS INTERESADOS POR CUALQUIER SITUACIÓN O CIRCUNSTANCIA EN ESTA MATERIA.

Agradezco la oportunidad y confianza en compartir este espacio y tiempo de exposición y posterior debate, por muy limitado que resulte, **en un tema tan presente** sobre la problemática que suscita no solo entorno a **la protección y asistencia de las personas enfermas** mentales, en general, sino de aquellas, en concreto, aquejadas de la más común de las demencias, **la de Alzheimer**, cuyo padecimiento viene caracterizado por su irreversibilidad y lento desarrollo, que tanto agobia a nuestra sociedad.

La visión que se realiza este estudio del actual sistema viene limitado por ser este ponente un simple operador jurídico, por ello la perspectiva nunca será la sanitaria, siquiera la doctrinal dentro del derecho, y por tal razón, nada convencional, desde el momento que la elabora un simple juez del orden civil, un mero jurista práctico, que junto con fiscales, letrados de la Administración de Justicia, abogados, procuradores y notarios, amén de otros generosos profesiones, como médicos forenses, psiquiatras, neurólogos, psicólogos y trabajadores sociales, conforman un buen observatorio.

Por ello, siento decepcionarles, puesto que cuanto se trata a continuación viene referido a variadas situaciones que subyacen a diario en esa atípica labor que se desarrolla el **Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Zaragoza, especializado en materia de Incapacidades, Tutelas e Internamientos involuntarios**, del que soy su titular desde hace no más de siete años.

Con ese afán nos hallamos con ustedes, aportando otra visión, desde las **posibilidades que brinda el Derecho Foral Aragonés**, tan preocupado siempre de mantener una notable altura técnica y de conservar las instituciones del Derecho civil aragonés para las generaciones futuras, aprovechando este Foro para reinterpretar sus principios y adecuarlo, si fuere menester, a las necesidades y expectativas de esas familias que padecen los efectos de esa aflicción en uno de sus miembros¹, no olvidemos que en la actualidad atañe a más de 33.000 aragoneses.

Aunque parezca extraño el **objetivo** de este trabajo se asienta **no sólo desde un punto de vista estrictamente jurídico, sino también sociológico**, porque esta temática se ve mediatizada por infinidad de factores, encima agravada por la continua evolución y transformación de los mismos, a veces, por **la lógica de las necesidades, además de los recursos y el contexto donde reside cada enfermo**, pues detrás de unos síntomas comunes y unas secuelas compartidas, cada caso merece una atención exclusiva.

¹ INFORME EXTRAORDINARIO DEL JUSTICIA DE ARAGÓN SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS ENFERMOS DE ALZHEIMER EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN de 30 de septiembre de 1996, Boletín Oficial de la Cortes de Aragón núm. 68 (IV LEGISLATURA).

No obstante, quisiera justificar la aceptación de compartir este magnífico proyecto, que en sí mismo me supera, sintiéndome pequeño, casi insignificante, ante lo que tanto y bien se trabaja en la investigación y tratamiento desde el mundo sanitario y asistencial, hasta en el jurídico, tan solo me asiste la posibilidad de rendir públicamente un sincero **homenaje** a esos héroes cotidianos, abnegados y silenciosos, los **cuidadores de cada enfermo de Alzheimer**², porque ellos son la luz en la oscuridad, el bálsamo que supone hacerles sentir seguros, queridos³.

Y por lo que interesa a todos, este estudio **aspira a desplegar los actuales mecanismos legales y también**, porqué no, **a reclamar otros**, con la idea de ofrecer otras vías, alternativas, más humanas y respetuosas de cara a ir dando soluciones a esos problemas cotidianos que se van planteando este sector tan vulnerable de la población.

II. EL INTERÉS DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS POR LAS CONSECUENCIAS DE LA ENFERMEDAD ALZHEIMER.

Hay que reconocer que nuestro Derecho civil aragonés además de ser calificado de complejo, rico, que presenta importantes especialidades respecto del Derecho civil común, entre las que destacan un amplio reconocimiento de la libertad civil, a través del principio *Standum est chartae*, artículo 3 del Código del Derecho Foral del Aragón (*en adelante CF*), que permite que los ciudadanos regulen sus relaciones con los demás mediante las normas que con tal fin se dan, ya sean contratos, capitulaciones matrimoniales, testamento, autotutela, etc., y que podíamos traducir como *“hay que estar a lo pactado”*.

Es esta específica materia, en instituciones como la llamada delación voluntaria, regulada en su artículo 108 del Código del Derecho Foral del Aragón (*en adelante CF*), donde queda plasmado ese carácter dinámico, cercano y dispuesto a afrontar esos futuros retos en materia de derechos sobre la persona, por la incidencia de acontecimientos que tanto atormenta a ese gran número de ciudadanos⁴.

Estamos **orgullosos, sin duda, del histórico pragmatismo del legislador aragonés**, cuando en la actual redacción del artículo 34 CF **continúa declarando la presunción de capacidad referida a toda persona mayor de catorce años no incapacitada judicialmente**, establecido ello de manera coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (*con la necesaria asistencia según los casos*) toda clase de actos y contratos, **pero también de esa afanada vocación de acomodarse a esos continuos cambios sociales o meras**

2 LEÑA FERNÁNDEZ, ilustre notario sevillano, ya jubilado, “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción.” Academia Sevillana del Notariado, Tomo 16, 2, 2008 Págs. 33-146, cuando explica una de las semblanzas más bellas al respecto:

“Cuidadores a quienes en muchas ocasiones, más de lo que uno mismo se imagina, ciertamente, los que estamos en primera línea, “...hemos de escucharles en esa suma de angustias e inquietudes que conforman el alma de esos parientes, cuando encaran la soledad e incompreensión de la burocracia en la que navegan, acuciados por esa demencia, y en cuya labor se les escucha y pregunta mucho, llenando esa angustia con paciencia, cariño y comprensión con frases de aliento que la pura ciencia jurídica no puede resolver”

3 ABC/MAYORES, edición digital, “La enfermedad del olvido”, 17 de septiembre de 2014.

4 BELLIDO ASPAS, Presidente del TSJA y Director del trabajo “DERECHO CIVIL ARAGONÉS”, CGPJ, CUADERNOS DIGITALES DE FORMACIÓN núm. 48-2015, Pág. 1-2.

deficiencias o dudas al aplicar este Código, puestas de manifiesto por parte de nuestra rica Jurisprudencia, las Memorias anuales de todas esas altas instituciones autonómicas (*El Justicia de Aragón, Fiscalía y Tribunal del Superior de Justicia de Aragón*) o este mismo Foro, cuando detalladamente plantean cuestiones y puntos de derecho controvertidos que sucesivamente a través de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

Sirva de ejemplo, aquel vacío legal que llenara el vigente artículo 37 CF, al precisar el tipo de invalidez de los actos realizados por personas no incapacitadas en situación (*duradera o transitoria*), en la que carecían de aptitud para entenderlo y quererlo. Puesto que tratándose de proteger intereses particulares, se opta por la anulabilidad, precisando los aspectos de legitimación y prescripción, salvo que el acto, además, vulnere otras leyes; o cuando excluyera de las causas de incapacitación previstas en el artículo 38 CF la denominada prodigalidad que aun persiste en la legislación común.

La pretensión es ciertamente ambiciosa, toda vez que nuestro **Derecho Foral debe acomodarse no solo a las últimas reformas legales**, de tanto calado sobre esta materia que abordamos con tanto ímpetu, como lo es la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria o las modificaciones del propio Código Civil (*en adelante CC*) o la misma Ley de Enjuiciamiento Civil (*en adelante LEC*), relativas a la tutela, la curatela, la guarda de hecho o las ampliación de competencias de la Entidad Pública (aquí, la *Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón*), respecto a las personas en situación de desamparo con capacidad modificada judicialmente o susceptibles de serlo, **sino a la constante evolución de la doctrina emanada de los Tribunales de Justicia ordinarios y del Tribunal Constitucional**, y, de manera especial, la gran revolución que ha supuesto la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, firmada en Nueva York el día 13 diciembre 2006 (*ratificada por España en fecha 23 noviembre 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 abril 2008*), toda vez que esta normativa ya forma parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de nuestra Norma Fundamental y 1.5 CC, la cual reinterpreta los sistemas de protección de las personas con discapacidad.

También es importante esta iniciativa que brinda estos «VIGESIMOSEXTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS», desde el momento que la organización, y el mundo jurídico en general, es conciente de que la enfermedad **de Alzheimer** representa uno de los retos con que se enfrentan las sociedades de los países desarrollados, entre otros motivos, debido al aumento en la expectativa de vida y el progresivo envejecimiento de la población, que facilitan el desarrollo de esta imparable demencia en nuestro entorno.

III. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE FIJAR EL DIAGNÓSTICO.

A) Breve reseña de la enfermedad de Alzheimer.

La triste realidad es que llevamos ciento diez años de lucha contra el Alzheimer, con indudables avances médicos, sí, pero hay que tomarlo con reservas,

toda vez que dicha enfermedad descrita por primera vez en 1906 aún hoy sigue siendo degenerativa e incurable.

Según la Organización Mundial de la Salud, cada tres segundos una persona padece Alzheimer en el mundo, cifra que «podría multiplicarse por tres en el año 2030 en países con ingresos medios y bajos».

Precisamos partir de una pacífica y sencilla definición del Alzheimer, para distinguirlas de otro tipo de demencias, entre las que prevalece entre 50 y 70% de ellas, como aquella enfermedad neurodegenerativa primaria progresiva e irreversible, de inicio insidioso, caracterizada por una serie de rasgos clínicos como alteraciones cognitivas, funcionales, psicológicas y comportamentales⁵.

Tal es así que esta demencia atrofia las funciones cerebrales de las personas, especialmente aquellas de edad avanzada, despojándolas de su memoria y de su propia consciencia.

Esa situación conlleva mucho sufrimiento e impotencia en una primera etapa a los mismos pacientes, y siempre a sus familiares cercanos, resaltando la importancia que provoca el detectarla cuanto antes y tratarla, con técnicas que en los primeros años no son únicamente farmacológicas, pudiendo suponer un cambio de estrategia y bienestar el simple hecho de anticipar unos instrumentos de índole jurídico y sanitario, desde luego, como un salto cualitativo en ese penoso camino, ralentizando el curso de la enfermedad en hasta en no pocos casos hasta los doce años de evolución.

De acuerdo con *The Alzheimer Association*⁶, este padecimiento, en un principio, afecta la memoria a corto plazo, provocando que la persona tenga dificultades para hacer las tareas del día a día (como preparar algún alimento sencillo) y problemas de orientación (como recordar qué día u hora es).

Se trata de una situación difícil que implica enfrentarse a cotidianas y simples situaciones que rompen con el equilibrio físico y emocional tanto de la persona que la padece, como de los que la rodean.

Aunque no es fácil determinar la causa exacta, los médicos pueden determinar cuando una persona comienza a desarrollar demencia, y aun así todo resulta muy complicado⁷.

5 Otros tipos de demencia, junto al de la enfermedad de Alzheimer, la más común, se encuentra la demencia vascular (de infartos múltiples): la cual muchas veces es el resultado de un derrame cerebral. Cuando esto ocurre, áreas pequeñas del cerebro se dañan irreversiblemente. La aparición de demencia vascular es repentina. Los síntomas dependen de que área del cerebro está afectada, pero la memoria y otras funciones cognitivas, como la habilidad de tomar decisiones, están dañadas; la demencia con cuerpos de Lewy: la cual causa las alucinaciones, el delirio, problemas con el movimiento, y una disminución de la habilidad cognitiva; la demencia frontal-temporal: que afecta a la personalidad y al habla pero no afecta a la memoria. También existen otra variedad de demencias, menos comunes y varían en la edad de aparición, como lo son, entre muchas, las demencias de la enfermedad de Parkinson, de Huntington, de Creutzfeldt-Jakob y otras enfermedades de los priones, además de las derivadas del VIH/SIDA, de lesiones cerebrales traumáticas o el síndrome de Wernicke-Korsakoff (incluye demencia provocada por el abuso del alcohol), y la derivada de la Leucodistrofia. <https://www.dementiacarecentral.com/caregiverinfo/tipos-de-demencia/>

6 The Alzheimer Association, <http://www.alz.org/espanol/overview-espanol.asp>

7 MORENO DE LA CONCEPCIÓN, "P300 Y DETERIORO COGNITIVO: APLICACIÓN A CASOS FORENSES EN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL DE ARAGON", Madrid 2016, páginas 3 a 6.

Se buscan causas, remedios, ayudas,... y al mismo tiempo se observa cómo el escenario se agrava entre otras razones por el imparable fenómeno demográfico, con ese incremento del número personas de avanzada edad, tanto en términos absolutos como relativos, y el aumento paralelo de las enfermedades edad-dependientes como la demencia tipo Alzhéimer, supone un incremento del sector de población con algún tipo de discapacidad física o psíquica asociada a la edad, que exige una adecuada respuesta social.

Pero desde luego no es el único, como lo son ese aumento de la esperanza de vida, retraso de la edad y disminución de la nupcialidad, o el mismo descenso de la natalidad en los siglos XX y XXI, condicionado por un notable envejecimiento relativo de la población española, especialmente intenso a partir de 1970⁸, y las palpables consecuencias del cambio estructural de la realidad familiar y sus roles, existiendo una diversidad de modelos producto de la variedad de formas de convivencia y los efectos de las crisis matrimoniales (*segundos y ulteriores matrimonios y/parejas de hecho, hermanos de un solo vínculo, soledad o aislamiento de alguno de los progenitores,...*⁹), la gestación tardía (*se ha triplicado el nacimiento del primer hijo en mujeres a partir de los cuarenta años*¹⁰), la cada vez más normal movilidad geográfica,..., sin olvidar los devastadores efectos de la crisis económica, sin duda, cuando a pesar de haber sido aprobada en 2006 con el consenso de todas las fuerzas parlamentarias una Ley de la Dependencia, la insuficiente dotación presupuestaria para financiar las políticas de dependencia ha convertido en papel mojado una ley presentada en su día como una de las normas sociales más importantes de nuestro país.

Máximo cuando lo peor de esos buenos propósitos de apoyar a esas familias es que en la actualidad se condena a casi medio millón de enfermos que necesitan de ella a no recibir ningún tipo de asistencia.

Porque mientras el número de personas reconocidas como dependientes ha ido aumentando paulatinamente hasta llegar a la cifra actual de 1.191.406, la aportación del Estado para costear el servicio apenas cubre el 12% del gasto, cuando la ley le obliga a aportar el 50% del total, dejando a las Comunidades Autónomas el otro 50%¹¹.

8 REVISTA ESPAÑOLA DE MEDICINA LEGAL, 2012; Pág. 38(3):89-90: "La investigación en los procedimientos de incapacidad de las personas con enfermedades neurodegenerativas que cursan con demencia", Josep Arimany-Mansoa, Esperanza L. Gómez-Durána, Mercè Boada, Silvia Ventura Mas, Lluís Tárraga, Dolors Clos Masóa y Jorge Matías-Guiu.

9 ARRIAGA, 10 de septiembre de 2015, "¿ESTÁ SUFRIENDO UNA CRISIS DE PAREJA POR EL CUIDADO DE SUS PADRES?", <http://www.domukea.com/cuidado-de-ancianos/esta-sufriendo-una-crisis-de-pareja-por-el-cuidado-de-sus-padres>.

10 XV ENCUESTO NACIONAL DE SALUD Y MEDICINA DE LA MUJER, SAMEM 15, celebrado en Madrid del 18 al 20 de febrero de 2016, entre otras conclusiones se hizo constar que el embarazo después de los 40 es una tendencia a la alza, "... Los expertos en estadísticas han encontrado que especialmente en el grupo de edad de a partir de 40 años, las tasas de nacimiento han ascendido notablemente en los últimos 20 años. Según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, mientras que en 1991 tan sólo un 0,8% de los nacimientos fueron llevados a cabo por mujeres en sus cuarenta y más, en el año 2000 ese porcentaje aumentó a 1,8% y en 2003 ya era un 3,9%. El número de mujeres que se quedan embarazadas después de cumplir los 40 años se ha triplicado desde el 2000, una cifra "escandalosa" para los especialistas en ginecología, que han advertido de que la cantidad y calidad oocitaria disminuye a partir de los 35 años comprometiendo la fertilidad,..., para determinar que la ciencia no ha conseguido superar al reloj biológico " <http://www.aragoninvestiga.org/xv-encuentro-nacional-de-salud-y-medicina-de-la-mujer/>

11 EL MUNDO, Editorial del 6 de agosto de 2016, "LA LEY DE DEPENDENCIA, UNA ASIGNATURA PENDIENTE DEL SISTEMA DE SALUD PÚBLICA".

<http://www.elmundo.es/opinion/2015/08/06/55c2537be2704e8e6b8b459f.html>

Como reconocía a primeros de agosto de este mismo año 2016 el propio Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón, el Sr. Santos, en su balance del primer año de gobierno, son 13.923 los aragoneses que, según los últimos datos publicados por el Ministerio de Sanidad, siguen a la espera de recibir una prestación económica o asistencial (*teleasistencia, ayuda a domicilio, plaza en un centro de día o en residencia*), pese a tener reconocido el derecho, si bien admite que al menos en el último año se ha logrado invertir la tendencia y cada día 6 personas se incorporan al sistema, frente a las 5 que se perdían antes. En total, suman actualmente 19.070, 2.240 más de las que en julio de 2015 recibían ayuda¹².

B) Un canto a la esperanza, sobre todo desde la prevención.

Así, a fecha de hoy hay **cierto grado de optimismo**, principalmente desde la prevención, y no obstante, seamos francos, también existe desesperanza entre quienes sufren la enfermedad en sus propias carnes, no encontrando consuelo en los devastadores datos estadísticos.

Son escalofrantes, por ejemplo, las conclusiones emitidas el año internacional de la enfermedad de Alzheimer, en 2011, constatando como en el mundo hay 24 millones de enfermos, 6 millones en Europa, más de 500.000 en España, estando afectada el 10% de la población mayor de 65 años y casi al 50% de la población mayor de 85 años, presumiendo que en los próximos 40 años se duplicará la población de más de 55 años, afirmando que tal demencia tiene un origen y unas causas aún desconocidas, imposible de prevenir, no existiendo ninguna medicación que lo retrase o que frene su curso¹³.

Frente a lo anterior, fue ya esperanzadora la Declaración Internacional de 111 expertos en demencia, incluida la enfermedad de Alzheimer, emitida en Londres (*diciembre 2013*), dentro de la cumbre del G-8 sobre esta temática, donde científicos y médicos –entre ellos, D. Antonio Lobo Satué, Catedrático Emérito de Psiquiatría de la Universidad de Zaragoza-, procedentes de 36 países, no dudaron en proclamar que la misma se puede prevenir adoptando medidas adecuadas frente a los factores de riesgo, estimando que así podría evitarse hasta una quinta parte de los nuevos casos para el año 2025¹⁴.

Otros estudios, de modo ilusionante, pronostican de manera esperanzador, cómo esta enfermedad está por lo menos más cerca de la cura, según publicara la revista especializada "*Science Translational Medicine*", donde un grupo

12 EL HERALDO DE ARAGÓN del día 12 de agosto de 2016, Aragón atiende a 19.000 dependientes, un 14% más que hace un año. La DGA reconoce que la Comunidad está "mal" respecto al resto y lo achaca a que partía de una situación "muy complicada". <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/2016/08/12/aragon-atiende-000-dependientes-mas-que-hace-ano-1008879-300.html>

13 CENTROS DE REFERENCIA ESTATAL DE DE ATENCIÓN A PERSONAS CON ENFERMEDAD DE ALZHEÍMER Y OTRAS DEMENCIAS de Salamanca, en sus conclusiones de 2011, http://www.crealzheimer.es/crealzheimer_01/investigaciones/index.htm.

14 LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y ALZHEIMER'S DISEASE INTERNATIONAL, 2013, "La demencia, incluida la enfermedad de Alzheimer, se puede prevenir; Hasta una quinta parte de los nuevos casos para el año 2025 podrían evitarse con políticas de salud pública adecuadas"; Antonio Lobo, catedrático e investigador de la Universidad de Zaragoza, es uno de los científicos que firman esta declaración.

de científicos australianos descubrieron un tratamiento que puede restaurar la memoria utilizando tecnología de ultrasonido, augurando revolucionar los procedimientos actuales sin el uso de drogas¹⁵.

Desde todos los ámbitos, con ese afán, se hace una y otra vez un llamamiento con urgencia a los gobiernos para que apoyen más investigaciones sobre prevención y adopción de políticas de salud pública derivadas de los resultados de esta investigación.

Además, ese y otros tantos grupos de científicos reiteradamente manifiestan que la prevención es un poderoso enfoque adicional para el desarrollo de fármacos para el tratamiento de la demencia. El desarrollo de fármacos hasta ahora ha costado alrededor de 40.000 mil millones de dólares, sin ningún beneficio apreciable en el retraso de la progresión de la enfermedad, salvo un pequeño alivio de sus síntomas.

Y en esa línea, al admitir que aproximadamente la mitad de la gran disminución de la mortalidad provocada por enfermedades del corazón e ictus cerebral (*accidentes cerebro-vasculares*) en los últimos 50 años ha sido el resultado de las medidas de salud pública adoptadas para modificar los factores de riesgo, se confía en que el mismo enfoque funcionaría para la demencia, proponiendo un esfuerzo coordinado para descubrir los factores de riesgo modificables de ella y para aprovechar los ya identificados.

Por ello, habiendo pruebas suficientes para justificar una acción inmediata de los gobiernos, mientras llegan estos ambiciosos objetivos, alcanzables a largo plazo, sin embargo, ofrecemos una serie de instrumentos jurídicos a esas personas aquejadas por esa enfermedad, como medida imprescindible para disminuir en la medida de lo posible la repercusión de estos múltiples trastornos en nuestro territorio, permitiendo que los pacientes con demencia y sus familias mejoren la calidad de sus vidas con la máxima calidad y bienestar.

C) Repercusión social de la enfermedad de Alzheimer.

En nuestra sociedad se va tomando plena conciencia de la enfermedad de Alzheimer y de la debida atención a sus pacientes como uno de los problemas médicos más comunes en los ancianos, por ello, sanitariamente se postula que es necesario realizar un diagnóstico sensible y específico para poder establecer unas medidas preventivas y terapéuticas eficaces que redujeran su coste, amén de otra cadena de apoyos asistenciales de otra índole que acompañen a los parientes.

Ningún país —*y España tampoco es una excepción*— está preparado para afrontar este problema, que se convierte en un reto, en una prioridad socio-sanitaria si se tiene en cuenta el coste que representa atender a una persona con Alzheimer.

Más de 31.000 euros al año por término medio, asumidos en su mayor parte por la propia familia. Si este indicador se aplica al conjunto de familias afectadas, la cifra supera los 50.000 millones de euros anuales, en España.

¹⁵ SCIENCE TRANSLATIONAL MEDICINE (Sci Transl Med), 2015 Journal impact, <https://www.researchgate.net/journal/1946-6242-Science-translational-medicine>

Pero la enfermedad de Alzheimer, además de sus síntomas clínicos, genera otros no ya en el paciente, sino en la propia familia y, más en concreto, en su cuidador principal: problemas médico-físicos, psicológicos, sociales, laborales..., que tienen difícil cuantificación. Y este panorama se va a ver duplicado en los próximos años debido a la cada vez mayor esperanza de vida de la población y a la consolidación del fenómeno conocido como “*el envejecimiento del envejecimiento*”¹⁶.

Nadie mejor que las asociaciones de familiares, para reivindicar los derechos de las personas afectadas, ante la sociedad en general y ante la Administración en particular. El factor diferencial con respecto a otras entidades radica en el hecho de estar configurada por personas que padecen o han padecido en carne propia los efectos de la enfermedad sobre un ser querido. Por lo tanto, como afectados que son, ellos atesoran el mayor y el mejor de los conocimientos, tanto sobre las necesidades como sobre las aspiraciones que el conjunto del colectivo precisa.

Y sirve cualquier motivo, la misma Organización Mundial de la Salud (OMS) la fecha de cada 21 de septiembre fuera declarado el Día Mundial del Alzheimer, momento en el que se aprovecha por todas las Asociaciones de Familiares de Personas con Alzheimer y otras Demencias y de la propia CEAFA/AFEDAZ para reclamar la máxima atención.

Y recientemente, el pasado día 14 de noviembre de este año, destacamos como en la gala de entrega anual de premios de la Asociación de Familiares de Enfermos de Alzheimer (AFEDAZ) de Zaragoza, que recayera entre otros en una de las instituciones organizadoras de estos XXVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón, en la persona de quien la preside, don Fernando García Vicente, justo por difundir y divulgar el trabajo que realiza en esta provincia, que el próximo año celebrará el 25º aniversario de su fundación, siendo que la misma ya ha atendido, según directora, Sra. Cantabrana, «*a 2.000 personas en nuestro territorio, aunque en España, las 310 asociaciones que existen se han ocupado de unas 200.000*».

La presidenta ha reclamado que se considere a esta enfermedad como «*una prioridad sociosanitaria*», al tiempo que ha recordado que «*es necesario luchar y apoyar investigaciones que ayuden a prevenir el Alzheimer*».

La enfermedad degenera a una persona, concretamente «*a sus neuronas progresiva y crónicamente*», y se da «*principalmente, en mayores de 65 años*», aunque lo peor, es que «*lo padece el enfermo, pero lo sufre la familia e impacta en la sociedad*»¹⁷.

En esa línea de toma de conciencia es donde las asociaciones de familiares alcanzan el equilibrio entre ambas dimensiones —*la reivindicativa y la colaborativa*—,

16 KOLDO AULESTIA URRUTIA, presidente de CEAFA (Confederación Española de Asociaciones de Familiares de Personas con Alzheimer y otras demencias): “CONCLUSIONES Y PROPUESTAS PARA AVANZAR EN LA DEFINICIÓN DE LA POLÍTICA DE ESTADO D E Alzheimer”, 23 abril 2015, <http://www.ceafa.es/actualidad/noticias/>

17 HERALDO DE ARAGÓN, 15 de noviembre de 2016, AFEDAZ entrega sus premios anuales al Justicia de Aragón y a COAPEMA. La Asociación incide en la importancia de la detección precoz de esta enfermedad que afecta principalmente a mayores de 65 años. <http://www.heraldo.es/noticias/suplementos/salud/2016/11/14/afedaz-entrega-sus-premios-anuales-justicia-aragon-coapema-1142429-1381024.html>

puesto que solo de esta manera podrán ocupar la posición que les corresponde ante los gobiernos, para los que han de ser asesores privilegiados.

Una asociación de familiares —*por muy amplio que sea su conocimiento sobre una situación concreta*— no puede ni debe limitarse exclusivamente a exigir a la Administración sin dar algo a cambio.

Han pasado ya los días en que las asociaciones buscaban la solidaridad basándose en hacer aflorar la compasión.

Ahora las asociaciones, como colectivos de carácter territorial, como AFEDAZ en Aragón, con arraigo en la población, han mejorado su técnica de expansión, con serios profesionales en sus propias organizaciones, superando aquellos tiempos que su organigrama lo componían meros voluntariados, que no perdiendo ese grupo de personas tan válidas, emprenden desde óptica una decidida implicación y apoyo económico no solo de sus socios sino de entidades bancarias, buscando la colaboración y complicidad de las administraciones a sus diferentes niveles, desde el mismo Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón hasta organizaciones más cercanas, como comarcas, ayuntamientos, asociaciones de barrios y otras tantas ONG implicadas activamente en este tipo de enfermedades.

Y para ello, primero han sido capaces de demostrar seriedad y solvencia, trayectoria profesional, transparencia en la gestión y calidad en la acción.

C) El crucial momento de la detección y diagnóstico.

El abordar cualquier metodología para mejorar las consecuencias personales, laborales o económicas de la enfermedad de Alzheimer resulta imprescindible diagnosticarla. Inicialmente el único signo observable de la enfermedad, posiblemente sea algún olvido leve, que pueda confundirse con cambios de memoria asociados a la edad. También se observa inicialmente desinterés en actividades laborales y descuidos en tareas rutinarias¹⁸.

Pero el momento de la detección de esta demencia comporta una singular situación debido a múltiples factores, no siempre médicos, por la exploración física, el sometimiento a la consiguiente serie de pruebas y luego evaluación neurológica y psicológica, al existir diferentes estudios y test que se realizan para saber si se padece o no la misma, y caso afirmativo la fijación de su estadio¹⁹, sino en momento anterior peses ante esos claros síntomas de alerta o sospecha se decide acudir al médico.

En modo alguno es un tema irrelevante, por cuanto el mismo afectado simplemente trata de disimular esas señales de alarma, apoyándose en su cónyuge, por ejemplo, a la hora de decidir o de responder a preguntas, quien a su vez actúa con cierta complicidad cada vez más, ocultando ese progresivo deterioro cognitivo frente a su ambiente más cercano, como hijos o amigos, en temas más que

18 PÉREZ DÍAZ, ARMENGOD RAMO y SOTERAS DÍAZ: "EL CUIDADO Y LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN DEMENCIAS, MANUAL PARA EL CUIDADOR", Dep Sanidad, Bienestar Social y Familia DGA, Zaragoza 2013. Págs. 21 a 38.

19 ACARÍN, Nolasc (2010) Alzheimer. Manual de instrucciones. Madrid. RBA. Libros S.A. Págs. 79 y 80.

patentes, sencillos y rutinarios (*haciendo la misma pregunta una y otra vez, repitiendo la misma historia, palabra por palabra, perdiéndose en sitios conocidos o dentro de casa o el mismo hábito de pagar las cuentas,...*), y todo ello produce un importante retraso para su tratamiento de cara a ese seguro deterioro.

La situación familiar es que a veces todo se va de las manos, cuando desbordado el cuidador pide auxilio ante comportamientos de maneras extrañas o inesperadas, pudiendo resultar agotadoras, embarazosas y hasta peligrosas para su propia integridad personal.

Está claro que existen multitud de variantes, pero partiendo del hecho que un enfermo tiene un promedio de diez a doce años de vida después del diagnóstico, ese periodo queda condicionado por la fijación del marco de la evolución de la enfermedad.

Y es que esos meros efectos médicos de ese diagnóstico en fase ligera o moderada, a veces severa cuando se realiza tarde, sirve para seleccionar el o los medicamentos y para la evaluación de la pérdida de autonomía.

La importancia de explicar ese aludido sentido pedagógico radica en la manera de poder actuar en esos primeros momentos, cuando nos hallamos en la fase ligera de la enfermedad de Alzheimer, por ejemplo, puesto si bien no se consigue beneficiarse de la Ley de Dependencia o de otras ayudas que se reservan para una fase de superior deterioro, en cambio, desde el aspecto jurídico, podremos articular unos importantes instrumentos preventivos, por cuanto con apoyos óptimos, como luego explicaremos, pudiendo continuar razonando y comunicándose bien con los otros, con problemas para encontrar las palabras precisas y emplear frases más cortas, incluso mezclar ideas que no tienen relación directa entre sí, buscando, porqué no, esa autonomía y determinación que debería permitirle adoptar decisiones sobre el propio curso vital, asegurando así su dignidad, el respeto propio y de los demás, y su integridad como sujeto autónomo de derechos²⁰.

He aquí, en esa primera e incipiente fase ligera de la enfermedad, es donde aparece y se puede desarrollar ese nuevo concepto y visión de la discapacidad al establecer un revolucionario sistema de apoyo en la toma de decisiones, como propugna el artículo 12 de la mentada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Pero más allá, en fases más avanzadas resulta imposible contar con el paciente, estando hablando ya de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse, cuando al tener más dificultades para la comunicación (*tanto de expresión como de comprensión*) presenta una total desorientación temporal y espacial.

Hablamos de una fase moderada (*...con la memoria alterándose progresivamente, olvidando sucesos recientes, siquiera lo que acaba de comer, ni de asimilar o comprender los hechos nuevos, como un matrimonio o el fallecimiento de un pariente, amén de otras reacciones agresivas, desproporcionadas respecto al motivo que las ha desencadenado...*)

²⁰ GARCÍA LORENTE, Mecanismos de apoyo: desde el punto de vista jurídico, asistencial y sanitario, CGPJ, Madrid 2011, Cuadernos Digitales de Formación, núm. 24/2011, Pág. 4

o de esa otra extrema, la fase severa (*...no llegando a reconocer a su cónyuge o a sus hijos, aunque conserve la memoria emocional, si bien muestra un humor imprevisible: grita, llora, se agita; no reaccionando coherentemente ante una situación, ni comprende una explicación, balbuceando, repite palabras sin pies ni cabeza, y solo utiliza correctamente algunas palabras concretas. No comprende lo que se le dice,...*)²¹.

D) Consecuencias del impacto de la enfermedad de alzhéimer en el paciente y su propia familia.

Pero retomemos el tema justo al dramático momento del diagnóstico, al de esa amarga realidad condicionada al cuándo y cómo responde el paciente y, sobre todo, su íntimo entorno ante la confirmación de la enfermedad de Alzhéimer y el estadio en que se haya fijado la misma, convirtiéndolo en la piedra de toque para afrontar ese largo y tortuoso camino.

Por ello, será el equipo médico que trate al paciente el que deberá contar con un amplio equipo multidisciplinar (*psicólogos, asistentes sociales, letrados,...*) de cara a informar de manera clara, didáctica y cierta, no ya el punto de vista sanitario que corresponda, como de las consecuencias que comportará en su vida familiar, social, laboral y patrimonial, entre otras.

Dejamos claro que en el supuesto de que no exista ese entorno familiar, o no puedan ni quieran asumir esa responsabilidad, deberán ser los Servicios Sociales quienes promoverán tal iniciativa o luego hacerse cargo de la situación, que en nuestra Comunidad Autónoma correspondería en su caso a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón²².

Lo primero que quiere el interesado, de estar en esa primera fase, plenamente consciente de ello, y de manera especial los familiares, es **información clara sobre la enfermedad**, de cara a orientar y apoyar qué hacer o cómo actuar ante las distintas dificultades que puedan ocurrir, o de cómo deben actuar ante la pérdida de memoria, entre otros, así como facilitar el que deberá ser el más rápido contacto con asociaciones de enfermos de Alzhéimer (*como lo es AFEDAZ*) y amplios recursos para el afectado, ya sea con servicios de rehabilitación/terapia ocupacional domiciliaria, ya en centros de día o residenciales permanentes o temporales.

Lo anterior es básico, pero la **realidad** no es ésta, toda vez que la respuesta al **fuerte impacto que provoca el diagnóstico inicial** de esta enfermedad, primero, en el propio paciente, fuertemente condicionado a que acepte o no la misma, de cara a mantener durante el mayor tiempo posible las actividades de la vida diaria, y, por tanto, su autonomía personal, potenciando y mantenimiento sus capacidades físicas y cognitivas, logrando que permanezca en su entorno habitual, no es siempre la que debiera, y,

²¹ FUNDACIÓN ALZHÉIMER ESPAÑA, Fases del Alzhéimer, página Web modificada por última vez el miércoles, 25 noviembre 2015, <http://www.alzfae.org/cuidador/98-alzheimer-faq/fases-alzheimer>.

²² Artículo 148 CF y Decreto núm. 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos

segundo, porque tampoco su familia acoge de manera uniforme a esa tremenda noticia, o bien no la entiende, no la quiere aceptar o sí.

Es decir, el núcleo familiar cercano del paciente, **desde ese primer diagnóstico**, descartados los propios de la edad u otra dolencia, se antoja como el **momento clave a la hora de asumir esa nueva situación**, destacando las importantes **implicaciones jurídicas que comporta para el afectado en todas las esferas de su vida** (*personal, familiar, laboral, social y patrimonial*).

En todos los estudios realizados al efecto, ante el conocimiento del diagnóstico por parte de la familia aparece como la manifestación más común la de su aturdimiento e incredulidad²³.

Para poder manejar estos sentimientos negativos, la estructura familiar entra en un periodo de negación de la enfermedad, que no le permite mantener el control de la situación como debiera, no pocas veces derrumbándose.

Por supuesto, no todos los miembros de la familia mantienen la negación con la misma intensidad ni durante el mismo tiempo, y esto también puede ser fuente de conflictos, ya que los miembros más realistas se vuelven críticos e intolerantes con los negadores.

Poco después del diagnóstico, los familiares del enfermo van entrando en una fase de asimilación de la misma. En ésta pueden producirse alteraciones de la conducta familiar, estableciendo un silencio respecto a la enfermedad, motivado por el deseo de proteger al paciente del sufrimiento. Sin embargo, este tipo de comportamientos pueden provocar que el enfermo quede aislado emocionalmente, sin posibilidad de dar respuesta a sus ansiedades y temores, al no poder comentarlas con su familia.

Con el avance de la enfermedad, la familia asume la pérdida del enfermo en la organización familiar, iniciando una etapa de depresión, asumiendo la realidad de la enfermedad.

Y este contexto, la continuidad del modelo tradicional de apoyo y cuidado familiar se ha visto gravemente amenazado por los intensos cambios sociales de las últimas décadas, debiéndose a la redefinir roles y reasignación de tareas entre esos parientes, muchas veces insuficiente, porque se precisa acompañarse de políticas sociales de protección.

E) La importancia de hallar al líder familiar, más allá del efectivo cuidador.

Todo se agrava cuando, aun antes del tremendo peregrinaje sanitario y administrativo que se avecina la enfermedad, ello provoca complejas alteraciones de la vida familiar, y entre otras, la **necesidad de designar quién deberá de liderar esas acciones, que no es necesariamente coincidente con el cuidador, a veces, ni con el propio tutor.**

²³ FERNÁNDEZ SOLOMANDO, Trabajo fin de grado de la Facultad de Trabajo Social, Universidad de Zaragoza, septiembre de 2013, "El desarrollo de la enfermedad del Alzheimer, desde el diagnóstico hasta la necesidad de cuidados especializados", <http://docplayer.es/19376019-El-desarrollo-de-la-enfermedad-del-alzheimer-desde-el-diagnostico-hasta-la-necesidad-de-cuidados-especializados.ht>

Ese liderazgo se fundamenta en un valor por encima de todos, la credibilidad entre los suyos, entendida como la responsabilidad de cumplir con ese complicado compromiso de enfrentarse a variadas e inimaginables decisiones y situaciones, demostrar capacidad de decisión y admitir sus errores. Ha de tener agallas para aceptar las críticas y modificar aquellas conductas que producen malos resultados, toda vez que hablamos de una larga enfermedad, donde aparecen momentos difíciles y aun así hay que saber mantener la calma, controlar las emociones y ser estable. De nada sirve perder los nervios.

Y esa predisposición, sin saber porqué, es innata del líder en el núcleo familiar; por ello, de su buen hacer **dependerá la adopción de la estrategia familiar de cara a afrontar el reto de acompañar al afectado** en condiciones razonables para solventar apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica con relación a la magnitud que le afecten a sus derechos e intereses, adaptándose en cada momento a las concretas necesidades y recursos humanos/patrimoniales, siempre de manera respetuosa con la voluntad y las preferencias de la persona involucrada, adoptando un carácter dialogante y reconciliador para con todos parientes, garantizando que no haya conflicto de intereses ni influencia indebidas, resultando siempre un válido comunicador para con el cuerpo médico y demás instituciones.

Los objetivos específicos de ese líder han de centrarse cuanto antes de cara a poner en marcha todos los recursos para mejorar las condiciones de vida, el desarrollo de la medicina y el acceso mayoritario a los servicios de salud público y que son:

- Saber cómo afecta emocionalmente, cognitivamente la enfermedad en los familiares, desde que se lo comunicaron hasta la fase actual.
- Tener un conocimiento pleno de los trámites necesarios para utilizar los recursos (*servicios y prestaciones*) a disposición de del enfermo Alzheimer.
- Conocer los distintos recursos especializados para sus cuidados en fases avanzadas ²⁴.

Y es que la forma y manera en que se solventen **esos trastornos en la vida familiar**, fijado la diagnosis y su tratamiento, determinarán la metodología de afrontar las consecuencias normales de la enfermedad con arreglo al grado de compromiso del grupo de acorde a su capacidad de disponibilidad personal y económica, y que sin pretender ser exhaustivos **pueden desglosarse a priori en tres tipos**:

- **Estructurales** (*que se concretan en alteraciones de los roles y funciones familiares, en la distribución de la cargas o en la aparición de conductas de aislamiento social*), toda vez que las consecuencias en los diferentes miembros de la familia dependen en gran medida del parentesco que guarden con el enfermo. Así, el cónyuge del enfermo, si vive, se encuentra ante una situación de angustia ante la enfermedad de la persona con la que ha compartido una gran parte de su vida.

²⁴ FERNÁNDEZ SOLOMANDO, loc. cit., Págs. 32 a 34

Esta relación de codependencia supone que, en ocasiones, el familiar no acepte la enfermedad y, en consecuencia, se niegue a informarse sobre ella y adopte un papel secundario en el cuidado del enfermo. Este tipo de conductas suelen requerir la colaboración de algún hijo o hija, que le ayude a asumir la realidad de la enfermedad, para evitar principalmente la angustia de sentirse solo con el problema.

Por el contrario, otros cónyuges participan activamente en el cuidado del enfermo, dándose con frecuencia el caso de que en las primeras fases de la enfermedad se produzca el fortalecimiento de los vínculos, mientras el enfermo tiene un cierto nivel de autonomía.

Por su parte, también es frecuente la implicación de los familiares más directos, como suelen ser los hijos o hijas del enfermo, que a veces viven lejos de los padres, complicando así su colaboración con el cuidado del enfermo.

- *Procesuales o del ciclo vital*, de forma que el paso de una a otra etapa supone reajustes en la estructura y en las relaciones de la familia.

De este modo, el impacto de la enfermedad depende de si se produce en un momento centrípeto o centrífugo del desarrollo familiar. En los momentos centrífugos, como la independización de los hijos, la enfermedad puede dificultar o incluso impedir el movimiento de apertura de la familia, ya que el hijo que iba a abandonar el hogar puede posponer su decisión para tener la posibilidad de cuidar al enfermo.

Por otros, los momentos centrípetos, en los que la familia se cierra más sobre sí misma, como por ejemplo en las edades más tempranas de los hijos, el enfermo competirá involuntariamente con la atención que merecen otros miembros de la familia, como pueden ser los descendientes más pequeños, que son descuidados ante la gravedad de la enfermedad de uno de los abuelos. En estos casos se produce una “*parada de emergencia*” en el ciclo de vida familiar, y una verdadera involución en el desarrollo de la familia.

En cualquier caso, el efecto que produzca la enfermedad y la respuesta del entorno del enfermo tiene un alto grado de dependencia del ciclo de vida que la familia esté atravesando en ese momento.

- Y de la *respuesta emocional*, cuando a la familia se le comunica el diagnóstico de Alzheimer, sufre una impactante alteración emocional y pasa por un periodo de estrés, ya que debe afrontar la enfermedad de su ser querido, y anticipar el dolor que se presentara tras la pérdida.

La respuesta puede depender de ciertas variables, como pueden ser las características personales de cada individuo, el papel que juega en la familia el paciente y las relaciones mismas entre sus miembros, la historia previa de pérdidas, ya que el haber sufrido muertes anteriores se encuentra más vulnerable, o la existencia de suficientes recursos socioeconómicos, permitiendo a las que cuentan con un adecuado apoyo social y económico disponer de una mayor estabilidad emocional y menor riesgo de desorganización familiar.

F) La controvertida burocratización del actual sistema intervencionista y la colaboración con las asociaciones de enfermos.

Desde todos los colectivos **se aboga en estos tiempos por un contundente intervencionismo institucional**, como respuesta a las necesidades individualizadas, configurando un complejo derecho asistencial, poniéndose de manifiesto que ello no solo debe afectar a la enfermedad en sí, en el ámbito estrictamente sanitario, sino la situación individual de cada afectado con relación con su entorno, dando lugar a soluciones distintas, más fáciles o complejas, aspirando que sean los poderes públicos quienes actúen de manera coordinada y puntual con la familia o los servicios sociales con la red sanitaria desde el primer diagnóstico.

Lo anterior, no obstante, tiene un alto precio para las familias afectadas, ese largo periplo del previo reconocimiento (*y descoordinación*) por parte de las distintas administraciones del sistema de ayudas y sistemas de protección, a través de la tramitación y resolución de todo aquello a lo concerniente a la invalidez laboral, la fijación del grado de discapacidad, la determinación de la dependencia y/o la declaración judicial de incapacidad, llegado el caso.

La normativa relativa a la Ley de Dependencia es enorme, según constatan sindicatos y patronales son más de 800, pues incluye más de 671 normas de comunidades autónomas y 134 estatales. Asimismo, alertan de la desigualdad de condiciones de acceso a las prestaciones del sistema en función de donde vive el beneficiario.

Así, continuas noticias y comentarios parecen desmoralizar a todos los que creemos en el Estado del Bienestar que consagra nuestra Carta Magna, entre los que baste recordar:

- Uno de cada cinco dependientes murió antes de recibir la ayuda;
- Ni vacaciones ni descanso para el cuidador de personas dependientes;
- Prestar servicios a las personas dependientes es más caro que dar prestaciones;
- Los dependientes mayores de 80 tienen que esperar dos años por una plaza de residencia;
- A los dependientes les cuidan amas de casa mayores de 50;

Por ello, la puesta en marcha la maquinaria judicial se antoja como un recurso *in extremis*, y desde aquí se aboga para que sea subsidiaria, proporcional y, siempre, necesaria en caso de conflictividad.

Asumido lo anterior, siendo realistas, esa excesiva regulación y el síndrome de la *ventanilla giratoria* genera un coste personal excesivo en familiares-cuidadores, en no pocas ocasiones con altos niveles de alteraciones emocionales como depresión, ansiedad, irritabilidad,... provocando un inmenso estrés a veces por simples problemas asistenciales, propia de su baja autoestima y la restricción de sus relaciones sociales, que por preestablecidos medios adecuados se hubieran podido amortiguar o eliminar, como son las estrategias de afrontamiento y el conveniente apoyo social.

Debemos ser optimistas de cualquier manera, ya que tenemos perspectivas de adelantar cuanto menos el momento del proceso judicial de incapacitación, por ello hagamos un canto a la esperanza en el mundo de los enfermos de Alzheimer sobre la prevención y progreso de los fármacos que los científicos vienen anunciando, destacando la importancia del diagnóstico precoz de tal padecimiento y la mejor manera de resolver el impacto que ello comporta no ya en el paciente sino en su entorno, de cara a resolver de la mejor manera posible las consecuencias, adelantando situaciones que irremediablemente se plantearán en su ámbito personal y/o patrimonial.

IV. LA IDIOSINCRASIA DEL PROCESO CIVIL DE INCAPACIDAD.

A) La repercusión jurídica del consentimiento del enfermo en todos los ámbitos de su vida.

El eje central de toda la temática sometida a estudio descansa en el **carácter restrictivo que debe existir en materia de incapacidad**, dada la presunción legal de capacidad que existe al respecto, de ahí que desde el punto de vista jurídico, detectada la demencia, **todo versa sobre el alcance del grado de discernimiento del enfermo de Alzheimer** en los ámbitos de su vida, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra y si las limitaciones no sólo son físicas, sino también psicológicas o de percepción derivadas del deterioro cognitivo que les impide y limita las facultades de autogobierno.

La interpretación de la actual legislación civil española, y la misma aragonesa, versa precisamente sobre la búsqueda de los necesarios apoyos para garantizar la máxima autonomía de ese tipo de enfermos, entendiendo que solo debe acudir a la incapacitación ante concretos supuestos que precisen de protección, graduándola, siendo que esa actuación, siquiera mediante medidas judiciales, no han de ser formuladas como meras fórmulas discriminatorias e indiscriminadas, sino delimitando sus facultades intelectivas y volitivas, ya que en ese trámite únicamente con la práctica de una serie de pruebas concluyentes se puede acreditar que puede o no permite ejercer sus derechos como persona, porque tales afecciones le impiden autogobernarse, con el consiguiente riesgo para su salud y su seguridad²⁵.

Existen pues supuestos en que, en una fase inicial de la enfermedad, descrita la levedad de ese estadio, por ejemplo, la verdadera situación de discapacidad, no hay obstáculo alguno para que pudiera preservar unos espacios de cierta autonomía, sobre todo cuando ese desenvuelve en un entorno protegido.

Es tan importante el afrontar cada caso que salvando los obstáculos, tras la valoración de una prueba suficiente, apreciada que la demencia fuera de moderada a leve, encontrándose el paciente orientado en el espacio aun cuando su funcionamiento intelectual era deficitario.

Esa capacidad de gozar el enfermo de cierta autonomía para desenvolverse en un entorno protegido su domicilio e incluso en una residencia, aunque no

²⁵ ATS, Sala 1ª, de fecha 21 de septiembre de 2016, FFJJ 3º y 4º.

podiese llevar una vida independiente por las limitaciones físicas y psíquicas que presente, afectándole tan solo levemente su capacidad intelectual y de deliberación, es una circunstancia tal que no le impedía decidir sobre cuestiones que guardaban relación con su persona, sobre todo lo que se refiere a la libertad de ambulación, incluso al plano patrimonial.

Aunque lo anterior es lo deseable no siempre es posible, cuando se retrasa el simple hecho de acudir al médico y el asumir el diagnóstico, al ser una enfermedad degenerativa y por ello irremediadamente va presentando con mayor o menor velocidad más y más limitaciones, para finalmente anularse totalmente la capacidad de decisión, sustituir su representación legal en el aspecto personal y patrimonial.

Por tanto, no se trata de un **sistema de protección** de la familia, ni del sistema sanitario, sino **única y exclusivamente de la persona afectada**, aquejada por esa enfermedad mental, esta especial demencia, donde el mismo es igual en derechos que el resto de los ciudadanos ante la ley, y en virtud de ella tiene esa protección integral, obligándonos consecuentemente a jueces y fiscales a garantizar esa efectiva vigilancia contra cualquier motivo discriminación.

La igualdad que se proclama ha de ser efectiva para todos los individuos afectados por esa demencia, de la misma forma que el resto, y lo es en todas las facetas de la vida desde la mayoría de edad, e incluso antes en importantes actividades referidas a la toma de decisiones, como es con carácter general el haber alcanzado los 18 años, y 14 años en Aragón.

Pues bien, en el estado actual no podemos negar que hay personas que sufren una grave enfermedad mental en las que es conveniente una actuación terapéutica que les permita hacer una vida normal y que evite que se puedan hacer daño a sí mismas o a terceros por esa ausencia de control sobre su persona y voluntad.

Aun, así debemos tener en cuenta que el **colectivo de personas con enfermedad mental** está integrado no solo por aquellas consideradas habitualmente como personas con enfermedad mental (*personas que padecen esquizofrenia, psicosis maniaco-depresiva, trastorno paranoide, trastornos de carácter psicopático, etc.*), sino también aquellas otras que padecen demencia senil u otro tipo de enfermedades degenerativas tipo Alzheimer, u otro tipo de trastornos como los alimentarios (*anorexia nerviosa y bulimia*), las adicciones (*alcohol, drogas*), o trastornos mentales de origen orgánico (*encefalitis, meningitis, entre otras*).

Nos centraremos en el colectivo de personas con demencia tipo Alzheimer en sentido estricto, puesto que permite un análisis más exhaustivo de la problemática que plantea la discapacidad psíquica por enfermedad mental grave dentro de las situaciones genéricas de discapacidad y dependencia, y por tanto, susceptibles de tratamientos de esta naturaleza, ya sea en el seno de los establecimientos psiquiátricos (*mediando ingreso, voluntario o no*), en el de establecimientos geriátricos o sanitarios ordinarios, en el domicilio o en cualquier otro lugar adecuado.

De tal manera, surge así el punto de inflexión, el relativo a definir la línea roja del **derecho individual de la autonomía del paciente**, a decidir sobre su salud,

fundamentalmente cuando afecta a personas con enfermedades que nos afanamos en salvaguardar:

En primer lugar, no ya en casos de intervención inmediata de patologías urgentes orgánicas, e incluso psiquiátricas, necesitadas de un tratamiento urgente, aun en contra de su voluntad, que apoya la legislación vigente y nadie discute.

Y, en segundo lugar, aquellos otros casos de intervención preventiva respecto a personas de complicada y larga evolución por trastornos mentales graves, de las que por distintas causas, como fuera la falta de conciencia de la gravedad de su estado, el indefectible abandono o escasa adherencia de todo tratamiento que aseguraba su control, la valoración de su entorno más cercano, inclusive el de los profesionales, sobre evidentes situaciones o efectos en sí mismas perjudiciales auto y heteroagresivas, en los que debemos esperar a que esta descompensación profunda, anunciada y previsible suceda, y solo así, a posteriori, reducido/roto la posibilidad de negociar/consensuar es posible la adopción de tomar la decisión por él.

He aquí donde radica toda la cuestión doctrinal del tratamiento de esta demencia, tratándolo terapéuticamente de manera ambulatoria que llegado el momento debe o puede ser forzoso, sobre si de manera preventiva se puede o no interferir el derecho a rechazar el mismo, desvalorizando su razones para no aceptarlo.

Es fácil entender que somos hipergarantistas de la autonomía del paciente con seguir o no con ese primer y sucesivo tratamiento, buscando esa *desjudicialización* de quienes prefieren regular mejor el problema de las personas que sufren una demencia y no se medican.

La solución pasa en redefinir el límite tangencial entre la autonomía del paciente y la sustitución de su decisión en materia de salud mental, esa área o sector de intersección en la que se sitúan las fases de agravamiento y pérdida progresiva de competencias de decisión para quienes dependiendo de su intensidad y afectación requieren un tratamiento farmacológico y medicación antipsicótica continuada, desde el momento que ello pudiera modificar el pronóstico, paliar o evitar que se asienta la enfermedad.

B) Demasiadas incertidumbres sobre las expectativas del proceso, condicionada por un importante componente, el pedagógico, además del sociológico.

Son demasiados los interrogantes, a los que muchas veces la ley no da respuesta y están en torno a las personas presuntamente incapaces, y las familias de los enfermos de Alzheimer no son una excepción, que sin ánimo de ser exhaustivos, citamos algunas preguntas de ese colectivo de afectados²⁶:

- Incapacitación de hecho y de derecho. ¿Quién la otorga? ¿Basándose en que criterios se incapacita a alguien?

- Ingreso involuntario en una residencia geriátrica. ¿Es una necesidad imperiosa?

26 CLAVIJO JUANEDA, "Guía de buenas prácticas en los Juzgados de incapacitaciones: Excelencia en los procesos de incapacitación". Fundación AEQUITAS. Consejo General del Notariado, Madrid 1996. Págs. 4 a5.

- Directrices anticipadas y testamentos vitales. ¿Se deben respetar siempre?
- Decisiones subrogadas. ¿Quién debe tomarlas? ¿Quién controla la moralidad de dichas decisiones?
- Designación del tutor legal y responsabilidad moral del mismo. ¿Quién lo designa? ¿Es necesaria siempre la figura del tutor? ¿Se puede imponer?
- Intimidad y privacidad. ¿Es un derecho absoluto? ¿Qué límites o excepciones tiene?
- Abuso y maltrato. ¿Qué tipo de injusticias se producen con estos enfermos?
- Principio de autonomía y consentimiento informado. ¿Hasta donde son autónomos? ¿Cómo se lleva a cabo un consentimiento informado válido?
- Relaciones sexuales: abuso e instrumentalización del enfermo.
- Despido laboral: ¿Puede ser la enfermedad de Alzheimer un criterio de exclusión y despido?
- Derecho a conducir automóviles. ¿Es lícito poner en peligro la vida del enfermo y la de otras personas? ¿Cómo negarles este derecho?
- Problemas clínico-asistenciales:
 - Utilización de restricciones físicas.
 - Utilización de sondajes nasogástricos.
 - Cuidados del anciano incontinente.
 - Intensidad del tratamiento médico (*encarnizamiento*).
 - Sobreutilización de fármacos.
 - Cuidados en la fase terminal de la enfermedad.
- Deberes y obligaciones de la familia. Deber de alimentos, sí, pero ¿y deber de dar cariño? ¿Hasta donde tienen responsabilidad moral los hijos?
- Papel de la sociedad y del Estado. ¿Qué corresponsabilidad debe jugar el Estado?
- Vivir y morir con dignidad. ¿Cómo lograr una buena calidad de vida y una buena calidad de muerte en estas personas? ¿Es posible hablar de dignidad en las demencias?

La problemática diversa que encierra este tipo de demencia exige medidas de intervención muy heterogéneas, en las que hay que atender los aspectos bioéticos y jurídicos, que implican a la sociedad civil y a múltiples profesionales de la salud y del derecho.

La idea que debe presidir toda la actividad institucional es ofrecer información útil y comprensible sobre todas esas cuestiones que aparentemente son ajenas a la medicina, pero que pueden mejorar la comunicación del médico con el paciente, con la familia, con los demás profesionales y con la sociedad en general.

Esa es la pedagogía a la que nos referimos, donde son los profesionales que tratan directamente con los enfermos y sus familias, con esa tremenda angustia, quienes han de adelantarse a los acontecimientos, si bien con una formación adecuada, por supuesto.

Se deber reclamar la necesidad de normalizar todos los elementos informativos que deben figurar en la historia clínica, introduciendo en ella los aspectos jurídicos y legales que puedan ser de interés para el paciente, el grupo familiar y los profesionales que intervienen, siendo éste un debate abierto de gran trascendencia²⁷.

C) La razón de ser del proceso de incapacidad.

El objeto del procedimiento de incapacidad es bastante simple²⁸, puesto que descansa en la idea de dar la respuesta más idónea de aquellos capaces que a consecuencia de cualquier limitación física o psíquica, se vean mermados en sus facultades decisorias, limitando o anulando su autogobierno, revelando, en definitiva, la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en la norma cuando por esas circunstancias concurrentes pudieran verse considerados formalmente como incapaces, grupo éste caracterizado por dos notas fundamentales:

1º. Que su incapacidad no se produce, habitualmente, salvo casos traumáticos, en un instante. El menor se convierte en mayor de edad al sonar las doce campanadas del día en que cumple dieciocho años. El mayor capaz va convirtiéndose en incapaz poco a poco, gradualmente.

2º. Que han sido capaces alguna vez, y en tal época de lucidez han podido ejercer su autonomía de la voluntad, asentada en su libertad, que la Ley le otorga, previendo incluso lo que quieren que se haga con ellos cuando lleguen momentos, si llegan, de falta de capacidad.

Nos hallamos ante un sencillo procedimiento civil, y a la vez emotivo, donde prima las amplias competencias y directa actuación del juzgador de instancia, en donde como ya aprobamos antes no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada, y en esa garantista tramitación surgen una peculiar casuística en que pareciéndose muchas veces los procedimientos, al final, cada uno es distinto.

La capacidad jurídica se presume, en los términos que proclama el artículo 12 de la Convención o el mismo artículo 34 CF, de tal forma aparece así como principio básico, siendo quizás el gran avance desde 1983, el imperativo legal de dar **audiencia al afectado**, plasmado en la necesidad de ser oído, la opción de personarse en las actuaciones con abogado y procurador, proponer las pruebas que estime pertinentes y oponerse a cuantas decisiones se adopten.

En esa línea de protección, de **manera obligatoria** esa persona aquejada de una enfermedad mental **será examinada directa y personalmente por el juez y un facultativo independiente, el Médico Forense**, que según el sentido propio de ese trámite impone el inquirir, investigar o escudriñar con diligencia y

27 BOADA ROVIRA y ROBLES BAYÓN «DOCUMENTO SITGES 2009»: "Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia", Editorial Glosa, Barcelona, Págs. 11 a 13.

28 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", como Texto Re fundido de las Leyes civiles aragonesas, publicado en Boletín Oficial de Aragón (BOA) núm. 63 de 29 de Marzo de 2011 y vigente desde 23 de Abril de 2011, en su Título I, Capítulo II "Incapacidad e incapacitación".

cuidado del paciente sometido al proceso como demandado, actuación ésta que no puede calificarse propiamente de reconocimiento judicial que configura con carácter general el artículo 353 LEC, sino que se trata de una prueba directa, legal autónoma y obligada, que junto con las que se refiere el artículo 759 de dicha ley adjetiva y las que luego suministran las partes compongan el material probatorio suficiente para pronunciar la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentes, y que una vez constatada la situación de incapacidad revela la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en la vigente legislación, pues ésa y no otra es la finalidad de la incapacitación, la protección de la persona que no se halla en condiciones físicas o psíquicas para protegerse a sí misma.

Nuestra actual legislación regula un especial y amplio marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la mejor toma de decisiones a favor del incapaz. Ya no se trata de hacer un genérico traje a medida de la persona con discapacidad, sino de confeccionarlo concreto, el que procediera.

Se trata de fijar lo que la doctrina más moderna de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene calificando de un traje o **trajes a medida**²⁹, y esa es la gran aspiración del sistema judicial.

D) La trascendente actuación del Ministerio Fiscal en este tipo de procedimientos.

En todo este entramado referido al estado civil de las personas desvalidas o en riesgo de serlo destaca la función constitucional del Ministerio Fiscal, destacando que su intervención excede del ámbito puramente personal y privado, en detrimento del principio dispositivo, propio de nuestro sistema procesal civil.

La actuación de esta institución queda doblemente proyectada, siempre como parte plena, desplegando su ejercicio *ex Constitutione* a la defensa de la legalidad y del interés público³⁰, teniendo la iniciativa y potestad de investigar de oficio o

29 SSTS, su Sala 1ª, de fechas 20 de abril 2009, 1 de julio 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015, o 3 de junio de 2016, FJ 3º, por la que toda esta actividad judicial desplegada al efecto "... precisa de un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones...". E insiste tal jurisprudencia, que "...para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones ...".

30 Circular de la FGE núm. 1/2001, de 5 de abril, sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles, ya que es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal en virtud de lo dispuesto en el artículo 124.1 de la Constitución Española de 1.978 en relación con los artículos 1 y 3.6 y 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el artículo 757.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

a instancia de cualquier persona, antes incluso de iniciado un proceso judicial y luego controlando y vigilando todas y cada una de las actuaciones en que se encuentre un menor o persona desvalida.

La intervención del Fiscal en el orden jurisdiccional civil es una necesidad impuesta, no ya por razones históricas, sino por la propia delimitación constitucional de sus funciones, en defensa de la legalidad, con independencia de su objeto justo en esta materia sobre la modificación de la capacidad de las personas, actuando tanto como actor, como demandado, y de no comparecer el interesado, incluso como defensor judicial del mismo, ofreciendo como peculiaridad que puede y debe actuar en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación de cara de quienes pudieran ser declarados incapaces y la inspección de cualquier clase en centros de internamiento psiquiátricos o geriátricos.

Con ese propósito en el periplo judicial, por imperativo legal, el Ministerio Fiscal es siempre parte del proceso, no solo para determinar si procede o no modificar la capacidad de una persona, y en su caso qué alcance debe tener esa modificación y qué medida fuera menester para el mejor sistema de protección o de apoyo, sino de sus amplias competencias sobre el control y vigilancia de las tutelas o curatelas de las personas discapaces.

Normalmente este “conocimiento” llega al Fiscal a través de las comunicaciones realizadas por los centros en donde se hallan internadas (*que suelen ser obligatorias conforme a las legislaciones autonómicas*), organismos públicos como la Seguridad Social, los informes emitidos por los profesionales de las redes de asistencia social dependientes de Ayuntamientos o Diputaciones Provinciales, así como por los familiares, vecinos o conocidos del presunto incapaz.

Recibida la noticia por parte del Fiscal, se inicia una fase que se podría llamar de “instrucción” y que en la práctica diaria se suele denominar “*diligencias informativas previas a la interposición de la demanda*”, por cuanto consisten en recabar toda la información necesaria para poder determinar si procede o no interponer demanda de incapacitación, y en su caso, poder promoverla adecuadamente³¹.

En esa actividad fiscalizadora el Ministerio Fiscal viene tomando en consideración una serie de **circunstancias básicas y condicionantes para cada supuesto**; a saber, conocer cuáles son las condiciones de vida y actividades que puede hacer la persona afectada por el procedimiento; qué necesita realmente esa persona para poder ejercer con la máxima plenitud posible, su capacidad jurídica; en qué va a beneficiar realmente la sentencia que se dicte a sus condiciones de vida, debiendo tenerse en cuenta finalmente, que todas las personas tenemos diversas habilidades funcionales, que afectan a diversas esferas de la vida.

El Ministerio Público³² en su demanda inicial, y de no ser promotor del proceso, entonces como defensor judicial, solicita del perito judicial la información

31 GANZENMÜLLER ROIG. “Modificación de la capacidad e n el ámbito personal. Aspectos contradictorios entre la tutela, curatela y un sistema de apoyos flexibles”. CGPJ 2016, Curso “Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 20 06”.

32 Circular núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria; Instrucción núm. 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de

precisa para obtener la fundamentación individualizada, ese traje a medida, para configurar de la respuesta más adecuada, cuyos datos versan sobre los siguientes aspectos:

a) Habilidades funcionales de la vida cotidiana, es decir actividades que puede hacer una persona a diario: vestirse, asearse, usar medios de comunicación, cocinar, limpiar etc.;

b) Habilidades de índole patrimonial, es decir todas aquellas actividades relacionadas con su patrimonio; control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, realización de contratos, prestamos etc.;

c) Habilidades de índole sanitario, es decir posibilidad de tomar decisiones en relación a tratamiento médicos quirúrgicos, farmacológicos, rehabilitadores etc.

d) Habilidades de índole social, es decir si puede deambular sola por la calle, usar medios de transporte público, decidir sobre su lugar de residencia etc.

Es por ello que valorando todas las circunstancias, la sentencia que se dicte en su día, a modo de vestido único para esa persona, tendrá que ajustarse a sus necesidades, de tal forma que la incapacidad que se pida y luego se conceda, en su caso se acomode perfectamente solo y exclusivamente a ella, en cuanto que, cada discapaz, necesita su especial medida de protección.

En todo caso, las diligencias informativas se archivarán desde el mismo momento en que se inicia el procedimiento judicial, así como también en el supuesto de que no proceda interponer demanda de incapacitación, según las investigaciones realizadas por el Ministerio Fiscal aún cuando se acuerde reaperturarlas si las circunstancias se modifican, y sin perjuicio de comunicar la decisión a quienes resulten ser familiares legitimados, para que puedan interponer la correspondiente demanda si lo estiman procedente.

Supuestos distintos son aquellos en los que el Ministerio Fiscal toma la iniciativa no ya para promover la demanda sino la adopción de medidas cautelares, una vez que por conducto de órganos judiciales, sanitarios o servicios sociales, se ponen de manifiesto situaciones que propician una rápida actuación sobre personas con signos de evidente riesgo de su salud, a veces también por sospecha de exclusión social, ya fuera por la reiteración de ingresos puntuales en un módulo de agudos de cualquier servicio hospitalario de psiquiatría, ya por la condena y cumplimiento de una o varias medidas de seguridad de tratamiento ambulatorio o internamiento en centro psiquiátrico penitenciario, al habersele apreciado una eximente completa o no de enajenación mental en un proceso penal.

Por último, merece la pena reseñar que por algunas fiscalías, en determinadas casos, con gran crispación de las familias y con la negativa de ellas mismas, se promueven indiscriminadas demandas sobre personas muy enfermas, sin duda, pero en un contexto de gran orden en todos los aspectos (*afectivos, atenciones y autocontrol patrimonial*), incluso de acorde con un sistema preventivo de voluntades

las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.; o Instrucción núm. 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.

con idea de permanencia para supuestos más allá de que hubiera una declaración que modificara su capacidad, a veces, por el simple hecho de estar ingresado el afectado por la demencia de manera permanente en un geriátrico.

Y es que en estos casos parte de la desconfianza hacia la familia, tal vez porque el anterior sistema de «*tutela familiar*» había entrado en crisis, como hoy, la familia sólo se preocupaba de constituir la tutela..., cuando hacía falta, más por interés de la propia familia que por interés del incapaz. Y pasa de forma radical a la «*tutela judicial*», pensando que el Juez defenderá al incapaz mejor que su familia nombrando luego a uno de sus miembros, o de carecer de ellos a la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos u otra Fundación de prestigio en la Comunidad Autónoma, sobre todo, en supuestos de conflicto de familia, desbordamiento, situación de desprotección o incumplimiento imposible o inadecuado de deberes³³.

E) La apuesta del proceso civil resulta insatisfactoria.

Con carácter general, el artículo 38 CF establece que **nadie puede ser incapacitado sino en virtud de las causas establecidas en la ley y por sentencia judicial**, lo que, añadimos, tendrá lugar tras seguirse el proceso especial sobre capacidad regulado en los artículos 748 a 763 LEC, cuyo inicio queda sometido a la iniciativa de las personas que se encuentran legitimadas para promoverlo cuales son (*salvo el supuesto de los menores*) el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el Ministerio Fiscal y el propio interesado.

Tal declaración judicial tiene una doble incidencia: De una parte, exige determinar si la necesidad de protección acreditada requiere un régimen de asistencia o un régimen de representación o sustitución; Y, de otra, una vez determinado el régimen, la esfera de actuación, personal y patrimonial, en la que se precisa la asistencia o representación.

En ambos casos, se exige una clara correlación entre la prueba practicada y la determinación judicial, cuando para alcanzar su plena convicción entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante, y hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya reconocido directamente sus facultades cognitivas y volitivas (*superando las preguntas estereotipadas*), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona³⁴.

Y ello siempre que sean causas de incapacitación, es decir, enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma³⁵.

33 LEGERÉN MOLINA, "La tutela del incapaz ejercida por la Entidad Pública; estudio del artículo 293.3 del Código Civil", Fundación AEQUITAS, Madrid 2012. Págs. 184 a 202.

34 GUILARTE MARTIN-CALERO, CGPJ 2016, "CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR: EL SISTEMA ESPAÑOL A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK". Curso "Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006".

35 SAP de Teruel núm. 133/2013, de fecha 27 de septiembre, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009.

Esos motivos están concebidas en nuestro derecho foral como abiertas, de modo que no existe una lista, sino que para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (...) siendo lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno, tanto sea permanente como oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma.

En definitiva, y conforme a dicha doctrina jurisprudencial, es necesaria para la declaración judicial de incapacidad la concurrencia de los siguientes requisitos³⁶:

1º / La existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, en los términos anteriormente referidos;

2º / Que dicha enfermedad o deficiencia sea persistente;

Y, 3º / Que, a consecuencia de tales padecimientos, resulte el sujeto incapaz de defender sus propios intereses o, gobernarse por sí mismo, si bien tal expresión no ha de entenderse sólo en el sentido de una ineptitud total o absoluta, bastando al efecto que la enfermedad o deficiencia implique una importante y efectiva merma en la capacidad autogobierno.

Pero **esa fórmula judicial no es obligatoria**, porque a tenor de lo previsto en el 38.2 CF, al igual que el artículo 200 CC, la definición jurídica de la incapacidad, sólo se aplica cuando las causas de incapacitación afecten al «efectivo» autogobierno de esa persona, entendido y relacionado de acuerdo con su vida, su entorno social y familiar, relaciones e intereses económicos, lo que deja abierta otras vías, sea constante o permanente la enfermedad, o bien esporádica, cuando las fases cíclicas o críticas de la misma produzcan consecuencias susceptibles de actuación.

Hay una gran parte de personas mayores en la que se dan supuestos de una causa «clínica» incapacitante, pero que no le afecta a su autogobierno de forma efectiva, así es el caso por ejemplo, de la persona enferma de Alzheimer que hace tiempo que se encuentra ingresada en una residencia totalmente sufragada por su pensión, y adecuadamente cuidada, tanto residencial como médicamente, o cuando esa misma persona está al cuidado de su familiares.

En estos casos la declaración de incapacidad es inocua, excepto en aquello que efectivamente sea necesario. Ello supone, de entrada, que se debe determinar caso por caso si procede o no la declaración de incapacidad, aunque esto suponga que en supuestos de personas con la misma patología, en unos se deba proceder a la declaración de incapacidad y en cambio en otros no³⁷.

Y es que esa vía debe guiarse por **otros principios que le son propios**: la **necesidad** (*actuación pública cuando las circunstancias fácticas, físicas y psíquicas, del sujeto lo demanden*), la **subsidiariedad** (*adopción de medidas de protección pública cuando no sean suficientes o adecuadas las medidas adoptadas privadamente para la protección de la persona vulnerable*) y la **proporcionalidad** (*adecuación de la medida a las circunstancias personales de la persona y revisión periódica de la medida para comprobar si se sigue acomodando a aquéllas*).

³⁶ SSAP de Zaragoza, su Sección 2ª, de fecha 20 de marzo de 2014, 17 de marzo de 2015 o 20 de septiembre de 2016.

³⁷ PUIGGALÍ TORRENTÓ, "Dignificación de la vejez con incapacidad en la sociedad actual", CGPJ, Cuadernos Digitales de Formación 60-2008, Págs. 4 a 5.

No siempre es precisa esa formal declaración, de tal manera esas causas que la condicionan tampoco actúan como requisitos *sine qua non*, como ocurre en los internamientos involuntarios por trastornos psiquiátricos, la adopción de medidas cautelares en situaciones urgentes, la admisión de escenarios especiales de guarda de hecho, la gestión negocios ajenos, el reconocimientos de determinadas víctimas de ilícitos penales, incluso a la hora de aplicar para responsables criminales de eximentes por enajenación mental.

En esa tesitura, este tipo de juicio verbal especial, por las razones que venimos exponiendo debe desplegarse como una herramienta subsidiaria, sin complejos, asumiendo lo que existe más allá de los despachos y salas de vista.

Y es que, hoy por hoy, hablar de un proceso civil de incapacitación, a cualquier ciudadano, no digamos si tiene a un familiar susceptible de serlo, provoca incertidumbre y bastante desasosiego, y es ahí donde proclamo que falta pedagogía y los operadores jurídicos somos los responsables.

El actual sistema judicial en este partido judicial, y el de Zaragoza, se encuentra bloqueado, insuficiente para responder a las expectativas que espera de ella la población aragonesa, entre otras razones por el gran número de asuntos que asume –*cercano a los 2000 procedimientos nuevos al año y con 2300 tutelas en trámite, con mayor pendencia que cualquiera de los 5 Juzgados de Incapacidades de Madrid, los 3 de Barcelona o los 2 de Valencia*- y el hecho incontestable que la pendencia de un proceso tiene una duración de año y medio, una barbaridad.

La fuerte carga que soportan las familias al promover la demanda directamente o a través de la Fiscalía de Incapacidades, de manera habitual en la última etapa de la enfermedad de Alzheimer, conlleva que la declaración de incapacidad sea declarada como total y con carácter permanente en el 90%.

Esa razón provoca esa desazón entre los parientes, puesto que en las fases anteriores a la enfermedad no se contempla por regla general esta instancia judicial, así estos afectados llegan agotados y desencantados del sistema legal ideado, que para mayor abundamiento, salvo supuestos de conflictos de intereses personales o patrimoniales entre ellos, la tutela se les antoja innecesaria o simplemente incómoda.

Y tampoco sirva como justificación que el resto de las Administraciones tenga abandonado a este colectivo, y ello queda palpable en el último informe del primer semestre de 2016 del Observatorio Estatal de la Dependencia, cuando denuncia un incremento de las diferencias territoriales, siendo Aragón una de las comunidades con «*más dificultades*»³⁸.

A pesar de las mejoras, insisten en que el actual incremento de personas atendidas en el último año «*es claramente insuficiente*», cuantificando unas tremendas cifras, como la que un total de 13.994 aragoneses están en el llamado «*limbo de la dependencia*», es decir, un 42% de las personas dependientes en Aragón no reciben prestación ni servicio alguno pese a estar en lista de espera con el derecho reconocido.

38 XVI dictamen del Observatorio Estatal de la Dependencia de la Asociación de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales, primer semestre 2016, <http://www.directoressociales.com/images/documentos/dictamenes>

Adelantando la conclusión de este estudio, se puede afirmar sin paliativos que esta apuesta civil ideada resulta insatisfactoria para los enfermos de Alzheimer con un entorno normalizado.

F) El vigente sistema de incapacidad en Aragón y los factores que delimitan su práctica diaria.

Se puede afirmar que no existe especialidad reseñable alguna en este ámbito procesal que marque una diferencia con el resto del Estado, aunque parezca lo contrario, no solo en la siempre compleja interpretación de las normas³⁹, sino en su efectiva aplicación, viéndose condicionada por muchos factores, como es la dedicación exclusiva o no de los órganos judiciales encargados de esa función, la misma predisposición personal de los operadores jurídicos, los recursos personales y materiales, el número de habitantes o la dispersión geográfica.

La situación real en el partido judicial Zaragoza, es que tan solo existe un solo Juzgado civil especializado en esta materia, llevando aparejadas dos competencias consustanciales a la incapacitación que alteran el normal funcionamiento en que se inspiran los procesos, en concreto, los principios de inmediación, oficialidad y de protección al presunto incapaz o la persona privada de su libertad por razones de un trastorno psicótico:

A/ Las tutelas/curatelas, donde además las peculiaridades de índole procesal existen otro tipo de componentes que influyen directamente en el ejercicio jurisdiccional que el es propio, primando la inmediación del Juez y las amplias facultades que le otorga el legislador a tal fin, está para el tema de las salidas para realizar esos preceptivos reconocimientos dentro y fuera del Juzgado para llevar a cabo el examen del presunto incapaz, junto con el perito judicial.

Y, B/ La otra competencia de los internamientos psiquiátricos forzosos e incluso geriátricos, de carácter urgente, con una actuación no más allá de las preceptivas 72 horas desde que se tuviera conocimiento de cualquier ingreso de carácter involuntario, de cara a ratificar o no tal decisión médica.

Ambas actuaciones que se ven fuertemente condicionadas por la extensión geográfica de su territorio, 5437,78 km², frente a los de Madrid, con 605,77 Km² (donde hay 5 Juzgados especializados), Barcelona, con 98,21 Km² (con 3), o Valencia (con 2), con 134,63 Km².

Y si los anteriores datos no pareciera devastador, sirva de ejemplo otra circunstancia a esa extensión geográfica, que no es otra que la dispersión demográfica, ya que aun admitiendo la diferencia con esas grandes ciudades con más población; como son: Madrid, con 3.265.038 habitantes, Barcelona, con 1.615.448, Sevilla, con 994.087, o Valencia, con 798.033 habitantes frente a Zaragoza, con 798.092 habitantes⁴⁰, resultando que en los **últimos diez años se incrementaron**

³⁹ Artículo 3.1 del Código Civil "1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

⁴⁰ Partido Judicial de Zaragoza, lo componen 66 municipios: Alagón, Alcalá de Ebro, Alfajarín, Almochuel, Almonacid de la Cuba, Azuara, Bárboles, Belchite, Boquiñeni, Botorrita, El Burgo de Ebro, Cabañas de Ebro, Cadrete, Codo, Cuarte de Huerva, Farlete, Figueruelas, Fuendetodos, Fuentes de Ebro, Gallur, Gelsa, Grisén, Herrera de los Navarros, Jaulín,

en más de 100 el número de residencias de la tercera edad, actualmente existen registradas unos 126 centros geriátricos en toda la provincia, de las que son 72 en la Capital⁴¹.

Para mayor abundamiento, el hecho anterior provoca grandes complicaciones, tanto para el ciudadano como para la propia Comisión Judicial, como son grandes desplazamientos desde la sede de la oficina judicial en Zaragoza, y a la inversa, desde los puntos más alejados, por ejemplo, a Herrera de Los Navarros 67 Km, a Mallén 58 Km, a Moyuela 82 Km, o a Gelsa 49 Km.

G) Los efectos de la declaración judicial de la incapacidad.

Seamos realistas, dictada la sentencia que pone fin al procedimiento, mediante la declaración formal de incapacitación total o parcial del demandado y la consiguiente constitución de la institución tutelar que corresponda, la cuestión es que la ciudadanía percibe una agrídulce sensación, pues fuera de esas frases retóricas o estereotipadas no entiende nada, desde el momento que no encuentra esa respuesta a las expectativas que a priori le suscitaba tal procedimiento, y que pese a la simplicidad que transmite su regulación procesal entre los profesionales del derecho, ese verbal especial, en la práctica configura para los interesados un complejo derecho asistencial, difícil de aplicarlo.

Si confluye además que la persona del tutor con la del cuidador la situación es tremenda, llegándose a no explicar cómo que todo siga igual a nivel personal, en su relación directa para con el enfermo, donde el resto de niveles de asistencia propias del cargo solo le proporcionan más y más penosidad (*hacer inventario, rendir cuentas periódicamente o solicitar las preceptivas autorizaciones judiciales*); preguntándose si frente a tanto dolor y las obligaciones para con su pariente la burocracia consustancial a la tutela sirven para algo en el día a día.

La finalidad del objetivo de ese proceso en muchas ocasiones cae en la lógica preocupación de los parientes cuando se dan por hecho que conocen los efectos mismos de la sentencia, no ya la proclamación de incapacidad en sí misma, ni el nombramiento de quién ostentara la función tutelar, sino porque en el transcurso de los trámites ante la fiscalía y el juzgado nadie tratara o explicara aspectos de competencia relacionados con las decisiones que influyen en la propia salud (*incluida la participación en investigaciones*), en el patrimonio (*como transacciones económicas, otorgamiento de poderes y decisiones testamentarias*) o en la asunción de responsabilidades de la vida diaria, que en ocasiones afectan directamente a los intereses de otras personas.

Lo resuelto en este tipo de procesos se presenta para los afectados como sesgada, tras un largo camino llevado por el enfermo y su entorno, abocados a esos

La Joyosa, Lagata, Lécera, Leciñena, Letux, Longares, Luceni, Luesma, Magallón, Mallén, María de Huerva, Mediana de Aragón, Mezalocha, Monegrillo, Moneva, Moyuela, Mozota, Muel, Novillas, Nuez de Ebro, Osera de Ebro, Pastriz, Pedrola, Perdiguera, Pina de Ebro, Pinseque, Pleitas, Plenas, Puebla de Albortón, La Puebla de Alfindén, Quinto, Samper del Salz, San Mateo de Gállego, Sobradriel, Torres de Berrellén, Tosos, Utebo, Valmadrid, Villafranca de Ebro, Villamayor de Gállego, Villanueva de Gállego, Villanueva de Huerva, Villar de los Navarros, Zaragoza y Zuera.

⁴¹ Portal de la tercera edad en Internet

<http://www.tercera-edad.org/residencias-tercera-edad.asp?en=Zaragoza&pr=Zaragoza>

terribles efectos, la *ventanilla giratoria*, cuando ya al final, por distintas razones, se judicializa su problema.

Estas notas exigen una constante graduación en el alcance de su capacidad o incapacidad, así como el respeto a su voluntad, tanto presente como previamente expresada, puesto que hoy ya existe la posibilidad de arreglar muchos de los problemas existentes mediante un ejercicio sensato de lo que llamamos «*autonomía de la voluntad*» o «*autocomposición de intereses*», acción que, en manos de juristas prácticos –notarios o abogados–, bien puede convertirse en otra fuente creadora del Derecho por el camino del uso social, antes o al margen del proceso civil contencioso de incapacitación.

El abanico de decisiones judiciales que cotidianamente se toman, muchas veces sobreponiéndose, se sustentan no tanto en las varias patologías en sí, distintas a las anteriores, a veces de claridad meridiana, sino en aquellas referidas a la designación de a quiénes les corresponden los cargos tutelares, muchas veces en un contexto que aún no se dispone de la documentación que permite conocer la situación real o actualizada en las áreas social, económica y patrimonial.

Es más, estos expedientes permanecen abiertos durante toda la vida de la persona tutelada, salvo la anhelada restitución de su capacidad, complicado con los enfermos de Alzheimer, la remoción del cargo de tutor o el mismo fallecimiento del incapaz.

Pero detrás de ese sencillo y frío procedimiento judicial, hay personas, familias enteras que padecen las consecuencias de esa traumática patología y es ahí, justamente, donde se pretende hacer una incidencia en aras de mejorar el sistema previsto al efecto, la búsqueda de la toma de conocimiento de las personas frágiles que necesitan de estos apoyos.

H) La imperfección del sistema judicial, demasiada formalidad en casos de normalidad.

La **actual regulación aragonesa** (*igual que la estatal*) sobre la modificación o no de la capacidad, en su diaria aplicación, se muestra como **obsoleta, impersonal y, para colmo, lenta**, donde la obtención de una sentencia favorable o no, y el consiguiente nombramiento de tutor/curador, en el mejor de los casos, no va más allá de unos cánones sobre el que será el control y vigilancia meramente formal y puntual de jueces y fiscales, pero nunca sobre la enfermedad en sí misma, que tanto atormenta; la mayoría de los casos siquiera se pregunta más allá de genéricas circunstancias de la evolución del ámbito estrictamente sanitario o del propio internamiento, y en los últimos tiempos sobre el voto de manera mecánica.

El acudir a un procedimiento de incapacitación en estos casos sólo debe hacerse cuando sea estrictamente necesario, y en **última instancia**, debiéndose implicar en ello, tanto a las autoridades sanitarias o sociales que lo tratan, como a su habitual entorno social (*vecinos, farmacia, supermercado, banco, estanco, etc.*), y todo mediante **campañas de sensibilización** entre la sociedad para que se impliquen con una actitud crítica para defenderlos de potenciales riesgos y abusos de terceros, e incluso de parientes sin escrúpulos.

Porque a priori no tratamos con un grupo socioeconómicamente homogéneo, por tanto, debe estarse alerta y escudriñar si sobre ese frágil colectivo, normalmente de personas mayores, precisamente por parte de su entorno, no descartando el familiar, afronta intensas dificultades, problemas y abusos precisamente por su alta vulnerabilidad.

La cuestión es **preservar mecanismos de vigilancia y control**, sobre la base de recopilar información suficiente sobre los enfermos de Alzheimer, y el círculo en que desarrolla la vida cotidiana, mostrando una descripción detallada del perfil del paciente, y la situación familiar, sanitaria y económica en que se halla.

Solo a partir de ahí, de apreciar normalidad, es donde debe apoyarse la cuestión de **la desjudicialización, sobre la base de un principio de oportunidad**, toda vez que estando cuidado el enfermo por la familia, en su propio domicilio, en casa de algún pariente o ingresado en una residencia el grado de intervención institucional debe ser el mínimo o nulo.

El procedimiento de la declaración de incapacidad debe reportar «*siempre*» un beneficio a quien va dirigida, de lo contrario no procede, e incluso podría provocar un efecto perverso.

Se debe rehuir a la facilidad de buscar una incapacidad total a modo de una prevención futura o de conveniencia para la residencia o incluso para la familia pues se vulnerarían los dos principios esgrimidos de autonomía y dignidad.

Hay que buscar la proporcionalidad en la restricción de los derechos que tiene todo ciudadano así como una necesidad que justifique la declaración de incapacidad o internamiento para el presunto incapaz o a quien se le aplique un internamiento, siempre en su propio beneficio y con un tipo de protección que debe centrarse exclusivamente en aquellos aspectos en los que se precise tal actuación. Garantizar estos extremos es competencia de todos pero de modo especial en la de Jueces y Magistrados y el Ministerio Fiscal, como máximos garantes de lo prevenido en los artículos 24, 49 y 124 de la Constitución Española de 1978.

No obstante, esa situación ha pretendido cambiar el escenario a través del principio de intermediación, con la **nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria** (*en adelante LJV*) muy loable, pero insuficiente desde el momento que esa conexión personal con los afectados en la práctica provoca incluso, no ya más colapso para la oficina judicial, sino un **despropósito para los propios interesados**, a la hora de convocarlos a una serie interminable de sucesivas comparecencias, **exasperando los aspectos patrimoniales y olvidando completamente los aspectos personales**⁴².

Esta norma procesal conlleva un notable incremento de las exigencias burocráticas de tutores, curadores, defensores judiciales o guardadores de hecho, con multiplicación de trámites y exigencia de celebración de «*comparecencia*» para el examen de la mayor parte de las cuestiones, y si pareciera una exageración

42 SANTOS URBANEJA. Responsable de la Sección de Protección de Personas con Discapacidad de la Fiscalía Provincial de Córdoba. Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental, "El tratamiento de la discapacidad en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria", SEPIN, junio 2016 Referencia: SP/DOCT/19838.

extraigamos de ese texto las diligencias que deberán practicarse en la sala de vistas del Juzgado y que son:

- Nombramiento de defensor judicial (artículo 30 LJV).
- Nombramiento de tutor o curador (artículo 45 LJV).
- Formación de inventario, con posibilidad de remisión a juicio verbal en caso de controversia (artículo 47 LJV).
- Remoción de tutor o curador, haciéndose contencioso el expediente en caso de oposición (artículo 49 LJV).
- Excusa (artículo 50 LJV).
- Rendición de cuentas (artículo 51 LJV).
- Actos de disposición o gravamen sobre bienes o derechos de las personas con discapacidad (artículo 64 LJV).
- Protección del patrimonio de personas con discapacidad (artículo 58 LJV).
- Expediente en caso de oposición del Ministerio Fiscal al consentimiento prestado por el representante legal de persona con discapacidad previsto en la de la Ley Orgánica núm. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen (artículo 60 LJV).
- Adopción de medidas de protección respecto de personas con discapacidad previstas en el artículo 158 CC (artículo 87 LJV).

Todo resulta un despropósito, un exceso, obligando no solo al tutor, al afectado, a todos sus parientes y al Ministerio Fiscal acudir de nuevo al Juzgado una y otra vez, al menos anualmente, a ello hay que añadir el incremento de gastos que supone la norma de contar con Letrado y Procurador en determinados supuestos, no solo cuando sea requerido por la Ley (artículo 3.2 LJV), sino siempre que se formule oposición en el expediente (artículo 3.2, in fine LJV), para la interposición de recursos de revisión o apelación (artículo 3.2, in fine LJV), en el expediente de remoción (artículo 43.3 LJV) y para la autorización de disposición o gravamen cuando el valor supere los 6.000 euros (artículo 62.3 LJV)

Tal situación es de claramente imperfecta desde el momento que las garantías que ofrece el proceso civil para quienes atienden con total normalidad a estos enfermos de Alzheimer, salvo casos de conflictividad entre los parientes o administración compleja de patrimonios familiares, en ocasiones, no les aporta nada más que incomodidades; de ahí que para cientos de familias aragonesas ese control resulta excesivo.

Lo anterior da pie a **cuestionarse si el sistema que existe en la actualidad comporta la mejor fórmula para salvaguardar y proteger a estos enfermos mentales** mediante esos lentos y descoordinados mecanismos de decisión, asistencia y fiscalización, es decir, el previsto en nuestro vigente Código del Derecho Foral de Aragón, el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y resto de leyes.

Como mantienen muchos autores, como el notario Segura Zurbano⁴³, un ejemplo paradigmático de la *«desacomodación entre la realidad fáctica y la normativa lo constituye el de la tutela jurídica de quienes carecen de aptitud para su autogobierno»* es el hecho de haberse configurado todo el trámite de la incapacitación, hasta fecha reciente exclusivamente como un proceso contencioso e inquisitorio, sigue diciendo, hace que *«los parientes llamados a promover la incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se ven y seguirán viéndose abocados a dirigir una demanda contra su familiar y a seguir un proceso contencioso y contradictorio, que tiene por objeto restringir la capacidad de obrar del demandado, características que contribuyen poderosamente a que el proceso de incapacitación sea considerado como vejatorio, y explica la dificultad de convencer de lo contrario»*. En definitiva, como remacha, en la práctica *«la tutela sólo se constituye (...) cuando ha de realizarse alguno de los actos que el Código Civil somete a autorización judicial»*, y mientras no surge tal necesidad *«la atención y el cuidado del incapaz se siguen realizando por los padres y, faltando éstos, por los hermanos e incluso por los propios hijos del incapaz en los supuestos de demencias seniles, y estos parientes actúan en la práctica como una especie de Consejo de Familia de hecho, pero sin el amparo que a su actuación otorgaba el régimen anterior»*.

Así pues, hoy en día en Aragón esa familia actúa como guardadora de hecho, no empleando como debiera esa otra institución tan invocada y regulada, la Junta de Parientes, pero sin la menor trascendencia en nuestra sociedad por distintas razones (*falta de labor pedagógica de sus funciones o nuevas concepciones de familias*), capaz de configurar una alternativa al Juzgado.

Tan patente es este **rechazo sociológico a la incapacitación** de una persona que la propia LEC posibilita que *«...las autoridades y funcionarios públicos, que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal»*, al igual que el último inciso del artículo 131.1 CF, sobre la promoción de la tutela ordinaria, al disponer taxativamente que *“...estarán obligados a promover la constitución de la tutela o curatela quienes soliciten la incapacitación de una persona. También, desde el momento en que conocieren el hecho que motiva la tutela,... la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados...”*, deber pues que es de carácter público, del que puede resultar responsabilidad cuando se incumple de manera dolosa o de manera negligente.

Pues bien, a pesar de ese imperativo legal de cara no ya a los meros guardadores de hecho sino a sus propios parientes o instituciones donde se encontrara internada o bien acudiera ésa regularmente (*centros de día o talleres terapéuticos/ ocupacionales*), la realidad desborda la ficción pues se constata lo siguiente:

- Aun cuando la Administración, en el ámbito de la Seguridad Social, *«no sólo conoce sino que reconoce y determina el grado de la invalidez que afecta a las personas*

43 SEGURA ZURBANANO, CGPJ, “La auto-incapacitación, la auto-tutela y los poderes preventivos de la incapacidad”, Cuadernos de Derecho Judicial 20- 2005, Pág. 2

que pretenden obtener la condición de beneficiarios», no acostumbra a trasladar tales datos al Ministerio Fiscal.

- Cuando un Tribunal, en cualquier orden jurisdiccional en el orden penal o en el orden laboral o social, aprecia la eximente de enajenación mental o declara la incapacidad permanente, ¿extrae las consecuencias civiles previstas en el artículo 753 citado?

- Cuando un Notario, requerido para autorizar un documento, sea un testamento, sea un poder, o sea de otro contenido cualquiera, deniega su intervención por considerar que el previsto otorgante no es capaz, e incluso es notoriamente incapaz, ¿lo comunica al Ministerio Fiscal?

Por mucho que se quiera explicar a la ciudadanía agobiada por este tipo de demencia lo que se desarrolla en la cotidiana actuación jurisdiccional, a través del proceso de incapacitación, y luego, en su caso, en esos expedientes de tutelas, en modo alguno permite obtener una serie de conclusiones que fueran lo suficientemente descriptivas como para sostener que con ello se avanza, siquiera se atenúan los efectos que se pretenden conseguir por mucho que se trate de explicar lo que está ocurriendo.

Con todo esta vía judicial no trata como debiera a los afectados y a sus familias, con esa dignidad y hasta con el consuelo que le merece lo que están pasando simplemente oyéndolas, dándoles consejos o simplemente apaciguándolas, en todos esos breves pero intensos minutos en los que se practican esas puntuales actuaciones, como es la preceptiva exploración del presunto incapaz realizada en sede judicial, residencial o su propio domicilio, o más tarde en el acto de la vista oral, en la denominada audiencia de parientes, y después en las rendiciones de cuentas u otras incidencias propias de la tutela, curatela o prórroga / rehabilitación de la autoridad familiar, lo que de nuevo da pie a **cuestionarse si el sistema que existe en la actualidad comporta la mejor fórmula para salvaguardar y proteger a estos enfermos mentales** mediante estos parsimoniosos y descoordinados mecanismos de decisión, asistencia y fiscalización.

En definitiva, la puesta en marcha la maquinaria judicial se antoja como un recurso *in extremis*, la cual se reitera que ha de ser subsidiaria, proporcional y, siempre, necesaria en caso de conflictividad, pero nunca de forma automática porque contradice tanto el principio *standum est chartae* proclamado en el artículo 108, como la efectividad de su delación voluntaria prevista para estos específicos casos en el artículo 109, ambos del CF, al disponer *“igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”*, toda vez que su viabilidad, llegado el caso, puede motivadamente darse por extinguido por la autoridad judicial, *“...tanto al constituir la institución tutelar, como posteriormente a instancia del tutor o curador”*, en los términos que posibilita el artículo 114 CF.

V. ALTERNATIVAS MÁS ALLÁ DE LA INCAPACITACIÓN JUDICIAL SOBRE LA ENFERMEDAD DE ALZHEIMER EN ARAGÓN.

A) Razones de buscar instrumentos jurídicos alternativos, el síndrome de las ventanillas giratorias.

Los sentimientos más generalizados de quienes han padecido el complejo periplo judicial de la incapacidad son indistintamente los de agotamiento y perplejidad; resulta patética la realidad sobre el grado de satisfacción que ofrece el proceso en la práctica en las familias que padecen el triste peregrinaje por la Justicia.

Ante ello, se deben buscar alternativas, si bien los poderes públicos no puede mirar para otro lado, conformándose con este hastío, obligando a esos parientes a un sinfín de trámites, debido a ese **fuerte intervencionismo institucional**, que se convierte en esa clásica frase costumbrista del *“vuelva usted mañana”*, que tan bien reflejara LARRA, cuando criticara la pereza de los funcionarios españoles para cualquier asunto ante la Administración ya en el siglo XIX, y eso es lo que subyace de la triste burocracia creada al efecto, bajo el *“síndrome de las ventanillas giratorias”*, sin que ninguna autoridad pública tome las riendas y aplaque esa absurda **descoordinación para dilatar el adecuado sistema de ayudas**.

Hay que reconocerlo, existe vida más allá de los Juzgados, y no están sometidas a un proceso judicial de incapacidad todos los que estrictamente debieran, menos mal, pero si los que están, toda vez que de aplicarse a raja tabla lo que la vigente legislación exige simplemente tendríamos sometidos a cuestionar la modificación del grado de capacidad, por ejemplo, la de todo aquel mayor de setenta o setenta y cinco años.

Lo anterior queda en evidencia simplemente de las estadísticas oficiales⁴⁴, cuando frente a las 20.000 personas reconocidas al día de la fecha, como dependientes en nuestro territorio, en los juzgados civiles especializados o no en incapacidad no llegan al diez por ciento los individuos⁴⁵, es decir, las autoridades y la ciudadanía racionaliza o modula este recurso, empleándolo únicamente en casos puntuales de conflicto o desbordamientos de previsiones, salvo en casos notorios que por distintas circunstancias el Ministerio Fiscal actúa o debiera hacerlo de cara la protección integral o gradual de la persona que no se halla en condiciones, físicas o psíquicas, de protegerse a sí misma, de manera permanente.

En esa línea, ante la expectativa de tener que incapacitar a cientos de miles de personas de manera casi indiscriminada, solo porqué supere una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, o física o sensorial del 65%, del grado de discapacidad, por ejemplo, es bastante para pensar que habrá **otro modo de hacer las cosas** ante de someterlos a ese proceso judicial, teniéndolo siempre de manera

44 IMSERSO. La situación en Aragón a fecha 31 de octubre de 2016 de personas beneficiarias y prestaciones derivadas de la Ley de la Dependencia es de 20.146 del total de 856.452. http://www.dependencia.imserso.gob.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/im_061364.pdf

45 EL HERALDO DE ARAGÓN del día 12 de agosto de 2016, Aragón atiende a 19.000 dependientes, un 14% más que hace un año. La DGA reconoce que la Comunidad está “mal” respecto al resto y lo achaca a que partía de una situación “muy complicada”. <http://www.heraldo.es/noticias/aragon/2016/08/12/aragon-atiende-000-dependientes-mas-que-hace-ano-1008879-300.html>

subsidiaria, de ahí que haya que establecer en la sociedad una cultura de prevención de la demencia en inicios, hasta de la misma vejez, y más cuando la edad biológica se alarga en el tiempo pero, en muchas ocasiones, con problemas para mantener plenamente la capacidad de obrar y de entendimiento, produciendo una situación incapacitante.

Utilizar, con todas las precauciones, los sistemas preventivos, como el dejar instrucciones precisas a los seres más allegados, el conferir poderes notariales, el establecer la auto-tutela, el buscar mecanismos de autosuficiencia financiera etc., pueden facilitar que ante una situación, en esta última etapa de la enfermedad, con evidente deterioro de la capacidad de discernimiento, no haga falta la declaración de incapacidad por no ser necesaria o, aun siéndolo, sea más fácil la constitución y funcionamiento del organismo tutelar derivado de la declaración de incapacidad por haber tenido la precaución de tomar medidas preventivas.

B) La necesaria implantación de un nuevo sistema en las instituciones de guarda y protección en Aragón, de acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De todo lo visto hasta aquí podemos observar, por tanto, un panorama bastante inquietante, cuando la única salida de encajar sistemas de apoyo y protección es a través del procedimiento judicial de incapacidad para salvaguardar los derechos de las personas discapacitadas o susceptibles de serlo⁴⁶.

Si una persona con capacidad modificable necesita asistencia y apoyo puntual para un acto o negocio de trascendencia jurídica, y la única manera de obtenerlo es a través de una institución que requiere que sea incapacitado, nos encontramos en las antípodas de los principios sentados por la Convención.

Abogamos pues para que en determinados supuestos se modifique la concepción de que la protección de una persona vulnerable y no se vincule, necesariamente, a los casos de falta de capacidad o incapacitación, sino que se haga uso de esos otros instrumentos de nuestro ordenamiento jurídico que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirva para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad.

Destaca por tanto la ruptura producida en el dogma de la incapacitación, donde ya no es necesario que ante una situación de merma de la capacidad jurídica la persona haya de ser conducida irremediablemente a un proceso judicial de pérdida de su capacidad civil.

Pues al igual de lo que ocurrió con la promulgación de la Constitución de 1978, la firma y ratificación por España de la Convención de la ONU de 2006 obliga a una reforma del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil españolas y, porqué no, la misma legislación foral civil aragonesa.

Como preludio de la Convención, ya mucho antes, a nivel internacional se dictó al respecto de esta materia la que hoy ya se considera un clásico acuerdo, la

46 CASTRO-GIRONA MARTINEZ y CABELLO DE ALBA JURADO, "Alternativas a la incapacitación", CGPJ 2016, Curso "Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006".

Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de febrero de 1999, sobre *“Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”*, plenamente válido en nuestros días, la cual refleja claramente el *“principio de flexibilidad en la respuesta jurídica”* sobre las siguientes bases⁴⁷:

“1º.- Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.

2º.- La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

Podrían consistir, entre otras, en confiar la gestión de fondos a la administración hospitalaria, en designar representantes con poderes estrictamente limitados por las autoridades administrativas según un procedimiento simple y poco costoso.

3º.- Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.

Puede ser suficiente con la autorización por parte del mismo tribunal o de otro órgano de la intervención.

4º.- Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

5º.- Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa.”

Concluyendo con que *“...si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado”*.

Visto este estado de cosas, como se viene abogando desde una fuerte apuesta de la Fundación AEQUITAS⁴⁸, además de un sector mayoritario de la Sección de la Fiscalía de Incapacidades del Tribunal Supremo, y otras Fiscalías de Provinciales, como las de Valencia o Córdoba, avala ya por importantes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁴⁹, son las siguientes:

47 ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROSIQUIATRÍA: “Propuesta de Reforma de la legislación civil sobre protección de personas con discapacidad”

<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/reforma-de-la-legislacion-civil-en-proteccion-de-personas-con-discapacidad/>

48 CASTRO-GIRONA MARTINEZ y CABELLO DE ALBA JURADO, “Alternativas a la incapacitación”, CGPJ 2016, Curso “Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006”, páginas 14 a 17.

49 SSTS, su Sala 1ª, de fechas 20 de abril 2009, 1 de julio 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015, o 3 de junio de 2016, doctrina ya citada.

1. *Deben desvincularse de la previa incapacitación, la distinción entre capaces e incapaces está superada por la Convención, es decir, no puede negarse el ejercicio de la capacidad jurídica si no que, en vez de negar debemos partir de un punto de vista positivo: debe reconocerse el DERECHO a la provisión de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: podrían denominarse procedimientos de provisión de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.*

2. *El sistema de provisión de apoyos debe dotarse de la seguridad jurídica necesaria para que se garantice a las personas con discapacidad el derecho a ejercitar su capacidad y contratar con terceros, de modo que no queden fuera del mercado, por ello deben arbitrarse medidas judiciales y no judiciales con la intervención del concepto de «autoridad u órgano judicial» de la Convención para la determinación del sistema de apoyos.*

3. *El apoyo variará tanto por razón del sujeto, pues todos tenemos distinta capacidad mental, como por razón del objeto, es decir, en función del ejercicio del derecho de que se trate y de su repercusión para con los terceros, pues no es lo mismo comprar una entrada de cine que comprar una casa, el llamado conumente «traje a medida».*

4. *La finalidad del sistema de apoyos debe ser garantizar el ejercicio de los derechos y debe basarse en las preferencias y voluntad de la persona.*

5. *Para ello es preciso idear formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de capacidad.*

6. *La supervisión por parte de una autoridad u órgano judicial debe proporcionar las salvaguardias adecuadas en una doble vertiente:*

A) *Positiva: en la determinación de los apoyos que garantice el respeto a los derechos, la voluntad, y preferencia de la persona.*

B) *Negativa: para evitar abusos mediante mecanismos de control: un régimen adecuado de control de los actos de las personas, físicas o jurídicas, encargados del «apoyo o asistencia en el ejercicio de la capacidad» de las personas con discapacidad. Tal régimen de control no tiene porqué ser siempre directo: puede establecerse simplemente la necesidad de ciertos consentimientos complementarios o de cierta asistencia técnica para aquellos casos en que la persona que ha instituido el mecanismo de protección no los ha previsto.*

7. *Es imprescindible la formación y especialización de todos los operadores jurídicos.*

8. *Los sistemas de determinación de apoyos deben concretarse con un régimen de publicidad de adecuado tanto para llevar un efectivo control de los mismos como para procurar el debido conocimiento por los terceros, a fin de hacer efectivo el respeto de los derechos de las personas con discapacidad y evitar la alegación de desconocimiento o ignorancia cuando se hayan perjudicado sus intereses.*

9. *Incrementar el régimen de responsabilidad de las personas e instituciones que ejerzan labores de apoyo, de manera especial, de los que ejercen tales labores por designación directa de la persona con discapacidad o de sus familias. Además*

de someter su labor a la supervisión por la autoridad pública, establecer en su caso, un sistema de rendición de cuentas de la persona y los bienes, y/u obligar a la constitución de garantías especiales, al menos para los supuestos en que el ordenante de la disposición no las hubiera excluido.

10. La intervención por parte de la Administración pública debe guiarse por los principios que le son propios: la necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad.

11. Paralelamente deben adoptarse medidas sociales, fiscales, laborales, educativas y sanitarias. »

Nos advierte ese movimiento que quizás el principal problema al que se enfrenta la Convención consiste en que, por el momento, solo disponemos de pequeños ejemplos prácticos en la legislación que priman la autonomía de las personas y esas prácticas no son suficientes para determinar la manera de asegurar el acompañamiento en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y por tanto, una eficaz implantación del sistema de apoyos.

Radica el punto fundamental de este nuevo modelo en establecer confianza y dotar de seguridad jurídica a los sistemas de apoyo para todas las personas con discapacidad, caso contrario, las propias personas con discapacidad podrían quedar al margen de la vida económica y social, pues todo sistema que sea fuente de inseguridad es rechazado por la sociedad, así lo proclama la Convención al hablar de “*autoridad u órgano judicial*”.

A este respecto destaca también dentro de nuestro ordenamiento jurídico la reciente reforma del **derecho foral catalán** que en su exposición de motivos enuncia varios principios que informan su regulación basándose directamente en la Convención⁵⁰:

a) La necesidad de respetar en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad y la capacidad de las personas.

b) La superación definitiva del dogma de la necesidad de la incapacitación judicial para la adopción de medidas de protección para los mayores de edad.

c) La superación del dogma de que solo pueden establecerse instituciones seguras y estables si ha mediado un previo proceso judicial contradictorio.

d) La constatación de que la rigidez de los controles de los sistemas tutelar no siempre se acomoda a las necesidades de la persona y cuidado de los bienes.

Esa ley 25/2010, de 29 de julio, que modificara el libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, que en su capítulo VI, si bien mantiene los sistemas tradicionales de guarda y protección, incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas y además regula los poderes preventivos y el patrimonio protegido dentro de las instituciones de guarda y

⁵⁰ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, artículo 211 y siguientes. Referencia: BOE-A-2010-13312.

protección. Si bien como crítica sigue basada dicha figura en el modelo médico rehabilitador al utilizar ese término.

Es la llamada teoría de la doble vía en terminología de SANTOS URBANEJA, que aboga por que de “*de lege ferenda*” se arbitre procedimientos-tipo para evaluar la capacidad de decidir de la persona respecto de actos concretos y que se articule un procedimiento de evaluación general para la determinación de apoyos en el ejercicio de la capacidad para los casos más severos o complejos, unido todo ello a la creación de sistemas no judiciales de determinación de apoyos similar a los mandatos de protección futura en relación con los hijos del derecho francés⁵¹.

C) Posibilidades de regularización de situaciones de hecho sin previa sentencia judicial de incapacidad.

Actualmente en nuestro Código Foral ofrece la posibilidad de prestar apoyo y protección a las personas vulnerables por razón de discapacidad, sin tener que acudir a los Juzgados, a veces, simplemente cuando es necesario hacer unas concretas disposiciones patrimoniales (*caso de la puntual venta de su única vivienda para abonar los gastos de los cuidadores o la factura mensual de la residencia*), y de la misma persona, cuando no es “*capaz*” de hacerlo porque los mecanismos legales no se lo permiten, y no obstante, como veremos hay fórmulas válidas y con suficientes garantías.

La referencia a la incapacitación judicial no quiere decir que hasta que no sea dictada la sentencia de incapacitación la persona es, en todo caso, capaz, como tampoco implica que si no existe la sentencia de incapacitación, el realmente incapaz sea una persona capaz, el propio legislador admite varios supuestos al respecto, como la guarda de hecho, en el nuevo artículo 303 CC, frente a quien pudiera ser susceptible “*de una institución de protección y apoyo*”.

La sentencia constitutiva de la incapacitación prevista en el artículo 38 CF en relación con los artículos 199 y 200 CC y el artículo 760 LEC, tiene un efecto también declarativo, pues viene a reconocer la existencia de una situación o estado preexistente que impide a la persona gobernarse por sí misma, de modo que la situación determinante de la incapacidad concurrirá, de hecho, antes de ser dictada esa resolución para acreditar que la persona, en la fecha de que se trate, carecía de la capacidad de obrar necesaria, es decir, que era incapaz de hecho, y de ahí que, aunque la sentencia de incapacitación sea posterior, puedan ser impugnados los actos y contratos que haya realizado el incapaz con anterioridad de incapacitación, incluso antes de ser presentada la demanda con este fin⁵².

Existe, es cierto, una presunción de capacidad en tanto no se dicte la sentencia de incapacitación, pero no es una presunción *iuris et de iure*, sino que admite la prueba en contrario, para acreditar que la persona, en la fecha de que se trate, carecía de la capacidad de obrar necesaria, es decir, que era incapaz de hecho, y

51 CASTRO-GIRONA MARTINEZ y CABELLO DE ALBA JURADO, “Alternativas a la incapacitación”, CGPJ 2016, Curso “Protección a las personas con discapacidad a luz de la Convención de la ONU de 2006”, página 15.

52 DIEGO DIAGO, Tema 5. “Derecho de la persona. Capacidad y estado civil” CGPJ, CUADERNOS DIGITALES DE FORMACIÓN núm. 48-2015, Pág. 20 y ss.

de ahí que, aunque la sentencia de incapacitación sea posterior, puedan ser impugnados los actos y contratos que haya realizado el incapaz con anterioridad⁵³.

Hemos de hacer referencia en este apartado a aquellas instituciones que, recogidas y refrendadas por nuestras normas, pueden suponer, a día de hoy, **alternativa a la incapacitación** de la persona afectada de una discapacidad cuando sea necesaria su intervención en un negocio jurídico o actuación con trascendencia en este campo, teniendo en cuenta que son mecanismos dotados de seguridad jurídica y escasa conflictividad judicial.

Ciertamente son aquellos supuestos en que los individuos afectados aun tomados como formalmente capaces, al estar amparadas por la presunción de capacidad del artículo 34 CF, de hecho carecen de discernimiento bastante por cualquier causa, como la demencia, por ejemplo, pero que manifiestan una serie de características que afectan a su poder de decisión de sus actos que justificarían el dictado de una sentencia de incapacitación, cuando la iniciativa podría recaer directamente por parte de su cónyuge o pareja sentimental estable, ciertos parientes, el Ministerio Fiscal y, llegado el caso, en supuestos de desamparo, la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la Diputación General de Aragón, e incluso el propio interesado.

Tal situación deberíamos calificarla como temporal o interina atendidas las obligaciones que impone el artículo 757 LEC al Ministerio Fiscal para promover la incapacitación en ausencia o no solicitud de los familiares llamados en primer lugar o por noticia recibida de hechos determinantes de incapacitación *-sean de las autoridades o funcionarios obligados a transmitir tal noticias de hechos conocidos por razón de sus cargos, sea de cualquier persona facultada para efectuar tal comunicación-*.

D) Instrumentos jurídicos vigentes.

De la misma forma, puede ocurrir que personas que han cumplido 18 años, no cuenten realmente (*en contra de la presunción legal*) con la capacidad para tomar decisiones, por razón de padecer una minusvalía, accidente, enfermedad, etc., en esos supuestos la *“presunción de capacidad”* se torna en *“presunción de incapacitación”* y el ordenamiento jurídico contempla una amplia serie de medidas para garantizar su protección:

(D-A) *Derecho civil aragonés.*

- Sirva proclamar como nuestro Código Foral en esa línea de buscar alternativas, entre otros supuestos, da un paso más al definir en el artículo 157 CF, como **guardador de hecho** a la persona física o jurídica que por iniciativa propia se ocupa transitoriamente de la guarda de una persona que podría ser incapacitada e imponerle la obligación de poner el hecho en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal.

⁵³ SSTS, Sala 1ª, de fechas 17 de marzo de 2016, declarando ineficaz de los actos de disposición efectuados por guardador de hecho de presunto incapaz; o la de 8 de abril de 2016, declarando la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador, al no probar concluyentemente dicha falta de capacidad en el momento del otorgamiento del testamento. Presunción de capacidad y *“favor testamenti”*.

También en el ámbito de la **intromisión en los derechos de la personalidad del mayor de edad no incapacitado** que no esté en condiciones de decidir por sí mismo el artículo 35 CF atribuye la prestación del consentimiento al **cónyuge no separado** judicialmente o de hecho, en su defecto al pariente más próximo o allegado que se ocupe de él y a falta de tales personas deberá resolver el juez.

Igualmente, en relación con los **actos realizados** por persona mayor de catorce años no incapacitada pero que **al tiempo de la celebración carezca a la suficiente aptitud para entender y querer**, el artículo 37 CF, con finalidad protectora del incapaz de hecho, regula la **invalidez del acto** en términos análogos, en relación a actos de menores bajo representación legal sin autorización previa, precisa:

- a) Nulidad radical cuando el acto vulnere leyes que exigen una capacidad específica, salvo que se establezca un efecto distinto;
- b) Anulabilidad a instancia del representante legal si llegara a haberlo o del propio interesado con la debida asistencia;
- c) Plazo de prescripción de cuatro años desde que se recobraron las facultades, se hubiera podido celebrar el acto sin asistencia o se produjo el fallecimiento;
- d) Posibilidad de confirmación del acto por aquellos que pudieran anularlo, valiendo lo dicho en relación a la posibilidad de confirmación expresa o tácita y de único ejercicio de la acción.

- La llamada **autotutela** plantea la posibilidad de que una persona prevea para el futuro, en plenitud de facultades, la delación del cargo tutelar a una determinada persona (autotutela positiva) y/o la exclusión del nombramiento de determinadas personas para ese mismo cargo (autotutela negativa), así como, en su caso, la retribución del tutor. La designación de la persona que ostente el cargo de tutor puede resultar de interés en las fases iniciales de enfermedades degenerativas cuyo curso natural sea el de una futura discapacidad del enfermo.

El Derecho aragonés lo contempla expresamente en su artículo 108 CF, al disponer que *“...cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal”*.

La designación, exclusión y demás disposiciones de la delación voluntaria vinculan al Juez al constituir la institución tutelar, salvo que el interés del menor o incapacitado exija otra cosa. En definitiva, la decisión última debe tomarse atendiendo al interés de la persona tutelada.

Igualmente cabe la designación de heredero a favor de la persona que preste al testador el cuidado y los alimentos que precise hasta el día de su fallecimiento. Es posible que o bien el heredero no se determine nominativamente en el momento de testar, con lo cual será al fallecimiento del enfermo cuando deba determinarse quién fue la persona concreta que le cuidó, o bien que se designe al heredero de

forma expresa y nominativa, siempre que cuide al testador hasta el momento de su muerte. También a través del testamento puede el titular de un patrimonio gobernar el mismo, aun después de su fallecimiento, dando instrucciones, prohibiendo disposiciones, designando la persona o personas beneficiarias del mismo y aun designando administradores de dicho patrimonio durante cierto plazo.

(D-B) Derecho civil común supletorio.

La propia regulación del Código del Derecho Foral de Aragón, como ya se comentara, establece la supletoriedad del derecho común español en lo no regulado y siempre de acuerdo con los principios que informan, por ello ha de buscarse superar las dificultades de armonización que existe en la actualidad con esos cambios legislativos estatales e internacionales sobre la materia y normas y principios del derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela, y de manera especial con las innovadoras directrices de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se infiere así del citado artículo 12 de esa Convención, que se establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Este cambio puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones” al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, de modo que la incapacidad absoluta debe dejar de ser la regla general y pasar a ser excepcional.

Ya fuera en el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, hasta en el mismo del Código Penal se articulan instrumentos concretos previos o no vinculados de manera independiente a la incapacidad.

Mentaremos someramente estos instrumentos que son objeto de estudio por parte de los coponentes de esta amplia ponencia, baste reseñar alguno de ellos en el ámbito estatal:

- Los instrumentos de autotutela, en el orden civil, como son los poderes preventivos o la autodesignación de tutor; en el sanitario, como la necesidad de consentimiento o las instrucciones previas.
- Todas las posibilidades derivadas de la institución de la Guarda de Hecho.
- El valor y eficacia de los Decretos dictados por el Ministerio Fiscal.
- Las posibilidades que ofrece la constitución de un “Patrimonio Protegido”.

Y entre ellos, con más dedicación, traigamos a colación una serie de instituciones de la regulación española con posibilidades de regularización de situaciones de hecho con o sin previa sentencia judicial de incapacidad:

- La Ley 41/2003 regulada el denominado **Patrimonio Protegido**, la cual prevé a intervención de la persona con discapacidad, donde se utiliza el concepto de capacidad suficiente, no exige la previa incapacidad, previendo un control posterior por parte del Ministerio Fiscal.

Supone, simplificando, la posibilidad de afectar de modo duradero un bien o un conjunto patrimonial a la satisfacción de las necesidades de una persona con discapacidad.

En la vertiente que aquí nos ocupa es necesario destacar que basta que el beneficiario, titular del patrimonio, sea una persona con discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%. No es necesario, por tanto, que sea una persona incapacitada judicialmente, ya que la ley habla de capacidad suficiente.

Otra cuestión de interés es que se prevé una legitimación bastante amplia para su constitución o para realizar aportaciones posteriores y, lo que es más importante, quedará sujeta a un régimen de administración, disposición y destino de los bienes a su extinción que, con una libertad casi absoluta, regula la persona que lo constituye.

Como únicos límites nos encontramos con que la administración y gestión no puede recaer en personas en quienes concurra causa de inhabilidad para ser tutores ni, lógicamente, en personas que no tengan capacidad para administrar sus propios bienes, que se requiere autorización judicial para todos los casos en que sería exigible al tutor obtenerla salvo que el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente y los consintiese, autorización cuya dispensa se puede solicitar a la autoridad judicial y que no se requiere pública subasta para la enajenación de los bienes que lo integran.

En cuanto al régimen de publicidad y como medios de garantía, el Notario ha de comunicarlo al Registro Civil, al Ministerio fiscal, y es necesario constatar la afección de los bienes que lo integran a través del Registro de la Propiedad si son bienes inmuebles, Registro de bienes muebles e incluso a través de la entidad gestora si se trata de participaciones en fondos de inversión, instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones de sociedades.

Lógicamente, cuando los recursos de la persona con discapacidad quedan sujetos a un régimen de administración y disposición que establece el aportante con las garantías que considera pertinente, y con las cautelas que la propia ley establece, deja de tener sentido y no será necesario recurrir a la incapacitación para conseguir una adecuada protección de la persona con discapacidad y su patrimonio.

- Muy relacionada con la anterior figura, hallamos también la **hipoteca inversa o pensión hipotecaria**, que es un negocio jurídico por el que se pretende convertir en renta la propiedad inmobiliaria. Puede adoptar la forma de préstamo o crédito garantizado con hipoteca, por el que el prestatario propietario de una vivienda, que debe ser de edad igual o superior a los 65 años o que se encuentre afectado de dependencia severa o gran dependencia, percibe una renta periódica –vitalicia o temporal no vitalicia- para subvenir a sus necesidades, que tampoco exige que sea declarada previamente incapacitada judicialmente. Cuando se extinga el préstamo o crédito, si sus herederos deciden no reembolsar

los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

La hipoteca inversa se encuentra regulada en la Ley 41 / 2007, de 7 de diciembre, en su Disposición Adicional Primera, siendo definida como aquel préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia;

b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas;

c) Que la deuda sea sólo exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios, lo que le atribuye la nota de aleatoriedad, en contraposición a los contratos conmutativos, y

d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2 / 1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

- Otras posibilidades legales son los contratos de **renta vitalicia** y el **vitalicio**,

Así, el contrato de renta vitalicia en uno de los llamados contratos aleatorios previstos en el artículo 1790 CC, que se puede definir, de acuerdo con el artículo 1802, como aquel contrato mediante el cual una persona, a cambio de la enajenación de un bien mueble o inmueble, se obliga a efectuar una determinada prestación periódica, consistente en una cantidad de dinero, durante la vida de una o más personas *-se transfiere el dominio de un bien a cambio de que el deudor satisfaga durante la vida de una persona una pensión al designado como beneficiario-*.

Y distinto del anterior, es el denominado vitalicio, que carece de regulación específica en el Derecho común, si bien está contemplado en algunas regiones forales, como puede ser en Cataluña o la zona del Alto Aragón, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo, en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, al amparo de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 CC, el cual es un negocio jurídico por el cual una persona denominada constituyente se obliga a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble o un capital de dinero a cambio de que otro sujeto, llamado cuidador, se comprometa a alimentar, cuidar, albergar en su casa, y procurar todo tipo de asistencia médica y farmacéutica a la persona o personas designadas en el contrato.

- También en aquellas **instituciones testamentarias**, en general y, en concreto, en la **designación de tutor por parte de los padres**, que por la vía del artículo 223 CC se permite a quien ostenta la patria potestad establecer un verdadero «*plan tutelar*» dejando indicaciones sobre los aspectos personales de sus hijos, a igual modo que la constitución de un patrimonio protegido, puede ser utilizado como

mecanismo de protección sin necesidad de incapacitación, cerrando su constitución con al figura del Albacea-Contador Partidor.

- Con arreglo a ese mismo precepto del Código Civil, permite directamente la **autotutela**, como en el derecho aragonés, cuando en ese artículo 223 determina “...asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público o notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

De nuevo se utiliza el término capacidad suficiente, por ello no sólo permite indicar quien quiere o quien no quiere que sea su tutor sino que permite establecer cualquier disposición sobre la persona y los bienes, pudiendo de nuevo mediante documento público realizar un verdadero traje a medida dando indicaciones sobre aspectos personales y patrimoniales.

- Esa incipiente detección puede provocar, llegado el caso, hasta la llamada **auto-incapacitación** prevista ahora en el artículo 757.1 LEC, cuando proclama que: «La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz».

Introduce así este precepto, entre las personas que pueden pedir la incapacitación, al propio incapaz, tal vez para eludir el problema de configurarse la tutela exclusivamente como un proceso contencioso «*contra el incapaz*» y queriendo resolver la polémica sobre la confusión entre incapacitación y tutela, ante la posibilidad de pedir la auto-incapacitación y la auto-tutela.

- Se destaca de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, conocida como “la **ley de la Dependencia**”, cuando las autoridades administrativas autonómicas no se exige la previa declaración judicial de incapacidad, acudiéndose a la infrautilizada institución de la guarda de hecho, regulada en los artículos 302, 304 y 306 CC, para que las personas encargadas de facto de la custodia, normalmente el cónyuge o un hijo.

Así, éstos parientes pueden solicitar de incoación del expediente de solicitud de los recursos de la Ley si resultaban beneficiosos para la persona con discapacidad, lo que dotaba de plena validez a la petición sin tener que instar procedimiento de incapacitación y constitución de instituciones de guarda de carácter permanente y genérico (*tutela, curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada*).

Todo ello con la cobertura del artículo 304 CC cuando afirma: «Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad».

- Despliega pues sus efectos la institución de la **Guarda de Hecho**, regulada en los artículos 302, 303 y 306 CC, la cual se caracteriza, pues, por dos rasgos básicos: 1. La asunción de un deber de protección respecto de un menor de edad o persona con discapacidad; y 2. La inexistencia de un específico deber de protección establecido por el ordenamiento jurídico.

No es definida por nuestro Código civil, pero sí que se le otorga una limitada regulación, por lo que puede hablarse de una situación de hecho a la que nuestro ordenamiento atribuye efectos jurídicos.

De esa escasa regulación no debe inferirse que se trate de una institución no querida por nuestro derecho o que esté necesariamente abocada a ser una institución transitoria o a su finalización una vez que es conocida por la autoridad judicial.

El artículo 303 CC establece al respecto que “...la autoridad judicial podrá requerir al guardador de hecho para que le informe de la situación y de su actuación, y adoptar las medidas que considere oportunas...”, pero no previene en ningún momento que necesariamente deba ponerse fin a esa situación, ni mucho menos que deba ser sustituida o excluida por otra forma de guarda derivada de un procedimiento de incapacitación. Declara, simplemente, de “tomar las medidas de vigilancia y control que considere oportunas”, que pueden adoptarse igualmente con relación al tutor o a cualquier otra institución tutiva.

- También la institución del **Defensor Judicial** trata de una de las formas o figuras de protección y guarda en este caso de los incapaces o susceptible de serlo, diseñada por la norma para proteger los intereses de estas personas, generalmente cuando hay conflictos de intereses entre quienes vienen llamados naturalmente a su protección y el propio menor o incapaz.

En este sentido puede decirse que participa de muchos de los caracteres de otras figuras similares como por ejemplo la tutela o la curatela, en la función que les es propia de defensa de intereses de personas desprotegidas.

Se viene a diferenciar de estas otras figuras en una serie de notas que le caracterizan cuales son la temporalidad en su actividad, su posibilidad de ser coetánea con otra figura similar, esto es a diferencia de las anteriores no es excluyente, y que es una figura subsidiaria, pues rellena y resuelve conflictos cuando las anteriores no pueden hacerlo, pero no resulta válida para acometer toda la actuación de representación y asistencia del presunto incapaz, o luego, incluso, después de haber sido declarado

Conforme al artículo 299 CC procede la designación de defensor judicial en tres supuestos:

a) En los casos de conflicto de intereses entre los menores e incapacitados y sus representantes legales o curador.

b) En los casos en que por cualquier motivo la persona designada como tutor o curador no cumpliera sus funciones en tanto subsista la causa o se designe un sustituto.

c) En los demás supuestos que conforme a las normas deba de existir un defensor judicial.

Desarrolla tal figura el nuevo artículo 27 LJV, cuando amplía ese grado de actuación en situaciones anteriores o posteriores a la declaración judicial de incapacidad, y así dispone:

1. *Se aplicarán las disposiciones de este capítulo en los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o por modificar y, en todo caso, se solicitará:*

a) *Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o personas con capacidad modificada judicialmente y sus representantes legales o su curador, salvo que con el otro progenitor o tutor, si hubiere patria potestad o tutela conjunta, no haya tal conflicto.*

b) *Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.*

c) *Cuando se tenga conocimiento de que una persona respecto a la que debe constituirse la tutela o curatela, precise la adopción de medidas para la administración de sus bienes, hasta que recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento.”*

- La llamada **Tutela automática de incapaces**, donde la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234 CC.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor.

Se incorpora así al campo de los incapaces la llamada tutela automática de menores.

La tutela administrativa se da si no se nombra tutor al incapaz legalmente incapacitado por no poder encontrar ninguna persona física o jurídica que se haga cargo de la tutela.

También puede darse cuando un incapacitado o un incapaz natural que careciera de personas que le puedan prestar la asistencia necesaria por imposibilidad o inadecuado ejercicio de la labor protectora. Esta tutela es análoga a la establecida en materia de menores.

- La adopción de **medidas de protección** en base a lo dispuesto en el artículo 216.2 en relación con el artículo 158 CC o lo dispuesto en el mismo artículo 762 LEC, donde “...se faculta al Juez, para que de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, dicte dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, **en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces**, en cuanto lo requiera el interés de éstos... 1. Las medidas convenientes para asegurar la

prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres.

2. Las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos (e incapaces) perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

3. Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores (e incapaces) por alguno de los progenitores o por terceras personas.

4. La medida de prohibición a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor (e incapaces) y acercarse a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.

4. La medida de prohibición de comunicación con el menor (e incapaces), que impedirá a los progenitores, tutores, a otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o tele-mático, con respeto al principio de proporcionalidad.”

- En el **ámbito penal** es importante, el paso dado por el legislador en la última modificación del **Código Penal, con relación a las víctimas de delitos que hayan sido o no previamente declaradas incapaces**⁵⁴, establece su artículo 25 que cuando establece que *“a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.”

- Y, por último, con relación a la **participación criminal por enajenados mentales**, para el caso de apreciarse al sujeto activo de cualquier delito la eximente completa o incompleta de enajenación mental permanente, incluso transitoria, se le podrá aplicar una medida de seguridad, regulándose de esa manera en el artículo 20 del Código Penal, disponiendo al efecto que *“están exentos de responsabilidad criminal:*

1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión...”

Es más, puede concurrir **no ya una responsabilidad civil subsidiaria del padre o tutor**, conforme a lo dispuesto en el artículo 120.1 del Código Penal, de no constar la adopción de medidas de precaución para asegurar que la persona

⁵⁴ El vigente artículo 25 del Código Penal, vigente desde el 1 de julio de 2015, fue redactado por el número quince del artículo único de la LO núm. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO núm. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal («B.O.E.» 31 marzo).

declara incapaz judicialmente mayor de 18 años, considerada inimputable, de no haber adoptado medidas en razón a que estaba consumiendo drogas o deambulaba libremente en horas nocturnas, por ejemplo, por lo que se acreditada la culpa o negligencia en el control de la misma, al estimarse la existencia de relación de causalidad entre la actuación del tutor (culpa in vigilando) y el hecho delictivo cometido por aquella⁵⁵, sino de una **responsabilidad directa**, en el artículo 118.1 del mismo Código Penal, sin necesidad de una previa declaración judicial de incapacidad, al afirmar que de ser apreciada la exención de la responsabilidad criminal del número 1.º (*enajenación mental*) del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a la regla de que “...son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan **bajo su potestad o guarda legal o de hecho**, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables...”

Si bien previene una moderación a tal drástica ampliación de estas personas cuando en el segundo párrafo que “...los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos”.

Zaragoza, 22 de noviembre de 2016

Armando Barreda

55 SAP de Zaragoza, su Sección 1ª –Penal-, de fecha 5 de noviembre de 2015, en un supuesto de un delito de robo con fuerza en las cosas, en el que aprecia la correspondiente relación de causalidad entre la actuación del tutor (culpa in vigilando) y el hecho delictivo cometido por aquella persona considerada inimputable, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la Diputación General de Aragón como tutora de la incapaz.

ALZHEIMER Y FORALIDAD: EL ABOGADO ANTE EL ENFERMO Y LA ENFERMEDAD

D. DANIEL BELLIDO DIEGO-MADRAZO

Abogado

“... Pythagoreorumque more exercendae memoriae gratia, quid quoque die dixerim, audierim, egerim, commemoro vesperi. Hae sunt exercitationes ingeni, haec curricula mentis, in his desudans atque elaborans corporis vires non magno opere desidero. Adsum amicis, venio in senatum frequens ultroque adfero res multum et diu cogitatas, easque tueor animi, non corporis viribus.”¹

Marco Tulio Cicerón, De Senectute², XI. 38.

Hablar de alzhéimer es hablar en más de un 90% de la tercera y la cuarta edad, eufemismos contemporáneos de la vejez y o la ancianidad. Los médicos, nuestro Sistema Nacional de Salud y nuestras circunstancias de clima, alimentación, etc., han puesto muchos años a nuestra vida: las mujeres unos 86 años y los hombres unos 83 de media, ahora falta poner mucha más vida plena a esos tantos años.

El mal de Alzheimer en muy pocas ocasiones se manifiesta antes de los 70 años, una edad que hasta bien entrado el siglo XX era tenida por proveya. Por eso me he permitido citar a Cicerón al comienzo de esta breve intervención, porque lo que dice de la vejez, pensando en 20 años menos, sigue hoy siendo muy apreciable, aunque con esa corrección de edad.

¹ Traducción del autor: “...y según la costumbre de los pitagóricos, para ejercitar la memoria, recuerdo por la tarde lo que he dicho, lo que he oído y lo que he hecho cada día. Estos son los ejercicios de mi ingenio, las carreras de mi mente. Trabajando con esfuerzo y sudando en estas cosas no echo en falta las fuerzas del cuerpo. Me reúno con mis amigos, voy al Senado con frecuencia, y además apporto propuestas muy meditadas y las reviso no con las fuerzas del cuerpo sino con el espíritu.”

² La obra *De Senectute* (Sobre la vejez) la escribió Cicerón a los 62 años un año antes de morir y fue dedicada a su editor Tito Pomponio Atico. Fue un éxito “editorial” importante para la época. En diciembre de 1 año 43 A.C. Cicerón fue mandado matar por orden de Marco Antonio, entonces Cónsul, a quien criticó en sus 14 discursos conocidos como “Filípicas”, haciendo un paralelismo con los 4 discursos que Demóstenes dirigió contra Filipo II de Macedonia y también tituló como “Filípicas”.

PREVIA) Dos ideas médicas para entender el mal de Alzheimer y su proceso degenerativo.

Es prudente recordar o dar cuenta muy elemental y sencilla de qué es la enfermedad de Alzheimer y cómo se valora el grado de avance de la misma, al tratarse de un patología de evolución larga y que, por tanto, tiene distintas etapas, aunque la inmensa mayor parte se produce en la vejez, en la tercera o cuarta edad³:

P.1) El mal o enfermedad de Alzheimer suele presentarse a partir de los 65-70 años, aunque pueda haber casos de aparición prematura. No existe tratamiento para conseguir la curación y por tanto hoy es mortal en sí misma. Hay que puntualizar que se trata de una patología neurodegenerativa, por ello tiene un largo proceso temporal de evolución, que suele alcanzar en buena parte de los casos hasta 10 años. Véanse esas fases o etapas.

P.1.1) Fase 1 (LEVE): duración de 1 á 3 años: se mantiene la autonomía del enfermo bastando una supervisión; aunque hay una alteración en el aprendizaje y la memoria remota y un empobrecimiento de las habilidades, el enfermo mantiene sustancialmente su capacidad de obrar

P.1.2) Fase 2 (MODERADA): duración prolongada de 2 á 10 años: precisa de asistencia y/o cuidador; hay un deterioro claro de la memoria reciente, normalmente con desorientación espacial, afectación del lenguaje y del cálculo aritmético (valores económicos, medidas de todo tipo, etc...), el enfermo tiene una insuficiente capacidad de obrar y precisa ya de un curador y/o tutor

P.1.3) Fase 3 (SEVERA-GRAVE): duración entre 8-10 años: tiene dependencia total; hay un deterioro grave o profundo de las funciones intelectuales además de incontinencia urinaria y fecal y dificultades para su propia alimentación; el enfermo tiene una incapacidad absoluta y precisa de un tutor, ya que no puede regir su vida ni en lo más básico y mucho menos su patrimonio e intereses.

P.2) Para la determinación del estado de la enfermedad en cada paciente se emplean, con independencia de los análisis diagnósticos médicos, una serie de tests neuropsicológicos: los más empleado son el PDS⁴ (Progressive Deterioration Scale), el NPI⁵ (Neuropsychiatric Inventory) y el CIBIC PLUS⁶ (Clinician's Interview Based Impression of Changed Plus).

³ El concepto "cuarta edad" viene referido a la que se desarrolla a partir de los 80 años, donde la frecuencia del desarrollo de procesos de alzheimer u formas de demencias seniles se intensifican significativamente.

⁴ El PDS (Progressive Deterioration Scale) sirve fundamentalmente para la medición de actividades de la vida diaria o cotidianas. Esta escala de valoración fue diseñada para medir el impacto del Alzheimer en los quehaceres diarios. El cuidador evalúa la capacidad del enfermo para realizar las actividades cotidianas de cualquier persona.

⁵ El NPI (Neuropsychiatric Inventory) para la medición de los trastornos neuropsiquiátricos de conducta y de la función cognitiva del enfermo. Este tests forma una escala que precisa una entrevista con el cuidador del enfermo y que conozca seriamente su conducta o modo actuar, ya en su casa o ya en una residencia o institución. Hay parámetros de frecuencia e intensidad sobre 12 factores de comportamiento: Delirios, agitación, depresión, alucinaciones, ansiedad, euforia, apatía, etc...

⁶ El CIBIC PLUS (*Clinical Interview Base Impression of Change Plus with Caregiver Input*) es un test de evaluación global para enfermos de mal de Alzheimer, en el que se valoran tanto la función intelectual, como el comportamiento y actividades diarias del enfermo con el sesgo del cuidador directo.

P.3) A través de éstos y otras pruebas, analíticas específicas como el PET cerebral, con FDG⁷, los neurólogos pueden con una alta fiabilidad (90%) diagnosticar⁸ y establecer la fase en que se encuentra el paciente y siempre el enfermo podrá obtener un informe de su médico sobre el estado de la enfermedad, lo que puede tener utilidad a la hora de comparecer ante notario o realizar actos de disposición y/o personalísimos (otorgar testamento, modificarlo, etc...).

P.4) La enfermedad, según el estado actual de la ciencia, no tiene cura pero cada día sabemos más de ella. Está provocada por la acumulación en el cerebro de dos proteínas: la Beta amiloide y la Tau tóxica. Esas proteínas acumuladas, fundamentalmente la beta amiloide que forma unas placas, sobre la corteza cerebral afecta a la interconexión neuronal y las funciones intelectuales (empezando por la memoria, cálculo, etc).

P.5) Hay decenas de líneas de investigación para mitigar y intentar paliar la enfermedad, algunas muy esperanzadoras (por ejemplo nueva molécula ASS234), pero mientras tanto Aragón tiene entre 35 y 40.000 enfermos⁹ de alzhéimer que necesitan para sí mismos y sus familiares más próximos o convivientes herramientas de todo tipo médicas, asistenciales, sociales, etc..., pero también jurídicas para que esta enfermedad no sea además un «calvario» legal y burocrático.

1. El avance normativo general internacional sobre la discapacidad de las personas y su reflejo en España y Aragón.

La Carta Social Europea se aprobó en Turín el 18 de octubre de 1961, en ella había preceptos dedicados a la asistencia social y médica (arts. 12 á 15), pero España no la ratificó¹⁰ hasta el 29 de abril de 1980. Llegamos tarde una vez más, por eso tuvimos luego que acelerar más que otros países. Para entonces la Constitución Española de 1978, además del art. 10 sobre la dignidad de la persona, había incluido algunas normas muy relevantes entre los principios rectores de política social y económica, pero todo estaba por construir; no obstante los arts. 49 y 50 CE ya declaraban:

«Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.»

⁷ La FDG es un contraste “Fluorodesoxiglucosa” y es muy utilizado para el diagnóstico de enfermedades que afectan directamente al cerebro, ya que éste es un gran consumidor de glucosa.

⁸ La Sociedad Española de Neurología presenta la regla de las **4 Aes** y **una C**, como los descriptores de los síntomas del alzheimer: **amnesia**, incapacidad para recordar hechos recientes incluso ofreciendo indicios o ayudas; **afasia**, dificultad de comunicación verbal, escrita o por mímica; **apraxia**, dificultad o pérdida de la capacidad de realizar movimientos de propósito, aprendidos y familiares, aún teniendo y el deseo de hacerlos, y **agnosia**, dificultad para reconocer el entorno o a personas, lugares, etc..., que antes eran familiares u ordinarios. La **C** hace referencia a la **conducta**, a eventuales cambios sobre todo en el estado de ánimo, irascibilidad y apatía.

⁹ Ese dato ha sido publicado por Alzheimer Aragón Federación Aragonesa de Familiares de Enfermos de Alzheimer en su página web con motivo de pasado Día Mundial del Alzheimer (21 de septiembre).

¹⁰ El instrumento de ratificación (sin restricciones por parte de España) de 29 de abril de 1980 se publicó en el BOE el 26 de junio de 1980,

«Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.»

Es innegable el avance de España en las cuatro últimas décadas hacia la construcción de un estado social y de derecho pero el sistema de protección social y, concretamente, todo lo relacionado con la dependencia y la vejez todavía está lejos de otros países europeos, valga como ejemplo la conocida como Ley de la Dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre), llena de buenos propósitos pero sin la dotación presupuestaria para su real aplicación. Hoy, casi 10 años después de su aprobación, es una norma en muchos aspectos pendiente de ser cumplida y llevada a la realidad.

Todos conocemos cómo el Código Civil enuncia los motivos genéricos de incapacitación¹¹ en su artículo 200 y a nadie se oculta que el alzhéimer termina generando un estado, en la persona que lo sufre, que le impide su autogobierno, tanto en lo patrimonial o económico, como en lo interpersonal o relacional y, por último, en lo personal y básico (alimentación, higiene, y autocuidado), pero no hay que empezar por el final, porque enfermos de alzhéimer se autogobiernan razonablemente durante algunos años.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) se aprobó por Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, tras una rápida negociación, y fue ratificado por España (BOE 21-04-2008) y entró en vigor el 3 de mayo siguiente. Ha sido una norma esencial para provocar un cambio de perspectiva para enfrentarse y valorar las discapacidades y una de ellas es la provocada por el alzhéimer. Además debe tenerse en cuenta que este tipo de discapacitados siguen teniendo obligaciones legales, como pagar impuestos y hacer declaraciones tributarias. Si siguen siendo sujetos de derecho para estas obligaciones parece razonable que también sigan siendo sujetos de derechos y no quedar reducidos casi a una condición semoviente o «juguete roto».

Estos discapacitados van a ir perdiendo su capacidad de obrar¹², normalmente poco a poco, al ser un proceso degenerativo, pero la CDPD y la legislación española aseguran que nunca pierden su capacidad jurídica¹³ pues deriva de la personalidad (art. 29 Código Civil y se presume en los mayores de edad y de 14 años entre los aragoneses arts. 4.2 y 34.2 CDFR).

11 Código Civil artículo 200. *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*

12 La **capacidad de obrar** es la facultad que posibilita el actuar válidamente en el tráfico jurídico y que sea eficaz; se caracteriza por ser variable (limitada o plena: menor o mayor de edad), específica (a cada persona o individualizada) y condicional (bajo determinados presupuesto de discernimiento, inteligencia, etc...)

13 La **capacidad jurídica** es la facultad inherente a toda persona, que está sometida a obligaciones y derechos de por vida; se caracteriza por ser universal (para todos los nacidos), incondicional (no hay requisitos a cumplir) e inmutable (permanente-de por vida)

La CDPD viene a cambiar en modo de abordar la discapacidad de las personas para que éstas sigan siendo sujetos de derecho, auténticos titulares de derechos, en condiciones de igualdad sobre derechos humanos, libertades fundamentales y respeto a su dignidad, como se declara en su artículo 1. La CDPD es una norma de garantía, puesto que las personas con discapacidad son, como conjunto, especialmente vulnerables y susceptibles de diversas formas de restricciones hasta llegar a la exclusión social. Se ha buscado con la CDPD que esos derechos de los discapacitados sigan siendo idénticos a las demás personas y que puedan ejercerlos efectivamente.

El enfermo diagnosticado de alzhéimer es no es propiamente un discapacitado en su fase inicial, aunque en la evolución de su enfermedad esas disfunciones iniciales se agravarán y serán discapacitantes a largo plazo y podrá ser «incapacitado» legalmente pero ¿es necesario llegar en tantos casos a ello? Mantengo y defendiendo que no¹⁴; porque eso supondría judicializar absolutamente la convivencia de decenas de miles de familias españolas cada año¹⁵. Muchos otros enfermos con severos déficits mentales no son incapacitados judicialmente de manera preventiva. Del mismo modo al enfermo de alzhéimer tampoco se le tiene que incapacitar judicialmente por prevenir determinadas situaciones, que, aunque posibles, no son demasiado probables.

El legislador español inició la defensa del discapacitado con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad y continuó con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y también la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. La norma principal del conjunto para la atención social a la dependencia es la 39/2006 de 14 de diciembre, Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia¹⁶, cuyas herramientas administrativas deberían ser mejor aprovechadas por nuestro sistema judicial, tanto en jurisdicción contenciosa como voluntaria para ahorrar tiempo y costes.

Pocos años después la Ley 27/2007, de 23 de octubre, vino a reconocer las lenguas de signos españolas y se da regulación a los medios de apoyo a la comunicación verbal para sordos y sordociegos, es decir, facilitar su comunicación como elemento esencial para su inclusión social. Finalmente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria introduce nueva terminología, al adaptarse a la CDPD de 2006, ya no habla la Ley de incapaz, sino que emplea, como no,

14 Una reflexión próxima ya presentó el abogado Miquel PUIGGALÍ TORRENTÓ la ponencia “Dignificación de la vejez con incapacidad en la sociedad actual. Protección jurídica de las personas que sufren demencias”, publicada en *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 60, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

15 La Organización Médica Colegial viene señalando como cifra aproximada desde 2014 que cada año se diagnostica unos 150.000 nuevos casos de demencias, de las cuales unas 40.000 son de alzheimer. No obstante la Sociedad Española de Neurología estimaba que entre un 30 y un 40% de los casos de alzheimer no están diagnosticados y en el caso de la fase 1 (leve) hasta un 80%.

16 Publicada en BOE de 15-12-2006 y entró en vigor en fecha 1 de enero de 2007; cuestión distinta es falta de dotación presupuestaria de que sus previsiones y políticas se pudieran poner en marcha cuando se estaba iniciando ya una crisis económica profunda (2007-2015) de la que todavía España no ha terminado de superar.

un eufemismo, “*persona con capacidad modificada judicialmente*”, regula por lo que aquí interesa el proceso de autorización de disposición o gravamen de bienes o derechos de menores o discapacitados judicialmente.

La ratificación de la Convención Internacional de Nueva York y la preexistencia de otras normas españolas sobre discapacidad obligaba a nuestro legislador a una labor de coordinación y refundición, por lo que por mandato de la Disposición Final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se dictó el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas de Discapacidad y su inclusión social. Esta norma es, por tanto, aplicable a los enfermos de alzhéimer, pero muchas de sus previsiones son quimeras si se pretenden aplicar a éstos, ya que en su último estado, que puede durar varios años, de evolución el enfermo de alzhéimer no tiene el menor control de sí mismo o de su patrimonio para las más básicas necesidades.

El legislador aragonés aprobó la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que estableció normas sobre la incapacidad y la incapacitación así como las relaciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial, además de guarda de hecho y administrativa); esta Ley aragonesa quedó integrada en el proceso de codificación civil, culminado con el Código de Derecho Foral de Aragón en 2011 (arts. 100 á 182) resultando una regulación completa¹⁷. De otro lado la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón (art. 2.e) señala entre sus objetivos el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación por discapacidad, de alguna forma en sintonía con las normas estatales e internacionales de reducir las situaciones adversas a los discapacitados, lo que incluye a los enfermos de alzhéimer, y también señala la norma (art. 36.3) prestaciones especializadas¹⁸ a discapacitados; cuestión distinta es la realidad de cómo se está

¹⁷ En ocasiones sentencia de las audiencias provinciales aragonesas resuelven la argumentación jurídica de sus sentencia con fundamento en el Código Civil y sin práctica mención al vigente Código Foral. Aunque la solución a la que se llegue pueda ser la misma, no es correcta esa cita reiterada del Código Civil para casos aragonés y sobre supuesto plenamente previsto en el ordenamiento foral.

¹⁸ BOE, núm. 201 20 de agosto de 2009. Sec. I. Pág. 71560 **Art. 36.3:** “ *En particular, son prestaciones de servicio en los servicios sociales especializados: a)...*

b) Servicios de valoración especializada. Son servicios destinados a evaluar situaciones personales específicas mediante la aplicación de baremos o, en su caso, otros instrumentos especializados de valoración establecidos para tal finalidad.

c) Servicios de atención psicosocial, de rehabilitación y tutelares. Servicios destinados a la prevención, la detección precoz, el diagnóstico y la atención, rehabilitación y tutela en aquellos supuestos de trastornos que conlleven un menoscabo de la autonomía personal y/o patrimonial de las personas afectadas.

d) Servicios de alojamiento permanente o temporal. Centro residencial que ofrece servicios continuados de cuidado integral de la persona en todas sus necesidades, procurando su pleno desarrollo, de forma permanente o temporal, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual o temporal de la persona, con las siguientes modalidades en función de sus destinatarios:

- 1.º Centros para personas en situación de dependencia.*
- 2.º Centros para menores en situación de desamparo, protección y reforma.*
- 3.º Centros para mujeres víctimas del maltrato doméstico o violencia de género.*
- 4.º Centros para personas con discapacidad.*
- 5.º Centros para otras situaciones.*

e) Servicios para el apoyo del mantenimiento de las personas en su domicilio. Conjunto de recursos orientados a la atención integral especializada de las personas con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a sus

aplicando esto y con qué medios materiales y humanos se afrontan estos casos, cada día más abundantes.

Todas estas normas, dedicadas a la discapacidad, potencian los derechos y la protección del discapacitado, abandonando cualquier postura de pietismo o simple apoyo asistencial y se orientan sustancialmente a la protección, igualdad e integración del discapacitado de forma genérica pero las dolencias discapacitantes son muchas y el alzhéimer es, al final, una de las más severas, muy importante en número y afección social, pero una más y, obviamente, no hay normas específicas para ésta, por lo que algunos enunciados importantes de las normas del Estado, puestas en relación con un enfermo de alzhéimer avanzado resultan imposibles de sostener, como sería el caso del derecho de la vida independiente¹⁹ y accesibilidad. Con todo respeto, la corrección política hace que denominemos discapacitados a todas aquellas personas que tiene disminuidas o alteradas sus capacidades físicas o mentales, pero no debe olvidarse que el alzhéimer en su estado avanzado suele incapacitar por completo.

2. Autogobierno y asistencia jurídica preventiva al enfermo diagnosticado de alzhéimer: “incapacitatus” o “persona con capacidad modificada judicialmente”.

La idea clave es el autogobierno suficiente del enfermo confirmado de alzhéimer, que disponga de esa aptitud mínima necesaria para actuar libre y volitivamente, es decir, sabiendo lo que hace y queriéndolo hacer de forma libre.

Entre las enfermedades neurodegenerativas está el alzhéimer, que llega a anular ese autogobierno, pero a largo plazo, cuando ya altera la realidad personal significativamente y hace imposible que el enfermo puede efectuar valoraciones o juicios sobre lo ordinario y conveniente, por tener severamente afectado su discernimiento o su voluntad. El Tribunal Supremo ha delimitado con claridad ese concepto de autogobierno en sentencias como la de 1 de julio de 2014 (Pte. Sr. Sancho Gargallo) FJ. 6:

“El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la

familias o personas cuidadoras, con el fin de posibilitar su permanencia en su domicilio y entorno habitual, incluyendo: 1.º Centro de día asistencial. 2.º Centro de día ocupacional. 3.º Centro de noche.

f) Servicios para el apoyo de la inclusión social. Medidas orientadas a prevenir la exclusión social y a promover la autonomía de las personas a través de programas o acciones dirigidos tanto a personas como a grupos y a la comunidad a la que pertenecen, para favorecer su propia promoción y sus posibilidades de participación social.”

¹⁹ Los artículos 22 á 29 del RD 1/2013 están dedicados al derecho a la **vida independiente y accesibilidad**: En esas normas se regulan las condiciones de accesibilidad que deben reunir los distintos ámbitos legales protegidos para garantizar similares niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad, y las medidas de acción positiva dirigidas a apoyar el ejercicio del derecho a la vida independiente. Los ámbitos protegidos alcanzan a la practica totalidad de los posibles:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- c) Transportes. d) Bienes y servicios a disposición del público.
- e) Relaciones con las administraciones públicas. f) Administración de justicia.
- g) Patrimonio cultural.
- h) Empleo.

voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la Sentencia 479/1994, de 20 mayo (RJ 1994, 3723), en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras.”

Hay que tener presente que cada caso es peculiar y más aún en los casos de alzhéimer por su largo periodo de evolución: las medidas legales a adoptar en un primer estadio son muy distintas a las del tercero. Las medidas a poner en marcha deben graduarse en función de la situación actual de ese eventual *inacapatirus*²⁰, que puede tener una duración larga en años, si la Providencia y los cuidados, que reciben, así lo propician.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en cuanto a no hacer declaraciones de incapacidad ampliadas en previsiones de futuro o abstractas, es decir, adelantándose a venideras pérdidas de habilidades o capacidades básicas; un ejemplo de esa doctrina legal la encontramos en la sentencia de 29 de abril de 2009 (Pte. Sra. Roca Trías) FJ. 5º:

“Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.”

Esta jurisprudencia y la interpretación en clave de acción protectora de las funciones tutelares para los discapacitados hace que se produzcan resoluciones judiciales sobre curatela²¹ con incapacitación parcial, aunque se haya podido

²⁰ Uso este neologismo para describir al enfermo de alzhéimer o de cualquier otra enfermedad neurodegenerativa que no es completamente dependiente pero que va a alcanzar, si Dios y la ciencia médica lo permiten, más años y por tanto la completa pérdida de funciones intelectivas superiores. El término latino *incapax-cis* se comprende perfectamente la cualidad negativa del no capacitado y la terminación *-urus*, que corresponde a los participios de futuro latinos, inexistentes en español y que son por tanto formas adjetivas, como la bien conocida de *nasciturus* (que ha de nacer...) y para el *inacapatirus* debe entenderse como el que alcanzará la incapacidad, no sólo la discapacidad, término que encaja mejor con el eufemismo “persona con capacidad modificada judicialmente.”

²¹ Nuestra Audiencia Provincial viene confirmando las sentencias de incapacitación parcial dictadas en la instancia, cuando la base probatoria en la segunda instancia confirman el mantenimiento de capacidades. Estos caso no suele ser de enfermos de alzheimer sino de otros trastornos mentales, pero el nombramiento de curador para determinadas cosas es

solicitar inicialmente la incapacitación total. El elemento probatorio es esencial y para incapacitar de manera plena, derecho de sufragio incluido, pues es precisa una certidumbre muy justificada.

La actividad del abogado, al menos en España, va mucho más allá de ser sólo un profesional litigador en juicio ante un tribunal jurisdiccional, para plantear un proceso de incapacitación, que posiblemente es lo más sencillo en el mayor número de casos; además de las competencias de patrocinar pretensiones ajenas ante los tribunales, nuestra profesión nos obliga a disponer o idear, dentro de los límites legales, de otros medios previos o alternativos a los procedimientos judiciales; éstos han de ser utilizados cuando sean imprescindibles y cuando la propia Ley los señale como única vía de resolución de un problema, situación que es poco habitual en esta materia, con tantos matices y alternativas.

En demasiadas ocasiones el cónyuge o la familia de enfermo, por una no bien entendida forma de actuar, van sufriendo y buscando disculpas²² para los síntomas de la enfermedad, lo que en ocasiones retrasa el diagnóstico. Tras la confirmación de la casi segura enfermedad de Alzheimer por los médicos, hay otras visitas que hacer: al abogado y al notario, si se actúa así, quizás pueda no tener que acudir al juzgado.

El letrado debe asistir y aconsejar al cliente o familiar del diagnosticado de alzhéimer, al que califico de *incapacitatus*, permítaseme el neologismo, pues el avance de la enfermedad haría que llegase a la incapacidad o a la situación en que podría ser incapacitado. La enfermedad es muy cruel pero da señales tempranas y su evolución suele ser inexorable pero lenta y, por tanto, hay tiempo y herramientas legales que pueden contribuir a reducir sus consecuencias jurídicas, que llegan también. Los abogados tenemos el deber profesional de orientar a nuestros clientes o sus familiares responsables y presentarles un panorama de las distintas posibilidades jurídicas que se disponen y que no siempre pasan por el Juzgado y la completa incapacitación del enfermo.

3. Instrumentos jurídicos para abordar la previsión y evolución de un paciente de alzhéimer.

Para cada concreta situación de cada enfermo de alzhéimer puede haber un instrumento jurídico más útil o más conforme a su situación personal y patrimonial. No hay regla segura, aunque casi todos pueden ser iniciados o impulsados por el propio enfermo, si lo decide de forma relativamente temprana.

Debe partirse, como hace nuestra legislación (art. 34 del CDFR), de la presunción de capacidad de la persona mayor de 14 años y que no haya sido incapacitada; del mismo modo esa norma foral, ya preexistente en la Ley aragonesa de

suficiente dada la situación psíquica de discapacitado, como se puede observar en las recientes sentencias de la Audiencia provincial de Zaragoza de 17 de mayo y 20 de septiembre de 2016 y del mismo magistrado ponente (Sr. Arqué Bescós)

²² Un caso muy ilustrativo sobre este extremo de disimular o no querer ver la importancia de estos síntomas en el enfermo podemos apreciarlo de manera clara en la sentencia que la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de marzo de 2013 (Pte. Sr. Acín Garós) que confirmó la del Juzgado de Instancia, en la que el Magistrado-Juez apreció en su exploración que el deterioro de la presunta incapaz era muy superior al pretendido por ella misma y su cuidadora, una de sus hijas, que minimizaba la dolencia apelando a una depresión y el reciente fallecimiento del esposo.

Derecho de la Persona, Ley 13/2006 de 27 de diciembre (art. 31), establece que se presume la aptitud de esa persona para entender un acto concreto, salvo que se pruebe lo contrario.

Si la enfermedad está en la fase 1 poca duda ha de haber sobre la ordinaria capacidad de obrar, la comparecencia ante el notario y el otorgamiento de una escritura pública. Esto no debería presentar problema alguno. Si la enfermedad está más avanzada pero hay capacidad suficiente, para disipar dudas el otorgante puede presentar un informe o certificado de su neurólogo, de este modo el notario podrá autorizarla. Autorizada la misma, la jurisprudencia menor de nuestra Audiencia Provincial de Zaragoza (SAPZ 08-04-2010) ha considerado que la intervención notarial genera una presunción *iuris tantum* a favor de la capacidad del otorgante, aunque cabe prueba en contrario y en ocasiones se prueba²³.

3.1. Patrimonio protegido.

La Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad introdujo una novedad²⁴ en el panorama legal español, lo que provocó una serie de reformas que afectaron al Código Civil (arts. 223 y 234, y también al art. 1732) y a nuestra legislación foral, como veremos enseguida.

Este instrumento legal tiene tanto un uso paliativo como una utilización preventiva, ya que un patrimonio protegido puede constituirse en situaciones objetivas de capacidad suficiente o, dicho de otro modo, de discapacidad moderada-media (33% psíquica y 65% física), aunque su régimen jurídico de constitución, administración y control sea menos claro de lo que sería deseable, a pesar de la ventajas fiscales que lleva aparejadas, para el caso de aportaciones por parte de los familiares más directos. Aunque es un patrimonio especial, no es un patrimonio exento o inmune al patrimonio personal ordinario del discapacitado, por tanto, responde también de sus deudas (art. 1911 C.C.), ya que la Ley 41/2003 no prevé ninguna forma de inembargabilidad o de excusión de los otros bienes²⁵, aunque teleológicamente la Ley pudiera haber pensado en algo parecido. También se pueden aportar otros bienes o derechos como seguros, planes de pensiones etc..., lo que ha generado más dudas y consultas²⁶ a la Autoridad Tributaria.

23 Un caso de destrucción de esa presunción *iuris tantum* (además múltiple de tres notarios) puede estudiarse en la sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 2010 (Pte. Sr. Seoane Prado) que anula tres escrituras públicas al quedar probado que el otorgante con problemas cerebrovasculares desde tiempo atrás padecía una demencia senil, aunque pudiera tener algún momento lúcido, aunque sin autonomía personal fuera de la residencia donde vive. Los informes los dos forenses resultaron determinantes.

24 En ordenamientos del Common Law son bien conocidos: se trata del *trust for the disabled*, es decir, un patrimonio constituido o afecto a una misión concreta: el mantenimiento o atención de un discapacitado. En la tradición jurídica romano-continental han existido otras figuras como los fideicomisos, que también podían realizar la afectación de una porción patrimonial a un fin concreto, pero fueron suprimidos definitivamente por el Código Civil, que sólo permitió la variedad sucesoria de la sustitución fideicomisaria (arts. 781-786).

25 Como expone ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia, *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2012, pág. 135, y donde defiende la subsidiariedad que debería aplicarse a este patrimonio.

26 La Dirección General de Tributos en contestaciones a consultas de noviembre de 2013 (núms. V3312-13, V3457-13, V3458 13, V3459-13, V3463-13), entre otras parecía mostrarse casi contraria a la posibilidad de un patrimonio de mero gasto, pero no son claras, como analizan LUCAS DURÁN, Manuel y MARTÍN DÉGANO, Isidoro, en su extenso artículo, "Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad", en *Documentos*, 4/2014, editada por el Instituto de Estudios Fiscales, pág. 11 y nota 13.

En todo caso, parece que la Ley no pretendía en modo alguno la constitución de un patrimonio de gasto, es decir, dotar económicamente unas cantidades y con ellas atender los gastos del discapacitado, por eso, parece que el instrumento está más pensado para hijos discapacitados que para los casos de alzhéimer.

Ya sea por *fas* o por *nefas*, este instrumento no está teniendo la utilización que pudo pensar el legislador, quizás también porque su régimen fiscal pudiera ser mejorable, ya que las aportaciones en dinero de terceros (cónyuge e hijos, por ejemplo) a ese patrimonio, si bien reducen la base imponible del aportante, tienen la consideración fiscal de rendimientos del trabajo del beneficiario, lo que supone que el enfermo de alzhéimer termina tributando algo más, ya que incrementa su base imponible. De cualquier forma, el tratamiento fiscal es claramente favorable, pero la complejidad de su constitución y régimen jurídico-civil-fiscal ha hecho que la utilización del patrimonio protegido de la Ley 41/2003 sea escasa y no haya cumplido sus eventuales expectativas²⁷ y menos aún respecto de los mayores.

Este instrumento también se incluyó en nuestra legislación foral: primero en la Ley de Derecho de la Persona (Ley 13/2006, art. 37) y después en su codificación. Así el Código de Derecho Foral lo recoge en su art. 40 y prevé la constitución de un patrimonio especial con algún rasgo peculiar respecto al régimen común:

Artículo 40. Patrimonio especial de las personas con discapacidad.

1. La regulación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad será de aplicación preferente a lo dispuesto en este Capítulo y en el Título III de este Libro sobre los efectos de la incapacitación.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, también podrán constituir un patrimonio protegido las otras personas con autoridad familiar.

3. Asimismo, cuando el constituyente del patrimonio protegido no sea el propio beneficiario del mismo, para su administración será necesaria autorización de la Junta de Parientes o del Juez en los mismos supuestos en los que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a lo dispuesto en este Libro. La autorización no será necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente."

Los dos rasgos singulares son la extensión de las personas legitimadas para su constitución a las personas que el CDFA reconoce autoridad familiar y que pueden ser otras que los progenitores y en segundo término la intervención de la Junta de Parientes, para su administración, que debería simplificar el control del patrimonio. Ciertamente este instrumento está más pensado para discapacitados menores o dependientes de sus progenitores, que pueden ir constituyendo un fondo patrimonial para asegurar el futuro de su hijo para cuando ellos ya no estén o no puedan atenderlo.

²⁷ Una explicación bastante clara del régimen fiscal y sus ventajas la expone con agilidad y concisión Teresa RAGA QUINZÁ en un artículo, "El Patrimonio Protegido: un instrumento que facilita el futuro de las personas con discapacidad al tiempo que genera elevadas ventajas fiscales", publicado en *Economist & Jurist*, marzo de 2014 y que puede consultarse en la web de la revista en su archivo de artículos jurídicos

Este instrumento parece que pueda estar indicado para supuestos en que el enfermo de alzhéimer en su fase no grave (capacidad suficiente) disponga algún inmueble, un piso o una casa, y una pensión corta; todo ello podría constituir, ante notario, ese patrimonio protegido y en caso de insuficiencia de numerario los hijos o descendientes del mismo podría aportar al mismo una cantidad periódica hasta los 10.000 euros anuales para su atención y cuidado, que cada aportante descontaría de su base imponible. El propio constituyente del patrimonio es quien puede designar a quien vaya a ser el administrador de ese patrimonio y la forma control del mismo.

3.2. Escritura de autotutela. (Delación voluntaria)

Este instrumento es posible e idóneo en los casos que el *incapacitatus* enfermo de alzhéimer se encuentre en un estado evolutivo no avanzado y disponga de capacidad suficiente. Así el art. 108.1 del CDFa viene a determinar lo siguiente:

“1. Conforme al principio standum est chartae, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.”

Esta materia es objeto de la intervención del notario adscrito a esta ponencia y por ello sólo he de apuntar algunas recomendaciones prácticas para los casos de alzhéimer. Si el otorgante está capacitado ha de nombrar a la persona, física o jurídico-institucional que vaya a ejercer esas funciones y sus eventuales sustitutos. Para que esto sea eficaz ha de tener esa persona o institución de confianza, que vaya a aceptar esas funciones tutelares.

También la escritura pública tiene una función negativa, es decir, es útil para procurar o impedir que determinadas personas accedan a la tutela: esta función es muy importante y los abogados debemos instruir sobre esto al *“incapacitatus”* y una tercera posibilidad también destacable: la posibilidad de establecer un sistema de control o persona que verifique el recto cumplimiento de esas funciones. Otro aspecto a destacar es la posibilidad de nombrar dos tutores²⁸: si es difícil disponer de uno de toda confianza y seriedad, el nombramiento de dos es casi garantía de conflicto, por lo que debe evitarse el aconsejar estas soluciones gemínicas salvo en casos muy justificados²⁹. Además la norma aragonesa prevé, como

28 La opción de dos tutores está contemplada por la ley aragonesa (arts 112 y .134 CDFa), como históricamente lo estuvo en nuestro derecho histórico (Observancia 1ª *De Tutoribus, manumissoribus et cabeçalariis*) y también en la normativa común (arts. 236 y 237 CC) y puede tener sentido y razón en algunos casos especiales. Normalmente un tutor sería el encargado de la persona y el otro lo sería del patrimonio, pero el otorgante aragonés puede *motu proprio* designar dos para actuar simultáneamente. Cuidado con esta solución, que suele ser fuente de conflictos y para evitar en los posible el Juzgado, debería establecer algún sistema de resolución, como el criterio dirimente de la Junta de Parientes.

29 Nuestra jurisprudencia menor ha visto y resuelto con bastante equilibrio alguno de los conflictos típicos, por concurrencia de segunda esposa con hijos del primer matrimonio con pésimas relaciones entre ellos, usando de la doble tutoría de persona y bienes, como en caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de diciembre de 2014

criterio general, la tutela ejercida por un único tutor y la tutela dual ha de estar específicamente justificada³⁰.

Las situaciones familiares complejas³¹ deben ser abordadas con un mecanismo claro, como es la autotutela. Se pueden introducir instrucciones concretas: retribución al tutor, prohibiciones, dispensar posibles obstáculos normativos y fijar formas de control al tutor. Todo esto está en función de la cualidad y confianza del eventual tutor o curador, pero no debe olvidarse que la determinación previa de una retribución concreta y de un sistema de control de las acciones del tutor son una garantía para todos, incluido el tutor y los posibles herederos del enfermo otorgante.

Había cuenta de la posibilidad de impulsar el propio *incapacitatus* su propia incapacitación, creo que el consejo legal que el letrado no debe olvidar es que el enfermo haga un encargo de interposición del proceso en un plazo razonable, de acuerdo con la evolución de la enfermedad; si la situación médica es tal que sea suficiente la curatela, la designación para tutor debería servir igualmente para curador. Sin el proceso judicial, la eficacia de la sentencia puede ser ninguna.

3.3. Poderes especiales de validez extendida permanente o “mandato de autoprotección”.

Aunque es materia específicamente del ámbito notarial de esta ponencia, hay alguna observación que poder hacer como letrados, en cuanto a la oportunidad de este instrumento jurídico para la protección de *incapacitatus*.

Nuestra legislación foral prevé igualmente esta institución y la regula con mejor sistemática en el capítulo de relaciones tutelares y dentro de la “Delación voluntaria”. La doctrina lo califica como “mandato de autoprotección”, pero no se trata de un poder necesariamente *sub conditione* para el caso de sufrir una incapacidad o estar incapacitado. El texto del art. 109 del CDFa es muy abierto:

“Mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación. Igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación.”

(Pte. Angós Ullate) en la que, a pesar de la designación como tutora de la esposa, se apreció por el Tribunal la existencia de un motivo excepcional previsto en el art. 116.2 CDFa para alterar esa preferencia, sin que se entendiese por la Sala que la enemistad con los hijastros y unas supuestas ideas delirantes fuera causa de inhabilidad para la esposa tutora del art. 125 CDFa, que mantuvo la tutoría sólo en el ámbito personal, nombrando a una hija tutora patrimonial, con funciones compartidas en cuanto a la pensión de jubilación de enfermo de alzheimer, que era médico.

³⁰ Nuestra jurisprudencia menor ha estudiado este tipo de nombramientos de tutores duales (personal y patrimonial) y ha considerado necesaria una justificación clara, pues cuando no la hay, se nombre un único tutor, como prevé el párrafo primero del art. 134 CDFa, como se aprecia en la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de julio de 2010 (Pte. Sr. Serena Puig) que estima el recurso y nombra a único tutor, al no resultar la administración del patrimonio de complejidad relevante, por ser fincas en aparcería y dinero.

³¹ Cada día son más frecuentes situaciones familiares complejas, en la que concurren cónyuges de segundas o tercera nupcias o relaciones estables no casadas con hijos de una matrimonio o relación anterior, por lo que es muy probable la generación de un conflicto sobre el nombramiento de tutor o curador. En estas situaciones complejas en consejo legal del abogado debe dirigirse a evitarlo y que el enfermo todavía capaz proponga una concreta persona y su sistema de fiscalización de las funciones tutelares.

El “mandato de autoprotección” es especialmente útil en la práctica, sobre todo si no está condicionado a la previa declaración de incapacitación del poderdante, ya que va a permitir al apoderado ejercer las facultades previstas en dicho mandato y, si este es amplio, incluso administrar los bienes e intereses de todo tipo del *incapacitatus*. En el régimen legal común se reguló por la Ley 41/2002 (art. 11), que modificó el art. 1732 del Código Civil³².

Personalmente recomendaría como abogado este instrumento jurídico, si bien el discapacitado y su potencial apoderado deben gozar de una profunda confianza y rigor en el uso y cumplimiento del apoderamiento. Conceder un poder omnímodo no es lo más prudente, salvo excepciones, por lo que el poderdante debe establecer alguna limitación formal para las operaciones más importantes (ventas inmuebles, hipotecas, préstamos, créditos, etc.) como podría ser la aprobación previa por la Junta de Parientes incluida su llamamiento en el propio poder o bien mancomunar esas específicas facultades en una segunda persona.

Puede plantearse una duda sobre el art. 111 CDFA en cuanto a la publicidad y eficacia al ser inscribible un poder de validez permanente o más allá de la incapacidad y o la declaración de incapacitación. El texto del precepto³³ es muy claro, la práctica puede no serlo tanto, en el cumplimiento práctico al precepto: tanto si el fedatario comunica al Registro la autorización de una escritura de delación voluntaria o mandato permanente y si el Registro Civil anota esto como nota marginal en la inscripción de nacimiento, entiendo que la inscripción no puede tener en ningún caso cualidad constitutiva, por tanto creo que el principio de libertad civil del otorgante debe prevalecer sobre la su cualidad de “inscribible”.

Nada impide la revocación del mandato, incluso del de validez extendida, ya que el mandato es esencialmente revocable. Con independencia de criterios legales de la institución en general (arts. 1732.1º y 1733 CC.), está previsto en el art. 114.2 CDFA para que así lo acuerde al constituir la relación tutelar o al solicitarlo el tutor.

3.4. Disposición de bienes comunes realizada sólo por el cónyuge del *incapacitatus*.

Muchos sabemos que hay incapacitaciones que se promueven para poder vender algún bien, normalmente inmueble, cuando el *incapacitatus* ya no puede

³² CC. Artículo 1732.

“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”

³³ CDFA “Artículo 111: Publicidad.

Los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado,”

Los documentos notariales tienen acceso al Registro Civil, como prevé el art.35 de la vigente Ley de Registro Civil, Ley 20/2011, de 21 de julio; de otro lado el art. 40.3.8º y 10º de esa misma norma dan oportunidad a que se remita esa información de tutelar del *incapacitatus*. Finalmente el art. 77 de esta Ley recoge expresamente esto: “**Artículo 77. Inscripción de autotutela y apoderamiento preventivos.** Es inscribible en el registro individual del interesado el documento público de constitución de autotutela y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil”.

comparecer válidamente ante notario. Esas incapacitaciones son instrumentales de una enajenación, que si no se precisase no se plantearía en el juzgado.

Pues bien, si el bien a enajenar es común y hay cónyuge capaz, otro de los instrumentos jurídicos que los letrados hemos de promover su utilización, para evitar incapacitaciones instrumentales, es la disposición por el cónyuge³⁴ del enfermo de alzhéimer de bienes comunes, de acuerdo con lo prevenido en el art. 230.d) de CDFA en relación con el art. 218.1a)³⁵ del mismo texto legal, es otra posibilidad o instrumento con intervención de la Junta de Parientes del cónyuge enfermo.

La doctrina científica, encabezada por el Prof. DELGADO ECHEVERRÍA, entiende que los gastos que son incluibles en ese artículo 218.1a) son los más específicamente familiares, los necesarios para la vida cotidiana (alimento, vestido, vivienda, sanidad, educación, previsión, ocio...) y no sólo del enfermo sino del grupo familiar (convivientes). Por tanto, no parece que existan dudas que se pueda vender una finca rústica o una casa para poder sostener los importantes gastos de unos o varios cuidadores o de una residencia privada. No parece que esos gastos no se acepten como legítimos, que han de interpretarse de acuerdo con las actuales concepciones de nuestra sociedad, donde el alzhéimer o las demencias seniles son lugar común en nuestras familias.

3.5. Invalidez de los actos del no incapacitado pero sin suficiente aptitud o capacidad:

No obstante todo lo mencionado antes, cabe que un enfermo de alzhéimer, sin incapacitar, puede llegar a realizar determinados actos, inversiones o disposiciones, inducidos o no, y, que conocidos por su cuidadores o familiares, puedan ser impugnados como inválidos. Este remedio es normalmente de naturaleza judicial con intervención de abogado en la práctica totalidad de los casos, ya que es excepcional que el vendedor o colocador del producto reconozca extrajudicialmente la invalidez de la operación.

Esta vía es la que nos abre el art. 37 CDFA:

“Artículo 37. Invalidez de los actos de la persona no incapacitada.

1. El acto de la persona mayor de catorce años no incapacitada que en el momento de su celebración carezca de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo será inválido.

2. El acto será anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo:

34 CDFA: “Artículo 230. Actuación indistinta de cualquiera de los cónyuges.

Cada uno de los cónyuges está legitimado para realizar por sí solo sobre los bienes que integran el patrimonio común..

...d) Actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad del acto, será suficiente la declaración, en ese sentido, de la Junta de Parientes del otro cónyuge.”

35 CDFA: “Artículo 218. Deudas comunes.

1. Son de cargo del patrimonio común:

a) Las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno solo de ellos que convivan con el matrimonio...”

a) *A petición del representante legal si llegara a haberlo, hasta que el interesado pueda anularlo por sí mismo.*

b) *A petición del propio interesado, en su caso con la debida asistencia. La acción prescribirá a los cuatro años desde que hubiera recobrado sus facultades o podido celebrar el acto sin asistencia o, en su defecto, desde su fallecimiento.*

3. *No obstante, el acto será nulo si vulnera leyes que exigen una capacidad específica, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto.”*

Ha habido en nuestra práctica financiera reciente colocaciones de productos de inversión compleja a personas muy mayores que, confiadas en sus bancos “de toda la vida”, han adquirido bienes o invertido en productos financieros que no comprendían ni su naturaleza ni sus riesgos. Probablemente no se habrán realizado los test de conveniencia e idoneidad, que exige la normativa específica del sector financiero, pero además la existencia y prueba de algún nivel relevante de discapacidad (33% de discapacidad psíquica y 65% física) hará muy probablemente que dicha operación sea anulada, si la misma es impugnada dentro del plazo legal. El tratamiento normativo foral es similar al de los actos del menor (mayor de catorce años) realizado sin la debida asistencia (art. 29 CDFIA).

4. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO Y/O COMPLEMENTARIO A LA JURISDICCIÓN PARA RESOLVER DISPUTAS.

Los poderes públicos parecen querer impulsar o promocionar soluciones no judiciales para no pocos conflictos del ámbito privado, por eso se está viendo poco a poco el incremento de mediaciones y soluciones por negociación o alguna forma de arbitraje. Los abogados hemos de insistir en el uso de la mediación como un instrumento más que redunde en una menor conflictividad judicial y en estimular la capacidad de autocomposición de las partes con posiciones o criterios encontrados y más aún en el seno familiar.

En ámbito aragonés disponemos de normativa sobre mediación familiar, en concreto la Ley 9/2011 de 24 de marzo, pero entre los conflictos susceptibles de ser abordados por esta vía³⁶ no se especifica claramente nada que pueda referirse

³⁶ *“Artículo 5. Conflictos susceptibles de mediación familiar.*

1. *La mediación regulada en la presente Ley podrá referirse a cualquier conflicto familiar surgido en el ámbito del Derecho privado.*

2. *Específicamente, la intervención del mediador familiar tendrá por objeto alguno de los siguientes aspectos:*

a. *Conflictos nacidos como consecuencia de una ruptura de pareja, existan o no menores afectados.*

b. *Controversias relacionadas con el ejercicio de la autoridad familiar o, en su caso, patria potestad y del régimen de guarda y custodia de los hijos.*

c. *Diferencias en lo relativo al régimen de relación de los menores con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.*

d. *Situaciones derivadas de crisis de convivencia en el seno del matrimonio o de la pareja.*

e. *Desavenencias referentes a las relaciones entre personas mayores y sus descendientes.*

f. *Conflictos entre los miembros de la unidad familiar donde sea de aplicación la normativa de derecho internacional.*

g. *Los datos de las personas adoptadas relativos a sus orígenes biológicos, en la medida que lo permita el ordenamiento jurídico, alcanzada la mayoría de edad, o durante su minoría de edad representadas por sus padres o quienes ejerzan su autoridad familiar.*

Salvo en los supuestos debidamente justificados, en los que esté en peligro la vida o la integridad física o moral de la persona adoptada, no se podrá facilitar la identidad de los padres biológicos en tanto en cuanto no se disponga de la autorización expresa de estos.

h. *Problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar.*

i. *Cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte.”*

a decidir sobre establecimiento de instrumentos de protección a discapacitados, guardadores, curadores, tutores u otras formas de apoyo a mayores, con diversos grados de dependencia o con limitada autonomía.

Este mecanismo tendría utilidad real y evitaría conflictos familiares serios sobre nuestros mayores, enfermos o no de alzhéimer, si se llevase adelante una reforma legal en el sentido de abrir la mediación familiar a los derechos de discapacitados y propuestas para nombrar guardadores, curadores o tutores y sus respectivas funciones y control.

Si el enfermo de alzhéimer no ha hecho uso de una designación notarial de autotutela ni de unos poderes permanentes, y la evolución de la enfermedad ya no le permiten tomar decisiones conscientes, sus familiares, en caso de desacuerdo sobre la responsabilidad de su guarda y cuidado, podrían, antes de plantear demandas judiciales, intentar un proceso de mediación familiar, de los previstos en la Ley 9/2011, para evitar litigar por una custodia, curatela o tutela y su correlativa designación de responsable.

La Ley aragonesa de Mediación Familiar tampoco prevé entre las especialidades³⁷ de iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial (art. 14) que la materia referida a protección de discapacitados sea susceptible de remitir a mediación. Esa sería una herramienta más para reducir el impacto judicial, que muchas veces puede causar severas rencillas entre hermanos o familiares muy próximos. La Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de Mediación³⁸ en el ámbito del derecho privado (art. 2), fue pionera en atender la realidad de las personas con discapacidad y de abrir la mediación a los conflictos familiares relacionado con los más mayores, que son la inmensa mayoría de los enfermos de alzhéimer. También en el caso andaluz la Ley 1/2009 de 27 de febrero, de Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, prevé el empleo de la mediación en su art.3. d) en los conflictos relativos a la obligación de alimentos entre parientes y los de atención de personas dependientes, a tenor de lo previsto en la norma general española Ley 39/2006.

³⁷ Deberían ampliarse las facultades del Juez de remisión a un proceso de mediación en esta materia, no contemplada en la norma:

“Artículo 14. Especialidades de la iniciación de la mediación familiar por la Autoridad Judicial. 1. En los procesos de nulidad, separación o divorcio y en los que versen sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, la competencia para la organización y funcionamiento de la iniciación de las actuaciones de mediación intrajudiciales en Juzgados y Tribunales reguladas en este artículo corresponderá al departamento con competencia en la Administración de Justicia. “

³⁸ Véase el texto normativo y sus alusiones directas o indirectas a mayores y dependientes:

“Artículo 2 Objeto de la mediación

1. La mediación familiar comprende de forma específica:...

f) Los conflictos relativos a la comunicación y relación entre progenitores, descendientes, abuelos, nietos y demás parientes y personas del ámbito familiar...

h) Los conflictos sobre el cuidado de las personas mayores o dependientes con las que exista una relación de parentesco .

q) Los aspectos convivenciales en las acogidas de ancianos, así como en los conflictos para la elección de tutores, el establecimiento del régimen de visitas a las personas incapacitadas y las cuestiones económicas derivadas del ejercicio de la tutela o de la guarda de hecho .

s) Cualquier otro conflicto en el ámbito del derecho de la persona y de la familia susceptible de ser planteado judicialmente.

Países avanzados socialmente como Suecia han institucionalizado la figura del defensor³⁹ del discapacitado (Handikappombudsman) que actúa principalmente en la resolución de conflictos con mecanismos de arbitraje y mediación sobre problemas de discriminación. En España también ha habido experiencias parecidas de un defensor/mediador de las personas con discapacidad para proteger y resolver denuncias sobre discriminación y accesibilidad, aunque ha sido de utilidad muy limitada.

5. PERSPECTIVAS DESDE EL DERECHO COMPARADO: NOTAS SOBRE SOLUCIONES EN ITALIA, FRANCIA Y ALEMANIA.

La normativa española en su conjunto, puesta al día tras la ratificación de la Convención Internacional de Nueva York (abril de 2008), es homologable a la de nuestros vecinos europeos, aunque las peculiaridades procesales españolas puedan restar cierta eficacia en su aplicación (demoras judiciales). Ciertamente nuestra solución está más próxima a la francesa e italiana que a la alemana, que prácticamente ha suprimido la tutela y curatela para los mayores de edad y ha potenciado la jurisdicción voluntaria.

De forma breve podemos revisar algunas de las soluciones que la normativa italiana, francesa y alemana, como referencias próximas y dentro de nuestra tradición de Derecho continental, aportan para situaciones de capacidad disminuida como :

A) El Codice Civile italiano

Tras la reforma de la Ley 6/2004 de 9 de enero, prevé dos formas de protección: la primera regulada principalmente en los arts. 404 y 405, llamada “*amministrazione di sostegno*”, una suerte de administración de apoyo⁴⁰ para proteger la situación temporal o una discapacidad parcial producida por una enfermedad; la segunda “*l’interdizione*” regulada en los arts. 414 y ss. tratan de la incapacitación⁴¹ para los mayores de edad en situación de incapacidad para proveer sus intereses, se le ha de nombrar un tutor para asegura su adecuada protección.

Italia tiene jueces tutelares y ha adaptado la interpretación de sus normas a los criterios de la Convención de Nueva York de 2006, de la que también es

39 Da cuenta de la institución sueca del “Handikappombudsman” y sus funciones MUNUERA GÓMEZ, M. Pilar, “Mediación con personas con discapacidad: igualdad de oportunidades y accesibilidad de la justicia”, en *Política y Sociedad*, núm. 50, 2013, pp. 163-178, en concreto 172.

40 (Art. 404) “*La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.*” **Traducción del autor:** “La persona que por efecto bien de una enfermedad bien de una minusvalía física o psíquica, se encuentre en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de ocuparse de sus propios intereses, puede ser asistida por un administrador de apoyo, nombrado por el juez tutelar del lugar en que tenga la residencia o el domicilio”.

41 (Art. 414) “*Il maggiore di età e il minore emancipato, i quali si trovano in condizioni di abituale infermità di mente che li rende incapaci di provvedere ai propri interessi, sono interdetti quando ciò è necessario per assicurare la loro adeguata protezione.*” **Traducción del autor:** “El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentren en condiciones de habitual enfermedad mental que les haga incapaces de ocuparse de sus propios intereses, han de ser incapacitados cuando eso sea necesario para asegurar su adecuada protección.”

signataria; en este ámbito la jurisprudencia ha calificado cuándo es apropiada la “*amministrazione di sostegno*” y cuando “*l’interdizione*”; así por ejemplo el Tribunal de Varese, en Decreto de 17/11/2009, decidió que “*l’amministrazione di sostegno*” no parecía adecuada para los casos de estado vegetativo o de estado de coma, ya que la medida más idónea era la incapacitación.

B) El Code Civil francés

Tras la reforma, que entró en vigor en enero de 2009, establece un muy detallado sistema de protección en cascada sobre las medidas judiciales de protección. Francia también tiene jueces especializados en tutelas y usa para estos casos del Consejo de Familia, cuando se haya constituido. El sistema de protección primario, regulado en el art. 433, sería la “*sauvegarde de justice*”, persona bajo protección o salvaguardia de justicia⁴². Esta persona protegida conserva el ejercicio de sus derechos y puede actuar normalmente salvo que para determinadas actuaciones se le haya nombrado un mandatario que debe intervenir bajo pena de nulidad.

Hay un segundo nivel de protección que es la curatela y un tercer nivel, la tutela, como se ordena en el art. 440 del Code Civil, y sólo debe acudir a la curatela si la protección de justicia no fuera suficiente y sólo a la tutela si la curatela no asegurase la protección debida⁴³.

La normativa francesa (art. 477 y 477-1 Code Civil) completa este desarrollo de protección con otras “herramientas” jurídicas y también prevé el mandato o poder de protección futura y otras formas de mandato o apoderamiento notarial (art. 489 á 491 C. Civil), soluciones muy similares a las de nuestra legislación.

42 «*Le juge peut placer sous sauvegarde de justice la personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, a besoin d’une protection juridique temporaire ou d’être représentée pour l’accomplissement de certains actes déterminés.*

Cette mesure peut aussi être prononcée par le juge, saisi d’une procédure de curatelle ou de tutelle, pour la durée de l’instance.

Par dérogation à l’article 432, le juge peut, en cas d’urgence, statuer sans avoir procédé à l’audition de la personne. En ce cas, il entend celle-ci dans les meilleurs délais, sauf si, sur avis médical, son audition est de nature à porter préjudice à sa santé ou si elle est hors d’état d’exprimer sa volonté.» Traducción del autor: «El juez puede poner bajo protección de justicia a la persona que, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, necesita una protección jurídica temporal o de estar representada para la realización de algunos actos determinados. Esta medida también puede ser adoptada por el juez, presentado un procedimiento de curatela o tutela, durante la duración de la instancia. No obstante lo dispuesto en el artículo 432, el juez puede, en caso de urgencia, resolver sin haber procedido a la audiencia de la persona. En este caso, el ha de oír a ésta cuanto antes, salvo si, por dictamen médico, su audiencia puede perjudicar a su salud o si no es capaz de expresar su voluntad.”

43 (Art. 440) «*La personne qui, sans être hors d’état d’agir elle-même, a besoin, pour l’une des causes prévues à l’article 425, d’être assistée ou contrôlée d’une manière continue dans les actes importants de la vie civile peut être placée en curatelle. La curatelle n’est prononcée que s’il est établi que la sauvegarde de justice ne peut assurer une protection suffisante.*

La personne qui, pour l’une des causes prévues à l’article 425, doit être représentée d’une manière continue dans les actes de la vie civile, peut être placée en tutelle.

La tutelle n’est prononcée que s’il est établi que ni la sauvegarde de justice, ni la curatelle ne peuvent assurer une protection suffisante.» Traducción del autor: «La persona que, valiéndose de sí misma, necesita por alguna de las causas previstas en el artículo 425, ser asistida o controlada de una manera continua para los actos importantes de la vida civil, puede ser puesta bajo curatela. Sólo hay que decidir la curatela si se establece que la salvaguardia de justicia no puede garantizar una protección suficiente. La persona que, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, deba ser representada de una manera continua en los actos de la vida civil, puede ser puesta bajo tutela. Sólo hay que decidir la tutela si se establece que ni la protección de justicia, ni la curatela pueden garantizar una protección suficiente”.

C) El Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB).

Las reformas impulsadas entre 1992 y 1998 en la legislación alemana, en su código civil (BGB), sobre capacidad de las personas y su protección supuso la supresión de la tutela (Vormundschaft) y la curatela (Pflegschaft) para los mayores de edad, quedando reservada para los menores de edad (-18 años).

Para los mayores de edad se estableció una Asistencia Jurídica (Rechtliche Betreuung), con ello desde 1992 el sistema legal alemán evita las incapacitaciones de los mayores que van perdiendo sus capacidades, como sería el caso de los enfermos de Alzheimer, y también las tutelas y curatelas para ellos. Esto quedó regulado en el parágrafo § 1896 (1 y 2) del BGB cuando establece: *“Si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o de una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. La petición puede realizar la también un incapaz de obrar. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal sólo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad*

Contra la libre voluntad del mayor de edad no puede ser nombrado un asistente legal.

El asistente sólo será nombrado para un ámbito de las funciones imprescindibles...”⁴⁴

El asistente legal alemán para mayores discapacitados suele ser una persona física, aunque podría serlo también un trabajador de un centro reconocido; en todo caso si ese mayor con discapacidad propone verbalmente o por escrito a una concreta persona como asistente legal, se debe atender la propuesta, siempre que no resulte contraria a sus intereses. Finalmente para la designación de asistente el BGB ordena que se tengan en cuenta las relaciones de parentesco y demás personales del mayor discapacitado⁴⁵.

El cargo de asistente legal ha de aceptarse en el Juzgado tutelar y el BGB prevé también que puedan nombrar varios asistentes legales si los asuntos del mayor discapacitado así lo aconsejan. Por último, el asistente se convierte en representant legal del mayor discapacitado ante los tribunales y fuera de ellos, como ordena el parágrafo § 1902 BGB: *“Representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él”*. Esta función de asistente profesional es retribuida y puede decirse que en Alemania el “Betreuer” (el asistente legal de mayores) se ha constituido en una suerte de nueva profesión; en los últimos años el Berufsbetreuer (asistente profesional pagado) estaba entorno al 33% de las designaciones de asistente, que

⁴⁴ La traducción que se ofrece de estas normas del BGB alemán, por su dificultad terminológica, está compuesta por partes de las dos versiones en español más utilizadas, como son la de EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Código Civil alemán comentado*. BGB, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 529 y ss., y la de LAMARCA MARQUÉS, Albert, *Código Civil alemán. Bürgerliches Gesetzbuch*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 435 y ss.

⁴⁵ El nombramiento del asistente legal está regulado en el parágrafo § 1897 del BGB, que detalla incluso reglas sobre quienes no pueden ser nombrados asistentes legales. La propuesta en escrito separado está reguladas en el parágrafo § 1901a del BGB.

han sido en Alemania de 1,3 millones de casos. Es cierto que en España los vínculos familiares son todavía más fuertes que en los países anglosajones o nórdicos, pero parece la que evolución va a ir en esa línea en las próximas décadas.

El sistema alemán dispone de un instrumento de seguridad, al no estar declarados incapaces los discapacitados severos y sólo tener de un asistente legal. Para determinadas disposiciones, incluso dentro de las atribuciones del asistente, el tribunal tutelar establecer una “*reserva de conformidad*” (*Einwilligungsvorbehalt*)⁴⁶; esto es especialmente útil en los casos en que la falta de capacidad para ese concreto negocio no es manifiesta.

La normativa alemana ha desjudicializado una parte importante de los problemas de falta de capacidad, reservando los tribunales tutelares a funciones resolutorias y de nombramiento y control de los asistentes legales. Antes de la reforma, que entró en vigor 1992, Alemania tenía un proceso de incapacitación y preveía tutela y curatela para los mayores discapacitados, por lo que esta nueva solución ha sido, sin duda, un avance y más aún a la luz de la Convención de Nueva York cuyas bases ideológico-normativas no casan demasiado bien con la idea de la persona como un *incapacitatus*, es decir, de una persona que habrá de ser casi seguro incapacitado por su evolución natural en la vejez.

5. La incapacitación: el proceso judicial y su problemática.

Tanto la Convención de Nueva York como nuestra propia legislación sobre discapacidad abonan la idea de una serie modificaciones del proceso judicial sobre la capacidad, que después denominamos de incapacitación, cuando ese término no obedece sino a los casos de pérdida completa de autogobierno para la vida cotidiana. Los términos no son neutrales y no pocos autores patrocinan otras denominaciones⁴⁷, como *proceso de determinación de la capacidad*, forma que permite la graduación de la discapacidad en cada caso y tiempo.

De otro lado y desde hace no menos de un década se ha venido cuestionando⁴⁸ el proceso de incapacitación de nuestro sistema legal como el instrumento idóneo para abordar las actuales situaciones de discapacidad a la luz de las normas internacionales suscritas por España y el análisis de otras formas judiciales de resolver o encauzar el problema.

46 Esto se regula en el BGB en su parágrafo § 1903 y es bastante utilizado en la práctica por los asistentes legales, para conseguir la conformidad del tribunal. He consultado telemáticamente las estadísticas del *Bundesamt für Justiz* las “reservas de conformidad” en 2010 fueron 14.860, en 2011, 14.207 y en el pasado 2015, 12.429 (*Betreuungszahlen 2015*).

47 Así lo presenta LAFUENTE TORRALBA, Alberto José, «Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* 10, diciembre 2012, págs. 123-143, en concreto pág. 125.

48 Desde asociaciones como Confederación Española de Asociaciones de familiares de personas con Alzheimer y estudiosos juristas y médicos han criticado el mantenimiento de este proceso especial de incapacitación y han puesto de relieve la necesidad de adecuar el proceso español en la línea de otros países de nuestro entorno (Alemania, Francia e Italia, por ejemplo). Es interesante el panorama que presenta el Forense ESBEC RODRÍGUEZ, Enrique, «Un nuevo modelo de modificación y delimitación de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad» en *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 12, 2012, pp.121-147, en concreto pp. 122-124 y en cuanto a propuestas a tener en cuenta pp. 129-140, consulta en acceso informático a través de la pagina web: <http://www.masterforense.com>

Con seguridad el legislador ha pensado el proceso de incapacitación y su conclusión, aprobándola como algo positivo para el incapaz y para el conjunto de la sociedad, sin embargo esto no se cumple realmente en muchas ocasiones por diversas razones:

*Interposición del proceso: normalmente es un proceso que llega muy tarde, cuando la situación de *incapacitatus* es límite. En el caso del alzhéimer cuando el enfermo ya no se expresa con claridad ni coherencia y su deterioro intelectual es severo o completo.

*El enfermo ha tenido durante años una situación relativamente estable, aunque degenerativa poco a poco en la mayoría de los casos, y la declaración de incapacidad ya no es realmente útil para el enfermo, ya que alguien ha actuado como curador o tutor de hecho, y el proceso sólo se plantea para resolver alguna cuestión patrimonial o de dinero invertido o inmovilizado del discapacitado.

*La duración del proceso: por su mismo diseño procedimental o trámites y sus cautelas, que son comprensibles aunque muchas innecesarias en la mayoría de los casos y por lo tardío de su inicio, hace que en un porcentaje relevante de casos los enfermos avancen en la gravedad de su proceso degenerativo o fallezcan durante su tramitación.

*Si un enfermo de alzhéimer por sí o su familia ha proveído un sistema de asistencia personal en su casa o en una residencia y hay suficiencia económica (vía domiciliación bancaria u otra solución sencilla) ¿hasta qué punto no ha resuelto ya su autogobierno?

*El problema de la autodemanda, del reconocimiento de legitimación al *incapacitatus* del art. 757.1 LEC para plantear la demanda⁴⁹ de su propia falta de capacidad. La solución legislativa ha sido bastante debatido por la doctrina⁵⁰, ya que trastoca principios básicos de la litigación al constituir un paradoja procesal, pues no parece correcto que al mismo tiempo se tenga la condición de promotor (demandante) de una incapacidad y de receptor (demandado) de una limitación o exclusión de la capacidad. En otros sistemas legales está perfectamente previsto que el enfermo (presunto incapaz) promueva un sistema de protección pero no se trata en principio de una incapacitación, sino de un sistema de protección sin incapacitación legal y sin proceso contradictorio con intervención del Ministerio Fiscal.

*La necesidad de nuevo informe por el médico forense a pesar de la existencia en la práctica totalidad de los casos, de información de Sistema Nacional de Salud y de los institutos de asistencia social, incluso con graduación de la

49 Esta novedad legislativa fue incluida en el Art. 757.1 LEC por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad

50 Aunque esta posibilidad está presente en otras legislaciones, como se ha expuesto, había sido solicitada por diversos estudiosos (Lacruz, Rivero Hernández, etc) incluso fue objeto de una enmienda parlamentaria en el debate de la ley 13/1983, lo cierto es que la solución es procesalmente poco técnica porque desdibuja la posición de demandante y demandado, como ha criticado Gimeno Sendra. Sobre este asunto y problemática puede verse una clara exposición de CERRADA MORENO, Manuel, *Incapacidad y Procesos sobre Capacidad de las personas*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 99-102 y nota 91.

discapacidad, supone un obstáculo y trámite que puede dificultar la pronta solución del caso.

6. De lege referenda: ¿qué puede hacerse desde la Ley Aragonesa?

Proponer innovaciones o líneas para novedades legislativas tiene siempre un alto riesgo pero es necesario, si queremos avanzar en la línea de los tiempos de este siglo XXI.

*Posible establecimiento de una “*autoridad familiar*” especial a favor del cónyuge para la ordinaria administración de la vida e intereses del *incapacitatus*, es decir, una suerte de curatela legal a favor del cónyuge, salvo expresa voluntad del *incapacitatus*, designación de un futuro tutor o otorgamiento de un mandato permanente.

*Profundización en la especie de analogía⁵¹ que establece el art. 39 del CDFa entre el incapacitado y el menor de 14 años y al sometido a curatela al menor, mayor de 14 años.

*Reforzamiento competencia de la Junta de Parientes para la designación de un familiar muy próximo (p. ej. hermano) o persona idónea para el ejercicio de esa “*autoridad familiar*” o curatela legal, no en proceso judicial contradictorio

*Reforzamiento de los sistemas de control de tutores y curadores o guardadores de hecho sobre actos de administración y disposición del patrimonio del *incapacitatus*. A nadie se le oculta que hay personas desahogadas que caen en la tentación de abusar de los más discapacitados, reforzar ese control a través de instituciones tutelares, no judiciales en principio, evitaría abusos y delitos, que desgraciadamente se producen.

Los abogados hemos de contribuir a la evolución de los sistema legales de protección de los enfermos de alzhéimer, no sólo como firmantes de demandas de incapacitación, que deberían ser los menos casos, sino también como instrumentos de advertencia y preparación legal de otras soluciones no judiciales y vengan a proteger al enfermo y le eviten en muchos casos el penoso asunto de ser su capacidad de obrar objeto de justicia. Hay más soluciones que incapacitar y esa debería ser la última y la evolución de la doctrina a partir de la convención de Nueva York no se dirige a incapacitar sino a asistir y preservar al enfermo.

El mal de Alzheimer está vinculado en la inmensa mayor parte de los casos a la vejez, pero la pérdida de algunas capacidades no pueden llevarnos a soluciones maximalistas sino a hacer que nuestro mayores puedan desenvolverse de la forma más autónoma posible y como en el año 44 A.C. vino a decir Cicerón cuando hablaba de su vejez y de la que, ojalá, fuera la de todos nosotros y podemos llegar a ancianos pero no por eso dejamos de ser personas y podemos ansiar el mantener nuestra dignidad:

⁵¹ CDFa: “Artículo 39. *Capacidad del incapacitado.* A salvo lo previsto en la sentencia de incapacitación o en la ley para casos concretos, se aplicarán, con las necesarias adaptaciones, al incapacitado menor de edad, así como al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar, las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya.”

“Ita enim Senectus honesta est, si se ipsa defendit, si ius suum retinet, si nemini emancipata est, si usque ad ultimum spiritum dominatur in suos.

Ut enim adulescentem, in quo est senile aliquid sic senem, in quo est adulescentis, probo, quod qui sequitur corpore senex, esse poterit, animo nunquam erit.”⁵²

Marco Tulio Cicerón, De Senectute XI. 38.

⁵² **Traducción del autor:** “Así pues, la vejez es honorable, si se vale por sí misma, si conserva su derecho, si es independiente y si hasta el último aliento controla sus cosas. Aprecio que el joven en algo sea mayor y del mismo modo que el mayor en algo sea joven, el que esto siga podrá ser viejo de cuerpo pero nunca de espíritu”.

EL DERECHO FORAL ARAGONÉS ANTE EL ALZHEIMER

D. FRANCISCO JAVIER HERNÁIZ CORRALES
Notario

Buenas tardes a todos a todos y muchísimas gracias por permitirme participar en este Foro.

He dividido mi exposición, que deseo breve, en dos partes diferenciadas:

Una primera, muy pegada a la realidad, pretende ser una reflexión más personal que jurídica sobre la respuesta que un profesional del derecho, en este caso un notario, puede ofrecer desde su despacho a un enfermo de Alzheimer.

En una segunda, haremos un recorrido puntual, muy puntual, sobre los instrumentos con que la ley permite dotarse a los particulares para guarda de su persona y bienes en previsión de su posible incapacidad.

Posiblemente nada de lo que aquí exponga será novedoso y original, sino más bien un intento de compartir dudas y experiencias con un espíritu de aprendizaje y mejora.

Vamos allá.

Una vez que tenemos una visión general de la enfermedad y del panorama jurídico en que se desenvuelve, cabría una aproximación más concreta, más cercana, buscándola en su manifestación cotidiana en nuestros despachos.

Como bien hemos oído, nuestro ordenamiento jurídico no da un tratamiento especial al enfermo de Alzheimer, y no podía ser de otra forma. Implícitamente lo cataloga como una persona “con deficiencias persistentes de carácter psíquico” que le impiden gobernarse por si misma. La misma causa que servirá para incapacitar a otros enfermos psíquicos pero de características o etiología diferentes. Por esta razón las soluciones, los instrumentos jurídicos que nuestro ordenamiento dispone para atender las necesidades, personales y materiales de estos

enfermos no difieren de las dispuestas para alguien que padezca demencia senil, esquizofrenia u otro tipo de deficiencia psíquica.

Por tanto, si hemos de buscar un perfil específico de la respuesta del ordenamiento jurídico ante el Alzheimer, habremos de recurrir a las singularidades que la enfermedad presenta y que ya ha esbozado Armando previamente. De ellas tomaremos tan solo el hecho de que los primeros síntomas suelen aparecer, según la estadística más solvente, cuando la persona ha cumplido sobradamente los sesenta años y suele cursar con más o menos celeridad, pero de una forma progresiva e interrumpida.

Pues bien, esta simple apreciación ya nos concreta y enmarca el cuadro de actuación y los posibles instrumentos jurídicos a utilizar. Quiero decir con esto que una persona cuando rebasa los sesenta años, es más que posible que haya cumplido sobradamente buena parte de sus expectativas vitales y por ende haya usado su capacidad de obrar en los aspectos y negocios de más relevancia. Así, entiendo que habrá formado una familia ejerciendo las atribuciones propias de la relación conyugal, y de la autoridad familiar en la crianza de sus hijos; habrá desarrollado una actividad profesional, muy posiblemente habrá concretado adquisiciones de bienes inmuebles obligándose en préstamos con o sin garantía; tal vez haya heredado y quizás también haya dispuesto de sus bienes a través de un testamento. Es decir, buena parte de los actos jurídicos que puede llevar a una persona hasta nuestro despacho profesional, el enfermo de Alzheimer tal vez los tenga cumplidos en buena medida. Esto acota pues la asistencia jurídica que deba recibir, aparte de la propia de su discapacidad y que en lo personal le prestará posiblemente su familia.

Dicho lo anterior y siguiendo a grandes trazos el modo en que cursa esta enfermedad, ya hemos oído que su desarrollo es más o menos lento en sus inicios pero inexorable hasta su final; operando, obvio es, en cada caso según la naturaleza y características del enfermo. Pero es lo cierto, y en ello quiero fijar la atención, que desde su aparición hasta la fase más aguda, existe un intervalo donde el enfermo se desenvuelve en una zona gris con intervalos de claridad y fases de penumbra. Es esta zona intermedia, con la enfermedad ya declarada o al menos sospechada, a la que quiero referirme. Si la enfermedad ha madurado y esta en su fase aguda la solución jurídica es instar la incapacitación y dotar al enfermo de los instrumentos que complementan su discapacidad, léase la tutela, curatela etc... O bien se habrán activado los instrumentos de que el propio enfermo, ante lo previsible de su incapacidad, se haya dotado, léase poderes preventivos, auto designación de tutor, patrimonios protegidos etc; a los cuales posteriormente me referiré. Pero insisto, mi atención en este punto se centra en la fase inicial, y ello porque es en la que puede plantear más dudas o incertidumbre a los profesionales del derecho a la hora de actuar.

¿En cuantas ocasiones no nos hemos encontrado al inicio o en el curso de nuestra actuación con que uno de los otorgantes presenta signos de esta discapacidad? Circunstancia que enseguida la familia acompañante intenta suavizar

advirtiéndonos que “a veces no se acuerda de las cosas o las confunde, pero en general está bien y puede firmar sin problema”.

Dejemos la exposición en este punto, habiendo fijado el foco de atención en una persona que padece la enfermedad de Alzheimer en fase incipiente o media y que tal vez requiera de nuestra intervención profesional de forma ocasional o incidental.

Quisiera ahora llamar la atención en un tercer aspecto para cerrar el contorno de mi visión respecto de la actuación de un profesional del derecho ante el enfermo de Alzheimer. Me refiero al esfuerzo ímprobo que la sociedad occidental ha realizado para integrar a los discapacitados. Es una evidencia que las personas con discapacidad en los últimos cincuenta años han recibido la justa atención por parte del ordenamiento jurídico que en años anteriores les fue negada. Un conjunto de normas de diferente objeto han ido procurando la integración de estas personas en todos los ámbitos: el escolar y académico, el laboral, el social, el deportivo etc... A través del desarrollo normativo se ha cambiado en muchos casos la realidad para dar cabida a las personas discapacitadas, en un afán de integrarlas y engancharlas a la realidad; en suma, y en frase celebrada, “de hacerlos visibles”.

Un hito en este punto fue la aprobación por parte de la ONU de la **Convención Internacional de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el año 2006**. En el ámbito comunitario, esta Convención pasa a formar parte del Cuerpo Legislativo de la Unión en Enero del 2011.

En España, pues, este tratado una vez ratificado y publicado oficialmente forma parte del ordenamiento interno y sus normas y contenidos son de aplicación directa, con un doble efecto, uno “interpretativo” de modo que los profesionales del derecho deben orientar su visión de las normas conforme a la Convención; y por otro lado tiene un efecto “modificativo” de la normativa interna del país.

Y cual es la idea fundamental sobre la que pivota esta Convención? Pues el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida (Art. 12,2) Y correlato de lo anterior: “...los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad” (Art. 12,3) En las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de Seguimiento de la Convención resplandece la idea de que estos apoyos deben siempre respetar “los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”.

En suma, reproduciendo la opinión de Almudena Castro-Girona Martínez: “Tenemos que reconocer que estamos en presencia de una disposición de vanguardia que impone obligaciones a los Estados, que en su mayoría, deberán reformar la legislación doméstica sobre la capacidad jurídica, reformas en las que el tradicional modelo basado en la **sustitución** de la persona, debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas que recoge la Convención y que aboga por un sistema de **apoyo**”.

Un último matiz, y no pequeño, en esta parte. Todo este esfuerzo normativo tiene el propósito de “integrar” al discapacitado, pensando fundamentalmente en aquellos que lo son desde edad temprana. En el caso del enfermo de Alzheimer el supuesto es el contrario, se trata de una persona plenamente integrada cuando le sorprende la enfermedad, y de lo que se trataría es de evitar su “desconexión” de una sociedad que hasta esa hora le ha acogido y en la que ha sido sujeto activo.

Concluyendo esta introducción inicial, y a la vista de lo expuesto, quisiera desarrollar mi intervención en un doble sentido:

A. Como se puede ralentizar o evitar una automática desconexión del enfermo aquejado de Alzheimer con los instrumentos legales vigentes. **(Recuerdo que contemplo en este planteamiento al enfermo en fase incipiente o no aguda, que precisa de forma ocasional los servicios de un profesional del derecho).**

B. Cuales son los instrumentos jurídicos que fundados en la propia voluntad de enfermo le son de apoyo en la fase en que su discapacidad es permanente

Sobre ambas materias, y con poco animo innovador, sino más bien como una invitación a la reflexión, paso a extenderme seguidamente.

Siendo congruente con la filosofía emanada de la Convención de la ONU del 2006, que invoca criterios de estricta igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica, que se orientan por **apoyar** al discapaz evitando en lo posible su **sustitución** a la hora de decidir, todo ello en pos de una **integración** lo mas normal posible del mismo en su medio, todo esto digo, aplicado al enfermo de Alzheimer que como ya dije se trata de una persona integrada, debe concluir **en el apoyo que se le preste para no verse expulsado de un ámbito social que hasta hace bien poco le era propio**. Ello se consigue, desde mi punto de vista por dos vías, de contenido fundamentalmente deontológico, a saber.

1º.- Mediante **una indagación exhaustiva del autentico grado de capacidad del sujeto**. Esto no significa que proponga actuaciones temerarias otorgando nivel de capacidad a quien no lo tiene. Simplemente planteo la necesidad de no ceder de inmediato a la tentación primera de derivarlo a la incapacitación judicial; quitándonos el problema de encima.

Hoy día la simple pronunciación de la palabra: “Alzheimer”, obra, por lo general, los mismos efectos que el aspecto o apariencia física de otros discapaces, los enfermos de síndrome de Down, generaban hace tiempo. Esto es, les hacer parecer carentes del entendimiento o las habilidades que tal vez posean. A la postre produce, en palabras de Carlos Marin Calero, una “incapacitación preventiva y apriorística”; en todo caso injusta.

En el fondo no es otra cosa que aplicar el Art. 34 del Código de Derecho Foral (en adelante CDFFA), donde la capacidad “se presume siempre” en las personas que no han sido incapacitadas.

Por lo tanto se impone un esfuerzo de comprensión, que es seguro que se hace, aunque no estorba invocarlo de nuevo, para rescatar entre los jirones de una conciencia en descomposición, la del enfermo, los restos suficientes para hilvanar un soporte mínimo de capacidad para actuar. Recordemos que cada vez mas nuestro

ordenamiento huye de la exigencia de capacidad plena de obrar, conformándose con la “capacidad suficiente”.

Ello seguro que exigirá una actuación paciente del profesional, preferentemente el Notario, en sucesivas entrevistas quizás, hasta detectar o no la suficiencia de capacidad del enfermo que tiene ante si.

El artículo 167 de Reglamento Notarial atribuye al Notario, y a su solo criterio, la apreciación del juicio del otorgante, por más que para actuaciones concretas pueda requerir la presencia de facultativos. Pues bien, ante esa prerrogativa debe responderse, como seguro que se hace por la inmensa mayoría, con la asunción del esfuerzo de “exprimir” hasta lo posible la capacidad del enfermo, prestándole la oportunidad de poder seguir decidiendo sobre su vida o patrimonio, sin que otros lo hagan por él anticipadamente. Y aun a riesgo de futuras e incómodas impugnaciones.

2º.- Si la anterior vía llamaba a una indagación en la persona que actúa, esta otra que propongo nos lleva a bucear en nuestro ordenamiento legal, utilizando instrumentos de que antes no hemos usado o dotándolos de una interpretación y alcance nuevos, a la luz de “la realidad social del momento”, que invoca desde siempre el artículo 3 del Código Civil.

Y en este punto quiero sacar a colación dos artículos del CDEFA, a los que personalmente nunca he atendido, y que sin embargo considero útiles para el supuesto que vengo planteando; **repito, la actuación de un enfermo de Alzheimer en fase incipiente, que no ha sido incapacitado, o de cuyo proceso de incapacitación se huye, y solo para un caso puntual.**

El primero es el artículo 230-d) del CDEFA que legitima a cada uno de los cónyuges “para realizar por si solo sobre los bienes que integran el patrimonio común: actos de disposición necesarios para satisfacer las atenciones señaladas en la letra a) del apartado 1 del artículo 218. Para justificar la necesidad del acto, será suficiente la declaración en ese sentido de la Junta de Parientes del otro cónyuge”.

Es evidente que el precepto se refiere a actos de disposición a título oneroso: e incluso actos de gravamen. Que comprende todo tipo de bienes, de naturaleza mueble o inmueble... Y que viene enmarcado por una “necesidad” de obtener liquidez para atender unos pagos o gastos, los del artículo 218 1 a). Esta necesidad, que bien puede interpretarse por “urgencia”, se justifica con la mera “declaración de la Junta de Parientes del otro cónyuge”. No se piden razonamientos motivados, o acreditación mas profunda. La mera declaración de Junta opera efectos sanatorios, abundando en la legitimación del cónyuge que actúa en solitario.

Acaso no hemos tenido en nuestro despachos situaciones en las que un matrimonio necesita vender un inmueble para atender a los gastos de subsistencia, p.e. el pago de la residencia donde viven, y uno de los miembros del matrimonio ya presenta signos evidentes de la enfermedad que comentamos, y donde la incapacitación se desecha por odiosa o por lo urgente del caso?

La tentación de usar inmoderadamente este precepto la frustra su propia regulación: debe servir para atenciones concretas, las del artículo 218 y lo debe supervisar en todo caso la Junta de Parientes del otro cónyuge.

El otro artículo al que quiero referirme, y siempre dentro de una esfera de actuaciones que pienso es la más usual en nuestros despachos, es el Art. 240 del CDFA, que dice: "El cónyuge cuyo consorte se encuentre imposibilitado para la gestión del patrimonio común, podrá solicitar del Juez que se la confiera a él solo. El Juez podrá acceder a lo solicitado y señalar límites o cautelas a la gestión concedida, según las circunstancias".

En este precepto, al contrario que el anterior donde primaba la necesidad, el foco se pone en la situación de "imposibilidad" de uno de los cónyuges. No nos dice que tipo de imposibilidad, luego hemos de entenderla en sentido amplio, que abarque varios supuestos, dado que a uno de ellos, la ausencia, ya se refiere el artículo 47, que se remite a este otro. Luego puede ser que esa imposibilidad la genere un viaje, una reclusión, una enfermedad de cualquier índole etc.

Lo relevante de este artículo es que sin mediar la incapacitación el Juez puede asignar la gestión del patrimonio común al otro cónyuge. Se evita un procedimiento contradictorio, más largo y engorroso, soslayando de paso lo que de degradante pueda tener la incapacitación. Incluso, si el Juez accede, podrá al tiempo señalar los "límites y cautelas a la gestión concedida" ¿Quiere esto decir que el Juez puede liberar los actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles de su preceptiva autorización o la de la Junta de Pariente como prevé el 242 para supuestos similares pero ya con el cónyuge incapacitado? En opinión del profesor Delgado Echevarría este podría ser el verdadero significado del mismo, si bien deja al prudente arbitrio del Juez el señalamiento de estos límites.

Basten estos dos artículos, aunque haya algún otro, para ilustrar el propósito de estas líneas, reitero, aprovechar en lo posible la situación personal del enfermo no incapacitado que necesita "actuar", dotando de una interpretación actual aquellos preceptos que eviten o aplacen al menos su previsible incapacitación, aceptando de este modo una voluntad y entendimiento tal vez aún suficientes y evitándole a él y a la familia ese doloroso trámite.

* * *

En esta segunda parte de la exposición haremos un recorrido, somero en aras de la brevedad, por el catálogo de instrumentos jurídicos que el CDF, en paralelo con otros ordenamientos del nuestro país, pone en concurso a fin de apoyar o suplir la discapacidad en el ámbito jurídico.

Se trata de una aproximación al contenido y utilidad de los mismos, más que de su estudio jurídico-técnico, del cual ya se han ocupado en este lugar voces más autorizadas, y de cuyos trabajos el presente en algo será tributario. Comencemos.

LA AUTOTUTELA.

Antes de que esta figura tuviera plasmación práctica en nuestro ordenamiento jurídico, el general del Código Civil y el Derecho Foral en los diferentes territorios donde lo hay, ya había una inquietud en los profesionales del derecho que en base al principio de autonomía de la voluntad, en Aragón el *standum est chartae*, alumbraba lo que en términos doctrinales se denominaba “escrituras de previsión de la propia tutela”. Emilio Duran ya cifraba en un par de docenas las detectadas en el 2004.

Estas iniciativas, sigue el autor, tenían su substrato en una serie de fundamentos:

- Uno de orden “moral”: el derecho a la vida y como sobrellevarla en las mejores condiciones.

- Otro de orden personal, basado en la “autodeterminación del afectado”. Dice Fernandez Prida: “nadie mejor que uno mismo sabe lo que le conviene; no hay razón que justifique la interferencia del Estado tratando de defenderme de mi mismo”.

- Los fundamentos de orden jurídico, tales como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y otros, encontraban cabida en nuestra Constitución.

Todo lo anterior ponía de manifiesto un hecho, que en opinión de M. A. Martínez García es “que la regulación histórica de las instituciones de protección de los incapaces se articuló a través de una figura única, “la tutela”, la cual de facto no ha resultado efectiva, ni en su versión de tutela familiar (hoy el paso de una familia de amplia base a un modelo casi monoparental, la dispersión de sus miembros, etc. la dificultan aún más), ni en su versión de tutela de autoridad (por su lentitud, rigidez y poca precisión a la hora de graduar la discapacidad, etc.).”

Amen de esto, junto a los antiguos prototipos de incapaces, el menor y el demente, hoy día los ancianos se presentan como un tercer segmento de personas dignas de protección. Todo ello propicia una corriente de opinión donde se abre camino la idea de dotar a la iniciativa privada, la del propio sujeto en perspectiva de ver reducida su capacidad, de mayor protagonismo. Algo en sintonía con lo que se plasmó en la Convención de la ONU del 2006 ya comentada.

¿Qué es la autotutela? En palabras llanas es el modo de delación voluntaria de la tutela. No obstante, tomando la opinión de Tomás García Cano, debemos ampliar el foco de su visión y considerarla como **“la facultad que se reconoce a una persona capaz para que en previsión de su futura incapacitación configure el régimen tutelar que considere oportuno, con respeto a los límites legales”**.

Este es el concepto que se desprende de su regulación en el Art. 108 del CDFA donde se faculta al otorgante para: **“[...] designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar las causas de inhabilidad así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos...”**

Vemos pues que tiene por objeto, de inicio, el designar a las personas que han de ejercer la función tutelar, o bien, de excluir a quien no deseemos que lo hagan, y todo ello presidido por el principio *standum est chartae*.

Elementos personales.

El otorgante.

Cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente.

El CDFa se ha expresado con gran determinación. Se orillan las dudas sobre la posibilidad de su otorgamiento por el menor emancipado, el mayor de catorce años etc. Tal vez atendiendo a la amplia gama de facultades de que se puede investir al tutor, se optó por la mayoría de edad como requisito de validez para el otorgamiento.

Con capacidad de obrar suficiente; lo que siempre se presumirá a tenor de Art. 34 del propio CDFa. En tal sentido la SAP de Zaragoza 8/4/2010 para una escritura de autotutela salva la otorgada por una persona diagnosticada de Alzheimer en fase moderada, fiada en la intervención del Notario

Varias personas pueden designar un mismo tutor en el mismo documento. No parece que haya problema. Es más, se cohonesta perfectamente con instrumentos tales como el testamento mancomunado en Aragón; preservando siempre la libertad de revocación.

¿Cabe la institución recíproca? Por supuesto. Operando en caso de revocación unilateral los mismos criterios de notificación, por analogía, que para el testamento mancomunado.

El tutor designado.

Podrá serlo una persona física, o dos, en Aragón (Art 112 y 134 CDFa); mayores de edad, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no incurso en inhabilidad (Art. 123 CDFa).

Puede serlo una persona jurídica, sin ánimo de lucro y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapacitados. (Art. 124 CDFa).

No parece que haya inconveniente en que lo sea una persona jurídica eclesiástica (Art. 5 Acuerdos entre la Santa Sede y Estado Español de 1979).

¿Se puede designar tutor o sustituto por medio de apoderado? Hoy día, con la facultad de otorgar poderes que subsisten luego de la incapacidad o incapacitación del poderdante, parece haber desaparecido la causa que dificultaba la designación por parte del apoderado, invocando la revocación por incapacidad. No obstante persisten las reticencias doctrinales en base al carácter personalísimo de la designación.

En Aragón, aunque el Art 108 no lo consagra expresamente, debe entenderse admitida esta posibilidad en base las amplias prerrogativas que otorga el *stadum est chartae*; además, el Art. 114 parece admitirlo expresamente, por cuanto disponen que vincularan al Juez...” Las designaciones... incluidas en su caso la elección efectuada por la Junta de Parientes”

Elementos formales.

El CDFA es igualmente concluyente en este aspecto. Se exige la escritura pública notarial. Ni documento privado ni otros documentos públicos que no sea la escritura pública. Ello va a permitir la presencia del Notario que garantiza la apreciación de la capacidad, dotará al otorgante de la información adecuada y se encargará de publicitar el documento como luego veremos.

Contenido.

El Art. 108 es sumamente minucioso en el desarrollo del contenido de la escritura de designación de tutor. Así, puede designar al tutor y al sustituto, puede excluir a determinadas personas, dispensar causas de inhabilidad, adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona y bienes; podrá, por fin, designar órganos de fiscalización y a las personas que hayan de integrarlos.

Parece que el otorgante goza de la más amplia libertad para ordenar su persona y bienes en caso de incurrir en discapacidad. La pregunta es, ¿puede orillar las medidas de control que la ley establece para el tutor legal? ¿Puede suplirlos por sus propios controles, puesto que la ley le habilita para su designación?

Realmente la solución no es fácil. Entiendo con Tomas García Cano que **“en ningún caso el interesado puede limitar la facultad de la autoridad de recabar informes de la situación de la persona o patrimonio del incapacitado, ni suprimir la autorización judicial para casos que afecten al mismo, como el internamiento, ni eliminar la rendición de cuentas o eximir de responsabilidad al tutor”**. En suma, habrá que estudiar pulcramente los términos de la designación y ser flexibles en aquellas libertades que se tome el interesado y que afecten a su patrimonio; siendo más rigurosos en las disposiciones ordenadas para su persona, para las cuales el control de Juez y la vigilancia del Ministerio fiscal primarán.

Publicidad.

El notario, de oficio, remitirá copia al Registro Civil, para su constancia en la inscripción de nacimiento.

Eficacia.

Decretada la incapacitación, el Juez habrá de tener en cuenta la designación establecida por el interesado, la cual le vinculará.

Solo mediante **resolución motivada**, considerando la **“alteración sustancial de las circunstancias”**, podrá sustraerse a lo dispuesto por el interesado (Art. 114.1 del CDFA)

Los términos son tan concluyentes que apenas suscitan comentarios.

EL APODERAMIENTO PREVENTIVO

También conocido como “mandato de autoprotección” o “poder de previsión”. En todas sus acepciones concluye por ser una delegación de facultades

en favor de otra persona que no se extingue aunque quien lo otorga devenga incapaz o incapacitado.

En el CDFA viene consagrado en el Art. 109, dentro del Título III, relativo a las relaciones tutelares, lo que ayuda a complementar su interpretación.

Para un sector importante de la doctrina esta figura es exponente del esfuerzo del legislador por sustituir instrumentos como la tutela y la curatela, por otros más flexibles y acomodados a la realidad; primando en ellos la voluntad del beneficiario último, el futuro incapaz, en un intento de permitirle ordenar su realidad personal y patrimonial. Se articula pues como una institución cuasi-tutelar fundada en la autonomía de la voluntad y cuya complementación debe buscarse en las normas relativas a la tutela.

Clases:

- Poderes con cláusula de continuidad. Sus efectos nacen desde el otorgamiento; por tanto el apoderado no ha de acreditar ni mencionar el estado de capacidad del poderdante. Son la mayoría.

- Poder preventivo propiamente dicho o “ad cautelan”. Quedan sujetos a la condición de la pérdida de capacidad del poderdante. Habrá, pues, que determinar el modo de acreditar la pérdida de aquella. Se han articulado diferentes métodos: el dictamen de un facultativo, o del propio apoderado, o por quien designe el poderdante, o incluso por el propio notario autorizante u otro cualquiera.

¿Y si nada se ha dispuesto? En tal caso sería preciso que el Juez decrete la incapacidad, sin que esto reste facultades al apoderado ni prejuzgue la validez y eficacia del poder.

- Poder general y poder específico. En realidad solo el poder general se coherente bien con la idea expresada para este tipo de poderes como de una institución cuasi-tutelar. El poder específico llama a la existencia de un tutor que asumiría la competencia en las áreas no cubiertas por el poder específico; posibilidad que nadie discute, pero que en la práctica puede plantear problemas de “convivencia”.

- Poder de atención personal y de gestión profesional. Es perfectamente posible, bien con facultades diferentes dentro de un mismo documento; o bien en dos documentos con sus respectivas facultades y controles para cada apoderado.

- Poderes civiles y mercantiles.- El Código de Comercio habla de la comisión mercantil como el mandato que tiene por objeto un acto u operación de comercio, estableciendo que por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindiría el contrato (Art. 244 CCo.) Así pues, estos poderes se extinguirían si así lo decide el tutor del incapaz o los herederos del causante.

También es dable entender la existencia de dos poderes, civil y mercantil; el primero persiste luego de la incapacitación del poderdante, pero decae por su fallecimiento; el segundo perdura en ambos casos.

Sujetos.

a) El poderdante. El CDFA disuelve cualquier tipo de duda sobre el acceso a estos poderes de otras personas que no sean mayores de edad.

En lo tocante a la capacidad, no se exige la capacidad de obrar plena, sino la “suficiente” para entender y querer el acto y sus consecuencias; lo que debe ser apreciado por el Notario autorizante.

b) El apoderado.- Pueden ser uno o varios. No veo la necesidad de que opere aquí la limitación que se establece, en número de dos, para los tutores. Personas físicas o jurídicas. Puede designárseles sustitutos previendo los casos de su actuación.

Forma

Igualmente en este punto el CDFA cierra el paso a cualquier otra disquisición imponiendo la escritura pública; si bien dentro de esta forma, puede constituir un documento específico o formar parte de unos Capítulos, pero preservando siempre su revocabilidad.

Lo relevante de esta disposición es que obliga al poderdante a ponerse en manos de un profesional que le asesorará, complementando con su redacción la voluntad expresada por el mandante. En palabras de Josef M^a Valls Xufre “los poderes preventivos tienen que decir lo que se espera de ellos, la regulación de una tutela privada y completa, hecha a la medida del poderdante, que exprese con claridad cuales son las facultades del apoderado y cuales sus limitaciones y obligaciones, así como la persona o entidad a la que se tenga que solicitar autorizaciones complementarias y rendir cuentas”.

Esta es la práctica minoritaria, pues lo usual es confeccionar poderes generales en los que la cláusula de persistencia es un apéndice más.

Por ello tal vez habría que hacer un llamamiento a “personalizar” este tipo de poderes acomodándolos a las características y circunstancias concretas de cada otorgante. Ello implicaría establecer un “preámbulo” donde el interesado plasmará “los principios y valores que presiden su vida”. Del mismo modo debería “objetivar” el momento de la entrada en vigor del apoderamiento; incluso estableciendo los criterios o las personas que pueden determinarlo. Deberían incluirse todas aquellas directrices relativas a su persona y cuidado: donde quiere residir, que tratamientos o rutinas disciplinales o rehabilitadoras desea recibir o no, etc. Amen de todas las disposiciones que estime oportunas respecto a la administración de sus bienes. Es decir un cuerpo dispositivo completo que evite, en lo posible, las dudas respecto de su aplicación y ejercicio por el apoderado.

El mismo autor ante citado hace hincapié en la previsión del Notario de hacer referencia a la obtención de segundas copias de la escritura por el apoderado o condicionar de algún modo su obtención.

Al tiempo, el Notario se encarga de la publicidad del documento, por cuanto de oficio debe comunicar su existencia al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Facultades del mandatario y su control.

Realmente no es nada explícito el CDFa en este punto; pues fuera de su reconocimiento en el Art. 109, la mención a su publicidad en el Art 111 y su posible extinción por resolución judicial en el Art 114.2, nada más se dice de él.

De este modo pudiera ocurrir que una vez aquejado de incapacidad el poderdante nos encontremos con un apoderado en uso de un documento fuera de todo control judicial. Pues es evidente que el Juez, salvo que alguien se lo haga saber, no alcanzará a conocer la existencia del poder sino en el caso de iniciar el procedimiento de designación de tutor, donde conocerá la mención del poder en la inscripción de nacimiento del incapacitado.

¿Se integra el poder preventivo en la regulación de la institución tutelar, aplicándole sin más, los controles que la ley establece para el tutor? La ubicación en el título III del CDFa así parece aconsejarlo.

No obstante, y aún reconociendo el vacío legal existente, mi opinión es que tendría que prevalecer una interpretación favorable al respeto a la libertad del poderdante. Por tanto, en todo aquello que ha dispuesto y que no fuera atentatorio a la seguridad y cuidado de su persona, esto es la parte del poder relativo a los bienes, debería respetarse escrupulosamente; incluido la falta de rendición de cuentas si así lo ha establecido. Por el contrario, en todas las disposiciones relativas a su persona y cuidado, el poder debería ser interpretado a la luz de lo dispuesto para la función tutelar.

De ahí lo necesario de que los Notarios aconsejemos la redacción de un poder personalizado e íntegro, contemplando todas las posibles derivas de su aplicación.

Extinción.

Serán de aplicación las reglas generales contenidas en el Art. 1732 de C.c. en cuanto le sean de aplicación; y cualesquiera otras como la sentencia de separación o divorcio cuando el poderdante y apoderado estén unidos en matrimonio.

Especialmente el CDFa en su Art. 114.2 otorga al Juez mediante resolución motivada la potestad de declarar extinguido el mandato, tanto al constituir la tutela como ulteriormente a instancia de este o del curador.

LA GUARDA DE HECHO.

A esta figura se alude en el punto 2 del Art. 100 del CDFa como un mecanismo de segundo nivel dentro de la protección de la persona y bienes de un incapacitado, luego de la tutela, la curatela y el defensor judicial. Y no obstante lo anterior y lo escaso de su regulación, alude a una situación que es la mayoritaria entre las personas con discapacidad.

Nuestro CDFa define en el Art. 156 al guardador como a la “persona física o jurídica, que por iniciativa propia se ocupa transitoriamente de la guarda de un menor o incapacitado en situación de desamparo o de una persona que podría ser incapacitada”.

Son pues sus notas características: la voluntariedad, la falta de una habilitación o cobertura judicial y la transitoriedad.

Sin embargo, esta figura que se desenvuelve en parámetros estrictamente fácticos, por cuanto no hay una designación previa ni por tanto una ordenación de su función, en la práctica tiene una vocación de permanencia evidente. Bien es cierto que el Art. 157 impone al guardador de hecho la obligación de poner en conocimiento esta situación ante el Juez o el Ministerio Fiscal; y una vez lo cual, el Art. 158 prescribe que “la Autoridad judicial le requerirá para que le informe de la situación de la persona bajo su guarda y de sus bienes...y además podrá establecer las medidas de control y vigilancia”. En modo alguno se insta al Juez para que ponga término a esta situación; salvo que se entienda que esta comunicación pone en funcionamiento el sistema para proveer de tutor al incapaz como se detalla en el Art. 131 y siguientes, por lo que las medidas previstas en el Art. 158 servirían hasta la conclusión del trámite de designación de tutor u otro sistema de guarda. Pero no toda la doctrina es unánime en esa apreciación.

Por todo lo dicho es una figura imperante en nuestra realidad social y a la que apela el ordenamiento jurídico con creciente insistencia. A título de ejemplo vemos que la ley 41/2003 les considera hábiles para constituir patrimonios protegidos; el Art. 131 del CDFR, antes citado, también invoca su concurso para instar el nombramiento de tutor para el incapaz; la ley 41/2002 de Autonomía del paciente permite dar información a las personas vinculadas con el enfermo por razones de “hecho”; y a esta mismas personas relacionadas “de hecho” se les puede consultar en situaciones de riesgo grave para realizar intervenciones; por fin, la mayoría de los expedientes abiertos en aplicación de la Ley de dependencia, lo han sido a instancias de guardadores de hecho ante la imposibilidad de hacerlo representantes legales en activo, que no existían.

Y sin embargo esta figura esta claramente infrautilizada por lo profesionales del derecho.

Almudena Castro-Girona Martínez lo atribuye “a las dificultades en la acreditación y constatación de su existencia, dificultad que crea una importante inseguridad jurídica incluso para el propio guardador, que queda desamparado en el ejercicio de su función. Resumiendo, aunque la guarda de hecho no exige como requisito la existencia de un documento formal que declare su existencia, es difícil que en el ejercicio de una actuación negocial relativa a cuestiones personales o profesionales pueda ejecutarse sin un documento que acredite la facultades representativas suficientes”.

¿Como se puede determinar la condición de guardador de hecho? En el Art. 159 del CDFR se facilita aparentemente el trámite, pues lo admite con la simple declaración en ese sentido de la Junta de Parientes. No obstante habrá de tenerse en cuenta que en buen numero de ocasiones el guardador de hecho lo es por la ausencia de parientes próximos que se hagan cargo del incapaz, por lo cual difícilmente podrán concurrir para constituirse en Junta.

Algunos autores consideran el Acta de notoriedad como vehiculo idóneo para acreditar la condición de guardador, con las formalidades que prevé el Art. 209 del R. Notarial. También se podría recurrir a procedimientos de jurisdicción voluntaria.

La función del guardador se debe limitar, como prescribe el Art. 159 a cuidar de la persona protegida y a realizar actos de administración que sean “necesarios”. La necesidad se acreditará con la mera manifestación de la Junta de Parientes, dotando con ello de validez el acto. De no constar la justificación de la necesidad, por la dificultad antes apuntada de reunir una Junta idónea, el acto sería anulable, salvo que haya redundado en beneficio del incapaz (Art. 159).

De lo anterior se deduce que el guardador en modo alguno esta investido de legitimación para actuar, mas bien parece un mandatario verbal, y si lo hace con efectos prácticos es por la aceptación de los terceros con los que actúa y por que se produce una suerte de ratificación tacita por cuanto que reporta un beneficio al incapaz. En la practica el guardador interviene en los tratamientos médicos, en la gestión de asuntos bancarios, en reunión de comunidades, en la compra de alimentos y contratación de servicios y todo ante la aquiescencia bienintencionada de la sociedad, confiando que ello resulte beneficioso para el incapaz.

Confirmando esta situación contradictoria cada vez son mas las resoluciones judiciales que dan carta de naturaleza institución: La SAPZ 20/5/2014 sobre disposición de dinero de la cuenta de una persona impedida; la del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Córdoba se admite la renuncia a una herencia por la madre de un incapaz, pues el hecho ha redundado en su beneficio.

PATRIMONIOS PROTEGIDOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Constituyó una novedad introducida por la Ley 41/2003.

Otra novedad que contenía la misma era que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se hablaba de personas “**discapaces**” y no **de incapacitados**.

Esta figura tal vez sea la que menos interés y aplicación práctica tenga para un enfermo de Alzheimer, si bien no por ello deja de ser un instrumento que tal vez a fuerza de aplicarlo despliegue mas potencialidades en lo que es su finalidad, dotar de recursos materiales al discapaz.

Con ese propósito esbozo estas breves impresiones; advirtiendo que en su parquedad solo aludo a aquellos aspectos en los que el enfermo de Alzheimer puede o debe ser sujeto, como beneficiario, constituyente, aportante y administrador.

Concepto.- Tomamos como mas completo el que aporta Gallego Domínguez, que lo define como “**como aquel conjunto de bienes y derechos de titularidad del discapacitado, ya tenga su origen en atribuciones a titulo gratuito por terceros, ya en una especial afección de bienes preexistentes del discapacitado, que queda, así como sus frutos, especialmente destinado a la atención de las necesidades vitales de su titular, para lo cual la Ley articula un régimen específico de administración**”.

Sus características nos las define Quesada Sánchez, así:

- Es un patrimonio de destino, por cuanto su finalidad es única y concreta: la satisfacción de las necesidades vitales de su titular.

- Carece de personalidad jurídica
- Esta especialmente protegido por la ley.
- Es un patrimonio separado del resto de los bienes del beneficiario.

Elementos personales

a) El beneficiario. **No es necesario** que esté judicialmente incapacitado. Basta que a través de lo equipos de valoración y orientación, se acredite una discapacidad psíquica igual o superior al 33% o física o sensorial igual o superior al 65%.

Esta discapacidad deber ser actual; aunque para el supuesto que tratamos, nada parece impedir su constitución sujeta a la condición suspensiva de que acaezca la futura situación de discapacidad.

En el CDFA y su Art. 108, la expresión, “adoptar cualquier disposición relativa a su persona y bienes...” parece favorecer tal hipótesis.

El beneficiario debe ser único, no admitiéndose las titularidades compartidas en los patrimonios protegidos.

b) El constituyente. Evidentemente puede serlo el propio beneficiario. Por supuesto que también los tutores, guardadores o terceros con interés legítimo.

De serlo el beneficiario, se le exige la capacidad de obrar suficiente; lo que abre la posibilidad de que el enfermo, con la discapacidad administrativa acreditada, pueda constituirlo si a juicio del Notario alcanza con suficiencia a entender y querer el negocio jurídico acometido y sus resultados.

c) El aportante. Igualmente cabe que el discapacitado separe o asigne bienes de su patrimonio personal a tal fin. La capacidad debe ser del mismo modo la suficiente.

d) El administrador. Es el punto donde mas discusiones puede haber; aunque casualmente en este caso la propia naturaleza de la enfermedad allana la situación.

Una parte de la doctrina entiende que si el discapaz con capacidad suficiente puede constituir un Patrimonio y ordenar los criterios de su administración, es absurdo que él mismo no pueda administrarlo por cuanto que el Art. 5 de la Ley exige capacidad plena (la que debe tener un tutor).

Forzar una interpretación tendente a favorecer la presencia del enfermo de Alzheimer en la administración lo considero ocioso, pues es evidente que esa capacidad suficiente inicial se irá diluyendo, por lo que tarde o temprano algún tercero deberá asumir plenamente la administración.

Es importante, empero, la posibilidad que abre el Art. 40 del CDF a la intervención de la Junta de Parientes para prestar autorización en casos concretos. ¿Cabria la posibilidad de excluir incluso este control si así lo ha dispuesto el propio constituyente beneficiario? Entiendo que la interpretación debiera ser flexible y admitirla.

e) Formalidades. Se impone la escritura pública, aunque en supuestos concretos se puede constituir por resolución judicial.

Fco. Javier Hernaiz Corrales

BIBLIOGRAFIA

CASTRO-GIRONA MARITINEZ, Almudena. "Protección de las personas con discapacidad a la luz de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad. Control de Patrimonios Protegidos". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2016.

VALLS XUFRE, Josep María. "El poder preventivo: tutela privada, un reto para el Notariado. Revista LA NOTARIA. Numero 1/2013.

MARIN CALERO, Carlos. "La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual". Editorial Universitaria Ramón Areces.

"Patrimonio de las personas con discapacidad: Reglas de administración. Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad". Fundación Aequitas. Madrid. 2004.

GARCIA CANO, Tomas. "Autotutela y Poderes preventivos" Encuentros del Foro de Derecho Aragonés 2005.

BAYOD LOPEZ, María del Carmen; CRUZ GISBERT, Teresa. "Disposiciones ínter vivos de los bienes del consorcio conyugal" Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. 2006.

MARTINEZ GARCIA, Manuel Angel. "La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas. Defensa jurídica de las personas vulnerables" Thomson. Civitas

DURAN CORSANEGO, Emilio. "La autorregulación de la tutela". Editorial Universitaria, Ramón Areces.

FERNANDEZ PRIDA MIGOYA, Francisco. "La autotutela en la protección jurídica del discapacitado". Tirant lo Blanch. 2003

MERINO HERNANDEZ, José Luis (coord.) "Memento experto. Derecho foral de Aragón" Eds. F. Lefebvre. Madrid 2011.

DELGADO ECHEVARRIA, Jesús (Director) "Código de Derecho Foral de Aragón. Concordancias, doctrina y jurisprudencia." Gobierno de Aragón.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRIA. "Propuesta de reforma de la legislación civil sobre protección de personas con discapacidad". 2016