

**LA INCAPACITACIÓN :
GARANTÍA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS MAYORES**



Junio 2001

1. LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN ES UNA FORMA DE PROTEGER LOS DERECHOS

- ¿Qué es la incapacitación?
- ¿Quién puede solicitar la incapacitación?
- ¿En qué casos se declara la incapacitación?
- ¿Existen distintos grados de incapacitación?
- ¿Dónde debe constar la declaración de incapacitación?
- ¿Cómo se garantiza la protección de la persona incapacitada?

2. LA TUTELA DE LAS PERSONAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS

- ¿Qué es la tutela?
- ¿Quién puede ser tutor de una persona mayor incapacitada?
- ¿Es obligatorio el cargo de tutor?
- ¿Puede el Juez destituir al tutor?
- ¿Qué derechos tiene el tutor?
- ¿Qué deberes tiene el tutor?
- ¿Existen actos que el tutor no pueda hacer?

3. LA CURATELA DE LAS PERSONAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS

- ¿Qué es la curatela?
- ¿Qué ocurre si la persona incapacitada realiza por sí misma actos para los que necesita la ayuda del curador?

4. LA AUTOTUTELA

- ¿Qué es la autotutela?
- ¿Está admitida por la Ley?

5. EL TESTAMENTO VITAL O LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

- ¿Qué es el testamento vital?
- ¿Está admitido por la Ley?

6. ¿CUÁNTO TARDA UN PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y TUTELA?

7. ¿CUÁNTO CUESTA UN PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y TUTELA?

8. ¿QUIÉN PUEDE ASESORARNOS EN ESTAS CUESTIONES?

1. LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN ES UNA FORMA DE PROTEGER LOS DERECHOS

La incapacitación despierta en todos recelos y temores:

- Tendemos a identificar incapacitación con privación de derechos, es decir, con una merma en la condición de persona, que no deseamos ni para nosotros mismos, ni para quienes nos son cercanos.
- Conservamos en mente el viejo tópico de que los más beneficiados por la incapacitación de una persona mayor son sus familiares directos, que, por fin, se ven libres de disponer de los tan esperados bienes, y tememos que se piense eso mismo de nosotros si nos decidimos a recurrir a ella.
- Tan identificada está la incapacitación con la disposición de bienes que, cuando no existe patrimonio, ni nos planteamos esa posibilidad, olvidando que también los actos de la esfera personal necesitan protección.
- Nos vienen a la cabeza las complicaciones inherentes a un procedimiento judicial, su coste económico y su duración.

Y, a fin de cuentas, nos preguntamos si realmente merece la pena pasar por una situación tan penosa y por tantos trámites, para llegar, de hecho, a un resultado que presumimos parecido al actual, ya que es muy posible que el Juez opte por asignar la función de tutor a la persona que haya venido actuando como tal en la práctica.

Sin embargo, nuestras reticencias ante la incapacitación están, en gran medida, injustificadas y, sin duda, conocer mejor para qué sirve y cómo se aplica puede ayudarnos a todos a entender que, si efectivamente una persona ha perdido la capacidad de decidir por sí misma, ésta es la mejor forma de proteger sus derechos y sus intereses.

¿Qué es la incapacitación?

Al nacer, todas las personas, por el simple hecho de serlo, tienen la aptitud de ser “*titulares de derechos y obligaciones*”, es decir de tener derechos y obligaciones. Esta facultad innata es lo que, en términos jurídicos, se llama “*capacidad jurídica*”.

Tener capacidad jurídica no implica, sin embargo, que, desde su nacimiento, las personas puedan ejercer directamente esos derechos y obligaciones; de hecho, todos sabemos que los niños no pueden hacerlo y que son sus padres quienes los ejercen por ellos, quienes defienden sus intereses. Para poder ejercer los derechos y las obligaciones, es necesario que la persona tenga, por un lado, capacidad para entender los actos que realiza y, por otro, capacidad para querer realizarlos. Sólo cuando se dan estas dos circunstancias – “*conocimiento y voluntad*”- se considera que la persona tiene capacidad para tomar decisiones por sí misma, para “*gobernarse*”, y que su consentimiento es válido. Esto es lo que se llama tener “*capacidad de obrar*”.

La Ley presume -es decir, da por sentado- que las personas que han alcanzado la mayoría de edad cumplen esas condiciones y tienen, por lo tanto, “*capacidad de obrar*” y, sólo el Juez puede determinar que no la tienen, si se demuestra que no pueden gobernarse por sí mismas. Esta decisión sólo puede adoptarla el Juez mediante una sentencia de incapacitación.

Bien entendida, por lo tanto, la incapacitación no limita la capacidad de la persona para ser titular de derechos, sino que limita su capacidad para ejercerlos directamente, precisamente con el fin de protegerlos y de evitar que, habiendo perdido la capacidad de entender el contenido y las consecuencias de sus actos, pueda tomar, por sí misma o por influencia de otras personas, decisiones que le perjudiquen.

En la realidad, ocurre con frecuencia que las personas mayores alcancen un estado mental de deterioro tal que, de hecho, les impida gobernarse por sí mismas, aunque legalmente sigan siendo plenamente capaces. En tales situaciones, lo habitual es que sean los familiares de referencia, los más cercanos, quienes asumen la función de decidir por ellos. Esta forma de hacer –que, en términos jurídicos, se denomina “*guarda de hecho*”- obedece, sin duda, en la mayoría de los casos, a la buena voluntad de todos los interesados y al deseo de ofrecer a la persona mayor la mejor atención posible. Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que limitar la capacidad de una persona –que es lo que, de hecho, se hace en esos casos- es una cuestión muy seria, con importantes consecuencias para la libertad y la vida de esa persona. Y por ser una cuestión tan grave, requiere ser tratada con las máximas garantías, sobre todo en aquellos casos, no infrecuentes, en los que existan conflictos de intereses o de derechos, como ocurre, por ejemplo, cuando el derecho de la persona mayor a moverse libremente se contrapone a la preocupación que manifiestan sus familiares por su seguridad y por evitar riesgos, conflicto de intereses que suele resolverse limitando “por su bien” la libertad de la persona mayor, en contra de su voluntad, o cuando menos, sin su consentimiento.

Ofrecer las máximas garantías es precisamente la función del procedimiento de incapacitación. ¿Cuáles son sus virtudes? Dos, fundamentalmente:

- Es un procedimiento por el que, antes de decidir la incapacitación de la persona, el Juez exige que quede demostrada su incapacidad para gobernarse por sí misma.

Si, efectivamente, esta incapacidad queda demostrada, el Juez valora, en función del grado de capacidad, la extensión de la incapacitación, sus límites, indicando si la persona queda incapacitada para todos los actos o sólo para algunos de ellos.

El Juez señala, además, el tipo de protección que mejor se ajuste a las necesidades de la persona (véase el apartado titulado “*¿Cómo se garantiza la protección de la persona incapacitada?*” - y nombra a quien tenga que responsabilizarse de ejercer esa protección.

- La sentencia de incapacitación implica un control por parte del Juez y por parte del Fiscal, que sirve, por un lado, para garantizar la defensa de los derechos de la persona incapacitada, pero también para acreditar o dar fe, ante otras personas, de que quien ha sido nombrado para protegerle ejerce su cometido correctamente, en interés de la persona representada, y no en su propio interés.

¿Quién puede solicitar la incapacitación?

- Según la Ley, pueden solicitar la declaración de incapacitación el cónyuge (el marido o la mujer) o “*quien se encuentre en una situación de hecho asimilable*” (el compañero o la compañera sentimental), los descendientes, los ascendientes (aunque en el caso de las personas mayores, es poco probable que existan ascendientes), o los hermanos de la persona cuya incapacitación se solicita.
- También puede hacerlo el Fiscal, si no existen las personas que se han mencionado anteriormente, o si existen pero no han solicitado la declaración. Para que el Fiscal pueda actuar, es necesario que sepa que existe una posible situación de incapacidad. ¿Cómo puede llegar a saberlo?:
 - Por un lado, las autoridades y funcionarios públicos que, por el cargo que desempeñan, conozcan la existencia de una posible causa de incapacitación tienen la obligación de comunicárselo.
 - Por otro, cualquier persona, incluidos los familiares, pueden hacérselo saber.

¿En qué casos se declara la incapacitación?

Sólo es posible incapacitar a una persona si se demuestra que no puede gobernarse por sí misma, debido a una enfermedad, o a una deficiencia, física o mental, de carácter persistente. No basta, por lo tanto, que exista esa enfermedad o esa deficiencia, sino que debe limitar o eliminar la capacidad de la persona para tomar decisiones con pleno conocimiento de lo que está haciendo.

¿Existen distintos grados de incapacitación?

Existen, efectivamente, distintos grados de incapacitación y es el juez quien debe determinar su extensión, según el grado de capacidad de la persona:

- Es parcial cuando afecta a un determinado tipo de actos.
- Es total cuando afecta a todos los actos.

¿Cómo se garantiza la protección de la persona incapacitada?

- En la sentencia en la que declare la incapacitación, el Juez debe indicar el régimen de protección que mejor se ajuste a las a las necesidades del caso:
 - Si la capacidad de la persona para gobernarse a sí misma, se encuentra muy mermada, el Juez optará por la tutela, que es una forma de protección que se extiende tanto sobre la persona como sobre sus bienes.
 - Si el grado de incapacidad lo permite, el juez podrá optar por la curatela, que afecta sólo a los bienes, sin limitar la libertad de la persona para tomar decisiones personales.
- En la sentencia de incapacitación, el Juez también nombra a la persona que va a ejercer esa protección:
 - Si ha optado por la tutela, nombra a un tutor.
 - Si ha optado por la curatela, nombra a un curador.

¿Dónde debe constar la declaración de incapacitación?

La declaración judicial de incapacitación conlleva un cambio en el estado civil de la persona y, por ello, debe inscribirse en el Registro Civil.

2. LA TUTELA DE LAS PERSONAS JUDICIALMENTE INCAPACITADAS

¿Qué es la tutela?

Con relación a las personas mayores, la tutela consiste en representar a la persona declarada incapaz en todos los actos que, según la sentencia de incapacitación, no puedan realizar por sí solas, tanto cuando son actos que afectan a su esfera personal, como cuando son actos de administración de sus bienes.

¿Quién puede ser tutor de una persona mayor incapacitada?

- La Ley dice que pueden ser tutores de una persona mayor determinados familiares: el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, o los hermanos.

Sin embargo, el Juez es quien tiene la última palabra y, si lo estima conveniente para proteger los intereses de la persona incapacitada, puede prescindir de todas las personas mencionadas y nombrar a una persona que no aparece en esa lista de familiares.

La Ley dice que no pueden ser tutores las personas que se encuentran en determinadas circunstancias, como, por ejemplo, las que hayan perdido la guarda de sus hijos porque no ejercían adecuadamente sus deberes como padres, las personas que estén en la cárcel, las que tengan intereses muy contrapuestos a los de la persona incapacitada, las que tengan una enemistad conocida con la persona incapacitada, y otra serie de situaciones previstas expresamente en la Ley que impiden cumplir bien los deberes de un tutor.

- Normalmente, la tutela se asigna a una única persona, aunque existen casos en los que puede considerarse adecuado que sean varias, sobre todo, cuando conviene separar la guarda de la persona de la administración de sus bienes.
- La tutela se puede atribuir:
 - Bien a una persona (en términos jurídicos, se diría a una “*persona física*”), siempre que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

- Bien a una institución (en términos jurídicos, una “*persona jurídica*”), siempre que no tenga finalidad lucrativa y siempre que la protección de las personas incapacitadas se encuentre entre sus fines, como es el caso de las denominadas “*fundaciones tutelares*”.

¿Es obligatorio el cargo de tutor?

- Según la Ley, sí, el cargo de tutor es obligatorio.
- No obstante, la persona nombrada como tutor puede “*excusarse del cargo*”, es decir, puede pedir al Juez que le exima del ejercicio de ese cargo, por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, o por otra causa que haga muy difícil cumplir la función de tutela. Es el juez quien debe valorar estas razones y decidir si, efectivamente, le exime del cargo.

¿Puede el Juez destituir al tutor?

- Sí, el tutor puede ser destituido de su cargo por el Juez. Esta destitución se llama, en términos jurídicos, “*remoción*”. Esto puede ocurrir en los siguientes casos:
 - Cuando el tutor se encuentre, después de haber sido nombrado, en alguna de las circunstancias que impiden ser tutor (véase el apartado titulado “*¿Quién puede ser tutor de una persona mayor incapacitada?*”).
 - Cuando el tutor se comporte mal en el desempeño de la tutela, bien porque no cumple sus deberes, bien porque los cumple mal.
 - Cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados entre la persona incapacitada y el tutor.
- Es el Juez quien decide el cese del tutor.

¿Qué derechos tiene el tutor?

Pueden resumirse en tres puntos, fundamentalmente:

- Tiene derecho a ser respetado y obedecido por la persona sometida a su tutela.

- Tiene derecho a percibir una retribución económica, siempre que el patrimonio de la persona tutelada lo permita. Es el juez quien debe fijar el importe de esta retribución.
- Tiene derecho a recibir una indemnización, si sufre daños y perjuicios debidos al ejercicio de la tutela, siempre que la persona tutelada tenga bienes y siempre que el tutor no tenga la culpa de esos daños y perjuicios.

¿Qué deberes tiene el tutor?

El tutor debe cumplir las siguientes funciones:

- Atender a la persona incapacitada, haciendo lo necesario para que se cubran sus necesidades de alimentación, vestido, alojamiento, relación social ..., debiendo informar al Juez anualmente sobre su situación. Además, necesita la autorización expresa del Juez para internar a la persona incapacitada por razón de trastorno psíquico.
- Representar a la persona tutelada, para los actos que se indiquen en la sentencia de incapacidad. Esta representación está sometida al control judicial y tiene importantes limitaciones legales:
 - Así, el tutor no puede realizar, en nombre de la persona incapacitada, "*actos personalísimos*" como, por ejemplo, otorgar testamento o contraer matrimonio.
 - Tampoco puede actuar en otros actos cuando tenga intereses propios que se contraponen a los de la persona incapacitada.
- Administrar los bienes de la persona tutelada "*con la diligencia de un padre de familia*". Esta función abarca, además de la obligación de proceder inicialmente al inventario de los bienes, actos de simple administración o gestión de los bienes, y actos de disposición de bienes, aunque estos últimos se encuentran sometidos al total control judicial. Así, el tutor necesita autorización judicial para actos como vender o hipotecar un inmueble, hacer gastos extraordinarios, dar y tomar dinero en préstamo, renunciar a derechos, y otros actos que, como éstos, menciona explícitamente la Ley. En todos estos casos, el Juez puede optar por dar o no dar la autorización, dependiendo de si le parece o no un acto necesario o útil para los intereses de la persona incapacitada. Complementariamente, el tutor tiene la obligación de dar cuentas al Juez de su administración con carácter anual.

¿Existen actos que el tutor no pueda hacer?

Existen, efectivamente, actos que el tutor tiene prohibidos, por razones éticas y de congruencia con su cargo:

- No puede recibir donaciones de la persona tutelada.
- No puede representarle en un acto en el que tenga intereses propios. Para estos casos, la Ley prevé el nombramiento de un “*defensor judicial*”, que actúa como representante y defensor de la persona incapacitada.
- No puede adquirir bienes de la persona incapacitada, ni transmitirle bienes.

¿Qué responsabilidad tiene el tutor?

Además de las responsabilidades que ya se han ido mencionando, puede decirse que, en general, el tutor debe responder de todos los daños y perjuicios que, por su culpa o por su negligencia, haya causado a la persona tutelada.

3. LA CURATELA

¿Qué es la curatela?

- La curatela es una forma de protección distinta de la tutela. ¿En qué se diferencia?
 - Por un lado, no afecta a la esfera personal de la persona incapacitada, sino a la administración de sus bienes.
 - Por otro, así como el tutor asume la representación de la persona incapacitada, el curador no la representa, sino que le “*asiste*”, es decir, le ayuda a realizar determinados actos jurídicos.
- Normalmente, los actos para los que la persona necesita la ayuda del curador se indican en la sentencia de incapacitación, y varían en función del grado de capacidad de la persona. En el caso de que la sentencia de incapacitación no los indique expresamente, debe entenderse que se refiere a los mismos actos para los que los tutores necesitan autorización judicial, actos a los que ya se ha hecho alusión anteriormente, en el epígrafe titulado “¿Qué deberes tiene el tutor?”.

¿Qué ocurre si la persona sometida a curatela realiza por sí misma alguno de los actos para los que requiere la ayuda del curador?

Caben dos posibilidades:

- Que el curador confirme el acto realizado sin su ayuda, si le parece adecuado a los intereses de la persona parcialmente incapacitada.
- Que el curador, o la propia persona incapacitada, solicite al Juez que se anule el acto.

4. LA AUTOTUTELA

¿Qué es la autotutela?

La autotutela es la posibilidad de nombrar, anticipadamente, a la persona que queremos que nos represente en el futuro, para el caso de que lleguemos a perder nuestra capacidad de autogobierno y debamos ser incapacitados.

¿Está admitida por la Ley?

- La autotutela **no** está prevista en las Leyes aplicables en nuestra Comunidad Autónoma.
- Sin embargo, en la práctica, empieza, en cierto modo, a aplicarse por la vía notarial. ¿Cómo? Pues, si una persona desea hacer previsiones para su vejez, porque tiene claro quién es, en su opinión, la persona más adecuada para representar su voluntad y asumir su tutela en caso de que llegue un momento en que deba ser declarada judicialmente incapaz, o porque tiene claro quién, en ningún caso, consideraría adecuada para representarla, puede hacer constar esta voluntad en una *escritura pública notarial*. En estos casos, dando muestras de buen sentido, los Jueces, aunque no estén obligados a ello, tienden a respetar esa voluntad y a nombrar tutor a quien libremente eligió la persona interesada cuando tenía plena capacidad para hacer constar su voluntad.

5. EL TESTAMENTO VITAL O LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

¿Qué es el testamento vital?

Lo que se ha dado en llamar “*testamento vital*”, y que también recibe el nombre de “*voluntades anticipadas*”, es un documento, dirigido al médico o al equipo médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente, y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias no le permitan expresar personalmente su voluntad con respecto a la atención sanitaria que desea que se le preste. En este documento, la persona puede designar a un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario.

¿Está admitido por la Ley?

- El testamento vital **no** está previsto en las Leyes aplicables en nuestra Comunidad Autónoma.
- Es cierto que la Carta de Derechos y Obligaciones de los pacientes y usuarios del Servicio Vasco de Salud – Osakidetza prevé que una persona pueda renunciar a diagnóstico o a tratamiento, pero, en tales casos, tiene que firmar el alta voluntaria.
- En la actualidad, se encuentra en discusión, a nivel estatal, una normativa en la que se regula el testamento vital -Proposición de Ley de Derechos de Información concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica-, de modo que cabe esperar que, en un futuro no muy lejano, sea también una posibilidad abierta en nuestra Comunidad Autónoma.

6. ¿CUÁNTO TARDA UN PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y TUTELA?

- Hasta febrero de este año, era necesario seguir dos procedimientos diferentes: primero, el de incapacitación y, seguidamente, el de tutela. El primero podía tener una duración media aproximada comprendida entre 6 y 9 meses, variando esa duración en función del número de personas que tuvieran que ser oídas durante el procedimiento y de si esas personas residían o no en el lugar en el que se desarrollaba éste. A continuación, se desarrollaba el procedimiento de tutela, que tenía una duración media de 1 mes. Lo uno con lo otro, el plazo medio que debía calcularse para proceder a la incapacitación de una persona y para nombrarle tutor era ligeramente inferior al año.
- Desde febrero de este año 2001, ha entrado en vigor una nueva normativa que agiliza los trámites y que permite prever un recorte importante en los plazos de duración de los procedimientos. Una de las novedades fundamentales es que ya no son necesarios dos procedimientos, uno de incapacitación y otro de tutela, sino uno único de incapacitación, debiendo el Juez en la sentencia nombrar al tutor o al curador. Si bien es demasiado pronto para adelantar plazos, cabe pensar que el procedimiento tendrá una duración media aproximada comprendida entre 4 y 6 meses.

7. ¿CUÁNTO CUESTA UN PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y TUTELA?

- El procedimiento de incapacitación puede ser gratuito. Si los familiares ponen la presunta situación de incapacidad en conocimiento del Fiscal para que sea éste quien inicie el procedimiento, el coste es nulo para la persona sometida al mismo y para sus familiares.
- El procedimiento sólo tiene un coste económico cuando se inicia directamente por los particulares, que, para hacerlo, necesitan contratar los servicios de un abogado y de un procurador.

8. ¿QUIÉN PUEDE ASESORARNOS EN ESTAS CUESTIONES?

- La información recogida en este folleto es de carácter general, siendo su finalidad familiarizar a todas las personas interesadas –residentes, familiares y profesionales- con las principales características de la incapacitación.

- Si se desea una información más detallada, o un asesoramiento especializado con respecto a un caso concreto, puede contactarse con:
 - Las Fiscalías de los Juzgados:
 - Fiscalía de la Audiencia Provincial
C/ San Martín, 41-1º
20007 Donostia-San Sebastián
Tel. 943 000717

 - Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia
C/Barroeta Aldamar, 10 – 1ª planta
48001 Bilbao
Tel. 94 4016657

 - Fiscalía de la Audiencia Provincial
Avenida de Gasteiz, 18 –1º
01018 Vitoria-Gasteiz
Tel. 945 004831

 - Las Fundaciones Tutelares:
 - Fundación Tutelar Hurkoa
Paseo Arbol de Gernika, 16
20006 Donostia-San Sebastián
Tel. 943 468956

 - Fundación Tutelar Gorabide
C/ Colón de Larreategui, 26 –6ºJ
48009 Bilbao
Tel. 94 4245562

 - Fundación Tutelar Usoa
C/ La Paloma, 1 – bajo
01004 Vitoria-Gasteiz
Tel. 945 258966