

Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia?
- Natalia Bretón Diez, Ana Isabel González López, María Fernández Rodríguez, Patricia Guerra Mora
Rev Bio y Der. 2017; 39: 73-86



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

 Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

ARTÍCULO

Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿Protección o iatrogenia?

Measures of judicial modification of capacity in people with severe mental disorder: Safety or iatrogenic?

**NATALIA BRETÓN DIEZ, ANA ISABEL GONZÁLEZ LÓPEZ,
MARÍA FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, PATRICIA GUERRA MORA ***

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Natalia Bretón Diez. Psiquiatra. CSM Cangas del Narcea (Área sanitaria II). E-mail: nabretondiez@hotmail.com.

* Ana Isabel González López. Médico, F.E.A Psiquiatra. Área de salud mental IV. Asturias. E-mail: anasaludmental@gmail.com.

* María Fernández Rodríguez. Psicóloga clínica. CSM-I La Magdalena, Hospital San Agustín de Avilés. (Área Sanitaria III). E-mail: maria.fernandezr@sespa.es.

* Patricia Guerra Mora. Psicóloga Interna Residente en Hospital San Agustín de Avilés. (Área Sanitaria III). E-mail: patryguerra@hotmail.com.

Resumen

Introducción y objetivo. El objetivo del estudio es analizar y reflexionar si se cumplen las directrices de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad sobre el tipo de medida de protección adoptada con los usuarios del Equipo de Tratamiento Asertivo Comunitario de Avilés, España.

Material y Método. Participan 26 usuarios que fueron sometidos a procedimientos de modificación judicial de la capacidad desde la apertura del dispositivo hasta 2014.

Resultados. En la muestra no se cumplen las condiciones de falta de autogobierno en las distintas esferas.

Conclusiones. Se están aplicando medidas de protección muy restrictivas frente a otras menos gravosas, lo que supone una discriminación y una pérdida de autonomía y derechos para la persona. Se incluyen aportaciones que podrían optimizar su calidad de vida.

Palabras clave: incapacitación; modificación judicial de la capacidad; sistema de apoyos; tutela; curatela; discapacidad; trastorno mental grave.

Abstract

Introduction and aim. The aim of the study is to analyze and to reflect on if the directives of the International Convention of United Nations on the Rights of the persons with Disability are fulfilled on the type of measure of protection adopted with the users of the Assertive Community Treatment Equipment from Avilés, España.

Material and Method. 26 users take part who were submitted to judicial capacity modification procedures from the opening of the centre until 2014.

Results. In the sample there are not fulfilled the conditions of lack of self-government in the different spheres.

Conclusions. Very restrictive measures of protection are implemented against other minor gravity measures, which supposes a discrimination and a loss of autonomy and rights for the person. Contributions that could optimize the quality of life are included.

Key words: incapacitation; judicial modification of the capacity; system of supports; guardianship; curatorship disability; severe mental disorder.

Introducción

A lo largo de nuestra existencia las personas debemos tomar múltiples decisiones, desde las más insignificantes hasta las más complejas, con gran repercusión en nuestro curso vital o en el de los individuos que forman parte de nuestro entorno. El principio de presunción de capacidad está previsto en nuestro derecho. La regla general es, por tanto, la capacidad de la persona y la excepción, la incapacidad.¹ El problema se plantea cuando, en determinadas circunstancias en las que hay que tomar decisiones importantes, existen dudas sobre la capacidad del sujeto para la toma de las mismas. Se asume que ha de producirse un progresivo desarrollo físico y mental antes de alcanzar la educación y madurez suficientes para acomodar nuestro comportamiento a las pautas que rigen en la sociedad. No obstante, también se puede dar el supuesto de que habiendo alcanzado la mayoría de edad, la persona carezca en todo o parte de dicha madurez y entendimiento.

El 13 de diciembre de 2006 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Se considera personas con discapacidad “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”.² Es decir, se entiende la discapacidad como un conjunto complejo de condiciones, muchas de las cuales están originadas o agravadas por el entorno social. El objetivo de la Convención es el de promover, defender y garantizar “el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad”, así como “el respeto de su dignidad inherente”.³ En sus artículos 8 y 9 regula “la obligación de los Estados de fomentar la toma de conciencia respecto de las personas con discapacidad, su accesibilidad y potenciación de las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar de forma plena en todos los aspectos de su vida”.⁴⁻⁵ El artículo 12, establece “la obligación de respetar, en lo posible, la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, adoptando las medidas necesarias para que puedan ejercer, como las personas capacitadas, sus derechos y su autonomía de la voluntad”.⁶

En Derecho Civil hay que distinguir dos conceptos básicos: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La Capacidad jurídica es la aptitud del sujeto de ser titular de derechos y obligaciones. Esta capacidad jurídica no puede ser suprimida ni limitada y no se pierde hasta la declaración de fallecimiento del individuo. Es, por lo tanto, total e igual para todos. Pero aunque seamos titulares de derechos, no siempre somos capaces de gestionarlos. De ahí surge el concepto

de capacidad de obrar, que se define como la posibilidad, aptitud o idoneidad de una persona para ejercitar o poner en práctica sus derechos u obligaciones. Esta capacidad no la poseen todas las personas, por tanto, no es total ni igual. En los ordenamientos jurídicos modernos, se suele fijar un límite, la mayoría de edad, para adquirir esa capacidad plena de obrar.⁷ Sobre esta capacidad es a la que nos referimos al hablar de incapacitación.

A partir del artículo 17 de la Convención de referencia se establecen medidas relativas a la protección de las personas con discapacidad en diferentes áreas, a saber: derecho a la integridad personal, el de desplazamiento y de vivir de forma independiente, ser incluidos en la comunidad, la libertad de expresión y de opinión, el acceso a la información, a la privacidad, a la salud o a la participación en la vida política y pública de su comunidad.

Desde el prisma de la calidad de vida, de acuerdo con el modelo planteado por Schalock y Verdugo⁸, se recogen una serie de dimensiones que son concordantes con las directrices que se plantean en la Convención: bienestar emocional, relaciones personales, bienestar material, desarrollo personal, bienestar físico, autodeterminación, inclusión social y defensa de los derechos. Algunas de ellas tienen especial importancia en este trabajo. Dentro de la dimensión bienestar emocional se tienen en cuenta, entre otros, los sentimientos de satisfacción y el autoconcepto, así como la capacidad-incapacidad. La autodeterminación se fundamenta en la posibilidad de elegir el proyecto de vida personal, es decir, las metas y valores, las preferencias, objetivos e intereses personales. En relación a la dimensión de la defensa de los derechos, supone indagar sobre el grado de conocimiento y disfrute de los derechos propios de la ciudadanía y contempla por ejemplo, el derecho a la intimidad o al respeto.

Si tenemos en cuenta las premisas establecidas por la Convención de la ONU, “la incapacitación en cuanto a procedimiento es siempre una perturbación y en muchos casos es vivida con gran aflicción”.⁹ Una vez sea firme la sentencia, no sólo marca un cambio en el estado civil de los usuarios, sino que va más allá de eso, es el inicio de una profunda transformación en su vida, una pérdida de independencia y autonomía. Supone una vulneración de la dignidad de la persona con discapacidad y de su derecho a la igualdad, un ejercicio de discriminación, en cuanto que se le priva de su capacidad de obrar.

La Convención obliga a los Estados miembros a revisar los sistemas legales de guarda. Éstos deben establecer un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y de la capacidad jurídica y adoptar medidas revisables, proporcionales y adaptadas a las circunstancias.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000¹⁰ en el capítulo 2, artículos 757-763, determina cómo se ha de llevar a efecto el proceso de incapacitación. El Juez competente para llevar a efecto la

incapacitación es el de Primera Instancia del lugar en el que reside la persona. La incapacitación puede ser promovida por el cónyuge o el que se encuentre en una situación de hecho asimilable, ascendientes, descendientes y hermanos, por el Ministerio Fiscal o por cualquier persona facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan determinar la incapacitación. En el caso de menores de edad, solo pueden iniciarla los que tengan la patria potestad o tutela. Tras la modificación acaecida por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se recoge la posibilidad de que “el propio interesado, presunto incapaz, también está legitimado para promover activamente el procedimiento”. Igualmente le reconoce la posibilidad de nombrar al tutor, a través de la figura reconocida como Autotutela.

Se introduce aquí un nuevo concepto, el autogobierno, que se valora en tres dimensiones (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª de 14 de julio de 2004): 1. *La patrimonial*. Autonomía e independencia en la actividad socioeconómica; 2. *La adaptativa e interpersonal*. Capacidad para afrontar los problemas de la vida diaria de forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural y; 3. *La personal*. Incluye aspectos como las capacidades para desplazarse eficazmente dentro de su entorno o mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas (alimentación, higiene y autocuidado).

El Juez ha de valorar la capacidad de autogobierno, y para ello está obligado a practicar los siguientes actos probatorios: realizar una audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, examinar personalmente al presunto incapaz y acordar los dictámenes periciales necesarios. Además de los informes médicos y económicos pertinentes, con el fin de recopilar la máxima información de los distintos profesionales que están vinculados con el usuario, habitualmente se solicita un informe clínico del servicio de salud mental y/o de neurología, pues las demencias y los trastornos mentales son una de las principales causas de incapacidad.

Una vez declarada la incapacidad, *si sobrevienen nuevas circunstancias, puede instarse un nuevo proceso para modificar o ampliar la incapacidad previa*, o bien para dejar sin efecto la incapacitación, cuando las causas que la determinaron han desaparecido o se han atenuado. Para ello habría que iniciar de nuevo el procedimiento judicial. Tras la modificación acaecida por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se recoge la posibilidad de que, *el propio incapacitado estaría legitimado para iniciar un nuevo procedimiento y solicitar que se modifique su situación*.

Como se ha señalado, el Juez fijará las medidas de apoyo que le ayudarán a ejercer de forma plena su capacidad en las distintas esferas de la vida. Se valora en este sentido si la persona puede tomar decisiones en materia de salud, si precisa apoyos a nivel económico, qué acciones puede

realizar por sí solo,... Una vez finalizado el procedimiento, en la sentencia vendrá determinada la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda o tutela al que la persona incapacitada será sometida. Se procede a nombrar a la persona o entidad que le va a ayudar y representar en los diferentes contextos o actuaciones que no pueda realizar por sí solo.

La tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho son distintas figuras de protección. La tutela abarca el cuidado y protección integral tanto de la persona como de los bienes del tutelado. Es un mecanismo sustitutivo de la falta de capacidad del pupilo. El tutor es el representante legal de la persona con capacidad modificada judicialmente con carácter estable, cuya voluntad suple o sustituye. La institución tutelar puede ser desempeñada por una sola persona o varias, tanto físicas como jurídicas. Las personas jurídicas, que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines específicos figuran la protección de menores e incapacitados, también podrán desempeñar el cargo de tutor. Generalmente la tutela será ejercida por un solo tutor, aunque hay supuestos en los que pueden concurrir varios tutores. En principio, dado el carácter “obligatorio” del cargo de Tutor solo se le eximirá de su ejercicio cuando el motivo alegado esté recogido en la Ley y el Juez lo acepte. Entre las obligaciones del tutor se encuentran: prestar fianza; hacer inventario de los bienes del tutelado (dinero, alhajas, inmuebles); velar por el tutelado (procurarle alimentos, educarle, darle formación integral, promover la adquisición de la capacidad y la mejor inserción social); informar al juez de forma anual; representar legalmente al incapacitado salvo en los actos que pueda realizar por sí mismo; respetar y proteger los derechos del incapacitado, honor, intimidad y propia imagen y; rendir cuentas al cesar en su función.”¹¹ La destitución del tutor tiene lugar cuando incurre en una causa legal de inhabilitación o se conduce mal en el desempeño de la tutela. La extinción de la tutela se produciría al dictarse la resolución judicial que ponga fin o modifique la sentencia de incapacitación, en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

La curatela es una figura que no suple la voluntad del sometido a la misma. No asume la representación legal, sino que se limita a asistir y completar la capacidad del declarado incapaz. Es una institución de guarda intermitente, que sólo opera con respecto a actos muy concretos, establecidos en la sentencia que declara la incapacidad.

Tradicionalmente su ámbito de actuación suele estar limitado al campo de las relaciones patrimoniales. Desde el sistema judicial se habla cada vez más, de la “reinterpretación de la curatela”, entendiéndose como tal, la extensión del alcance de la misma. Esta nueva interpretación parece factible, puesto que en el artículo 290 del Código Civil¹¹ se recoge que el objeto de la asistencia del curador son aquellos actos que expresamente haya impuesto la sentencia. De este modo la curatela, quedaría establecida, como un modelo de apoyo y de asistencia, respetando el

principio del superior interés de la persona con discapacidad, que manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad. Así reformulada sería la medida de protección, dentro de las recogidas en nuestro Código Civil, que mejor se adaptaría a las directrices marcadas desde la Convención Internacional de Naciones Unidas. De forma similar a la tutela, se configura como un deber, siendo obligatoria la asunción del cargo y sólo es renunciable por las causas recogidas en la Ley. La curatela puede extinguirse al quedar sin efecto la declaración de incapacitación. La persona sometida a una curatela, puede recuperar su capacidad de obrar plena o bien, puede modificarse la sentencia y quedar sometido a una tutela.

Otras dos figuras de protección son la figura del defensor judicial y la guarda de hecho. La figura del defensor judicial supone una representación temporal para un determinado asunto. "Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: protección de menores o persona con capacidad modificada judicialmente, cuando exista conflicto de intereses entre estos y su representante legal o curador; cuando el tutor o curador no desempeñen sus funciones, hasta que se designe otra persona para desempeñar el cargo; en el periodo de remoción del cargo de tutor y; cuando el ministerio fiscal sea el que promueva el proceso de incapacitación".¹⁰ La guarda de hecho, aunque no está recogida entre los cargos tutelares, pretende regular la situación que se produce cuando una persona distinta de los progenitores (un familiar, vecino, amigo...), sin estar para ello designada por el juzgado, asume la protección de la persona y bienes del presunto incapaz. La guarda de hecho podría ser utilizada como figura de protección, custodia y apoyo de las personas presuntamente incapaces, sin ser necesario que dicha incapacitación llegue a producirse.

A pesar de la entrada en vigor de la Ley 26/2011 de Adaptación normativa de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad, a día de hoy no se ha llevado a cabo la adaptación del ordenamiento jurídico español en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 23 de noviembre de 2007, entrando en vigor el 3 de mayo de 2008, por lo que ya forma parte del ordenamiento jurídico español. Esto implica que en la actualidad y de forma desfavorable, se siguen aplicando un altísimo porcentaje de incapacidades totales, en contra de los acuerdos alcanzados en la convención. Siguiendo a Santos Urbaneja "*Al abordar este tema tenemos que partir de una dolorosa constatación: en torno al 95% de las demandas de incapacitación terminan con una sentencia de incapacitación plena, para todo y para siempre...El 95% de las personas declaradas plenamente incapaces, no son plenamente incapaces*".¹²

Según la Fundación Navarra para la tutela de Personas Adultas (FNTPA), la enfermedad mental es la primera causa de incapacitación judicial. En los últimos cinco años, ponen de

manifiesto que más del 90% de los usuarios han sido sometidos a tutelas como medida de protección.¹³⁻¹⁷ Concretamente, en el año 2015 se registró un 93,43% de tutelas frente a un 4,38% de curatelas.¹⁷ La Fundación Tutelar FECLM de Personas con Enfermedad Mental de Castilla y León obtiene datos similares. De los cargos que desempeña dicha fundación, el 90% son tutelas y el 9% curatelas.¹⁸ La Fundación Manantial para la atención integral de las personas con trastorno mental grave registra medidas de protección menos restrictivas. Aunque se mantiene un mayor número de personas tuteladas, disminuye su porcentaje (74,35%) a favor de las personas sometidas a curatelas (22%).¹⁹

Las repercusiones de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, tienen lugar en varias esferas, principalmente en el declarado incapaz y en el entorno, así como en el profesional sanitario y la alianza terapéutica. Se podría hipotetizar que la tutela, como medida de protección más restrictiva, tendría consecuencias más negativas para el sujeto incapacitado. El objetivo de este trabajo es, precisamente, analizar el tipo de medida de protección a la que están sometidos los usuarios del Equipo de Tratamiento Asertivo Comunitario (ETAC) de Avilés (España). Se pretende reflexionar y analizar, si se cumplen o no, las directrices señaladas desde la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006.

Material y Métodos

Muestra

Se trata de un estudio trasversal que utiliza una muestra no aleatoria e intencional. Está compuesta por los 26 usuarios con trastorno mental grave que en algún momento de su proceso asistencial han sido atendidos por el ETAC. Este dispositivo nace en 1999 para abordar las demandas y necesidades de las personas con trastorno mental grave desde una continuidad de cuidados y de tratamiento.²⁰

Desde su apertura hasta finales de 2014, el ETAC cuenta con una casuística de 140 usuarios, de los cuáles 26 (36,4%) se encuentran sometidos a alguna medida de incapacitación judicial incapacitados. El 53,85% son hombres (14) y el 46,15% son mujeres (12). El rango de edad oscila entre 28 y 72, con una media de 53 años.

Instrumento

Se utilizaron las historias clínicas (tanto informatizadas como en papel) para conocer las siguientes variables relacionadas con el proceso de modificación judicial de la capacidad: tipo de medida de protección a la que están sometidos, edad en el momento de la modificación judicial de la capacidad; promotor de la medida de modificación judicial de la capacidad; tutor legal; y episodios de alteración de la conducta con repercusiones legales.

Procedimiento

La investigación tiene la aprobación del comité de investigación del Hospital San Agustín. Los datos recogidos se analizan por medio de la estadística descriptiva a través del programa SPSS 12.0.

Resultados

Los datos fueron interpretados a partir de cinco dimensiones de análisis:

a) Tipo de medida de protección a la que están sometidos

La medida de protección más frecuente entre los usuarios es la tutela, que se aplicó a 23 personas (88,5%). La curatela se aplicó a 3 personas (11,5%). Si realizamos el análisis por género, en los hombres el 85,7% (12) han sido sometidos a una tutela y 14,3% (2) a una curatela. En las mujeres el 91,7% (11) tienen aplicada la medida de la tutela y el 8,3% (1) la curatela.

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

El rango de edades en la que su capacidad fue modificada judicialmente oscila entre los 18 y 66 años. Para la muestra total, la media es de 46,3 (d.t.=11,6), la mediana se corresponde con 46 y la moda es de 45. El rango de edad para las mujeres es de 22 a 59 años con una media de 44,82 (d.t.=11,86) y una mediana y moda de 45. Para los hombres el rango es de 18 a 66 años, con una media de 47,67 (d.t.=11,7), una mediana de 49 y moda de 50. Para el 3,8% de la muestra se produjo a los 20 años o antes, en el 7,6% de los casos entre 21-30 años; en el 3,8% de los usuarios entre los 31-40 años; en el 42,8% cuando tenían entre 41-50 años; en el 26,7% entre los 51-60 años y para el 3,8% de la muestra cuando tenían 61 años o más. En el 11,5% de los usuarios no consta este dato.

c) Promotor de la medida de modificación judicial de la capacidad

En 11 de los casos (42,3%) es la propia familia del usuario la que inicia el proceso de modificación judicial de la capacidad. A este porcentaje le siguen el número de procesos instados desde fiscalía (10 usuarios, 38,5%). En la categoría de "otros", que incluye Servicios Sociales,

Ayuntamientos..., se sitúan 3 personas (11,5%) y finalmente, uno de los procesos es promovido por un facultativo (3,8%). En uno de los usuarios (3,8%) no consta cuál fue el promotor de esta medida. En el caso de las mujeres, la fiscalía es la promotora en un 41,7% de los casos (5), seguido de la familia en un 33,3% (4) y de un facultativo en un 8,3% (1) y de "otros" en un 16,7% (2). En los hombres en los que consta este dato, en el 50% de los casos la medida la promueve la familia (7), seguido de fiscalía en un 35,7% (5) y del párroco en un 7,1% (1).

d) Tutor Legal

El ejercicio de la tutela lo asumen las instituciones o fundaciones en un 54% (14 usuarios) y la familia en un 46% (12 usuarios). En el grupo de las mujeres, el 41,7% está tutorizado por su familia (5) frente a un 58,3% que está tutorizada por una fundación. En el caso de los hombres, el 50% (7) está tutorizado por la familia y el 50% (7) restante por una fundación.

e) Episodios de alteración de la conducta con repercusiones legales

El 61,5% de los usuarios han presentado a lo largo de los años trastornos de la conducta con repercusiones a nivel legal (16 usuarios). Por género, el 14% de los hombres no tienen alteraciones de conducta (2) frente a un 71,4% (10) que sí las presentan o las han presentado. De las 11 mujeres, 5 no tienen alteraciones de conducta (41,7%) frente a 6 que sí (50%). Es decir que los episodios con alteraciones de conducta que tienen repercusiones legales están sobrerrepresentados en los hombres de esta muestra, pues son casi las tres cuartas partes frente a la mitad de las mujeres.

Conclusiones

Las medidas de modificación judicial de la capacidad tienen implicaciones a nivel civil y legal, pero sobre todo, en la persona del enfermo, pues en muchos casos suponen pérdidas de autonomía y de independencia y ejercen influencia en el autoconcepto de la persona y en su bienestar emocional. La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad del 13 de diciembre de 2006 establece una serie de directrices para favorecer la actuación en este sentido. Sin embargo, nuestra normativa jurídica parece que ha quedado francamente obsoleta tras esta Convención. A falta de reformas legislativas concretas, la curatela, como institución de guarda, frente a la tutela, es la que mejor responde a la exigencia de respeto a la dignidad, autonomía de la persona y al sistema de apoyos en la toma de decisiones, como dispone la Convención.

Los resultados de nuestro estudio indican que la medida de protección más frecuente llevada a cabo es la más restrictiva, la tutela, con una diferencia muy importante respecto a la curatela. Nuestros resultados coinciden con los datos publicados por fundaciones de ámbito nacional¹⁷⁻¹⁹. El rango de edad en el que su capacidad ha sido modificada es bastante amplio, aunque los resultados muestran que en un porcentaje importante se ha realizado a mediana edad. Un porcentaje pequeño pero significativo ha sido incapacitado antes de los 30 años así como posteriormente a los 61 años. En un mayor número de casos es la familia la que ha iniciado el proceso, constituyendo un número importante también los procesos iniciados desde fiscalía. Sin embargo, la tutela la asumen en un porcentaje superior las instituciones que las familias. Para desempeñar los cargos tutelares, las administraciones autonómicas han promovido la constitución de personas jurídicas de carácter privado como son las fundaciones.²¹ No hay diferencias por género en el proceso de incapacitación en ninguna de las variables tenidas en cuenta. Se diferenciarían únicamente en los trastornos de conducta con repercusiones legales, que son más frecuentes en los hombres. Por tanto, parece que esta variable no es un criterio que se tenga en cuenta para iniciar el proceso de incapacitación.

Puede ocurrir que en muchas ocasiones se lleven a cabo medidas más restrictivas debido al desconocimiento que tanto profesionales como usuarios y sus familias tienen. Se recurre a ellas sin saber que los mismos fines (como obtención de prestaciones económicas o el acceso a recursos sociosanitarios, por ejemplo) se podrían alcanzar con otras actuaciones.²² Lo que debería ser una medida de protección y seguridad muchas veces se convierte en una medida que merma los derechos de las personas. Nos planteamos que a la hora de decidir el inicio del proceso habría que responder a tres cuestiones: para qué, por qué y si va a suponer un beneficio al usuario. Debe de existir un motivo aceptable y además, una situación de necesidad presente o sobre la que sea verosímil que pueda plantearse en un plazo no muy lejano.

Por tanto, queremos plantear diversas líneas futuras que consideramos podrían ayudar en el proceso. Sería necesaria la elaboración de una guía de información sobre el proceso de incapacitación, para usuarios y familiares. Asimismo, implementar la formación en aspectos legales de los profesionales sanitarios. Con respecto a las tareas propias asistenciales, es necesario crear un protocolo con aquellos contenidos que los informes de los servicios de salud mental tengan que incluir, de cara a estos procedimientos. Un informe incompleto puede gravar el tipo de medida de apoyo que se determine en sentencia. A la hora de redactar sentencia, al Juez no sólo le interesan cuestiones meramente clínicas sobre psicopatología (diagnóstico, pronóstico, tratamiento al que está siendo sometido y nivel de adherencia al mismo etc.). Además de esa información, lo que principalmente interesa son los efectos o el funcionamiento del usuario en las

diferentes áreas: habilidades de la vida independiente (como el autocuidado y las habilidades instrumentales cotidianas), habilidades económico-jurídico-administrativas, habilidades de salud, habilidades para el transporte, habilidades en relación con el proceso de incapacitación (si conoce el objeto del procedimiento y sus consecuencias). Estos aspectos de la vida de nuestros usuarios no se reflejan a menudo en los informes y son de vital importancia.

El profesional de salud mental es un colaborador necesario en este proceso, que puede ayudar a determinar la capacidad de autodeterminación y autogobierno de la persona. Es necesario que el profesional realice una adecuada reflexión y tenga formación en este tema tan complejo, para poder tener en cuenta ventajas e inconvenientes de los distintos procedimientos. Una medida demasiado restrictiva puede repercutir negativamente en la calidad de vida del usuario, que puede ver mermada su autodeterminación, sus derechos y su bienestar emocional, entre otros. Asimismo su motivación se verá reducida y tendrá consecuencias en el proceso terapéutico. La consideración de incapaz entra en contradicción con la intervención en rehabilitación psicosocial,²³ tratamiento de elección según las guías clínicas, donde es imprescindible la participación activa del usuario. Para el abordaje integral del usuario, la tutela estaría contraindicada por resultar una intervención iatrogénica.²⁴

Bibliografía

- ◆ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad". RJUAM. 2011;23:53-81.
- ◆ Artículo 1.2. Convención de 13 de diciembre de 2006 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, Nueva York.
- ◆ Artículo 1.1. Convención de 13 de diciembre de 2006 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, Nueva York.
- ◆ Artículo 8. Convención de 13 de diciembre de 2006 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, Nueva York.
- ◆ Artículo 9. Convención de 13 de diciembre de 2006 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, Nueva York.
- ◆ Artículo 12. Convención de 13 de diciembre de 2006 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, Nueva York.

- ◆ Artículo 315 del Código Civil. Real Decreto de 24 de julio. Boletín Oficial del Estado, nº 206, (25-7-1889).
- ◆ SCHALOCK, R.L. y VERDUGO, M.A. "Handbook of quality of life for human service practitioners". 2002; Washington, DC: American Association on Mental Retardation [Trad. castellano por Miguel Ángel Verdugo y Cristina Jenaro. *Calidad de vida. Manual para profesionales de la educación, salud y servicios sociales*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.
- ◆ SANTOS URBANEJA, F. "Causa y motivo de la incapacitación Civil. Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil". En: Fundación Aequitas: Jornadas sobre la "Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad". Madrid; 2009.p.1-17.24.
- ◆ Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000 de 7 de enero. Boletín Oficial del Estado, nº 7, (8-1-2000).
- ◆ Código Civil. Real Decreto de 24 de julio. Boletín Oficial del Estado, nº 206, (25-7-1889).
- ◆ SANTOS URBANEJA, F. "Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación. Hacia una protección efectiva". En: Fundación Aequitas: Jornadas sobre la "Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad". Madrid; 2009.p.1-17.
- ◆ Fundación Navarra para la tutela de Personas Adultas (FNTPA). Memoria. Memoria de actividad 2011.
- ◆ Fundación Navarra para la tutela de Personas Adultas (FNTPA). Memoria. Memoria de actividad 2012
- ◆ Fundación Navarra para la tutela de Personas Adultas (FNTPA). Memoria. Memoria de actividad 2013
- ◆ Fundación Navarra para la tutela de Personas Adultas (FNTPA). Memoria. Memoria de actividad 2014.
- ◆ Fundación Navarra para la tutela de Personas Adultas (FNTPA). Memoria. Memoria de actividad 2015.
- ◆ Fundación Tutelar FECLEM de personas con enfermedad mental. Memoria anual FECLEM 2015.
- ◆ Fundación Manantial. Memoria de actividad 2015.
- ◆ MARTÍNEZ JAMBRINA, J.J. y PEÑUELA CARNICERO, E. "Tratamiento asertivo comunitario: el modelo Avilés". Archivos de Psiquiatría, 79(2), 77-82; 2007.

- ◆ CABEZAS MOYANO, A; FÁBREGA RUIZ, C; MORENO GARRIDO, I Y ORZÁEZ FERNÁNDEZ, JM. Guía práctica sobre la incapacidad judicial y otras actuaciones en beneficio de las personas con discapacidad. Fundación Jiennense de Tutela; 2007.
- ◆ PALLARÉS NEILA, J. “La tutela no es un recurso de atención a las personas con trastorno mental”. Madrid: Fundación Manantial; 2011 [acceso 22 de enero de 2016]. Disponible en: http://www.fundacionmanantial.org/actualidad_archivos/hipotesis3tr.pdf.
- ◆ BRAKEN, P. y THOMAS, P. “Postpsychiatry: a new direction for mental health”. 2001; BMJ, 24; 322(7288): 724-727.
- ◆ ORTIZ LOBO, A. e IBAÑEZ ROJO, V. Prevención cuaternaria en salud mental. En: Acciones de Salud Mental Comunitaria: principios y estrategias. Desviat M, Moreno A, eds. Asociación Española de Neuropsiquiatría. Estudios. Madrid, 2012.

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2016

Fecha de aceptación: 27 de diciembre de 2016