

LA TUTELA DE LAS PERSONAS ADULTAS INCAPACITADAS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

Congreso Estatal. Donostia - San Sebastián, 9 y 10 de marzo de 2006

P O N E N C I A S



Gipuzkoako Foru Aldundia
Diputación Foral de Gipuzkoa



Gipuzkoako Foru Aldundia
Diputación Foral de Gipuzkoa

© DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA - DEPARTAMENTO PARA LA POLÍTICA SOCIAL

Diseño y maquetación: IMAGO SOLUCIONES DE COMUNICACIÓN, S.L.

Depósito legal: BI-1441-07

ISBN: 978-84-7907-553-8

La Diputación Foral de Gipuzkoa no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los participantes y recogidas en esta publicación.

LA TUTELA DE LAS PERSONAS ADULTAS INCAPACITADAS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

Congreso Estatal. Donostia - San Sebastián, 9 y 10 de marzo de 2006

P O N E N C I A S

Organiza



Gipuzkoako Foru Aldundia
Diputación Foral de Gipuzkoa

www.gizartekintza.net

Colaboran





Directores de la publicación: D. José Luis Madrazo Juanes (Director General de Atención a la Dependencia y Desprotección. Departamento para la Política Social. Diputación Foral de Gipuzkoa), D. José Luis Basoko Eizagirre (Secretario General de la Fundación Tutelar Atzegi de Gipuzkoa) y D. José Ignacio del Pozo Chico (Gerente de la Fundación Hurkoa de Gipuzkoa).

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 11

D. Joxe Joan Gonzalez de Txabarri Miranda. Diputado General de Gipuzkoa

JUEVES 9 DE MARZO

LA TUTELA COMO GARANTÍA DEL BIENESTAR DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS Y DEL RESPETO A SUS DERECHOS 15

D. Jacinto Gil Rodríguez. Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

PREPARACIÓN DE LA TUTELA. INSTRUMENTOS DISPONIBLES PARA FACILITAR AL FUTURO TUTOR EL EJERCICIO DE SU RESPONSABILIDAD 41

D. José M^a Segura Zurbano. Notario, miembro fundador de la Fundación Tutelar Atzegi y de la Fundación Tutelar Hurkoa y participante en el Comité de Ética de FEAPS

MODELOS DE INTERVENCIÓN EN EL EJERCICIO COTIDIANO DE LA TUTELA. EJEMPLOS DE BUENA PRÁCTICA 57

Modera: **D. José Ignacio del Pozo Chico.** Gerente de la Fundación Hurkoa de Gipuzkoa

_ LA TUTELA DE PERSONAS MAYORES 57

D.^a Evelia Cantera Salvador. Secretaria general de Fundación Tutelar Hurkoa de Gipuzkoa

_ LA TUTELA DE PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL 73

D. Javier Pallarés Neila. Director del Departamento de Tutela de la Fundación Manantial de Madrid

_ LA TUTELA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL 81

D. José Luis Basoko Eizagirre. Secretario general de la Fundación Tutelar Atzegi de Gipuzkoa

TALLERES DE TRABAJO SIMULTÁNEOS 87

_ ASPECTOS JUDICIALES 87

D.^a Aurora Elósegui Sotos. Jueza decana de Primera Instancia y del Juzgado número 6 de Incapacidades de la Audiencia de Donostia-San Sebastián

_ ASPECTOS SOCIO-SANITARIOS	115
D.ª Encarna Lázaro Sombrero. Trabajadora social, técnica de la Diputación Foral de Gipuzkoa	
D. Agustín Larrazabal Antía. Médico especialista en Psiquiatría. Jefe del Centro de Salud Mental de Errenteria (Osakidetza)	
_ ASPECTOS DE GESTIÓN	151
D. Víctor Bayarri i Catalán. Economista, director de Alter Civites y consultor de FEAPS	
VIERNES 10 DE MARZO	
MODELOS DE GESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EN MATERIA TUTELAR. EXPERIENCIAS PÚBLICAS Y PRIVADAS	187
Modera: D. José Luis Basoko Eizagirre. Secretario General de la Fundación Tutelar Atzegi de Gipuzkoa	
_ D. Jesús Mas Mayoral. Gerente de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos	187
_ D. Aitor Artaraz Romero. Gerente del Instituto Tutelar de Bizkaia	197
_ D. Josep Tresserras Basela. Gerente de la Fundación Catalana Tutelar Aspanias	209
PONENCIA DE SÍNTESIS. LA TUTELA DE LAS PERSONAS ADULTAS INCAPACITADAS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO	221
D. José Luis de la Cuesta Arzamendi. Presidente de la Fundación Tutelar Hurkoa. Catedrático de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal	
MANIFIESTO DE GIPUZKOA SOBRE LA TUTELA DE LAS PERSONAS ADULTAS INCAPACITADAS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO	233
D.ª Esther Larrañaga Agirre. Diputada para la Política Social. Diputación Foral de Gipuzkoa	

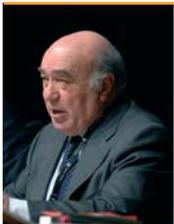
LOS PONENTES

JACINTO GIL RODRÍGUEZ 1952, Antigua (Palencia)



- _ Licenciado en Derecho y Licenciado de Grado, por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 1979.
- _ Catedrático de Derecho Civil de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), julio 1988.
- _ Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura, enero 1988.
- _ Vicedecano y Decano en funciones de la Facultad de Derecho, 1984-1987.
- _ Director de los departamentos interfacultativos de Derecho Privado y de Derecho Civil, 1987-1998.

JOSÉ MARÍA SEGURA ZURBANO 1934, Murcia



- _ Ingresado en el Colegio Notarial de La Coruña, 1962.
- _ Ha sido Vicedecano y Decano en funciones del Colegio Notarial de Vitoria y del Colegio Notarial de Pamplona.
- _ Ha sido Director de Cáritas de Vitoria y, posteriormente, de Cáritas de Donostia-San Sebastián.
- _ Ha sido Vicepresidente de Cáritas Española.
- _ Primer Presidente de Fundación IZAN (Proyecto Hombre), Fundación HURKOA y Fundación SAREA, dedicada a la Promoción de Empresas para la Inserción Laboral.
- _ Medalla al Mérito Constitucional.

EVELIA CANTERA SALVADOR 1950, Burgos



- _ Diplomada en Trabajo Social, por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 1989.
- _ Máster en Gerontología Psicosocial, por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 1998.
- _ Trabajadora social de Cáritas Diocesana, desde septiembre de 1980, responsable del Departamento de Mayores.
- _ Participante en el Comité de Ética Asistencial promovido por MATIA Fundazioa, desde 2000.
- _ Secretaria general de la Fundación HURKOA.

JAVIER PALLARÉS NEILA 1963, Madrid



- _ Licenciado en Derecho, por la Universidad Autónoma de Madrid, 1988.
- _ Diploma de Suficiencia Investigadora, por la Universidad Autónoma de Madrid.
- _ Colegiado como abogado ejerciente en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, desde 1993.
- _ Miembro del Servicio de Orientación Jurídica General (S.O.J.), desde 1995.
- _ Director del Departamento de Tutela de la Fundación MANANTIAL y miembro de su Comité de Dirección, desde diciembre de 2003.

JOSÉ LUIS BASOKO EIZAGIRRE 1955, Donostia-San Sebastián (Gipuzkoa)



- _ Abogado.
- _ Secretario de la Fundación Tutelar ATZEGI.
- _ Miembro del Movimiento Asociativo Guipuzcoano en Favor de las Personas con Discapacidad Intelectual.
- _ Vocal del Órgano de Gobierno de la Fundación ULIAZPI.
- _ Director de la Asociación Guipuzcoana de Familiares y Amigos en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual, ATZEGI.
- _ Secretario del Consejo de Administración de Talleres Protegidos GUREAK, S.A.
- _ Vocal de la Junta de Patronato de la Fundación GOYENCHE de Donostia-San Sebastián.
- _ Miembro del Consejo de Personas con Discapacidad Intelectual de Gipuzkoa.
- _ Vocal de la Junta Directiva de la Federación Vasca de Asociaciones en Favor de las Personas con Discapacidad Intelectual.

AURORA ELÓSEGUI SOTOS 1947, Donostia-San Sebastián (Gipuzkoa)



- _ Licenciada en Derecho, por la Universidad Complutense de Madrid.
- _ Abogada especializada en Derecho Civil.
- _ Profesora Asociada de la cátedra de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.
- _ Magistrada Titular, desde 1996, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Donostia-San Sebastián, especializado desde 2003 en Incapacidades e Internamientos.

ENCARNA LÁZARO SOMBRERO 1953, Segovia



- _ Diplomada en Trabajo Social.
- _ Participa en diversos cursos y seminarios sobre política social, servicios sociales y gestión de recursos sociales.
- _ Desde 1976, trabaja en servicios sociales, en instituciones públicas y con diversas funciones. Responsable de numerosos proyectos, gestión de servicios y planificación de recursos sociales.
- _ Miembro, desde 2003, de la Comisión Sociosanitaria para el estudio, valoración y derivación de casos a centros sociosanitarios, donde se plantean situaciones de personas mayores, enfermos mentales, discapacitados, personas con enfermedades infecto-contagiosas, etc.

AGUSTÍN LARRAZABAL ANTÍA 1958, Zumaia (Gipuzkoa)



- _ Médico especialista en Psiquiatría.
- _ Residente de Psiquiatría del Servicio de Psiquiatría del Hospital de Gipuzkoa.
- _ Jefe del Centro de Salud Mental de Rentería.
- _ Autor de múltiples publicaciones en revistas científicas y diversas titulaciones como Máster en Psiquiatría Legal, Salud Mental y Técnicas Psicoterapéuticas, drogodependencias y SIDA, y en Psicoterapia Analítica Grupal.

VÍCTOR BAYARRI I CATALÁN 1956, Barcelona



- _ Graduado en Dirección Económica y Financiera.
- _ Empresario y consultor de empresas, 1980-1987.
- _ Gerente de Manos Unidas, 1987-1989.
- _ Secretario general de la Federación Catalana de Voluntariado Social y miembro de la Asociación Internacional del Voluntariado, 1988-1989.
- _ Desde 1990, trabaja en el Departamento de Bienestar Social de la Generalitat de Catalunya, donde ha ocupado diferentes cargos.
- _ Director general del Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales del Departamento de Bienestar Social de la Generalitat de Catalunya, 1997-1999.
- _ Consultor asociado al Consorci Hospitalari de Catalunya, Consultoria i Gestió, S.A., desarrollando proyectos en el ámbito socio-sanitario, 2000-2003.
- _ Director de Alter-Civites, empresa dedicada a la consultoría en el ámbito social, 2000.
- _ Presidente de la Fundación KOINÉ-AEQUALITAS, para la calidad y el desarrollo social, 2003.

JESÚS MAS MAYORAL 1959, Madrid



- _ Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, julio 1983.
- _ Director de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid.
- _ Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- _ Técnico Superior de Prevención de Riesgos Laborales.
- _ Auditor de Sistemas de Prevención de Riesgos Laborales.
- _ Mediador de Seguros Titulado.
- _ Diplomado en Derecho Tributario y Asesoría Fiscal.

AITOR ARTARAZ ROMERO 1970, Barakaldo (Bizkaia)



- _ Diplomado en Estudios Empresariales, especialidad Contable, por la Escuela de Estudios Empresariales Elcano de Bilbao.
- _ Especialista Universitario de Tributación por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU).
- _ Teniente de Alcalde, durante dos legislaturas, en el Ayuntamiento de Gueñes, dirigiendo el Área de Acción Social.
- _ Director-gerente del Instituto Tutelar de Bizkaia, desde marzo de 2004.

JOSEP TRESSERRAS BASELA 1957, Sant Andreu de Llavaneres (Barcelona)



- _ Postgrado en Gestión y Dirección de Servicios Sociales, Barcelona 1999.
- _ Licenciado en Geografía e Historia, Barcelona 1994.
- _ Doctor en Teología, 1990.
- _ Profesor en la Facultad de Teología, 1990-1991.
- _ Director-gerente de Fundació Catalana Tutelar ASPANIAS, desde 1991.
- _ Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares, desde su creación en 1995, habiendo ocupado diversos cargos directivos.
- _ Miembro de la Comissió de Assessorament i Supervió de les persones jurídiques sense ànim de lucre de la Generalitat de Catalunya, desde 1994.

JOSÉ LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI 1955, Donostia-San Sebastián (Gipuzkoa)



- _ Catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, desde 1989.
- _ Director del Instituto Vasco de Criminología.
- _ Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
- _ Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, Universidad de Valladolid, 1977.
- _ Doctor en Derecho, Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, Universidad del País Vasco (UPV/EHU), 1981.
- _ Diploma Superior en Criminología, Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, 1979.
- _ Miembro del Consejo de Administración del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales (Siracusa, Italia).
- _ Miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Criminología.
- _ Presidente de la Comisión de Desarrollo Estatutario (UPV/EHU).

PRESENTACIÓN

D. Joxe Joan Gonzalez de Txabarri Miranda. Diputado General de Gipuzkoa

La cohesión social constituye, junto con la innovación, uno de los pilares de *Gipuzkoa hiria*, el proyecto que la Diputación Foral de Gipuzkoa está construyendo día tras día. De ahí que el desarrollo de la política social, la apuesta por la calidad de vida de la ciudadanía, especialmente, la de los colectivos más desfavorecidos, sea el primer reto que nos marcamos en nuestra agenda cotidiana.

Son muchos los cometidos que aborda la Diputación Foral de Gipuzkoa en este campo. Pero hay uno en el que la función social de esta institución cobra su mayor sentido: el momento en que asume la tutela de un guipuzcoano en situación de desamparo, bien sea un menor de edad, bien sea un adulto que, por razón de edad, enfermedad mental o discapacidad psíquica, haya sido incapacitado y no tenga una familia que ejerza su tutela.

En el momento en que la familia, como elemento cuidador y protector de sus miembros, desaparece -porque no existe, o porque no está capacitada para ejercer esa función- somos las Administraciones públicas quienes debemos ejercer de garantes del bienestar de esas personas.

En definitiva, la ley nos ha adjudicado el papel de último báculo de estos colectivos a los que me estoy refiriendo, los miembros más frágiles de nuestra sociedad. Y como institución comprometida con el bienestar de todos los guipuzcoanos, la Diputación Foral de Gipuzkoa asume esa importante tarea. Cuenta para ello con la colaboración de dos entidades tutelares que constituyen un referente en el Estado: la Fundación Tutelar Atzegi, responsable de la atención a personas con discapacidad intelectual, y la Fundación Tutelar Hurkoa, encargada de tutelar a las personas mayores y a las personas con enfermedad mental.

El año pasado, más de 800 profesionales llegados de todo el Estado -y especializados en disciplinas diversas, como el Derecho, el Trabajo Social o la Medicina- analizaron la figura de la tutela, su situación actual y sus perspectivas de futuro, en el "I Congreso estatal sobre la tutela de las personas adultas incapacitadas en desamparo", que se llevó a cabo en Donostia-San Sebastián. En esta publicación, hemos recogido las aportaciones de los ponentes, así como las preguntas y reflexiones que plantearon los congresistas en los talleres de trabajo.

Confío en que este material sirva de apoyo en el quehacer diario de los profesionales que trabajan por mejorar la calidad de vida de los colectivos más desfavorecidos de nuestra sociedad, para, entre todos, construir una sociedad más justa, solidaria y cohesionada. Una sociedad para todos. Sin excepciones.



jueves 9 de marzo



LA TUTELA COMO GARANTÍA DEL BIENESTAR DE LAS PERSONAS INCAPACITADAS Y DEL RESPETO A SUS DERECHOS

D. Jacinto Gil Rodríguez. Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

SUMARIO

1. PREVIOS
2. INTRODUCCIÓN: EL AMPARO TUTELAR DE MAYORES DEPENDIENTES
3. LA CAPACIDAD TEÓRICA -PERSONALIDAD- Y LA CAPACIDAD OPERATIVA -AUTONOMÍA-
4. LA INCAPACITACIÓN COMO PREMISA DE LA TUTELA DE MAYORES
 - 4.1. La promoción o impulso procesal de la incapacidad: entre el deber y la facultad
 - 4.2. La incapacidad necesariamente singularizada o “a la medida”
5. EL INTERÉS DEL INCAPACITADO COMO PRINCIPIO CARDINAL: SELECCIÓN DEL TUTOR
6. LA GARANTÍA Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL PUPILO: LA ACTUACIÓN DEL TUTOR
 - 6.1. La representación legal (plena) que comporta la tutela
 - 6.2. El deber de velar por el pupilo y las obligaciones personales que comporta
 - 6.3. La vertiente patrimonial de la tutela
7. LA TUTELA MÁS ALLÁ DEL DESAMPARO FAMILIAR: EL ARTÍCULO 239.III
 - 7.1. El texto (y contexto) del nuevo precepto
 - 7.2. La figura que (según se dice) cabe en el artículo 239.III
 - 7.3. La institución protectora de adultos a la que “apunta” el artículo 239.III
8. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

1. PREVIOS

Representa para mí un verdadero honor y un auténtico privilegio que los organizadores de este congreso estatal me hayan ofrecido la oportunidad de comparecer ante ustedes para hablar, una vez más, de las instituciones tutelares. Por ello, es de estricta justicia que estas palabras iniciales sean para dejar constancia de mi agradecimiento al Departamento para la Política Social de la Diputación Foral de Gipuzkoa y a los responsables de las instituciones colaboradoras.

La ocasión, sin embargo, conlleva una extrema responsabilidad y una gran preocupación ante la posibilidad de acabar defraudando las expectativas de mis mandantes y, en definitiva, las de ustedes mismos, que son los acreedores preferentes de mi compromiso.

No puedo dejar de añadir que el desasosiego, propio de este trance, adquiere dimensiones desproporcionadas cuando recuerdo, especialmente, la calidad humana y profesional de quien hubiera debido estar aquí por derecho propio. Me refiero a que, como algunos de ustedes sabrán, esta primera ponencia *hubiera debido desarrollarla Don Federico Carlos Sainz de Robles*, fallecido el pasado diciembre. Era Presidente de Honor de la Fundación Tutelar Madrileña (FUTUMAD) y será recordado como primer presidente del Consejo General del Poder Judicial (lo fue entre 1980 y 1985) y como el único que resultó elegido para el cargo íntegramente por jueces y juristas, ya que todas las designaciones posteriores han venido a ser parlamentarias.

2. INTRODUCCIÓN: EL AMPARO TUTELAR DE MAYORES DEPENDIENTES

Así las cosas, pienso que mi intervención puede buscar su afianzamiento y su equilibrio entre dos coordenadas lógicas: una, la representada por *el propio rótulo del congreso* -que, como es natural, constituye el mensaje que les ha convocado a ustedes- y otra, la que se cifra en *el título de la ponencia*, que expresa aquello para lo que yo he sido llamado.

El título del congreso no deja lugar a equívocos. Lo que el programa expresa en caracteres más llamativos es que se trata, precisamente, de estudiar **“La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo”**. Aunque también es cierto que la convocatoria incorpora otros detalles, de los que cabría deducir una ampliación substancial del campo subjetivo que pretende someterse a estudio. Así, no deja de trascender que se ha buscado aglutinar los requerimientos de unos colectivos específicos, aunque no siempre se presenten perfectamente delimitados, ni sus integrantes hayan alcanzado, necesariamente, la situación legal de incapacitados. El programa singulariza a **los discapacitados, las personas mayores y los enfermos mentales**, quienes son, por lo demás, los colectivos beneficiarios de las preocupaciones cotidianas de Atzegi y Hurkoa, que, naturalmente, aparecen como entidades colaboradoras en este congreso. Todo ello, no puede sino contribuir a relativizar la precisión jurídica que proclama el título definitivo en el giro *“de adultos incapacitados”* y, de paso, vendría a subrayar el sustento del título alternativo que hablaba *“de incapaces adultos”* -por ello, no necesariamente incapacitados- y que figuró, inicialmente, en el *avance de programa* de este mismo congreso.

Desde luego, lo que parece evidente es que la convocatoria de esta reunión deja al margen cuanto pudiera tener que ver con la *protección de menores* (sujetos a potestad, sometidos a tutela o, sencillamente, desamparados) y que, por contra, nos coloca ante la necesidad de concentrar la atención en la *función tuitiva* -siempre paradójica- de los “*mayores de edad*”. Además, y buscando el referente normativo, la “*presentación*” singulariza la circunstancia de que los desamparados *no dispongan de familiares que puedan hacerse cargo de su tutela*, de modo que enlaza, precisamente, con la *novedosa disposición del artículo 239.III*, incorporada al Código Civil por la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 noviembre 2003)*.

Viniendo ahora a la rúbrica de la ponencia, enseguida podría deducirse que no se solicita del ponente una densa y artificiosa reconstrucción del régimen jurídico de las instituciones tutelares, sino que lo que parece demandarse es *una intervención persuasiva, acerca de la mejora que es susceptible de proporcionar el instrumento tutelar a la vida cotidiana de las personas adultas*, para las que dicha función tuitiva se halla jurídicamente indicada. Desde luego, ésa es la intencionalidad que trasluce el rótulo seleccionado: **“La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos”**.

Empezaré por subrayar que se ha seleccionado, con ese título, un enfoque de la tutela que resulta *todavía necesario, siempre acertado y actualmente oportuno*.

En primer lugar, sigue siendo necesario hacer hincapié en el *aspecto benéfico y “redentor”* que encierra toda representación legal y, especialmente, la tutela de los mayores de edad. Porque todavía son muchos los prejuicios, las desconfianzas y las prevenciones que sigue suscitando la figura del tutor, aunque no se superpusieran -que, habitualmente, se superponen- a la enemiga que genera por sí mismo el proceso de incapacitación.

En segundo término, es completamente atinado definir la institución tutelar como *instrumento regenerador del ejercicio de los derechos* que siguen correspondiendo al presunto incapaz y que, en el mejor de los casos, se utilizan irregularmente.

No quiero pasar por alto, a este respecto, que el rótulo de mi ponencia presenta una coincidencia sustancial con el título de la obra que tiene publicada el propio Departamento para la Política Social: **“La incapacitación:**



Jacinto Gil, durante su exposición, junto a José Luis Madrazo

garantía de protección de las personas mayores¹". De allí, me gustaría recuperar las palabras de presentación, en la medida en que vuelven a confirmarnos el horizonte acotado: "*Ésta, y no otra -escribe la Diputada- es la función de la tutela: garantizar la protección de las personas que no pueden tomar las decisiones vitales necesarias. La tutela no tiene otro sentido más que éste: asegurar la protección de la persona incapacitada y/o de sus intereses*".

Y es oportuno, en fin, volver la atención, precisamente ahora, sobre las instituciones tutelares típicas, en la medida en que esta reflexión puede iluminar algunos de los perfiles que presenta el denominado *Sistema Nacional de Dependencia*, a punto de estructurarse con la *Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*.

Se trata, por tanto, de explorar la potencialidad de esta representación legal, a la que llamamos tutela, para *asegurar, realmente, el bienestar del pupilo y el ejercicio de sus derechos*. Y me parece que nada puede dar mejor satisfacción a esa demanda que la ponderación *del interés del tutelando* como criterio rector en la selección de la persona del tutor y en el desempeño de las funciones tuitivas. Aunque, con carácter previo, tampoco resulte impertinente traer a primer plano el *carácter beneficioso de la tutela*, en el caso de quienes *sólo teóricamente* pudieran disfrutar de su autonomía y *realmente* necesitan soportar la incapacitación que precede a esta institución tutelar.

Ahora bien, para procurar poner orden en los contenidos específicos de estas reflexiones, considero preferible distribuir la intervención yendo de lo general a lo particular, de la institución o instrumento a algunos de sus destinatarios. Abordar primero *la incapacitación y la tutela consiguiente*, para buscar, finalmente, la concreción de *la asistencia que, bajo la fórmula de la institución tutelar, pueda dispensarse a los desamparados*.

3. LA CAPACIDAD TEÓRICA -PERSONALIDAD- Y LA CAPACIDAD OPERATIVA -AUTONOMÍA-

No hará falta que me detenga en desgranar lo que forzosamente representa la persona para el Derecho. Recordaré, simplemente, cómo, en una *perspectiva estática* de la convivencia, toda persona, por el hecho de serlo, deviene *sujeto de derechos*. Esto equivale a decir que el ordenamiento jurídico considera a todos, desde que nacen (y aún antes, si les favorece: artículo 29 del Código Civil), punto esencial de referencia o centro de imputación y atribución de relaciones jurídicas.

Esta aptitud de la persona para ser y aparecer como *sujeto de derechos* suele denominarse *personalidad* o *capacidad jurídica*; y acostumbra a subrayarse que, *como personas, todos somos iguales para el Derecho*. Por eso, no es extraño que goce del más amplio consenso la idea de que dicha igualdad

¹ Dentro de la colección *Gizaurre* y que ofrece -en formato PDF- su página web:
(http://www.gizartekintza.net/es/corporativo/documentacion/documentacion_09.htm).

intrínseca (pre-jurídica) tiene que ver con la *dignidad de la persona*, que, como resulta del artículo 10.1 de la Constitución española, se erige en fundamento del orden político y de la paz social. Precisamente, para ser consecuente con esa importancia crucial de la *atribución incondicionada y universal* de la personalidad, el artículo 14 del mismo texto fundamental se detiene a proscribir, expresamente, cualquier discriminación por circunstancias particulares del sujeto, entre las que se cita, amén del nacimiento, raza, sexo, religión y opinión, *cualquier otra condición o circunstancia personal o social*.

Pero una cosa es tener la titularidad de los derechos y otra, encontrarse habilitado para *gestionarlos personalmente*, para ser jurídicamente “autónomo”, para “governarse por sí mismo” o, lo que es igual, para actuar eficazmente en el plano jurídico. Ahora, se trata de estructurar jurídicamente la *perspectiva dinámica de la convivencia humana* y de procurar que, a ser posible, cada cual se constituya en administrador de sus propios derechos e intereses. No hablamos ya de “capacidad teórica” (*capacidad jurídica*) sino de “capacidad real u operativa” (*autonomía o autodeterminación*). Ésta no es *una e igual* para todos, sino que se sustenta sobre determinado patrón o estándar de discernimiento y voluntad. Es la que el Derecho identifica, precisamente, como *capacidad de obrar*.

Esta última aptitud -la capacidad de obrar- suele ir asociada, tradicionalmente, a la denominada *emancipación*; de modo que, como regla, no son capaces de obrar por sí solos -de gobernarse jurídicamente- quienes no hayan alcanzado la edad que cada ordenamiento fija al efecto y que entre nosotros, como se sabe, está situada en los dieciocho años cumplidos (artículo 12 CE; artículo 315 CC). Pero, también por norma, debe considerarse plenamente capaz de obrar todo aquél que, habiendo cumplido esa edad fronteriza, no hubiere sido incapacitado por sentencia judicial (artículo 199 CC).

Ahora, interesa subrayar cómo a nadie causa extrañeza la *ineptitud operativa* -si se me permite la expresión- del colectivo de los *menores de edad*, sea porque no resulta discriminatoria entre las personas que en él se integran -afecta a todos y “se trae de nacimiento”-, sea porque, habitualmente, sus carencias se suplen, también discreta y solícitamente, por los propios padres -lo sean por naturaleza o por adopción-. A ellos, y sin otros requisitos, el Derecho les reviste de la función protectora que se conoce como *patria potestad*, que se ejercerá *siempre en beneficio* de los hijos (artículo 154 CC). Incluso si algunos de aquellos menores llegaran a precisar de la *constitución* de la tutela, ésta se presenta como *subsidiaria y continuadora* de la función de los padres. De modo y manera que, ni siquiera en este trance, la figura del tutor genera la imagen de que “comprime sobrevenidamente” el espacio vital del menor, sino que su *papel objetivamente benéfico* resulta ya de la constatación de que el tutor *releva a los padres* y acompaña, *transitoriamente*, al todavía menor en su progresión hacia la plena autonomía.

La frustración y la suspicacia acompañan, por el contrario, a esa función, igualmente tuitiva, cuando ha de proyectarse sobre quienes, habiendo ya superado aquella edad normalmente emancipadora, no gozan de posibilidades efectivas de autodeterminación. Me refiero a la *tutela de los adultos o mayores de edad*, por cuanto se trata de una institución indudablemente tuitiva, pero cuya función se presenta doblemente estigmatizada o, cuando menos, ensombrecida.

No sólo nos vemos obligados a pensar en ella “inoportunamente” -tras el infortunio o cuando empiezan a recorrerse tramos muy avanzados de la propia existencia-, sino que, en todo caso, la puesta en práctica

de una representación legal debe superar el *handicap* de la precedente *constatación y declaración de incapacidad*. Una incapacitación judicial que, como digo y para mayor contrariedad, *sobreviene cancelatoriamente* a una experiencia previa de autonomía y ha de percibirse *con probabilidades de persistencia* (cfr. artículo 200 CC).

4. LA INCAPACITACIÓN COMO PREMISA DE LA TUTELA DE MAYORES

Indudablemente, es esta -por lo demás, insuprimible- concatenación, entre proceso de incapacitación y constitución de la tutela de mayores, la causa primera de que muchos de los adultos que no pueden gobernarse por sí mismos huyan (o resulten “preservados”) de la institución tutelar², pese a que seguramente -parafraseando el título de la ponencia- contribuiría a su bienestar y permitiría el ejercicio regularizado -quiero decir “eficaz” y “controlado”- de sus propios derechos.

En efecto, se halla muy extendida la idea de que, si no se acude a la tutela del incapaz adulto, es porque *no se está dispuesto* (no lo están, quienes más lo quieren) *a pasar por el “calvario” de la incapacitación*, que se concibe como un procedimiento de connotaciones poco menos que vejatorias e infamantes. De ahí que, llegado el caso, la incapacitación no se promueva por los familiares más próximos del presunto incapaz, pese a que están legalmente habilitados al efecto, ni se induzca por las autoridades y funcionarios que deberían poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de posibles causas de incapacitación, siempre que se hubieran apercebido de su concurrencia en el ejercicio de sus cargos (art. 757, núm. 1 y 3, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4.1. La promoción o impulso procesal de la incapacitación: entre el deber y la facultad

Dejando para más adelante el deber y la responsabilidad consiguiente -que nadie acostumbra a exigir- de autoridades y funcionarios, y concretándonos al círculo de los *familiares más próximos del presunto incapaz*, hay que empezar por constatar cómo *el ordenamiento jurídico cada vez tiene menos claro que la propia familia deba procurar, indefectiblemente, la incapacitación* de uno de sus miembros.

² Nada más expresivo que las palabras de Federico C. SAINZ DE ROBLES (1999: 165): “Por eso, cuando me plantean: ¿es conveniente incapacitar a un hijo? -yo creo que es la palabra *incapacitar* la que todavía es una palabra desdichada, pero no hay medio de desterrarla ni del ordenamiento, ni del habla vulgar-, yo respondo: no, mire usted, donde lee usted *incapacidad*, lea usted *protección* y, enseguida, comprenderá que es no sólo conveniente, sino necesario para él, no para usted...”. Y, sobre el carácter ineludiblemente previo de una intervención judicial solemne, las del magistrado Ignacio SANCHO GARGALLO (1999: 201-202): “La incapacitación y la tutela son *una realidad sociojurídica judicializada*. Aunque en sí mismas no se encuadran dentro de las funciones propiamente jurisdiccionales de juzgar conflictos jurídicos y hacer ejecutar lo juzgado, la judicialización de esta cuestión *responde a la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas*, evitando que puedan ser privadas de ellos injustificadamente -vgr. reclusión en un psiquiátrico- o bien que puedan ser objeto de abusos -aprovechando la disminución de facultades intelectivas y volitivas y, por tanto, la pérdida de voluntad, para despojarles de sus bienes o enriquecerse a su costa”.

Está fuera de duda que pertenece al ámbito de las opciones de política legislativa dilucidar si la norma resuelve concretar en *auténtico deber* o si prefiere dibujar, como *simple facultad*, el comportamiento que se exige o espera de los más allegados al presunto incapaz; pero no es menos cierto que la decisión del legislador es sensible a los planteamientos doctrinales que, en este particular, denotan también una cierta “permisividad”. Vale decir que no escasean los autores proclives a suscribir la premisa justificadora de que a ningún grupo familiar le resulta fácil proclamar que existe un incapaz entre los suyos; lo cual se conecta con un “cierto rechazo a que se constate, pública y oficialmente, la existencia de “locos” en la familia” y con la coartada tranquilizadora según la cual se considera “que el sujeto está bien asistido sin necesidad de papeleos³”.

Tal vez deba conectarse ese difuso estado de opinión con la devaluación terminológica del precepto, dedicado específicamente al punto que tratamos. En efecto, el derogado artículo 202 del Código Civil, al decir que “*corresponde promover la declaración*” a los familiares que incluye, permitía una lectura vigorizante, esto es, instauradora, de la obligación o el deber legal de procurar la incapacitación, sobre todo, si se estaba dispuesto a buscar el apoyo del giro empleado por el (todavía vigente) artículo 229 del mismo cuerpo legal, cuando, categóricamente, asegura que los propios familiares “*estarán obligados a promover la constitución de la tutela*”. Y, aunque no faltaron las opiniones favorables a la imperatividad de aquel precepto, en ocasiones, ahondando justamente en la función protectora de la tutela y en la evidencia de que la incapacitación previa resultaba ser condición necesaria y jurídicamente suficiente para acceder a dicha protección, acabó imponiéndose la inteligencia llana y autónoma de aquella primera norma codificada, dando prioridad a la idea de que el propio legislador habría rebajado intencionadamente -en el texto del artículo 202- el giro determinante del deber, para dejarlo en simple facultad, sin que pudiera tampoco equipararse la permisión de promover la incapacitación (artículo 202) con la verdadera obligación de promover la constitución de la tutela de quienes ya hubieren sido incapacitados (artículo 229)⁴.

Pues bien, el nuevo artículo 757.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha cortado de raíz toda especulación sobre ese punto. Evita el giro de la discordia y se decide a enunciar la legitimación de los más próximos *como auténtica facultad*, al establecer que -además del propio incapaz- el cónyuge, el conviviente, los descendientes, los ascendientes y los hermanos *pueden promover la declaración de incapacidad del*

³ Blanca SILLERO CROVETTO (2000): “La triste realidad es que el sistema de incapacitación y tutela ha tenido, al menos hasta ahora, escasa aplicación práctica; y ello, no solamente debido a intenciones torcidas de las personas a quienes corresponde promover la incapacitación, sino también a cierto rechazo a que se constate pública y oficialmente la existencia de “locos” en la familia o debido, también, a que el sujeto está bien asistido sin necesidad de papeleos”.

⁴ Detenida y decisivamente, en contra del deber se posicionó Ana SEISDEDOS MUIÑO (1999: 266-270). Más matizadamente y tras la puesta en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Enrique RAMOS CHAPARRO (2001: 348-350), quien no deja de insistir en que “para la teoría legal, o según los principios del sistema, no deben seguir existiendo sujetos incapacitables no incapacitados, una vez constatada su existencia”. También José Manuel LETE DEL RÍO (2001: 1482) ha venido a mostrar la devaluación conceptual, haciendo hincapié en que la simple facultad “chocaría con el artículo 229 CC” -que sigue obligando a promover la constitución de la tutela- y en que “para proceder a la constitución de la tutela, previamente ha de haberse declarado la incapacidad de la persona que ha de estar sujeta a la misma”.

presunto incapaz.

Con todo, no creo que deba leerse la referida evolución terminológica y conceptual de la norma como reveladora de que el propio legislador se desdice o reniega del carácter netamente beneficioso de la incapacitación como premisa o condición necesaria (y suficiente) para la instauración de la tutela. Más bien, pienso que puede valorarse como derivación del convencimiento de que, en ese círculo más íntimo del presunto incapaz, habrían de resultar toscos e ineficientes unos instrumentos jurídicos tan rigurosos como han de serlo el de la estricta obligación y la consiguiente responsabilidad. No es sólo que la Ley se vea incapaz de desvanecer las falsas percepciones de lo que la incapacitación representa⁵, sino que, acaso, se satisface con la distribución de papeles que resulta de los *distintos grados de legitimación*, finalmente estructurados en el artículo 757 LEC.

Es verdad que la “cuestionada” familia no tiene “obligación de incapacitar”, pero no es menos exacto que tampoco se le reconoce el derecho de excluir el procedimiento, para dejar a su ser querido al margen de las instituciones tutelares. Por lo pronto, debe repararse en que, aparte de que las autoridades y funcionarios públicos lo tengan como obligación, cualquier persona puede “llevar la noticia” al Ministerio Fiscal, que tiene -cuando se convenciere de que procede- el *deber ineludible* de promover la incapacitación.

Acaso, esta necesidad de cautela y discernimiento entre lo que “parece” y lo que “realmente es” causa de incapacitación, puede suministrar otra clave para la decisión legislativa de no forzarlos a actuar. Pensemos que precisamente las personas del entorno más próximo al presunto incapaz, generalmente, *no estarán en condiciones de calibrar* la concurrencia de verdadera causa de incapacitación -muchas veces, porque no quieren o no pueden discriminar la autonomía, que propiamente corresponde al presunto incapaz, de la que, finalmente, alcanzará arropado por una familia dispuesta al sacrificio; y, casi siempre, porque su eventual intencionalidad promotora se desvanecerá ante el carácter genérico de las “causas previstas” en el artículo 200 CC⁶-.

Mayor gravedad debería atribuirse a la incuria que se supone en quienes, sabedores de una presunta incapacidad, sí están *obligados a documentar* al Ministerio Fiscal para que canalice la oportuna demanda de incapacitación. Sin embargo, y a lo que parece, *en el cuerpo de funcionarios y entre las autoridades*

⁵ “En efecto, hay un gran número de casos en que los padres y parientes no se deciden a instar la declaración judicial de incapacidad del hijo o familiar, principalmente, por desconfianza hacia las formalidades legales; por desconocimiento social; por temor a las costas del procedimiento; por miedo (sobre todo, en los casos de enfermos mentales de carácter cíclico) a que las actuaciones del procedimiento afecten negativamente a éstos; por miedo (en el caso de padres mayores con problemas degenerativos) a los trastornos que el procedimiento pueda causarles y a que, por la duración del mismo, la incapacitación llegue tarde, etc.” [María José CALVO SAN JOSÉ (2005: 11829)].

⁶ Sobre esta inconcreción de las causas y la inseguridad que genera, *vid* Rafael MARTÍNEZ DÍE (1999: 186), cuando introduce el apartado de los obstáculos sustantivos o batería de razones que se oponen a la iniciación de los procedimientos de incapacitación singularizando “la propia indeterminación legal de sus causas, y la inexistencia de una nomenclatura fiable”.

-incluidos los notarios y los jueces⁷-, no deben abundar quienes se hallen decididamente convencidos del carácter benéfico de la declaración de incapacidad, pese a no poder faltarles la conciencia de que sólo ella puede dejar expedita la constitución de la tutela consiguiente.

Son precisamente las autoridades y funcionarios los causantes de la que Rafael MARTÍNEZ DÍE (1999: 174-178) ha denominado “descoordinación institucional” e “impenetrabilidad interinstitucional” y que él mismo ejemplifica profusamente, empezando por los supuestos de “regularización” de las minusvalías, donde “la Administración no sólo conoce, sino que reconoce y determina el grado de invalidez”, toma conocimiento de “patologías severas que privan del autogobierno” y, sin embargo, no suele trasladarlo al Ministerio Fiscal. En el mismo capítulo de la incongruencia funcional, el citado notario refiere las ocasiones en que *posibles causas de incapacitación* son conocidas por otros órdenes jurisdiccionales (penal, social o contencioso-administrativo), sin que quienes los sirven den cumplimiento al deber específico que el vigente artículo 757.3 LEC vierte, sobre autoridades y funcionarios públicos, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal⁸. De aquellas pasividades, resulta una acusada *opacidad* que, por lo demás, ocasiona -así concluye- “una situación borrosa, profundamente perturbadora para la seguridad del tráfico y perjudicial para el afectado”.

4.2. La incapacitación necesariamente singularizada o “a la medida”

Mucha de la “mala prensa”, que sigue teniendo la incapacitación, encuentra su origen en el primitivo sistema que pervivió en el Código Civil, casi hasta su centenario. Era un sistema de tutela orgánico y de familia, que se caracterizaba por su ineficiencia y por la tendencialmente absoluta preterición -propia de otras estructuras familiares y de las convicciones de la época- de la vertiente personal del pupilo⁹.

Los órganos tutelares se constituían cuando lo demandaban las especiales proporciones o complicaciones del patrimonio del presunto incapaz y, una vez constituidos, el protagonismo no correspondía ni a la

⁷ José Manuel LETE DEL RÍO (2001: 1488) asegura que “en el vocablo “autoridades” hay que considerar incluidos a los jueces; y en la expresión “funcionarios públicos”, a los notarios, aunque no lo sean en sentido estricto”.

⁸ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2001: 1149), entre otros, hace elenco de los afectados por el deber y subraya la responsabilidad por el incumplimiento: “Los destinatarios de la norma serán, sin ánimo de exhaustividad, los médicos del Registro Civil, de la Seguridad Social, Directores de establecimientos psiquiátricos, de Centros de Salud dependientes del Estado, Comunidades Autónomas, Diputaciones Provinciales, responsables de bienestar o asistencia social, concejales de Servicios Sociales y cualesquiera otros funcionarios públicos (forenses, psicólogos, asistentes y trabajadores sociales) destinados en tales Centros o, como en el supuesto de la sentencia de 24 de mayo de 1991, los funcionarios públicos de los Ayuntamientos. Este deber de comunicar... es un deber de carácter público y del que puede derivarse responsabilidad, cuando es incumplido de manera dolosa o culposa”.

⁹ José CASTÁN TOBEÑAS (1944: 79) propone como *desideratum* las tendencias que capta en las “legislaciones civiles más modernas” y, en primer lugar, “la de acentuar el carácter de protección personal”, ya que se le da “todavía un carácter casi exclusivamente patrimonial, olvidando los intereses morales y educativos del pupilo y el proveer a la protección de los menores que carecen de patrimonio”.

autoridad judicial (que interviene “de un modo incidental, accesorio y subsidiario”), ni al propio tutor, sino al “novedoso” y afrancesado *Consejo de Familia*; pues, como se escribiera de inmediato, “la tutela propiamente la ejerce el Consejo de Familia, siendo el tutor el mero encargado de realizar los acuerdos de aquél¹⁰”. Pero, sobre todo, y dejando al margen la que recae sobre los pródigos, la tutela que el Código regulaba sistemáticamente era *una tutela plena*, por la sencilla razón de que, como escribe el mismo civilista, “la incapacidad de los locos es *absoluta*” y “tiene, *necesariamente*, el máximo alcance¹¹”.

Hay que llevar cuenta de aquellas coordenadas de sensibilización casi exclusivamente patrimonial y de absoluta insensibilidad institucional ante la diferencia, para poder calibrar el significado netamente humano de las instituciones tutelares, vigentes a partir de la última gran reforma que, propiamente, reestructura sobre nuevas bases y valores actuales el sistema de protección -por lo que ahora importa- de los adultos.

Desde luego, la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela*, abrió una etapa absolutamente novedosa para las instituciones tutelares, que empiezan a girar *en derredor de los intereses y aspiraciones de cada persona necesitada de protección*. Otra cosa es que, tal vez, no hayamos conseguido trasladar a los destinatarios y a sus familias los valores y posibilidades de la *nueva tutela*, empezando por la elasticidad que caracteriza, primero, a la declaración judicial de incapacidad y, consecuentemente, a la tutela que corresponda.

Uno de los cambios más significativos, amén del que representa volver a la tradición hispana, en lo que respecta a la *duplicidad de figuras* -recuperando la “curatela”, en aras también de la flexibilidad-, ha de situarse en la consagración normativa de la posibilidad y el deber de *dosificar la declaración de incapacidad* que, por regla general, sobrevendrá más allá de la minoría de edad. Que la incapacitación sea “ajustable” y deba ser “ajustada” es, por lo demás, un progreso que acaba de redondearse, gracias a la trascendencia que también se reconoce al aumento o plena recuperación de la capacidad de obrar.

A partir de la nueva regulación (rotulada tímidamente como “*reforma... en materia de tutela*”), ya no puede tomarse como referencia aquella temible “desposesión absoluta” de la autonomía de la persona a proteger. Cuando hablemos de la vigente declaración de incapacidad, debemos cargar las tintas sobre el hecho de que, ahora, la incapacitación no tiene por qué ser *ni total ni definitiva*. La sentencia de “incapacitación” no supone, ni mucho menos, reducir al declarado incapaz a un estado de inutilidad absoluta o de serie y próximo a la *capitis diminutio* romana, sino que representa *poner en términos jurídicos el mapa de las*

¹⁰ José CASTÁN TOBEÑAS (1944: 82), pero tomando el primer entrecomillado de SÁNCHEZ ROMÁN y la otra expresión de PENICHER, cuya obra, “*Comentarios a la Tutela*”, tiene fecha de 1899.

¹¹ La última aseveración la tomo de Federico DE CASTRO Y BRAVO (1952: 293), quien previamente había instrumentado una crítica rigurosa a la primera sentencia (de 3 de marzo de 1947), en la que el Tribunal Supremo se había decidido a ajustar la tutela de dos hermanas oligofrénicas y a graduarla de modo análogo a la prodigalidad y sordomudez, desarrollando, este eximio civilista, la tesis de que “las razones dadas en la sentencia no convencen ni de la necesidad, ni de la conveniencia o siquiera de la posibilidad jurídica de abandonar la doctrina hasta ahora admitida” [Federico DE CASTRO Y BRAVO (1948: 296)].

aptitudes y carencias, sin merma ni añadido, que el discapacitado tiene previamente y con independencia de la declaración. “Reconocer” su incapacidad consiste en confeccionarle y permitirle que porte, en su propio beneficio, una radiografía jurídica de su capacidad natural. Ahora es cuando alcanza pleno sentido la preocupación de los más próximos al presunto incapaz, por el hecho de que la declaración de incapacidad, que la sentencia establezca, se corresponda milimétricamente con lo estrictamente necesario¹².

Sin embargo, el tema es de tanta trascendencia que ni siquiera se deja a la natural solicitud de los familiares, sino que el artículo 760.1 LEC traslada, directamente, ese imperativo categórico a la autoridad judicial, proclamando que “la sentencia, que declare la incapacitación, *determinará la extensión y los límites de ésta*, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”. Pero es que, además, esta medición y fijación jurídicas de las posibilidades del (sólo relativamente) incapacitado, aunque tengan duración indefinida, no son necesariamente vitalicias, toda vez que -como el propio legislador se preocupa de advertir: artículo 761.1 LEC- aquella sentencia “no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda (y deba) instarse un nuevo proceso, que tenga por objeto *dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación, previamente establecida*”.

Añadiré que si la propia incapacitación es, en todo momento, graduable o ajustable, puede suceder que el incapacitado necesite -y la misma sentencia de incapacitación habrá de precisarlo, como recuerda el transcrito artículo 760.1 LEC- de una institución u otra, de las que el Código ofrece. En ocasiones, estará indicado dotarle del mecanismo propiamente “tutelar” y, en otras circunstancias, será suficiente con proporcionarle la asistencia o refuerzo que representa la “curatela”. Pero, aunque se le acabe asignando un tutor, nunca podrá olvidarse de que -como hemos de ver- la representación sustitutiva de éste no se activa más que a partir de la línea a la que no alcanza la actuación personal del interesado, de modo que el tutor le complementa *en lo que fuera menester*.

5. EL INTERÉS DEL INCAPACITADO COMO PRINCIPIO CARDINAL: SELECCIÓN DEL TUTOR

El Código Civil abre la regulación de las instituciones de guarda y protección de la persona proclamando que “las funciones tutelares constituyen *un deber*, se ejercerán *en beneficio del tutelado* y estarán bajo la *salvaguarda de la autoridad judicial*” (artículo 216.1).

Con esa triple aseveración inaugural, el legislador se ha propuesto sintetizar la naturaleza y los principios

¹² Federico C. SAINZ DE ROBLES (1999: 173): “En cuanto a lo segundo, ya le he dicho, a mí la palabra *incapacidad* me molesta tanto como a usted; yo no he sido capaz de encontrar otra y esto, claro, ya es una tradición secular en ello. Lo que nosotros sí tenemos que hacer es la información: “Mira, hijo, yo soy incapaz de curarme una enfermedad, yo tengo que ir a un médico que me cure la enfermedad...; soy incapaz; bueno, pues tú lo eres para esto, en cambio esto otro lo haces mejor...” Y lo que yo sí voy a procurar es que cuando el juez te vea, te vea como eres tú y te limite en lo que no puedes y en lo que puedes, no”. En tono más “objetivado” y con análisis de las últimas decisiones de los Tribunales sobre la necesidad de precisión en la guarda del incapacitado, *vid.* María Jesús LÓPEZ FRÍAS (2003: 334-338).

informadores de las instituciones tuitivas y, con ese propósito, destaca doblemente (“función” y “deber”, dice el primer inciso) la *naturaleza altruista* de la labor de protección, subraya la imperatividad del *beneficio del destinatario*, como parámetro del ejercicio de aquellos derechos-deberes y, finalmente, proclama que el desempeño del cargo y las personas que lo ocupan están sujetos a la *supervisión directa del juez*, como corresponde al denominado sistema de tutela *de autoridad* (judicial), que introduce en nuestro ordenamiento la ya citada *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela*.

A poco que se reflexione, podrá percibirse la complementariedad de los referidos principios informadores -especialmente, entre los dos primeros- y la necesidad de hacerlos operativos, a través de las decisiones del juez.

En el contexto de esta ponencia, parece apropiado recordar cómo la *anteposición del beneficio del pupilo*, respecto de cualquier otra exigencia o interés, aparte de que deba inspirar el *ejercicio cotidiano de las facultades* correspondientes al servidor de una función tutelar, se manifiesta, desde un principio, *para acompañar, inspirar y justificar las decisiones preliminares de la autoridad judicial*.

Resulta especialmente llamativa la reiteración del beneficio del tutelando *como guía y fundamento de la elección* de la persona del tutor. No es sólo -por mucho que se valore- que la denominada autotutela haya logrado hacerse hueco en nuestro ordenamiento, en la inteligencia de que no puede haber mejor intérprete de su propio beneficio que el mismo afectado por la incapacitación. Tampoco puede considerarse determinante el hecho de que el orden de los ulteriores llamados al desempeño de su tutela se formule atendiendo a las exigencias del beneficio presunto para el pupilo, de modo que el cónyuge antecede a los propios descendientes y hermanos (artículo 234.I, núm. 2º y 5º).

Si bien se piensa, tales preferencias “legislativas” descansan -la que otorga primacía absoluta “al designado por el propio tutelado”, en una ponderación *pretérta* del ahora incapacitado y la vocación a los demás- en una *general presunción* de afectos y disponibilidades. Pero nadie puede garantizar que no se haya difuminado la empatía del preseleccionado o que dicha presunción de cercanía afectiva, finalmente, encuentre el respaldo de la realidad concreta. Por eso, lo determinante del vigor de aquel principio ha de localizarse en las *facultades, excepcionales y, desde luego, exorbitantes, de las que dispone el juez*, justamente para desconocer aquellos indicadores genéricos y decidirse por “un extraño”, siempre y cuando lo requiera -así tendrá que fundamentarlo- *el beneficio concreto del tutelando* (artículos 224, 234.II y 235).

De este modo, situando al juez -si fuere necesario- por encima de las predeterminaciones de los sujetos, de los lazos familiares y de las generalizaciones de la norma, el sistema vigente consigue elevar a principio absoluto el beneficio del pupilo, confiando, claro está, su operatividad a la autoridad judicial. Y, congruentemente, esta tutela de *autoridad* fuerza a abandonar las viejas clasificaciones de la delación (testamentaria/voluntaria, legal y dativa), si no se quiere concluir que toda delación -en cuanto puesta a disposición efectiva del cargo de tutor- actualmente ha de considerarse *dativa o judicial*.

No es sino el juez quien decide *nombrar tutor*, bien respetando la *regla* (y el orden) del artículo 234.I (“autodesignado”, cónyuge, padres, el designado por éstos, ascendiente, descendiente o hermano del

tutelando), bien *alterando este orden o prescindiendo de todas las personas mencionadas*, para nombrar a la persona que ofrezca garantías de *integrar al pupilo en su vida familiar* (artículo 234.III) o a la que, por otras razones, el *beneficio del tutelando* indique como tutor *más idóneo* (artículos 234.II y 235).

La otra premisa del sistema sería la consideración de las funciones tutelares *como un deber*. De ahí, pudiera deducirse que el legislador ha pretendido abortar, preventivamente, cualquier especulación acerca de un posible “rechazo” a la asunción del cargo o de una ulterior “abdicación” de la responsabilidad asumida, para el caso de que no se considerara proscrita esa especie de “renuncia” por la regla que, generalmente, circunscribe su eficacia, en relación con el respeto al “interés o el orden público” y a que no perjudique a terceros (artículo 6.2 del Código Civil). Pero no es ese enunciado genérico de la “coercibilidad” de la función el que ahora nos interesa, sino las razones que pudieran considerarse suficientes para no hacerla valer o, dicho de otro modo, para no exigir que se ejerza la tutela contra la voluntad del tutor renuente.

No existen motivos para dudar de que sólo el imperativo de atender, constantemente, al beneficio del tutelando puede aconsejar que se module esa aparente “agresividad” de la tutela, como encargo u oficio ineludibles. El propio legislador, después de hablar de “deber”, se siente en la necesidad de diluir aquella obligatoriedad, ante todo mediante el señalamiento de un difuso ámbito de *inexigibilidad* del desempeño de esa función, y lo hace recurriendo a la idea de *excusa*. Pero es que hay más.

Ya es de por sí relevante que se hayan anunciado hipótesis exentas de imposición; pero más llamativo ha de resultar que, por añadidura, ese cerco de permisividad adolezca de imprecisión, lo que acaba



Jacinto Gil, en el transcurso de su ponencia

constatándose tan pronto como se advierte que el aparente tono restrictivo de la norma de cabecera, que hace pensar que las razones de excusa van a contar con un sustento legal concreto y detallado (“Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares -dice el artículo 217- en los *supuestos legalmente previstos*”), se desvanece al momento de prever los anunciados “supuestos”. Cuando se busca el detalle, resulta que no se insiste en catalogar las “razones” o supuestos que justifican la excusa, sino que se prefiere remitir a “*cualquier otra causa*”, más allá de las que el precepto ejemplifica, con tal de que, a criterio del juez, “resulte *excesivamente gravoso* el ejercicio del cargo” (artículos 251 a 258).

Aquí, nuevamente, y por exigencias del principio cardinal, se acaba remitiendo al juez el examen de los motivos esgrimidos por el interesado en la excusa, la constatación de su correspondencia con las “previsiones” legales y, especialmente, la ponderación de la incidencia que los “inconvenientes” alegados pudieran tener en el beneficio concreto del tutelando. Lo cual confirma que también el régimen de excusas vigente ha venido a situar el beneficio indirecto del tutelado, por encima del interés inmediato de la persona que rehúsa el ejercicio de la tutela.

El interés de quien pugna por no ser tutor parece evidente. El propio legislador identifica la razón última de la dispensa, con el hecho de que el desempeño del cargo hubiera de resultarle *excesivamente gravoso*. Por el contrario, no habrá forma de explicar, convincentemente, la referida oportunidad de “facilitar la excusa”, si no es concediendo la máxima prioridad al beneficio concreto del pupilo en la interpretación-aplicación de todos los preceptos relativos a tutela, incluidos cuantos disciplinan las “causas” de excusa.

Precisamente, gracias a esta hermenéutica *finalista y bienhechora*, puede cerrarse el espacio que pudiera haber quedado entre las “reglas de selección” del tutor (artículos 234 y 235) y el sistema de tratamiento de las excusas (artículos 251 a 258). Es la ponderación del beneficio del incapacitado lo que hace aconsejable la estimación de excusas, en las que las razones alegadas no alcancen aquella cota de “gravosidad” y, sin embargo, perfilen la *inidoneidad* del tutor en cuestión.

Y, aún, puede decirse más. Aunque el principio dispositivo hurta al juez la ocasión de valorar las concretas circunstancias de edad, enfermedad, ocupación o alejamiento concurrentes en la persona del *tutor que, dispuesto al sacrificio, no las hubiere alegado*, el sistema salido de la reforma deja también al arbitrio judicial -obviamente, iluminado por el beneficio concreto del tutelando- la cobertura de este espacio, que media entre la imposibilidad legal de ser tutor (inhabilidades) y la razonable comodidad de no serlo (excusas), con la apreciación motivada de la inconveniencia de que lo sea una persona con tales condicionamientos (artículo 234.II).

6. LA GARANTÍA Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DEL PUPILO: LA ACTUACIÓN DEL TUTOR

La legitimación sustitutiva del tutor se expresa en la *función representativa* -algo así como el título para actuar en lugar del pupilo- y el campo de actuación se concreta en dos ámbitos: el *plano personal* y el *plano patrimonial*.

6.1. La representación legal (plena) que comporta la tutela

La regla o principio de sustitución por el tutor de la actuación del incapacitado se encuentra expresada genéricamente en el artículo 267 del Código Civil, cuyo primer inciso dispone que el *tutor es el representante del incapacitado*. Lo cual no quiere decir -y procede subrayarlo, cuando se pondera la garantía del beneficio del incapacitado- que la instauración de la tutela acabe, necesariamente, con cualquier vestigio de actuación personal del pupilo. Al contrario, hay que hacer hincapié en que la efectiva sustitución representativa será *escrupulosamente subsidiaria* de la posibilidad de que el propio pupilo *actúe por sí mismo*, “ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación” (artículo 267, último inciso).

Al decir que “el tutor es el representante” del (menor o) incapacitado, el legislador expresa, resumidamente, *la esencia y elasticidad* del cargo tuitivo: suplir o sustituir jurídicamente al tutelado, para todos aquellos actos que su incapacidad no le permite realizar *por sí solo*, según la expresión del legislador. Sería más exacto rebajar el giro, a fin de no condicionar más de lo necesario la autonomía del tutelado, ya que pertenece a lo obvio que, técnicamente, huelga toda idea de representación (legal) y sustitución, cuando el interesado actúa *por sí mismo*, aunque no estuviera a su alcance completar eficazmente el acto “por sí solo” y precise algún tipo de asistencia o complemento de capacidad.

Esta representación legal del tutelado, a semejanza de la derivada de patria potestad (artículo 162), es *tendencialmente absoluta* o completa y se manifiesta tanto en la esfera de actuación personal -así, en parte, pueden explicarse las funciones del artículo 269-, como en la estrictamente patrimonial -de manera que el artículo 267 constituye condición y presupuesto de la administración que al tutor encomienda el artículo 270-. Por lo demás, el tutor queda habilitado para actuar en nombre y beneficio del pupilo, lo mismo en el ámbito extrajudicial, que en la esfera propiamente judicial.

Como ha podido deducirse y acabo de recordar, la presencia del tutor no asfixia, necesariamente, las potencialidades reales del pupilo. Por eso, una vez enunciada la regla de la sustitución representativa, la misma norma codificada (artículo 267) se ocupa de subrayar el *carácter subsidiario de la representación* estudiada: “*salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”. Esta formulación, que tiene la ventaja de la adaptabilidad, puede parecer criticable, por cuanto *apunta, pero no expresa, los supuestos en que queda excluida la representación*. Para recomponer el cuadro de excepciones a esta representación legal o, visto desde la cara de la autonomía, el elenco de posibilidades que tiene el pupilo para actuar eficazmente en derecho, no hay más remedio que *remitirse a la sentencia*, toda vez que, en nuestra hipótesis de trabajo, la tutela procede de incapacitación y no podemos acogernos al enunciado del *artículo 162.II y III* para la tutela de menores.

Como en toda actuación sustitutiva, y buscando preservar el beneficio del sustituido, también en la tutela de adultos *quedan excluidos* de la representación tutelar todos aquellos actos en que exista *conflicto de intereses* -entre los del pupilo y los del tutor-, si bien el Código ha preferido dejar expresado este desapoderamiento, que la ética impone, ya en términos de ineptitud o prohibición de actuar del concreto tutor (artículo 221.2º). Asimismo, y ahora para evitar la duplicidad, la representación del tutor queda desactivada en relación con las actuaciones concernientes a bienes que estén *excluidos de la administración* del representante legal, en la medida siquiera en que esa misma gestión se hubiere encomendado a otro administrador, como autoriza el artículo 227.

Especialmente delicada es la tarea de calibrar la “distribución de competencias” en el terreno de las *actuaciones personalísimas* y de los *derechos de la personalidad*, esfera en la que se acepta comúnmente la tesis de que o actúa el pupilo por sí mismo, o quedan sin ejercitar, porque no se prestan a la sustitución¹³.

También en este nivel de extrema sensibilidad, me parece oportuno *traer a primer plano el beneficio concreto del pupilo* y, en consideración a éste, *modular la alternativa de principio* -o él o nadie-, siquiera cuando la ausencia en el incapacitado de las condiciones de madurez, exigidas para la realización válida del acto, pone al representante legal al borde de los riesgos de la inactividad. No parece descabellado pensar que, entonces, la obligación de velar por el pupilo impone y legitima determinadas actuaciones “esencialmente benéficas”, aunque “aparentemente invasivas” de aquella esfera, sea tomando personalmente la decisión, caso de urgencia (intervenciones quirúrgicas o transfusiones de sangre), sea con el respaldo de la autorización judicial, si la actuación es trascendente y cabe recurrir a aquella (art. 271.1º CC, art. 763 LEC y art. 156 CPEN, en cuanto al internamiento y esterilización).

6.2. El deber de velar por el pupilo y las obligaciones personales que comporta

El artículo 269 sintetiza el compromiso personal del tutor, subrayando que *está obligado a velar por el tutelado* e, inmediatamente, desglosa dicho compromiso en cuatro actitudes o líneas de actuación. Primero, *procurarle alimentos*; segundo, educar al menor y *procurarle una formación integral*; tercero, *promover la adquisición o recuperación de la capacidad* del tutelado y su mejor inserción en la sociedad; cuarto, *informar al juez, anualmente*, sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

Representa una muestra de positiva sensibilidad y un verdadero acierto que la referencia a *la obligación de velar* no se haya enunciado dentro de los derechos-deberes que la tutela comporta, como se prefiere singularizar en sede de patria potestad (artículo 154.1º). Aquí, el deber de velar por los pupilos, al llevarse a la cabecera de la norma, no sólo sirve para refrendar la dimensión cuasi-familiar de la tutela (que ya trasciende del enunciado de deberes: artículo 268), sino que propicia una doble inteligencia de ese mismo

¹³ En general, vid. María José SANTOS MORÓN (2000) y Blanca SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS (2005).

deber. *Velar por el tutelado*, ante todo, conlleva el *cumplimiento escrupuloso* de las obligaciones tipificadas a continuación; pero, además, configura, en sí mismo, un *deber específico de atención, vigilancia y control*, no sólo del comportamiento del propio tutelado, sino también de la actuación de cuantas personas o instituciones colaboren en su cuidado y formación.

No está clara, en absoluto, la consistencia última de la obligación que impone al tutor el artículo 269.1º, con la expresión *procurarle alimentos*, que ya, literalmente, difiere del claro y directo deber que respecto de los hijos en potestad impone *alimentarlos* (artículo 154.1º). Parece seguro que los alimentos tendrán su fuente en el propio patrimonio del pupilo, cuando éste exista y sea suficiente, y que se proporcionarán a cargo del tutor, si, a cambio, se ha establecido que perciba los frutos de aquél (artículo 275) o si, supuesto el estado de necesidad del pupilo, ha devenido tutor, precisamente, el pariente obligado a prestarlos (artículos 143 y 144).

Puede convenirse, también, en que *procurarle alimentos* implica la obligación de reclamárselos al pariente que corresponda o, en su caso, gestionar los subsidios o ayudas que procedan. Sin embargo, no parece que el precepto imponga el deber de alimentos al tutor con cargo a su patrimonio, por el solo hecho de ser nombrado tutor y como una de las obligaciones de su cargo.

Las obligaciones relativas a la *educación, formación integral e inserción social* no pueden ser sino complementarias y referibles, tanto al pupilo menor, como al incapacitado, pese a que, respecto de éste, en el artículo 269.3º prime la adquisición o recuperación de la capacidad, condición de su autonomía personal y social. Para promover la inserción social plena del ahora incapacitado, la vía más segura consiste en que el tutor le procure la formación integral que, en concreto, aconseje su personalidad.

La obligación consistente en promover la *adquisición o recuperación de la capacidad* y la mejor *inserción en la sociedad* ha de entenderse referida a la tutela de los incapacitados. La obligación conlleva (además de la tarea pedagógica, si de otra forma no se entendiera impuesta) facilitar el acceso a la *asistencia especializada*, en régimen externo o con internamiento (previa autorización judicial, en este caso: artículo 271.1º CC y artículo 763 LEC); pero exige, también, no retardar sino *intentar e impulsar la declaración judicial modificativa o reintegradora de la capacidad* que, variadas las circunstancias, contempla el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

6.3. La vertiente patrimonial de la tutela

Aunque no falten los matices, el Código Civil extiende a la función tutelar el encargo de administración que, naturalmente, corresponde a los ejercientes de la patria potestad sobre los bienes de los hijos (artículo 164.I), disponiendo que el tutor “*es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia*” (artículo 270).

La administración no da comienzo sino después de haber prestado las *garantías* que, en su caso, hubiera fijado el juez y conlleva, desde luego, la *obligación de inventariar* judicialmente los bienes del pupilo (artículos 260 y 262).

No puede dejar de observarse cómo esta administración tutelar toma distancia de la que se ejerce, en razón de patria potestad, por las *mayores posibilidades de fiscalización y menores facultades dispositivas*, en materia de gestión patrimonial. El mayor control se manifiesta a través de la obligación de *rendir cuenta anualmente*, impuesta específicamente al tutor, sin perjuicio de otros informes de estado y de la cuenta general “justificada”, para contraste con la excepcionalidad de la exigencia de cuentas a los padres (cfr. artículo 168 *versus* 269.4º). Y la mayor constricción de las facultades dispositivas queda, asimismo, patente en la comparación de los actos que precisan de autorización judicial en la patria potestad (artículo 166), con los minuciosamente catalogados en el artículo 271.

7. LA TUTELA MÁS ALLÁ DEL DESAMPARO FAMILIAR: EL ARTÍCULO 239.III

Tras este rótulo, abandonamos el primer nivel de análisis, referido genéricamente a *los beneficios de la institución tutelar, incluso para los adultos* que la precisaren. En el caso más extremo, nos hemos estado moviendo con la hipótesis de un presunto incapaz, a quien la familia se había propuesto preservar de una incapacitación “perturbadora” y, a cambio, ejercía de hecho la correspondiente función tuitiva. Ahora, los contornos de aquella hipótesis no sirven. Aquí no hay “sobrepotección”. La norma seleccionada para esta ocasión nos sitúa ante un incapaz -presunto o declarado, no está definido- que *no puede alcanzar esos teóricos beneficios* de la tutela porque, sencillamente, *ni siquiera tiene persona idónea, dispuesta a desempeñar el cargo, o a “sacrificarse” por él con una protección fáctica*.

Desde luego, el aislamiento familiar no es privativo de los menores desamparados, aunque así pueda parecer a la vista de las noticias habitualmente difundidas en los medios de comunicación. También a un mayor de edad puede sobrevenirle un estado de necesidad o aislamiento, que genéricamente puede llamarse *desprotección o desamparo*, y no cabe descartar que dicho “desamparo” conviva con situaciones de *falta de capacidad de obrar*.

El caso más extremo pudiera representarlo un incapacitado judicialmente, que carezca de familiares y conocidos que pudieran asumir eficazmente la función tutelar. Tal vez, fue la hipótesis que representó quien diseñó el nuevo párrafo tercero del artículo 239 del Código Civil, cuando habla de asumir, por ministerio de la Ley, la *tutela del incapaz que se encuentra en situación de desamparo*.

Dice así:

“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces **cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrada tutora**, asumirá, por ministerio de la Ley, la tutela del incapaz **cuando éste se encuentre en situación de desamparo**. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho, a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes, que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Nadie pondrá en duda que, ante una situación humanamente tan compleja como la identificada, la (voluntad de) respuesta jurídica no puede ser simple o concisa. El tema acotado por el citado artículo 239.III presenta tantos perfiles que sería imposible abarcarlos, incluso en una ponencia completa.

Aquí, ya hemos ocupado buena parte de la nuestra, pero lo que aún nos queda hemos de estructurarlo en tres grandes apartados que, al menos, debería tener aquella ponencia imaginaria. El primero debería dar cuenta de *lo que en la norma está escrito* y cómo es que ha recibido el enunciado enigmático que presenta. Una vez entendido el texto, la investigación debería centrarse en *la interpretación del precepto*, para desentrañar fundamentalmente el espíritu y la finalidad que ha de regir su aplicación. Finalmente, debería dedicarse un tercer apartado -de tono conclusivo- a establecer las referencias o líneas maestras de *la institución protectora que se necesitaba* y no se ha acertado a dibujar con nitidez.

7.1. El texto (y contexto) del nuevo precepto

El nuevo párrafo tercero del artículo 239 resulta ser una norma “sobrevvenida”, incluso para el texto primigenio de la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre*, que oblicuamente la inserta en el Código Civil. Esa gestación explica que presente un enunciado ininteligible (un verdadero galimatías) y que no podamos encontrar ninguna referencia hermenéutica en la Exposición de Motivos.

Como es sabido, el núcleo de la citada *Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad* hace honor al sujeto y a la materia que su título delimita. Su destinatario no es otro que *el discapacitado*, sea menor, mayor o anciano; plenamente “capaz” o incapacitado judicialmente, con tal de que presente un porcentaje de minusvalía -psíquica $\geq 33\%$; física $\geq 65\%$ - que se halle certificada. Mientras que la protección se concreta a través de la configuración de la nueva institución, que denomina *patrimonio protegido*.

Además, desde el principio, el texto legal aprovecha para introducir otras “modificaciones aconsejadas por la Comisión General de Codificación”, como la “*autoincapacitación*” (artículo 757 LEC), la “*autodelación*” de la tutela (artículos 223 y 234 CC) y el *mandato preventivo* (artículo 1732). “Retoques”, todos ellos, que se “justifican” en el correspondiente apartado de la exposición de motivos de la Ley y que han recibido -obligado es decirlo- el aplauso generalizado de la doctrina.

La denominada *tutela automática de incapaces* constituye un caso aparte. Se manifiesta a través de la *enmienda núm. 23* del Grupo Socialista en el Congreso, pensando -por lo que su motivación expresa- en el “*incapaz sometido a tutela pero... en situación de total desamparo moral o material*”, y la incorpora -tal cual la redactó el enmendante: en su orden, con sus comas y con sus pronombres- el dictamen de la Comisión de Política Social y Empleo, que actúa *con competencia legislativa plena*. El tenor literal del párrafo que nos ocupa, “no sufrió” intervención alguna en su breve *iter* legislativo, por lo que nadie puede disputarle la paternidad al proponente.

Como era de suponer, las críticas a la redacción han sido tan generalizadas que eximen de cita, aunque, por lo común, mantienen un tono sumamente “benigno” y no se carga la tinta en la constatación de que, como quedó escrito, el precepto *no exige “previa” declaración de incapacidad*. Cuestión distinta es que,

en esa “indiferencia”, confluya lo más desconcertante de la norma¹⁴, si se piensa -como la dogmática exige- en la conexión necesaria entre los *incapacitados* y la auténtica *tutela*. Aunque, también, pudiera abordarse la norma desde los componentes “revolucionarios” que en ella pueden adivinarse, y con la esperanza de “colonizar” el espacio que, paradójicamente, hoy ocupa la guarda de hecho¹⁵, mediante una nueva institución tuitiva acorde con el Derecho comparado y que, como allí, no precise de incapacitación judicial.

7.2. La figura que (según se dice) cabe en el artículo 239.III

Si en el nuevo artículo 239.III se atendiera -como el artículo 3.1 del Código Civil impone- “*fundamentalmente al espíritu y finalidad*” de la norma, debería potenciarse la interpretación que permitiera enraizar en ese precepto *dos hipótesis* de partida -léase *supuestos de hecho para la activación de la protección*-, que pudieran derivar en *dos tutelas, acaso, de diversa consistencia y densidad*.

Una sería la *tutela ordinaria*, con la peculiaridad de que, a falta de cualquier otra persona idónea para desempeñarla (“cuando *ninguna de las personas* recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor”), asumiría el cargo ***necesariamente la entidad pública*** a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces. Se trataría de una tutela *de adulto incapacitado* de la que se ocupa una persona jurídico-pública: tutela civil, a cargo de la Administración competente, que, por lo mismo y sin bajar al detalle, no precisaría de mayores especificaciones, ni en cuanto al giro que la identifica (*auténtica tutela*), ni en cuanto a la manera de ejercerse (*contenido*).

Pero cabría, también, *otra especie de tutela* que se activaría a raíz de la superposición de una presunta incapacidad y una real situación de desprotección: “cuando *éste* (el incapaz) se encuentre en *situación de desamparo*”. Sería *una figura absolutamente excepcional* pero que -como la tutela automática de menores, que sirvió de modelo a la “innovación”- acudiría en socorro de quienes reúnen una imposibilidad de gobernarse por sí mismos y carecen del amparo que debería prestarles la familia.

Por el contrario, si se diera preferencia al criterio sistemático -que es al que, habitualmente, se atiende-, agigantando la premisa de que no puede existir tutela de mayores sin la precedente incapacitación, deberíamos *resignarnos a dar entrada, únicamente, a la típica tutela* anteriormente referida, aunque dejáramos abierta la posibilidad de que la Administración pública que corresponda, lo mismo pudiera ser convocada a su desempeño en *el momento inicial*, inmediatamente después o de forma coetánea a

¹⁴ Es el caso de Ignacio SERRANO GARCÍA (2004: 52), tras constatar que el precepto “trata de los mayores incapaces, pero *sin declaración judicial* de incapacidad y de los desamparados mayores”.

¹⁵ Rafael MARTÍNEZ DÍE (1999: 174) subraya que “la disociación entre lo material y lo positivo conduce al *absurdo* de que una regulación residual y escasa como la que merece la guarda de hecho, tenga una relevancia práctica inconmensurablemente superior a la de la tutela”.

la sentencia de incapacitación (cfr. artículo 760 LEC), o, en un momento posterior de la tutela, cuando quien la hubiere estado ejerciendo, deviniera inhábil, se excusara, o fuera removido; esto es, *también en los casos de tutela vacante*.

a) La tutela civil a cargo de la Administración pública

Circunscribiéndonos ahora al supuesto más sencillo y que nadie descarta, debería advertirse que, pese a ser la *“tutela de siempre”*, no dejará de presentar alguna especialidad en cuanto a su *“delación”*. De hecho, al final, *acabará negándose la aparente automaticidad* de la asunción de esta tutela, que “se asumirá por ministerio de la Ley”, y, sin embargo, sigue requiriendo la intermediación de la autoridad judicial, lo cual, necesariamente, ha de distanciar esta figura tuitiva, de la correspondiente a menores desamparados que le sirvió de modelo.

Para empezar, la huida de la automaticidad queda enunciada en la expresión de la norma, cuando evita el presente y directo *“tiene... la tutela”* (del que se sirviera el artículo 172), en beneficio del *“asumirá... la tutela”*, aunque haya de hacerlo *“por ministerio de la Ley”*; y en la misma dirección, apunta el enunciado de la condición para que se active aquella asunción, pues no llega a precisarse que *“no exista ninguna de las personas recogidas en el artículo 234*, sino que se conforma con que, de ellas, *“ninguna... sea nombrada tutor”*.

Aunque sólo fuera por la necesidad de alcanzar esta certeza, resulta obligado intercalar la instancia valorativa de la autoridad judicial, por cuanto la reforma no ha cancelado su exclusiva competencia en la ponderación del beneficio concreto del tutelando. Luego, cabe que las referidas personas existieran y que el juez hubiera *prescindido de todas las mencionadas*, por entender que así lo exigía el beneficio del incapacitado (artículo 234.II) y, en fin, la reforma tampoco ha descartado -aunque la haya puesto en entredicho- la preferencia de otra persona física *“idónea”* (artículo 235) o de una persona jurídico-privada *“habilitada”* para la tutela (artículo 242).

En la imposibilidad de descender ahora a otros pormenores, se me permitirá precipitar la conclusión de que no hay una verdadera *“asunción ope legis”*, automática o *“al margen”* del procedimiento judicial, sino que puede, a lo más, valorarse como *un encargo ineludible* de la función tutelar, *en tanto en cuanto el juez decida, finalmente, acudir a este “remedio tuitivo”*. Ahora bien, que la función tutelar devenga de *“ejercicio inexcusable”*, no tiene por qué llevar a confundir la improcedente *excusa*, propiamente dicha, con la estricta *actividad impugnatoria*, encaminada a verificar el supuesto de hecho de la norma, en puntos tan cruciales como la alegación de la *idoneidad* de quienes tuvieran una vocación preferente o

la negación de que se es, en el caso, *la entidad pública “correspondiente”¹⁶*.

b) La protección de los poderes públicos a los incapaces desamparados

Aunque no nos detengamos excesivamente en el supuesto, la propia sistemática de la intervención exige que abramos un apartado específico para *la segunda de las hipótesis “previstas”* en el nuevo artículo 239.III, con el giro que reclama la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, “cuando éste (incapaz) se encuentre en *situación de desamparo*” y en la que la mayor relevancia corresponde a la *falta de asistencia* y no a la incapacidad.

La *alternatividad de este supuesto de hecho* parece obtener mayor afianzamiento que una lectura simplemente “complementaria”, respecto del antes examinado¹⁷: a) lo sustenta una lectura que se proponga un despliegue lógico de enrevesado texto, b) no desentona con la imagen de desamparo como desatención o estado de necesidad que se contiene en el artículo 172, en relación con los menores necesitados de protección, y c) pudiera interpretarse como una derivación -bien que imperfecta- de *la atención y el amparo que los poderes públicos han de garantizar* a las personas con discapacidad, por imperativo del artículo 49 de la Constitución española.

¹⁶ Entre la praxis que se está multiplicando, pueden rastrearse desde casos en que la institución “pública”, a quien el juez ha deferido la tutela, cuestiona la necesidad del nombramiento, por existir otros familiares idóneos (Comunidad de Madrid), hasta supuestos de encubierta disputa competencial entre Administraciones de la misma Comunidad Autónoma (Andalucía), pasando por la pretensión de ajustar el punto de conexión que debe hacer “correspondiente” a la entidad pública, a la que se nombra tutora (Comunidad Valenciana *versus* Principado de Asturias), y por la sonrojante abdicación de la competencia, por parte de la entidad pública correspondiente en concretas fundaciones tutelares “privadas” que, de “públicas”, no tienen otra cosa que el servicio que prestan y las cicateras subvenciones que reciben (Andalucía, Castilla-León).

Para muestra, me limitaré a traer a colación, entre las más recientes, dos Sentencias de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos, de 14 de septiembre y 3 de noviembre de 2005, donde, resolviendo las apelaciones de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, se revocan los precedentes nombramientos de tutora, realizados en la primera instancia, por entender que *la entidad pública de que habla el nuevo artículo 239.III CC* no lo es la referida Fundación, sino *precisamente la Junta de Castilla y León*, por ser persona jurídica de carácter público, sin ánimo de lucro, y porque el respectivo Estatuto de Autonomía le atribuye la competencia de *asistencia social y servicios sociales*, así como la relativa a la prevención, atención e inserción social de los *colectivos afectados por la discapacidad*.

Pronunciamientos, que vienen a constatar la misma pretensión que fuera rechazada firmemente por (*dos autos AP Huelva núms. 148 y 149/2000, de 30 noviembre, apreciando la “excusa”* de la Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM) y contra la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, por haber observado *la sistemática suplantación de la Administración asistencial a que corresponda la labor, trasladándosela de modo impuesto a una fundación privada*, sin ánimo de lucro y de singular trayectoria en el desempeño de los fines que desea seguir realizando, y no otros.

¹⁷ Cristóbal Fco. FÁBREGA RUIZ (2004: 2431), de modo sintético pero decididamente, se pronuncia también por referir la segunda hipótesis de la norma a los presuntos incapaces. En sentido contrario y por la lectura “complementaria”, Silvia DÍAZ ALABART (2005): “En cuanto al segundo supuesto, que recoge el artículo analizado, tiene lugar en caso de incumplimiento del guardador legal de sus obligaciones respecto al incapaz, lo que presupone la existencia de un órgano de guarda -tutela o patria potestad prorrogada- y, consecuentemente, de una sentencia de incapacitación”.

Con todo, *la piedra de toque* de esta “función tutelar” está en *cómo se construye el desamparo denominado “moral”* respecto de quien, por definición, es autónomo, y en *cómo se conjuga* la “intervención administrativa” con la capacidad formalmente plena y con la intrínseca libertad del adulto no incapacitado.

Desde luego, no es fácil dibujar el contorno del concepto legal de desamparo, ni siquiera acudiendo a la definición legal que el propio artículo 239.III incorpora sobre la pauta que se tomó como modelo.

Ante todo, se impone salvar el círculo vicioso a que conduce la consideración de que, por principio, quien es mayor de edad no necesita “asistencia” de nadie (sobre todo moral), por lo que sería imposible constatar la falta de dicho “ascendiente”. La imposibilidad desaparece cuando hablamos de *presunto incapaz* o simplemente de *discapacitado*, respecto de los que, al menos, los poderes públicos se hallan constitucionalmente comprometidos. Amén de que, en ocasiones, pueda concurrir una desatención especialmente significativa por parte de familiares o extraños, en quienes pudiera haber surgido el deber legal o contractual de proporcionar la asistencia en que los alimentos consisten.

La otra cuestión es cómo salir del atolladero que representa la incompatibilidad entre plena capacidad de obrar (por fuerza de la presunción y falta de sentencia de incapacitación) y la asistencia tuitiva de la Administración pública. Acaso, pudiera buscarse inspiración en serios trabajos realizados con parejo propósito en el ámbito de la protección de menores -con la versión originaria del artículo 172¹⁸-, que, inspirándose en la vieja legislación “de protección de menores” y a base de “administrativizar” esa peculiar función tutelar, lograron alcanzar la útil conclusión de la momentánea compatibilidad entre patria potestad o tutela y tuición administrativa. Se trataría aquí de asimilar la teórica autonomía del presunto incapaz con la tuición que, asimismo de forma teórica, suministra al menor la patria potestad o tutela preexistentes.

Por lo demás, si el paralelismo hubiera de tenderse actualmente y aunque se mantuviera la relativización de la injerencia administrativa, debería pensarse en que esta tutela de presuntos incapaces, cuando se activa, no elimina o extingue la presunta autonomía del incapaz, sino que, solamente, la “suspende”, generando la natural urgencia de que la Administración correspondiente debería plantear de inmediato al juez la “incompatibilidad” suscitada, ya dando cumplimiento a la obligación que, como autoridad, tiene de poner la situación de incapacidad presunta en conocimiento del Ministerio Fiscal, ya a la manera de cuanto se dispone para el internamiento urgente e involuntario (artículos 757.3 y 763.1 LEC; cfr. artículo 172.1 CC).

7.3. La institución protectora de adultos a la que “apunta” el artículo 239.III

Con independencia de la fuerza de convicción, que pudiera atribuirse a las ideas ligeramente apuntadas

¹⁸ Por todos, véase la labor de reconstrucción que realizara Pedro DE PABLO CONTRERAS (1993: 44-55).

en el apartado precedente, la exploración del segundo inciso, “(presunto) incapaz desamparado”, pone sobre la mesa que la potencialidad de las funciones tutelares y la implicación de las entidades públicas correspondientes no se detienen, necesariamente, en la tutela “automática” del *incapacitado desatendido*, por quienes está previsto que asumieran su representación legal, o cuya tutela ha venido a quedar vacante en las mismas condiciones de desasistencia familiar.

Se reconozca o no abiertamente, es cierto que la norma incorporada al artículo 239.III, seguramente sin proponérselo, encierra un principio de renovación de algunos dogmas en materia de capacidad de obrar y, también inconscientemente, conecta con los principios constitucionales albergados en el artículo 49 del texto constitucional.

No puede desconocerse cómo ese precepto “advenedizo” ha sembrado de incógnitas un campo en el que tratamos de buscar seguridades, ha omitido un nivel concreto de respuestas y parece apuntar hacia una *institución tutelar/protectora* todavía *in fieri*, cuyos contornos se adivinan coincidentes con *figuras ya experimentadas* en los ordenamientos europeos más próximos al nuestro (Francia, Alemania e Italia), que pudiera conectar con la *atención o asistencia a las personas sencillamente dependientes* y que, en fin, puede acabar absorbiendo o *disputando terreno a algunas de las instituciones tutelares tradicionales*.

El nervio de la nueva figura pudiera identificarse con la idea de *rebajar o prescindir de la incapacitación judicial clásica* para que los individuos en desventaja obtengan exactamente -ni menos, ni más- el apoyo que precisan, o sea, *asistencia socio-jurídica por cuenta de los poderes públicos*. Ése es el mínimo común denominador de las tres referencias foráneas que se han invocado¹⁹.

¹⁹ La ya veterana “salvaguardia de justicia” (*sauvegarde de justice*), incorporada al *Code* por Ley de 3 enero 1968, representa la *protección más liviana*, pues se limita a prevenir un trato ventajoso a quien presenta deficiencias en sus facultades mentales, *sin, por ello, retirarle su capacidad de operar en el tráfico jurídico*. Se establece a partir de una declaración médica formulada al Ministerio Fiscal.

La reforma más radical, ya que sustituye el entramado clásico de incapacitación seguida de tutela, es la que se opera en el BGB al introducir y retocar [1990-1998] la institución conocida como *asistencia jurídica [rechtliche Betreuung]*. El *Betreuer* es una figura próxima a nuestro curador, pero compatible con la *conservación de la capacidad de obrar por parte del asistido* y sin que proceda su designación, mientras el interesado esté atendido por alguien.

Entre una y otra, pudiera situarse la *administración de apoyo (“amministrazione di sostegno”)*, incorporada al *Codice* por Ley 6/2004 de 6 de enero, y cuyo objetivo proclamado es *obtener la mejor tutela con la mínima limitación de la capacidad* de la persona total o, parcialmente, falta de autonomía para el desenvolvimiento de las actividades de la vida cotidiana. El “administrador de apoyo” debe guiarse por las necesidades y aspiraciones del beneficiario y actuar coordinadamente con éste, sometiendo las discrepancias al juez.

8. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Sobre todo, la primera parte de la ponencia constituye la reelaboración de trabajos publicados previamente en otros contextos y cuya cita se intercala en esta relación:

- CALVO SAN JOSÉ, María José (2005). “Eficacia de los actos y negocios jurídicos realizados por el enfermo mental”; *La Ley*, 5, D-271, págs. 1181 a 1194.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1944). “*Derecho Civil español, común y foral*”; Tomo IV: *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Instituto Editorial Reus, Madrid.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1948). “Incapacitación del imbecil (sentencia 3 marzo 1947)”; *Anuario de Derecho Civil*, I, págs. 291 a 302.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico (1952). “*Derecho Civil de España; Tomo II: Derecho de la persona*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro (1993). “Comentario del artículo 172”, en “*Comentarios a las reformas del Código Civil*”, coordinados por Rodrigo Bercovitz, Tecnos, Madrid, págs. 35 a 76.
- DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.) (2005). “*La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad*” (*Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*).
http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/cap1/inicial.htm [consulta: 21 enero 2006].
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Fco. (2004). “Dos aspectos en evolución del derecho de familia: la protección del discapacitado y la nueva regulación procesal de las uniones paramatrimoniales”, en “*Seminario Especialistas Derecho de Familia*”; Fiscales, Centro de Estudios jurídicos (Ministerio de Justicia).
<http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL53.pdf> (consulta: 10 febrero 2006).
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (1986). “Comentario a los artículos 234, 235, 240, 251 I, 252, 253, 255, 256, 257 y 258”, en “*Comentarios a las Reformas del Código Civil en materia de Nacionalidad y Tutela*”, coordinados por M. Amorós y R. Bercovitz, Tecnos, Madrid, págs. 298 a 320, 352 a 357, 400 a 410 y 414 a 447.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (1991). “Comentario a los artículos 215, 216, 217, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274 y 275”, en “*Comentario del Código Civil*”, Ministerio de Justicia, Madrid, volumen I, págs. 671 a 678 y 785 a 815.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (2001a). “Las instituciones tuitivas”, en *Manual de Derecho Civil*, I, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto (2001b). “La tutela de los incapacitados y el nombramiento de tutor. La posibilidades de la autotutela”, en “*Tutela de personas incapacitadas: legislación, experiencias y perspectivas de futuro*”, Hurkoa Fundazioa, Donostia, págs. 19 a 39.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (2001). “Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC”, *Actualidad Civil*, 3, referencia L, págs. 1143 a 1185.
- LETE DEL RÍO, José Manuel (2001). “El proceso de incapacitación”, *Actualidad Civil*, 4, referencia LXV, págs. 1475 a 1510.
- LÓPEZ FRÍAS, María Jesús (2003). “Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado”, *Actualidad Civil*, 2, referencia XX, págs. 327-338.



- MARTÍNEZ DÍE, Rafael (1999). “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, en GONZÁLEZ POVEDA, P. y PICÓN MARTÍN, J. M., *Los discapacitados y su protección jurídica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 22, Consejo General del Poder Judicial (ed.), Madrid, págs.173 a 205.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique (2001). “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (Glosa general)”, *Actualidad Civil*, 1, referencia XIV, págs. 339 a 388.
- SAINZ DE ROBLES, Federico C. (1999). “Ejercicio de los cargos tutelares”, en *Ponencias y Conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Diputació de Barcelona (ed.), Barcelona, págs. 159 a 177.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca (2005). “*La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*”, Tirant lo blanch, Valencia.
- SANCHO GARGALLO, Ignacio (1999). “La práctica judicial (mesa redonda)”, en *Ponencias y Conclusiones del Congreso sobre Tutela e Incapacitación*, Diputació de Barcelona (ed.), Barcelona, págs. 201 a 206.
- SANTOS MORÓN, María José (2000). “*Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*”, Escuela Libre Editorial (Fundación ONCE), Madrid.
- SEISDEDOS MUIÑO, Ana (1999). “Responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por los llamados incapaces naturales. A propósito de los artículos 118.1.1ª del nuevo Código Penal y 229 del Código Civil”, *Actualidad Civil*, 1, referencia XV, págs. 261 a 270.
- SERRANO GARCÍA, Ignacio (2004). “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, págs. 231 a 271.
- SILLERO CROVETTO, Blanca (2000). “Reflexiones en torno a la protección legal de los incapaces”, *Revista electrónica de Geriatría y Gerontología*, Vol. 2, Núm. 2, <http://www.geriatrianet.com> (consulta: 9 diciembre 2005).

PREPARACIÓN DE LA TUTELA. INSTRUMENTOS DISPONIBLES PARA FACILITAR AL FUTURO TUTOR EL EJERCICIO DE SU RESPONSABILIDAD

D. José M^a Segura Zurbano. Notario, miembro fundador de la Fundación Tutelar Atzegi y de la Fundación Tutelar Hurkoa y participante en el Comité de Ética de FEAPS

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ALGUNOS DATOS DEMOGRÁFICOS
3. LOS PODERES PREVENTIVOS
 - 3.1. Inicio de la vigencia del poder
 - 3.2. Alcance del poder
 - 3.3. Extinción del poder
4. LA AUTO-INCAPACITACIÓN
5. LA AUTO-TUTELA
6. EL TESTAMENTO
7. OBSERVACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

Hace unos años, en otra conferencia relacionada con el mismo tema que el que hoy nos reúne, comentaba que la institución tutelar se hallaba “en una situación de crisis”, pero que, a diferencia de la crisis de anemia en que tradicionalmente se encontraba, “ahora se trataba de una crisis de crecimiento, de maduración”. Y citaba los innumerables trabajos que se habían venido publicando sobre el tema.

Tal interés por esta materia surgió ya con ocasión de la reforma del título del Código Civil relativo a la tutela por Ley 13/1983, de 24 de octubre. De esta nueva regulación legal, todavía vigente, interesa resaltar dos aspectos diferentes:

A. En primer lugar, intentó, fundamentalmente, resolver la situación de un grupo de incapaces -o discapacitados, si se quiere- con asociaciones familiares bien organizadas y con posibilidades de presión política. Siento que no esté entre nosotros mi querido amigo D. FEDERICO CARLOS SAINZ DE ROBLES, quien estaba previsto fuese mi antecesor en esta Tribuna, para incidir en el tema... DÍEZ PICAZO (1) ya nos dice que “la reforma de la tutela ha aparecido en el horizonte movida por razones distintas, cuya raíz última se encuentra en la situación de las personas que, eufemísticamente, se han llamado subnormales o minusválidos”, dejando en el olvido a un colectivo, que es el que, precisamente, ocupa la atención de este congreso, el de las personas mayores.

En otro momento, establecí, precisamente, que habría que distinguir, en cuanto a su regulación legal, tres clases de posibles situaciones susceptibles o merecedoras de tutela, de defensa:

- La tutela o defensa de los menores hoy incapaces, pero que van a llegar a ser plenamente capaces -que, habitualmente, no entran en la esfera de la institución jurídica de la tutela propiamente dicha, sino en la institución conocida como “patria potestad”-. E incluso cuando, en estos casos, por falta de padres, es necesario recurrir a la figura del tutor “stricto sensu”, no hay que olvidar, como dice MARTÍNEZ SANCHIZ (2) y concretamente ENCARNA ROCA (3), que “puede afirmarse que la patria potestad proporciona, por lo menos, el modelo de estructuración de la tutela”.
- La tutela o defensa de los incapaces de nacimiento, que nunca van a ser capaces (yo les llamaba incapaces “nunc et semper”), que ha sido la situación especialmente tenida en cuenta por la legislación hoy vigente.
- Y la tutela o defensa de las personas que, habiendo sido capaces, han llegado a ser incapaces por causa de accidente o de enfermedad, tantas veces asociada con la edad. Tutela o defensa de las personas adultas incapacitadas, que son el objeto, como decía, de este congreso, pero título al que le quiero hacer un par de precisiones, en cuanto a mi exposición se refiere. No sólo me voy a referir a las “incapacitadas”, sino a todos los que sean “incapaces”, estén o no incapacitados, que tan sólo es un “plus” de su condición de incapaces. Por mi parte, no voy a tener muy en cuenta el añadido final, en letra más pequeña, de “en situación de desamparo”, porque toda persona incapaz está, por definición, en situación de desamparo.

B. La legislación sobre tutela de 1983 partió de la desconfianza hacia la familia, tal vez porque el anterior sistema de “tutela familiar” había entrado en crisis. Se pasó, de esta forma, a lo que se denomina “tutela judicial”, pensando que el juez defenderá al incapaz mejor que su familia... Así, la Senadora SAUQUILLO PÉREZ DEL ARCO (4) señaló, en el debate parlamentario, que aunque muchos creyesen que es difícil el control y vigilancia judicial en relación a la tutela, conociendo lo saturados que están los Tribunales de Justicia, esto “no puede ser obstáculo que nos impida crear una nueva Ley, que signifique el control absoluto del organismo judicial con respecto a la tutela”. Y añadía el Senador PORTABELLA I RAFOLS (5) que “con el Poder Judicial, tal y como está ahora, esta Ley no se puede aplicar (!); pero, de ninguna manera, nos puede hacer dimitir de nuestra obligación de legisladores, de nuestra obligación de hacer leyes perdurables y con proyección de futuro”. Comentaba MARTÍNEZ SANCHIZ (6) al respecto que “pareciera que nuestros legisladores, deseosos de parangonar nuestro derecho tutelar con el francés -Ley de 14 de diciembre de 1964- (¡y hoy en pleno debate su reforma!) y con el Código Civil italiano (del año 1942, ¡ojo a la fecha!), han acabado dictando una Ley para el futuro, a lomos de profecías, desconectada de la realidad española”.

Precisamente, SANTOS URBANEJA (7) nos dice que existen “tres modelos de atención a las dependencias”:

- a) Modelo basado en la atención y protección familiar, o **“tutela de familia”**. Y es que es cierto que “durante siglos la familia ha sido la gran referencia protectora”. Añadiendo: “Cualquiera de sus miembros que naciera o cayera, a lo largo de su vida, en estado de desvalimiento, debía encontrar en ella su amparo económico, afectivo, asistencial, etc.”.
- b) Modelo basado en la protección judicial, o **“tutela judicial”**, que es el introducido por la reforma repetida del año 1983. Sin embargo, tal legislación nueva no pudo desprenderse de la familia, correspondiendo a los familiares más cercanos o a las fundaciones tutelares, que fueron naciendo para el caso de ausencia de familiares (esto sí, paso importante de la nueva legislación), el ejercicio real de la tutela o defensa del incapaz, encomendándose a la Autoridad Judicial -jueces y fiscales- el control de tal ejercicio. Y añade SANTOS URBANEJA, fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba: “la atribución al Poder Judicial del control de las tutelas es uno de los primeros hitos de esa alocada carrera, en la que aún nos encontramos, por derivar al Poder Judicial todas las cuestiones, cualquiera que sean; pero eso sí, sin dotarle de medios para enfrentarse a ellas”.
- c) Y el modelo emergente, al que estamos asistiendo en los últimos años, que podríamos titular de **“auto-tutela”**. De este nuevo modelo -de la “auto-tutela”, en sentido muy amplio-, nos vamos a ocupar a continuación, previas unas palabras sobre la situación demográfica y distinguiendo luego, entre los diversos medios de auto-protección o auto-tutela, así como de los contenidos que estos medios pueden tener.

2. ALGUNOS DATOS DEMOGRÁFICOS

El anteproyecto de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las Personas en Situación de Dependencia va precedido de una “memoria”, de la que podemos extraer algunos datos, en lo referente a ese colectivo que ya va a ser el objeto de nuestra exposición: las personas “mayores”.

La primera reflexión es que la población “mayor” española ha experimentado, en los últimos años, un crecimiento muy considerable. Veamos algunos ejemplos y proyecciones de futuro:

Las personas mayores de **65 años** se han duplicado en los últimos 30 años del siglo veinte: de 3,3 millones, en 1970 (9,7% de la población total), han pasado a ser 6,6 millones, en el año 2000 (16,6% de la población total). Y este incremento va a continuar de forma imparable: en 2006, este colectivo ascenderá a 7.404.260 personas (16,8% del total); en 2016, a 8.857.956 personas (18,5% del total); y en el año 2026, ascenderá a 10.876.681 personas (21,6% del total).

Pero si es espectacular el ascenso de la población mayor de 65 años, fíjense en lo que ocurre y ocurrirá con los mayores de **80 años**: en 1996, eran 1.364.820 personas (3,5% del total); en 2006, pasarán a ser 2.016.934 (4,6% del total); en 2016, serán 2.902.016 (6,1% del total); y en el año 2026, serán 3.405.864 personas (6,8% del total).

Esto, en cuanto a la demografía pura y dura; pero, además, la memoria en cuestión hace hincapié en dos notas que agravan considerablemente el problema. Porque, hasta ahora, la familia -sobre todo, las mujeres de la familia- ha sido el gran colchón para atender a estas personas mayores, paulatinamente discapacitadas, dándoles eso que se ha llamado “apoyo informal”. Informal sí, pero tantas veces (si no casi siempre) más efectivo y más afectivo que el “apoyo formal” de las instituciones públicas.

Además, ahora, el fenómeno del envejecimiento demográfico coincide con:

- La crisis del modelo de familia, cada vez más nuclear y con menos miembros. Este menor número de miembros y de hijos (¡sobre todo hijas!) coincide, asimismo, con una mayor movilidad de los mismos, y una menor conexión entre ellos, con el incremento de personas que viven solas, de familias monoparentales, de meras uniones de hecho, de separaciones, de divorcios...
- El cambio del rol o posición social de la mujer -y, consiguientemente, de su papel de “mantenedora del hogar”-, con su progresiva incorporación al mercado laboral, sus mayores cualificaciones y niveles formativos, le abren nuevas perspectivas fuera del hogar y dificultan, evidentemente, la conciliación entre la vida familiar y el trabajo remunerado.

En definitiva, como dice SANTOS URBANEJA (8), las nuevas generaciones ya hemos asimilado que nuestros hijos no nos van a tener en sus casas: “Las personas que hoy tienen más de 40 años se enfrentan a su futuro de manera radicalmente distinta a la que lo hicieron, a esa edad, los que hoy tienen 80. La mayor parte de los actuales usuarios de residencias de tercera edad jamás pensaron que iban a acabar sus días en una de ellas. La longevidad alcanzada en las sociedades occidentales, unida a las severas

transformaciones experimentadas por la familia tradicional, han llevado a esta situación y, a la vez, han generado la aparición de una “nueva conciencia” sobre el modo de afrontar la última etapa de la vida, período que se adivina largo y presidido por la dependencia y la necesidad”.

Ante el nuevo y futuro contexto social, surgió ya una primera ley: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que ha dado cauce legal a muchas de las iniciativas reclamadas desde el campo de la “sociedad civil”. Ley que, al margen de sus contenidos patrimoniales, ha reconocido el amplio ámbito que, previamente, había ido abriendo el principio constitucional de la protección de la autonomía de la voluntad o auto-composición de los intereses privados. Porque, a veces, ante el protagonismo de la “sociedad política”, olvidamos que las Fuentes del Derecho, como dice el artículo 1º, párrafo 1º, del Código Civil, son: “la Ley, la costumbre y los principios generales del Derecho”. Y, por vía de la costumbre, podremos seguir configurando una mejor normativa jurídica para el mundo de los discapacitados, mayores o no.

Y dicho esto, paso ya a ocuparme de algunos instrumentos jurídicos, que, en principio ideados por el mundo jurídico-privado, han ido teniendo, posteriormente, cobertura legal, desarrollando también su posible contenido. Asimismo, pretendo ampliarlos con algún otro instrumento jurídico, no tenido en cuenta hasta ahora. Para ello, desarrollaré mi exposición, junto con mis experiencias, en cuatro capítulos diferentes: los **podere preventivos**, la **auto-incapacitación**, la **auto-tutela**, y el **testamento**, en relación con la problemática típica de las personas mayores.

3. LOS PODERES PREVENTIVOS

Hasta la Ley citada de 18 de noviembre de 2003, el artículo 1.732 del Código Civil decía que “el mandato (y en general, aunque no sea exacto, se identificaba este “mandato” con lo que, vulgarmente, llamamos “poder”) se acaba: 3º Por... incapacitación (...) del mandante (...)”. Ya con tal texto, surgió la idea de que era posible un poder que no se acabase, que no se extinguiese, por la “incapacidad” del poderdante. Los argumentos, brevemente, eran los siguientes:

- El artículo 1.732 hablaba de “incapacitación”, por lo que si el poderdante devenía incapaz, pero no se instaba su incapacitación judicial, el poder seguía vigente.
- La causa del poder podía ser el mandato, pero también podía tener su causa en otras razones válidas, como lo es la propia posible incapacidad (por lo que no se acabaría, si el poderdante había previsto su continuidad, en caso de incapacidad).

El mundo judicial, sin embargo, se mostraba reticente, pues al no poder ser revocado el poder por quien lo confirió, parece que se daba un poder irrevocable al apoderado, contra la esencia del mandato. Pero tales reticencias se fueron diluyendo con base en dos argumentos:

- Que la revocación era posible, por medio de la incapacitación de quien dio el poder, con el correspondiente nombramiento de un tutor sujeto al control judicial. Tutor que podría revocar el poder, si la actuación del apoderado se consideraba perjudicial para el poderdante ya incapacitado.
- Que ya existía una situación análoga a la del incapaz -persona capaz, que “se ausenta” de este mundo consciente por su enfermedad-. Se trata de la figura del “ausente”, a que se refiere el artículo 181, párrafo 1º, del Código Civil, diciendo: “En todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias, podrá el juez, a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar un defensor, que ampare y represente al desaparecido...”. Y, precisamente, acaba este párrafo, estableciendo que tal defensor judicial -figura similar a la del tutor- no será necesario nombrarlo, cuando el “ausente” estuviese representado, legítima o voluntariamente: ¡cuando tuviese un apoderado con poderes suficientes!

Tal situación de disputa jurídica se ha solventado al aprobarse la repetida Ley de 18 de noviembre de 2003, ya que modifica el citado artículo 1.732 del Código Civil, el cual pasa a decir que: “El mandato se extinguirá, también (además de la revocación, renuncia, muerte, etc.), por la incapacitación sobrevenida del mandante, **a no ser que** el mismo se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por éste”. Y añade, para resolver otro problema ya dicho: “En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial, dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor”.

Soy consciente de que no me dirijo a un auditorio de juristas y, por eso, lo que debo hacer es sacar las consecuencias prácticas de tal normativa. Sin embargo, y con suma brevedad, dejaré constancia de algunos problemas que el precepto deja sin resolver:

- Sigue siendo dudoso si, al referirse a la “incapacitación sobrevenida” del mandante, se refiere al hecho de la incapacidad o a la declaración judicial de la misma.
- En cuanto a los poderes otorgados con anterioridad a la nueva Ley, incluso siendo ésta ya vigente, sin establecer taxativamente que subsistirá, pese a la incapacidad, parece que ha de estarse a la voluntad del mandante, que ha podido reflejarse fuera del poder mismo, cabiendo pruebas escritas y testificales.

Pero parece más importante, en este congreso, que nos fijemos en cuáles pueden ser -y en cuáles conviene que sean- las virtualidades prácticas de estos poderes. Para ello, me voy a referir a tres momentos: su inicio, su vida -o alcance mientras dure- y su extinción.

3.1. Inicio de la vigencia del poder

Muchas veces, ocurre que las personas adultas que, prudentemente, contemplan la posibilidad de una futura incapacidad o discapacidad psíquica, quieren dejar previsto el cuidado de su persona y bienes, pero, al mismo tiempo, como no quieren la “eutanasia activa”, tampoco desean una prematura dejación

de su propia responsabilidad y autonomía. Por eso, otorgan un poder para tal supuesto; pero, en estos casos, deben indicar cuál será el inicio de la eficacia del poder conferido.

Mi experiencia profesional me ha hecho ver que la necesidad de fijar tal inicio tiene una relación directa con la relación familiar o de confianza que el poderdante tenga con el apoderado. Por ejemplo:

- Es corriente que, tratándose de personas casadas (¡y bien avenidas, que de todo hay!), se otorguen poderes mutuos y de contenido amplísimo -poderes que entre los esposos tienen ya una eficacia inmediata y que perdurarán en el que quede capaz sin solución de continuidad-. Pero, al mismo tiempo, suelen prever, si tienen hijos, que éstos devendrán apoderados, cuando el último de ellos no pueda actuar -estableciendo, generalmente, que tal situación de incapacidad será apreciada unilateralmente por los propios apoderados-, aunque limitando su autonomía, haciendo apoderados a todos los hijos mancomunadamente (para que actúen todos de común acuerdo, unas veces, o para que actúen por mayoría, otras), estableciendo los supuestos en que será precisa la unanimidad o la simple mayoría.
- Y en las personas solteras o solas, por decirlo de forma más genérica, los poderes suelen tener -y conviene que tengan- más matizaciones a la hora de fijar el momento del inicio de la eficacia del poder. Mi recomendación, para tales casos, es que si el poderdante quiere retrasar, hasta tal momento, el inicio de la vigencia del poder, haga referencia al dictamen de un médico previamente designado, a la decisión de personas de su confianza -que actúen a modo de Consejo de Familia o de Consejo de Amigos del Poderdante- o a la de una fundación tutelar.

No quiero dejar de tocar aquí un problema que pueda surgir -en cualquier caso, pero más concretamente en el de las personas solas-: el del conocimiento de la existencia misma del poder. Porque aquí, a diferencia de lo que establece el Código Civil para la auto-tutela, como luego veremos, no se prevé ninguna inscripción en el Registro Civil. Y, sin embargo, entiendo que tal inscripción, si es solicitada en el propio poder por el poderdante, se podrá realizar. Otra cosa es que el apoderado nombrado acuda a tal Registro para saber si lo es (ya que ahora tiene obligación de consultarlo al juez para nombrar tutor). Por ello, en la práctica, parece que el camino de publicidad más adecuado será la propia comunicación del poderdante, cuando todavía es capaz, sea al apoderado, sea a otras personas o instituciones de su confianza, de lo que ya ha dispuesto.

3.2. Alcance del poder

El artículo 1.752 del Código Civil, en su actual redacción, no establece límite alguno a las facultades que el poderdante pueda conceder al apoderado. Por ello, puede tener muchas más facultades que las que tiene el tutor y sin las limitaciones que el control judicial establece en el ejercicio de la tutela. Por ejemplo, si el poderdante quiere, puede facultar para vender bienes inmuebles, sin que se precise de ningún control judicial. Otra cosa será la responsabilidad que se le exija, si ejercita deshonestamente el poder por el tutor del poderdante, si acaba por ser nombrado, o por sus herederos, en el momento de su fallecimiento. Precisamente por esto, llega a la conclusión SANTOS URBANEJA (9), como antes dije, de que hemos

pasado de la anterior tutela familiar, y luego judicial, al sistema de “auto-tutela”, pudiéndose, con una buena previsión en tiempos de capacidad, hacer innecesaria la tutela propiamente dicha y, sobre todo, esa previa “incapacitación judicial”, tan irritante para muchos -incluidos los cercanos al incapaz-.

Pero lo que me interesa aquí es reflejar el posible contenido de estos poderes, en cuanto a facultades del poderdante -casi siempre de carácter económico-, ya que también pueden figurar instrucciones concretas sobre el cuidado del poderdante. A ellas me referiré al hablar de la auto-tutela, aunque ya puedo adelantar que tales instrucciones pueden darse sobre la forma de cuidar de la persona, del lugar donde ha de ser atendido, de las retribuciones a los apoderados -en cuanto sean administradores de sus bienes-, de los servicios que debe recibir -incluidos religiosos-, estableciendo limitaciones, en cuanto a la administración de los bienes, que tiendan al cumplimiento de tales instrucciones: es claro, v.gr., que si ordena ser atendido en su domicilio, dará los correspondientes poderes de orden económico, para que la vivienda donde habita no se pueda vender, salvo con reserva del usufructo vitalicio.

3.3. Extinción del poder

Hemos visto como una de las razones que algunos autores esgrimían, para no admitir la subsistencia del poder cuando el poderdante o mandante caía en la incapacidad, era que tal hecho convertía al poder en irrevocable, pese a la naturaleza esencialmente revocable del mandato. Y hemos visto como la nueva redacción del artículo 1.732 ha convertido en errónea tal argumentación. Siguiendo el criterio de la doctrina más solvente, el mandato, en estos casos, sigue siendo revocable: lo que ocurre es que tal revocación



José M^a Segura, durante su explicación, compartiendo mesa con José Luis Madrazo

deberá realizarse en virtud de resolución judicial, como dice ahora el repetido artículo del Código Civil, “al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor”.

Creo, de todas formas, que se pueden distinguir varios supuestos:

1. Que no se dicte ninguna sentencia de incapacitación y, por consiguiente, no se constituya la tutela. En este caso, si alguien observa el comportamiento anormal del o de los poderdantes -por ejemplo, quienes se crean posibles herederos, por serlo en caso de ausencia de testamento, o por ser legitimarios-, podrán y deberán comunicarlo al Ministerio Fiscal, para que éste, en su función de defensor de los débiles, tome las medidas oportunas, entre las que estará la constitución formal de la tutela.
2. Que, en el caso de delación o constitución de la tutela, pero con previsiones del propio poderdante sobre la misma, en el caso de la auto-tutela, que luego examinaremos, incluso nombrando tutor al propio apoderado, y dando al tutor las mismas facultades que a éste, o incluso estableciendo en la previsión de auto-tutela que se respete el poder concedido, no parece que se pueda revocar el poder “por resolución judicial dictada al **constituirse el organismo tutelar**”.
3. Y que, en el caso de revocación del poder por “posterior instancia del tutor”, no cabe duda de que así podrá hacerse; pero tal revocación no será automática, por la sola pretensión del tutor nombrado -máxime si tal tutor no había sido propuesto por el propio incapacitado-, sino que la resolución judicial de extinción del poder deberá estar motivada y fundada en los perjuicios que al incapaz está ocasionando la actividad del apoderado.

Se trata, en definitiva, de buscar siempre una solución lo más favorable al respeto a la voluntad que expresó en su día, siendo capaz, el que ahora ha devenido incapaz o discapacitado. Algo así como lo que en Derecho Penal se quiere decir con el axioma “in dubio pro reo”.

4. LA AUTO-INCAPACITACIÓN

Cuenta MARTÍNEZ DIE (10), que la gran laguna de la reforma de la tutela del año 1983, dejando sin incluir la auto-tutela, se debió al planteamiento del Diputado PÉREZ ROYO, al defender una enmienda presentada por su partido, conectando incapacitación y tutela, promoviendo la posibilidad de que el mismo incapaz pudiera promover su propia incapacidad y articular su propio sistema tutelar: “al quedar conectadas en la enmienda la auto-solicitud de incapacitación y la auto-tutela, el rechazo de aquélla ocasionó el de ésta, aunque ni siquiera se llegó a debatir sobre el particular”.

Lo cierto es que se trata de cosas bien distintas, como demostró el Código de Familia Catalán, aprobado por Ley 9/1998, de 15 de julio, que en su artículo 172 hace posible la auto-tutela, sin que para nada prevea la posibilidad de auto-incapacitación. Y es que, como decía, son cosas lógicamente distintas, siendo claro que puede existir una auto-tutela sin auto-incapacitación, además de una auto-incapacitación

sin auto-tutela, porque el que promueve el hecho de su incapacidad, si antes no lo había hecho, ya no es capaz de auto-tutelarse...

Sin embargo, hoy la Ley repetida del año 2003, que reforma el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos dice que: “la declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz” -además, claro está, de su cónyuge o “pareja de hecho”, descendientes, ascendientes, hermanos...-. Evidentemente, esta posibilidad de auto-incapacitación implica el reconocimiento de un cierto grado de capacidad, incluso de un indudable examen introspectivo, que nos hace ver nuestro declive hacia una incapacidad más severa. Grado de capacidad y consiguiente grado de incapacidad, que deberán ser fijados luego en la correspondiente sentencia judicial. Incluso podríamos estar ante influencias externas al propio capaz-incapaz, al que parientes y prójimos no cesan de decirle cómo está perdiendo sus facultades mentales...

Por todo ello, entiendo que esta posibilidad abierta a la auto-incapacitación:

- Debe ser observada, en principio, como excepcional. Se trataría tan sólo de casos en los que el propio incapaz no tenga conciencia de algunas cosas, pero sí de otras (como de su propia incapacidad).
- Debe ser atentamente observada por el juzgador, que puede llegar a ver en ella una mera dimisión del hecho de ser persona, a modo de “suicidio civil”, que no está permitido.
- No puede condicionar las previsiones tomadas por la propia persona, para el caso de incapacidad, en relación con la auto-tutela -de la que luego hablaré- o en relación con los poderes preventivos -de los que ya he hablado-, en los que ya hubo al menos un juicio de capacidad, emitido por el notario autorizante.
- Y debe ser modulada por el juzgador, ante la evidencia de una cierta capacidad -estableciendo nítidamente las materias en las que el incapaz todavía sigue siendo capaz-, hasta llegar, incluso, a limitarse a nombrarle un curador para asuntos económicos, dejándole libertad o autonomía en otros campos, además de una cierta libertad en la economía o gasto personal del incapacitado.

En todo caso, me parece que esta auto-incapacitación va a ser un supuesto enormemente extraño o inhabitual, al menos en el ámbito social y de conocimiento de las personas adultas, que van camino de la incapacidad -campo en el que me he movido durante largos años-. Y cuando surja el caso, creo que debe ser examinada con la más esmerada atención.

5. LA AUTO-TUTELA

El Defensor del Pueblo, en su recomendación al Ministerio de Justicia, en el año 2000, pedía que “se considere la conveniencia de regular, expresamente, la posibilidad de que, antes de la declaración de incapacidad, la persona interesada pueda preconstituir el régimen de tutela que le debe ser aplicado, en caso de ser declarado incapaz, tomando para ello el precedente establecido por la legislación civil de Catalunya”, a la que antes me he referido. Y decía, además, otra cosa, que no debo desarrollar aquí,

pero que creo procedente repetir, dada su importancia:

“Que se estudie la posible modificación de la legislación penal, al objeto de dar una mayor protección a las personas mayores dependientes cuando son víctimas de hechos delictivos, en especial a través de la consideración que debe darse a la vejez, en el marco de la regulación de la agravación de la responsabilidad penal...”. ¡Cuántas veces me acuerdo de alguna persona mayor, agobiada por el pago de unas letras de cambio, firmadas para la compra de algo absolutamente inútil para ella!

Pues bien, esta recomendación del Defensor del Pueblo viene recogida en la repetida Ley 41/2003, de 18 de noviembre, diciendo ahora el Código Civil en su artículo 223:

“Los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición, sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá, en documento público notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos, a los que se refiere el presente artículo, se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”.

Y el artículo 234 del mismo Código ha pasado a decir que “para el nombramiento de tutor se preferirá primero al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223”.

Dejaré aparte la anómala mención del Registro de Actos de Última Voluntad, que podrá consultar el juez para saber si existe un testamento, pero sin que luego pueda conocer el contenido del mismo. Así, de esta nueva regulación, me interesa destacar la amplitud con la que se establece el posible contenido del documento público notarial -en que se designa el tutor-, que voy a desarrollar a continuación; pero recordando, además, lo que dije anteriormente, al hablar de los poderes preventivos: que el contenido de este documento público notarial, regulando la tutela, puede también transplantarse, al establecer aquellos poderes preventivos.

Efectivamente, en este documento público, además de designar el tutor, se podrá -como dice el artículo 223 del Código Civil, antes citado- “adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes...”. Y así:

- En el **ámbito institucional**, o de organización de la tutela, “establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos”.

Tal disposición plantea, como decía MARTÍNEZ SANCHIZ (11), para la tutela de los hijos, el problema de mayor interés práctico, que “estriba en saber en qué medida podrán limitar la intervención judicial”. Porque el artículo 232 del mismo Código Civil dice que “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal”, y el artículo 271 establece una serie de supuestos, en los que la actividad del tutor necesita de autorización judicial. Por ejemplo: ¿podrá el auto-tutelado otorgar facultades al tutor, para que pueda vender bienes, incluso inmuebles, si lo cree conveniente (como es el caso de que se deba trasladar al incapaz a una residencia y sea preciso vender su vivienda para pagar los gastos), sin necesidad de la autorización judicial que exige el artículo 271, citado en su número dos? La contestación afirmativa lleva a decir a GARCÍA CANTERO (12) que el mandato del artículo 232 “no es rigurosamente imperativo”, e incluso entiendo que, admitidos hoy los poderes preventivos, en los que el apoderado puede tener facultades para vender bienes inmuebles, también se le podrán conceder al tutor sin el control o autorización judicial.

Pero, en todo caso, y dadas las disposiciones legales sobre la tutela que podrían hacer imprudente la amplitud omnímoda de las facultades del tutor, parece que la solución adecuada es la que da MARTÍNEZ SANCHIZ (13), para el caso de nombramiento de un tutor a un hijo: “el propio auto-tutelado no podrá reducir el control del tutor, para los casos enumerados en el artículo 271, pero podrá establecer un órgano fiscalizador diferente de la autoridad judicial”. Y es que el hecho de que sea la Autoridad Judicial la prevista en el Código Civil no es una cuestión de “orden público”, como demuestra que otras legislaciones también españolas, como el Derecho catalán y el aragonés, así lo consienten. Es decir, podrá establecerse, en el documento generador de la auto-tutela, quiénes sean los que deben conceder su autorización al tutor, en los supuestos del artículo 271 repetido: el cónyuge, los hijos, los hermanos, “los parientes más próximos” o una fundación tutelar, por ejemplo. Aunque siempre habrá que excepcionar, a mi juicio, un caso que sí entiendo de “orden público”: el del número uno de dicho artículo, cuando habla de “internar al tutelado en un establecimiento de salud mental...”.

- En el **ámbito patrimonial**, entiendo que el documento público notarial de auto-tutela podrá establecer las mismas facultades de administración y de disposición, que se pueden dar en un poder cualquiera -incluidos los poderes preventivos antes vistos-, si bien, con la limitación antes citada de un complemento de control, que podrá designar el propio auto-tutelado, como antes dije, en los supuestos del artículo 271 citado:

- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, u otros objetos preciosos y valores mobiliarios, o realizar sobre ellos otros actos sujetos a inscripción registral.
- Renunciar a derechos, o transigir o someterse a arbitrajes.
- Aceptar herencias, sin beneficio de inventario, o repudiar herencias o liberalidades.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes del tutelado.
- Entablar demandas judiciales.
- Ceder bienes en arrendamiento, por más de seis años.
- Dar y tomar dinero a préstamo.
- Realizar donaciones o liberalidades.
- Ceder créditos que el tutelado tenga contra el tutor.

Precisamente por estas rémoras, cuando el tutor sea persona de la absoluta confianza del auto-tutelado, parece conveniente añadir al documento de auto-tutelado otro, que contenga poderes preventivos, respecto de los cuales existe una mayor libertad y respecto de los que no habrá más restricciones que las establecidas en la Ley para casos especiales. Por ejemplo, el artículo 1.459 del Código Civil prohíbe “adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia: 1º.- Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que están bajo su guarda o protección”.

- En el **ámbito personal** es donde, a la hora de la realidad práctica, nuestra sociedad se encuentra más retrasada. Por eso, quiero recordar aquí la nueva legislación alemana, según Ley de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. Esta nueva legislación alemana, que también tiene motivaciones económicas más espurias (limitar los gastos de los “lander”, al ser retribuido el cargo de tutor), suprime la tutela y la curatela sobre personas mayores de edad y sustituye tales instituciones por lo que denomina “betreuung” -palabra de difícil traducción al castellano, pero que viene a significar “asistencia”, cuando las personas mayores de edad, por deficiencias psíquicas o de orden meramente físico, no pueden ocuparse de sus propios asuntos-. Como dice SANTOS MORÓN (14), “la principal finalidad de la reforma ha sido reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizar el respeto a sus derechos de la personalidad y, en especial, el ejercicio de su derecho a la autodeterminación”. Así, el “betreuer”, o asistente, debe actuar en aras del bien del individuo sometido a su cuidado; bien que “no es concebido sólo como bienestar físico y social, sino también como bienestar psíquico”, dándose especial importancia “a la posibilidad del sujeto de tomar sus propias decisiones”.

Al amparo de lo dicho, entiendo que el documento público notarial de auto-tutela puede contener muchos mandatos e instrucciones en este ámbito del cuidado personal del auto-tutelado. Y así:

- Podrá establecer el lugar donde, dentro de sus posibilidades económicas y de la realidad de los sistemas públicos de atención, desee vivir.
- Podrá, con igual respeto a sus posibilidades económicas, señalar las personas que, preferentemente, se hayan de ocupar personalmente de él o sus características fundamentales -como ser hombres o mujeres, cristianos o de otra religión, hablante en determinada lengua, cuando no sea la común castellana, etc.-.
- Podrá, con igual respeto a sus posibilidades económicas, fijar las retribuciones que deban recibir las personas a su servicio y, especialmente, lo que debe recibir la persona física o fundación tutelar ocupada de su tutela.
- Podrá señalar sus criterios sobre cuidados sanitarios, estableciendo su voluntad anticipada al respecto (testamento vital), así como la persona o personas, incluso diferentes del tutor, que se ocupen de su cumplimiento.

- Podrá, en fin, establecer sus previsiones religiosas, sobre asistencia a lo largo de su vida y, sobre todo, en el momento de su muerte...

6. EL TESTAMENTO

Por último, y ya brevemente, la persona mayor que prevea sobre su posible incapacidad futura, también puede tomar previsiones en relación con su propio testamento.

Efectivamente, no es raro que una persona adulta acuda, para nombrar tutor, a quien ya ha convivido con ella a lo largo de su vida. Y el ejemplo típico es el de la hija que cuida a sus padres hasta el final de sus días, incluso sin llegar a formar su propia familia. Y no es raro que, en tales casos, la propia persona atendida quiera dejar algo especial en su testamento a favor de quien se sacrificó por ella.

Pues bien, si tal persona adulta prevé su incapacidad, antes de que sea tarde, también debe adoptar las medidas adecuadas, otorgando su testamento, si no lo ha otorgado antes, mientras conserve su capacidad. O modificar el testamento que otorgó en su madurez o juventud, sin prever lo que ha pasado, posteriormente, a lo largo de su vida.

No es raro, en tales casos, que además de esa persona -he citado a la hija, incluso a la hija soltera-, existan, además, otros descendientes a los que también quiera beneficiar. Mi recomendación, para tales casos, es que, asesorado por el notario o jurista práctico a quien recurra, nombre a tal hija, por seguir con el ejemplo puesto, heredera fiduciaria de lo máximo posible de su herencia (con plenas facultades para enajenar y consumir lo heredado, incluso por vía de donaciones o de testamento, en todo o en parte) y nombre herederos fideicomisarios, de lo que quedara a su fallecimiento, a los otros hijos -que así lo recibirán, a efectos fiscales, mucho más beneficiosos, como herencia de sus padres y no de su hermana-.

7. OBSERVACIÓN FINAL

Después de todo lo expuesto, creo que dictada la Ley 41, de 18 de noviembre de 2003, posiblemente sin percibir todos los caminos que abría, se puede decir que ha quedado profundamente modificado el sistema tutelar español, en consonancia con lo que venía ocurriendo en países de nuestra órbita occidental, precisamente en consonancia con un fortalecimiento de la familia, sacándolo de la fiscalización de la Administración Pública, tan sólo reservada a las anomalías que se produzcan.

Hoy en día, con unas previsiones adecuadas en materia de poderes preventivos y de auto-tutela, incluso sin tener que recurrir a la auto-incapacitación, parece que se puede hablar, en este terreno, de una amplia autonomía de la voluntad y auto-composición de intereses. Así, tan sólo cuando aparezcan patologías en este mundo tan íntimo, habrá que dar entrada a la Administración de Justicia: jueces y fiscales.



Y en cuanto a las previsiones de la Ley de Autonomía Personal y Atención a las Personas Dependientes, todavía en mero anteproyecto, no parece prudente comentarlo. Pero de su orientación, basta decir, en estos momentos, que establece compensaciones económicas por cuidados en el ámbito familiar: siempre que se den las circunstancias familiares y de otro tipo, adecuadas para ello; **de modo excepcional**, el beneficiario podrá optar por ser atendido en su ámbito familiar y su cuidador recibirá una compensación económica por ello, siempre que este cuidador esté dado de alta en la Seguridad Social. La Ley prevista entraría en vigor en el año 2007, previéndose que para 2015, funcionando el plan a pleno rendimiento, 1.373.000 personas, que no puedan valerse por sí mismas, estarán cubiertas con una docena de servicios públicos y concertados, cuyo coste habrá sido de 25.000 millones de euros.

En fin, yo creo que el talón de Aquiles del proyecto en ciernes estará en su financiación, ya que está andando hacia donde los alemanes ya están volviendo. Precisamente, en estos días, leía en la prensa diaria una noticia procedente de Alemania. Decía así: “socialdemócratas, democristianos y verdes batallan, por igual, por defender mejor la recuperación de la familia como valor social”. Al frente del Ministerio impulsor -Ministerio Federal de Familia, Mayores, Mujeres y Jóvenes-, hay una Ministra, URSULA VON DER LEYEN, con siete hijos...



MODELOS DE INTERVENCIÓN EN EL EJERCICIO COTIDIANO DE LA TUTELA. EJEMPLOS DE BUENA PRÁCTICA

LA TUTELA DE PERSONAS MAYORES

D.^a Evelia Cantera Salvador. Secretaria General de la Fundación Tutelar Hurkoa de Gipuzkoa

SUMARIO

1. QUIÉNES SOMOS

2. A QUIÉNES ATENDEMOS

3. FORMAS DE INTERVENCIÓN

3.1. Asistencia y cuidado de la salud

3.2. Relaciones familiares, sociales y afectivas

3.3. Área jurídica

3.4. Área administrativa

4. ESTRUCTURA DE LA ORGANIZACIÓN: ¿CÓMO LO HACEMOS?

4.1. Acogida y valoración previa

4.2. Valoración en el equipo interdisciplinar

4.3. Elaboración de un plan individualizado

5. RECURSOS HUMANOS

6. RECURSOS ECONÓMICOS

7. CONCLUSIONES



1. QUIÉNES SOMOS

Hurkoa es una fundación -por tanto, una entidad sin ánimo de lucro-, con carácter particular y finalidad benéfico-asistencial.

Partió de una necesidad observada y sentida en el Departamento de Mayores de Cáritas Diocesana. Por una parte, se estaba realizando una guarda de hecho con algunas personas atendidas y, por otra, se veía la necesidad de poder representar a las personas mayores en situación de desamparo y defender sus derechos o tomar decisiones en la organización de sus cuidados. Es así como surge Hurkoa, en noviembre de 1990.

Asume los valores y criterios de actuación de la Entidad Fundadora, atendiendo, preferentemente, a aquellas personas más desprotegidas.

En el ejercicio de la tutela, se empeña en prestar una atención personalizada e integral, teniendo en cuenta sus propios valores y las capacidades aún conservadas. Pone a la PERSONA en el centro de toda su acción.

Trabaja con las familias y su entorno y apoya a todo aquél que precise un asesoramiento para el desempeño de sus funciones de cuidador y/o tutor.

En una búsqueda por atajar las causas de las situaciones de desamparo que se detectan, Hurkoa se preocupa por informar y sensibilizar a los profesionales -y a la sociedad en general-, mediante charlas, cursos, jornadas, publicaciones, etc. Siempre, en colaboración con otras instituciones.

Asimismo, en Hurkoa, se valora la profesionalidad en la prestación de sus servicios, así como el trabajo en equipo y la transparencia de todas sus gestiones.

El voluntariado forma parte constitutiva de la Fundación, no sólo por su hacer, sino por su ser y por su capacidad de participación. Éste permite a Hurkoa llegar a cada persona atendida, con calidad y calidez.

Aunque prioriza la actividad tutelar, la Fundación gestiona, también, un centro de día, de 62 plazas, para personas mayores dependientes. Este centro manifiesta, de forma visible, cuál es la filosofía y el modo de entender la atención personalizada a las personas dependientes.

Hurkoa se encuentra, además, presente en el mundo rural, mediante un pequeño proyecto de animación y atención a personas mayores.

2. A QUIÉNES ATENDEMOS

Las personas a las que atiende Hurkoa son:

- **Personas mayores en situación de desamparo**, que han ido perdiendo su capacidad de gobernarse, que no se valen por sí mismas, se aíslan y carecen de apoyo familiar o social. Se les puede encontrar en situaciones lamentables, sin unos cuidados adecuados respecto a su salud, higiene, alimentación, administración, organización doméstica, etc. Precisan de alguien que les pueda organizar los cuidados; pero, también, que les represente ante las instituciones y administre sus bienes, en función de su propio bienestar.

No siempre se ve causa suficiente para iniciar un trámite de incapacidad; sin embargo, puede tratarse de personas frágiles, muy vulnerables, que precisan un seguimiento cercano, como medida de prevención que garantice unos mínimos. Los mínimos que vayan aceptando, a partir de una relación de confianza. Desde Hurkoa, se presta también una atención a todas estas personas, en colaboración con los Servicios Sociales y Sanitarios. Este seguimiento supone un acercamiento para ir valorando la situación y seguir un proceso con ellos y su entorno, antes de tomar cualquier otra decisión.

- **Familias que precisan una orientación y asesoramiento** para la atención adecuada a sus familiares mayores.

Nos encontramos con familias numerosas y muy dispersas, con dificultades de relación y de reparto de funciones y responsabilidades. También, con familiares cuidadores, que necesitan ayuda para comprender la situación, orientación para solicitar los recursos más adecuados y organizar el cuidado.

En la mayoría de los casos, se descubre la necesidad o conveniencia de iniciar un trámite de incapacidad legal, por la existencia de conflictos familiares, para poder representarle en la toma de decisiones y en la realización de gestiones administrativas o jurídicas pendientes, ingresarle en un centro gerontológico, etc.

- **Personas menores de 60 años que padecen una enfermedad mental** que les impide gobernarse y auto-cuidarse. También aquí, puede ocurrir que sea la familia quien asuma la tutela o ésta tenga serias dificultades para ello.

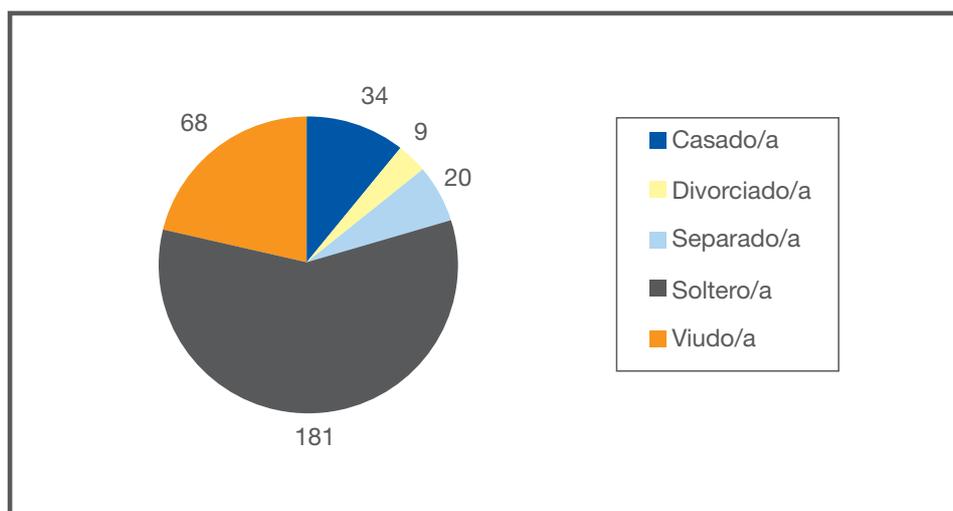
Durante el año 2005, la Fundación Hurkoa ha atendido un total de 434 personas, de los cuales el 60,6% son mujeres.

En 121 casos, el trabajo ha consistido en prestar un apoyo a la familia, para que pudiera seguir atendiendo a su familiar y/o asesorarle en el proceso de incapacidad y tutela.

En este período, se han recibido 133 nuevas solicitudes; 52, correspondientes a familias y de los otros 81, se ha responsabilizado la Fundación; 63 han sido personas mayores de 60 años y 18, por debajo de esta edad, con enfermedad mental.

	> 60 años	< 60 años con enfermedad mental	Totales	Solicitudes 2005
Asumidos por Hurkoa	245/ 63	68/ 18	313	81
Asumidos por familias	111/ 43	10/ 9	121	52
Totales	356/ 106	78/ 27	434	133

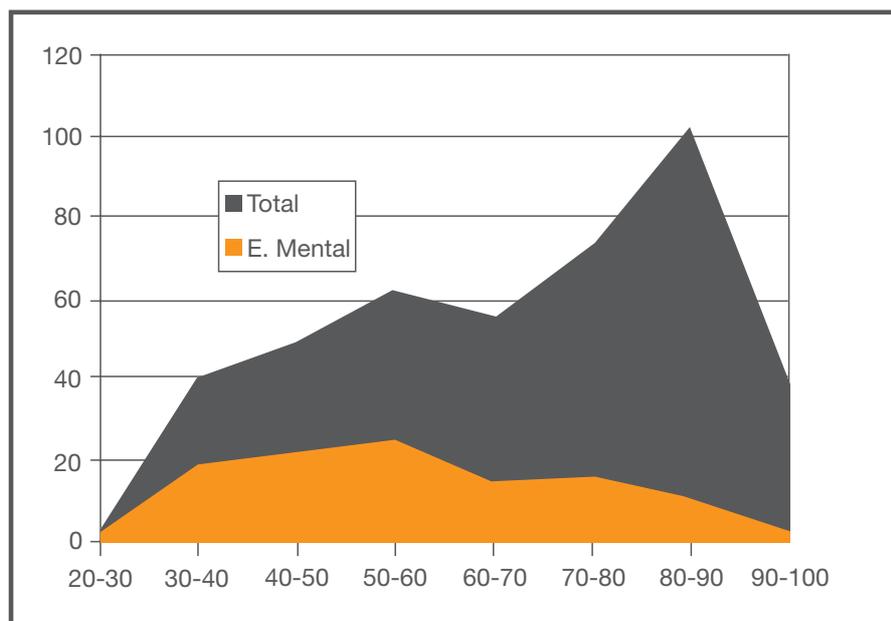
De los 313 casos en los que la Fundación ha asumido la responsabilidad de atención, se ha observado una carencia de relaciones familiares y/o sociales, en una gran mayoría. En otros casos, la familia no ha podido asumir la responsabilidad. Llama la atención que un 58,01% son solteros y otro 21,79%, viudos. El 43,77% son hombres.



El ámbito de actuación de Hurkoa abarca todo el territorio histórico de Gipuzkoa. La Fundación está presente en todas las comarcas, pero de forma muy desigual. A 31 de diciembre de 2005, la distribución de los mayores de 60 años era tal y como muestra el cuadro:

Comarcas Gipuzkoa	Atendidos en centros gerontológicos	Atendidos en domicilio	Total de personas atendidas
Donostialdea	109	10	119
Tolosaldea	16	1	17
Bidasoa	8	1	9
Goierri	5	1	6
Urola Kosta	7	-	7
Deba Behea	7	1	8
Deba Garaia	6	-	6
Totales	158	14	172

Entre las personas que padecen enfermedad mental, también están presentes los mayores, tal como indica la gráfica siguiente:



3. FORMAS DE INTERVENCIÓN

Al desarrollar este punto, voy a destacar algunos aspectos diferenciales, respecto a otros colectivos, en el ejercicio de la tutela. Es preciso tener en cuenta que se trata de personas muy mayores con un “**largo pasado**”, en el que han tenido unas relaciones familiares y sociales que será preciso restaurar, mantener, conservar o potenciar; una actividad profesional que nos habla de sus capacidades, aficiones... que habrá que valorar. Son personas que han ejercido sus derechos jurídicos y económicos, han llevado a cabo gestiones y negocios -que, en muchas ocasiones, habrá que regular-. Personas que, sobre todo, cuentan con “**un presente**”, cargado de significado y valor, que se debe cuidar y mimar, porque es prácticamente lo único que les queda, ya que **el futuro, generalmente, es muy corto**.

Esta circunstancia hace que las decisiones para mejorar su bienestar no puedan o no deban dilatarse en el tiempo.

Dentro de las características propias de este colectivo, contemplamos las siguientes áreas de intervención personalizada:

- Asistencia y cuidado de la salud.
- Relaciones familiares, sociales y afectivas.
- Atención jurídica.
- Atención administrativa.

3.1. Asistencia y cuidado de la salud

En este área, consideramos a la persona viviendo en su domicilio, en centros gerontológicos o en centros hospitalarios.

Introducirse en el domicilio de una persona es algo delicado y complejo. Supone realizar un acercamiento progresivo, con la colaboración de personas e instituciones referentes para ella (Servicios Sociales de Base, ambulatorio, vecinos, etc.). Este recorrido nos permite valorar su situación global y tomar contacto, ganar su confianza y convertirnos en referentes, en alguien que quiere ayudarle.

Hay veces que descubrimos situaciones de auto-abandono, que precisan una intervención urgente e inmediata, incluso para poder ser atendidas médicamente y valorar su grado de incapacidad y de auto-gobierno. En estas circunstancias, en ocasiones, resulta necesario tramitar medidas cautelares, para posibilitar la atención adecuada.

Mantener a estas personas en su domicilio supone un mayor esfuerzo y dedicación, un seguimiento permanente y continuado, la búsqueda del personal adecuado, la supervisión y control del mismo, etc.

A la mayoría de ellos, se les solicita servicios sociales domiciliarios y/o centros de día, bien sean privados o públicos.

Para valorar la necesidad de ingreso en un centro gerontológico se tienen en cuenta: su situación de deterioro físico y/o psíquico, las condiciones de la vivienda y los medios económicos para mantener un servicio de calidad.

La decisión se toma en equipo, valorando ventajas e inconvenientes para la persona en cuestión. Se busca, ante todo, una ubicación adecuada que posibilite la prestación de cuidados continuados.

Esta decisión supone gestionar la solicitud, hacer un trabajo de animación y mentalización -en la medida de sus capacidades-, preparar el entorno, equiparle de ropa, acompañarle en el ingreso y, en la primera etapa después del ingreso, ayudarle en su integración, informar a la familia y a todas las personas implicadas, etc. Durante el año 2005, se realizaron 20 ingresos en diferentes centros de Gipuzkoa.

La atención en un centro gerontológico o similar:

Cada vez son más las solicitudes que nos llegan procedentes de estos centros. Cuando la persona mayor ingresa, posiblemente, ha sido ella quien ha tomado la decisión; pero, en la mayoría de los casos, han sido otros quienes lo hicieron por ella. A la larga, es la Dirección del centro quien se ve implicada en realizar una guarda de hecho, cuando no hay familiares que se ocupen o no lo hacen debidamente. La persona mayor es muy vulnerable cuando se siente sola y, sin relaciones afectivas, es capaz de ceder cuanto tiene, a cambio de recibir muestras de afecto, visitas, etc.

Otros ingresan cuando ya son tutelados por Hurkoa. Lo cierto es que tenemos personas tuteladas en 44 centros gerontológicos diferentes y la mayoría de los tutelados -aun cuando, en un principio, estaban en su domicilio-, terminan necesitando de estos centros, para poder garantizar un cuidado continuado.

Nuestra atención a las personas tuteladas, ingresadas en centros gerontológicos, constituye un “plus de calidad” en la atención: proporcionarles una relación cercana y familiar, desde el exterior, y una colaboración con el personal cuidador, para mejorar su bienestar y calidad de vida. Constituimos su punto de referencia desde el exterior.

Las funciones que se desempeñan, fundamentalmente, son:

- **Realizar gestiones de pensiones, jurídicas y administrativas.**
- **Atender a sus necesidades personales** (ropa, aseo, ayudas técnicas...).
- **Acompañamiento a consultas médicas e ingresos hospitalarios.** Compañía en el tiempo de permanencia en el hospital.
- **Atención en situaciones de urgencia.** El objetivo es proporcionar un acompañamiento más cercano a los tutelados en situación de crisis o enfermedad, facilitándoles una relación de apoyo individual, según sus necesidades, sus valores y deseos.

La salud de las personas mayores que atendemos es precaria y la necesidad de cuidados personales, intervenciones médicas, acompañamientos a consultas, etc. es numerosa.

Las urgencias más frecuentes consisten en demandas para acompañamiento a hospitales. Se proporciona un acompañante, a ser posible conocido por la persona, bien sea voluntario o remunerado. Una vez ingresado, se valora con el personal de enfermería la intensidad de dicho acompañamiento, hasta el alta hospitalaria. Se hace un seguimiento, durante las estancias en el hospital, siempre en contacto con su médico, para conocer su evolución y tomar las decisiones más convenientes. Se preparan los momentos del final de la vida, facilitándole un acompañamiento más cercano e intenso.

En el momento del fallecimiento, se realizan las gestiones necesarias y se le acompaña hasta el final. Se procura la participación de todos los parientes y conocidos, así como de las personas que han intervenido en su cuidado, auxiliares y voluntarios.

En Hurkoa, se producen muchas altas y bajas durante el año. Sólo en 2005, las bajas fueron 45, la mayoría por fallecimiento.

3.2. Relaciones familiares, sociales y afectivas

Se potencian las relaciones con su entorno. Y en caso de que la persona se encuentre en su domicilio, con los vecinos, su parroquia, las personas conocidas... Se fomentan sus capacidades para conservar la autonomía en su auto-cuidado y para realizar pequeñas tareas domésticas, gestiones económicas, etc., permitiéndole disponer de pequeñas cantidades de dinero, para sus caprichos o compras ordinarias, informándole y teniendo en cuenta sus gustos a la hora de tomar decisiones.

Los que se encuentran ingresados precisan, también, una persona de referencia: saber que “alguien” se preocupa de él y de sus cosas, de forma personal. Alguien que le visite con frecuencia y esté pendiente de su salud, de sus necesidades, de sus deseos y de sus pequeños caprichos; que, si fuera necesario, reclame una atención adecuada en el centro; que le proporcione ese apoyo humano y afectivo, poniéndole en contacto con su entorno y potenciando sus posibilidades de relación.

Se intenta restaurar las relaciones familiares, para que puedan disfrutar de sus visitas.



Evelia Cantera, acompañada de Javier Pallarés, José Ignacio del Pozo y José Luis Basoko

3.3. Área jurídica

No nos detendremos en los pormenores del trabajo que se realiza en este área, por considerar que se ha profundizado suficientemente en otras intervenciones; sin embargo, haremos mención de aquellos aspectos que nos son más propios, por las características de nuestra fundación y del colectivo que atendemos.

Para Hurkoa, es muy importante estar presentes en la pre-tutela, en la valoración previa al inicio del trámite de incapacidad. Primeramente, para no iniciar un trámite innecesario; en segundo lugar, porque nos permite ponernos en contacto con la persona y su realidad, comenzar a prestarle una atención y hacer una intervención posterior -más acorde con sus valores y deseos- y, en tercer lugar, para poder descubrir un posible tutor en su entorno y prepararle para el ejercicio de la tutela. Si se descubre que no hay posibles tutores en su entorno, nos presentamos nosotros, dispuestos a aceptar, también, la defensa judicial.

Desde el momento en el que iniciamos nuestra intervención, asumimos, en cierto modo, la responsabilidad de hacer un seguimiento a la persona. Esto hace que, en ocasiones, nos veamos obligados a solicitar medidas cautelares de protección, tanto para proteger su persona, como su patrimonio.

En el ejercicio de la tutela de personas mayores, se hacen gestiones extraordinarias, con el fin de conseguir medios para pagar sus cuidados. Cada vez son más frecuentes las aceptaciones de herencias, ventas de inmuebles, etc.

3.4. Área administrativa

En cuanto a este área, además de lo mencionado, el mayor trabajo consiste en: realizar contratos de personal cuidador; llevar a cabo un control de ingresos y gastos; salir al paso de las necesidades personales y de la vivienda; efectuar valoraciones técnicas, para proceder a la venta de inmuebles; ejecutar obras y mejoras, en la adaptación o mantenimiento de la vivienda habitual; realizar la declaración de renta y patrimonio; rendir cuentas anuales y finales, etc.

4. ESTRUCTURA DE LA ORGANIZACIÓN: ¿CÓMO LO HACEMOS?

4.1. Acogida y valoración previa

El objetivo de esta primera acogida es conocer la demanda, ofrecer una información y orientación precisa a la familia -o al profesional que lo solicita-, apoyarle y/o derivarle a otro servicio, si se cree conveniente.

La trabajadora social correspondiente le informa de los servicios que puede prestarle la Fundación y,

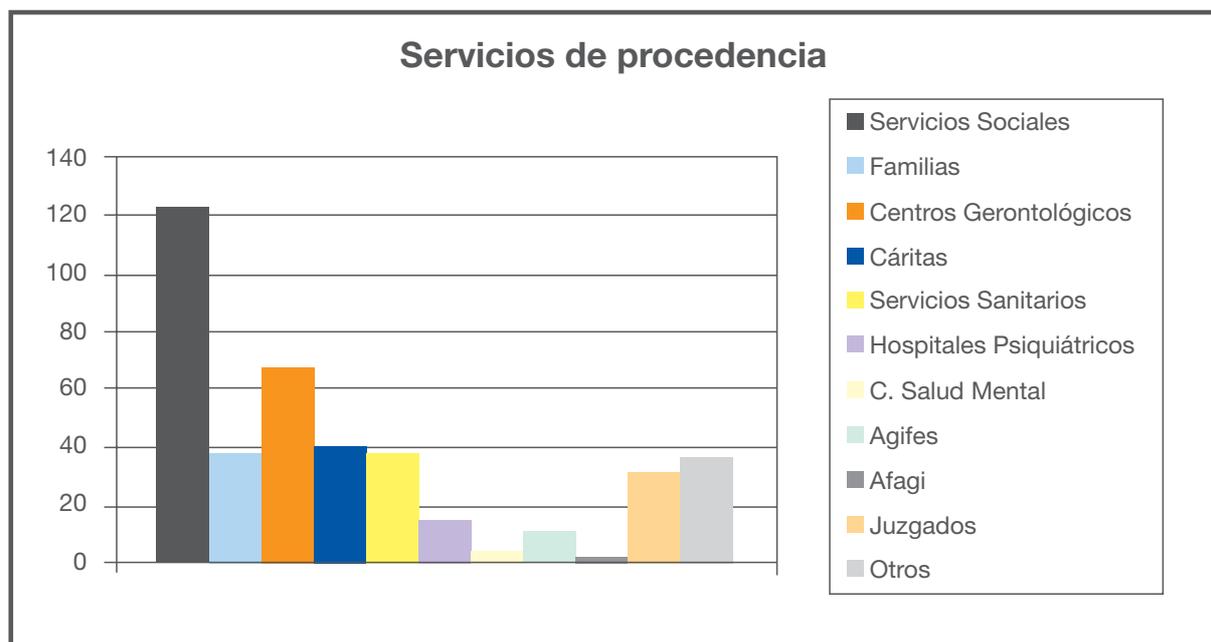
también, de otros recursos que pueda necesitar. Si lo considera necesario, le asesora sobre el procedimiento de incapacidad legal y de las posibilidades que tiene para iniciarlo.

Si se trata de un familiar, le invita a reconsiderar la información que le ha proporcionado y a que se ponga en contacto con otros miembros de la familia, para llegar a un acuerdo, antes de tomar ninguna decisión. Le emplaza a una nueva entrevista, acompañándose de los informes y documentación solicitada.

Si la solicitud proviene de una trabajadora social, se procede a realizar un acercamiento y valoración de forma conjunta. Se solicitan informes médicos y sociales, para poder hacer una valoración en el equipo de la Fundación, antes de tomar ninguna decisión respecto del inicio de la incapacidad, y la disposición para aceptar, o no, la representación legal, posteriormente.

La Fundación cuenta, actualmente, con cuatro trabajadoras sociales.

¿Cómo llegan las demandas?



El mayor número de demandas proviene de Servicios Sociales, sobre todo de Donostialdea; no obstante, están aumentando las provenientes de centros gerontológicos y del propio Juzgado, debido a conflictos familiares a la hora de designar un tutor.

4.2. Valoración en el equipo interdisciplinar

Como se ha dicho anteriormente, se da mucho valor a los previos. Nos parece de suma importancia hacer

una valoración en equipo, antes de tomar ninguna decisión. El objetivo es conocer mejor la problemática y a la persona en cuestión -sus características personales, su entorno familiar y social...- y hacer un discernimiento entre todos. Puede ser que el equipo solicite más información, que derive a otros recursos, que haga un seguimiento sin iniciar el trámite o que, realmente, se decida a iniciarlo.

Los criterios que se tienen en cuenta, para iniciar el trámite de incapacidad son:

- Que exista una causa real y objetiva de incapacidad.
- Que el trámite de incapacidad beneficie a la persona, sin violentar el grado de autonomía que pueda conservar.
- Que exista posibilidad de ejercer la tutela en la práctica.

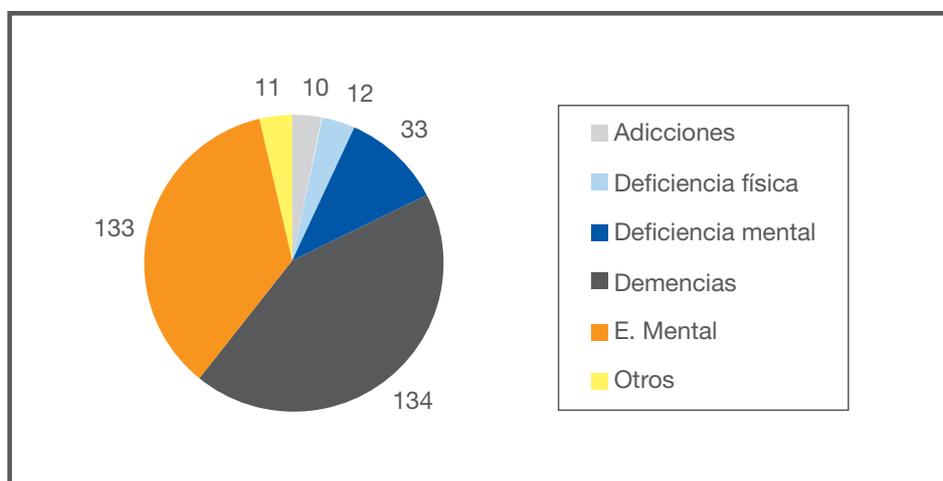
Para que Hurkoa se proponga como posible tutora, se valora que no haya un familiar, u otra persona de su entorno, que ofrezca garantías suficientes de protección de sus derechos.

Una vez tomada la decisión, se propone un plan de acción inicial, contando con los Servicios Sociales y Sanitarios, así como con los parientes y conocidos.

La trabajadora social elabora el informe, que acompaña al resto de la documentación, y se lo entrega a la abogada, para que lo presente al Ministerio Fiscal.

Desde este momento, es la Fundación quien toma las riendas, en el seguimiento del caso, para procurarle una atención básica y solicitar medidas cautelares, si fueran precisas, para lograrlo. Se le asigna una persona de referencia -generalmente, un voluntario-.

¿Cuáles son las causas de incapacidad entre los atendidos por la Fundación?



Las causas más frecuentes de la pérdida de auto-gobierno, y que precisan una atención y/o protección, son las demencias y las enfermedades mentales -no obstante, están empezando a aparecer situaciones de adicciones (sobre todo, la adicción al juego)-.

4.3. Elaboración de un plan individualizado

En un primer momento, se siguen las orientaciones iniciales del equipo de valoración, durante el procedimiento.

Es en el momento de asumir la tutela, cuando, realmente, se elabora un plan de atención integral.

A la vista del informe inicial, de la situación actual, de la sentencia judicial de incapacidad y del inventario de bienes, la trabajadora social, con la colaboración de los responsables de las áreas jurídicas y administrativas, elabora un plan global de intervención y lo presenta en el equipo de valoración y seguimiento, para su discusión y aprobación. En este plan, se señalan los objetivos, encaminados a mejorar su calidad de vida y bienestar, contando con sus recursos y posibilidades y con los servicios públicos y privados.

Al voluntario responsable del seguimiento, se le comunica cuáles son los objetivos propuestos y cuáles serían sus funciones.

Se plantean las gestiones jurídicas y administrativas pendientes de realizar.

Este plan individual se adjunta al inventario, para entregarlo en el Juzgado correspondiente.

Se revisa cada seis meses y siempre que se producen cambios importantes de situación, con la participación de todas las personas implicadas en el caso y con la Coordinadora de Tutelas.

Antes de tomar decisiones importantes, que ofrezcan cierta complejidad o trascendencia, se vuelve a proponer al equipo de valoración para su estudio.

5. RECURSOS HUMANOS

Los recursos humanos con los que cuenta Hurkoa son:

- **Junta de Patronos.** Está constituida por 14 miembros, propuestos por la Fundación y nombrados por Cáritas Diocesana. Se reúne dos o tres veces al año, para tomar las decisiones más importantes y trascendentes de la propia Fundación y de sus tutelados.

- **Comisión Permanente.** Constituida por 9 miembros, representa a la Junta de Patronos y al personal. Se reúne cada dos meses y siempre que se cree conveniente. En ella, se estudian y se toman las decisiones para la marcha cotidiana, se llevan a cabo los compromisos tomados en la Junta de Patronos y se preparan los temas que han de estudiarse en la misma.
- **Consejo de Dirección.** Está formado por el Gerente de la Fundación, la Secretaria Técnica -responsable del área administrativa y el programa rural-, la Secretaria General -responsable del área asistencial- y la Directora del Centro de Día. Se reúne una vez al mes y se encarga de coordinar las diferentes áreas de intervención y programas. Propone el orden del día para la Comisión Permanente.
- **Equipo de Coordinación de Tutelas.** Está constituido por el Gerente, cuatro trabajadoras sociales, dos administrativas y dos letradas. Se reúne una vez a la semana, para reflexionar sobre la actividad tutelar, revisar procedimientos y trabajar en la mejora continua. Asimismo, programa y evalúa las acciones.
- **Equipo de Valoración y Seguimiento.** Integrado por las cuatro trabajadoras sociales, las dos administrativas, las dos letradas y tres voluntarias. Se reúne todas las semanas. Se valoran las nuevas demandas, se estudian las situaciones conflictivas, para dar una respuesta adecuada, se presentan los planes individualizados y se intercambian informaciones de interés.
- **Grupo de Auxiliares y otras empresas de servicios, coordinados por una persona dependiente de Hurkoa.** Para salir al paso de las demandas de traslados a consultas médicas y hospitalizaciones, se cuenta con un Grupo de Auxiliares de diferentes puntos de Gipuzkoa, con el que se tienen reuniones periódicas -más frecuentemente, con sus coordinadoras-. También, se cuenta con empresas prestadoras de estos servicios, en caso de necesidad.
- **Red de voluntarios.** Queremos resaltar la importancia de la labor desarrollada por el voluntariado.

La Fundación cuenta con una amplia red de voluntarios, organizados e interdependientes. Entre ellos, hay un grupo con mayor responsabilidad y representatividad, con funciones concretas en la puesta en práctica de cada plan individualizado, así como en la evaluación continua y atención personalizada y cercana. Desarrollan, sobre todo, un papel de “enlace” entre la Fundación y los centros u otras instituciones y coordinan el resto del personal voluntario o auxiliares, para cumplir los objetivos propuestos. En cada centro, hay, al menos, un voluntario responsable, que hace la función de enlace.

¿Qué hace el voluntario responsable?

Es un punto de apoyo fundamental en el ejercicio de la tutela:

- Establece una relación cercana y familiar con cada persona atendida, visitándola periódicamente.
- Lleva a cabo el programa individualizado propuesto, en estrecha colaboración con la trabajadora social responsable.

- Lleva al día la hoja de incidencias de cada uno de los tutelados que se le han confiado.
- Está en contacto con el resto de voluntarios y profesionales del centro, encargados de la atención de los tutelados.
- Detecta las necesidades y deficiencias en la prestación de cuidados y se las comunica a la trabajadora social responsable.
- Se pone en contacto con la trabajadora social, para informarle -al menos una vez al mes- y con la administrativa correspondiente, para dar cuentas de gastos y presentar necesidades.
- Cada tres meses, se realiza una reunión entre los voluntarios y los profesionales, para intercambiar información, unificar criterios, reflexionar sobre la realidad y necesidades detectadas y tomar iniciativas.

En este momento, contamos con un total de 55 voluntarios que trabajan en este área de tutelados. 30 de ellos, como enlaces; otros 18, acompañantes, y 7, dentro de las oficinas, apoyando al área administrativa y jurídica.

Estamos convencidos de que, sin el apoyo de los voluntarios, no podríamos llevar a cabo el seguimiento a cada tutelado, según nuestros criterios de atención personalizada de calidad y calidez humana.

6. RECURSOS ECONÓMICOS

Nuestros recursos económicos son los siguientes:

- Ingresos provenientes de los convenios con la Diputación Foral de Gipuzkoa y el Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián.
- Retribuciones judiciales.
- Apoyo puntual de otras instituciones.
- Respaldo de Cáritas Diocesana.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de estos años de experiencia, hemos podido descubrir la gran necesidad de protección que tienen los mayores en nuestro entorno, fundamentalmente, por los siguientes motivos:

- Estamos contemplando un crecimiento del número de personas mayores y muy mayores, con un deterioro cognitivo o alguna otra enfermedad, que les impide gobernarse por sí mismas, tomar sus

propias decisiones, organizar sus cuidados, reclamar sus derechos y defenderse en una sociedad y un entorno cada vez más complejo y agresivo. Son muchos los factores que hacen que la persona muy mayor se sienta amenazada, impotente, en situación de fragilidad o desamparo.

- Se observa un mayor número de personas mayores que viven solas y de manera independiente, con relaciones familiares poco estables o conflictivas. Las familias son cada vez menos numerosas y dispersas, por la gran movilidad existente.
- En torno a estas personas solas y sin apoyo familiar, suelen aparecer otras relaciones -en algunos casos, muy positivas-, que les ayudan a sentirse protegidas, que solicitan ayuda a las instituciones competentes y se convierten en grandes aliados, a la hora de buscar soluciones y entablar una relación positiva con ellos, para afrontar las soluciones que precisan. Otras veces, se crea una relación de dependencia cerrada, que pone dificultades a la entrada de otros profesionales; se detecta una búsqueda del propio interés, por encima del de la persona mayor, o una incompetencia para ver y comprender la complejidad del problema.
- Se observa un cambio de valores en nuestra sociedad. Se potencia la independencia y el individualismo, priman los intereses económicos (todo se mide, se cuenta...) y se han deteriorado mucho las relaciones personales y familiares. Cada vez se observan más conflictos en el seno de las familias, que dificultan llegar a acuerdos para atender y defender los derechos de la persona mayor incapaz. Se perciben cada vez más situaciones en las que está presente cierta enfermedad mental y la necesidad de terapias de intervención familiar.
- El tema de incapacidad legal y ejercicio de la tutela sigue siendo poco conocido e interpretado de forma diversa, tanto por los propios Juzgados, como por las diferentes instituciones y la población en general. No se valora este ejercicio en su justa medida.
- No es posible afrontar las situaciones, cada vez más complejas, sin una mayor coordinación entre todas las instancias: Servicios Sociales, Sanitarios y Jurídicos.
- En general, nuestra experiencia es positiva. El respaldo jurídico, en muchos casos, ha sido indispensable para poder atender a personas mayores, de forma adecuada y proporcionarles una calidad de vida en sus últimos años.



MODELOS DE INTERVENCIÓN EN EL EJERCICIO COTIDIANO DE LA TUTELA. EJEMPLOS DE BUENA PRÁCTICA

LA TUTELA DE PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL

D. Javier Pallarés Neila. Director del Departamento de Tutela de la Fundación Manantial de Madrid

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN
3. CARACTERÍSTICAS DE SU DISCAPACIDAD
4. OBLIGACIONES DEL TUTOR DE UNA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL
 - 4.1. Atención residencial
 - 4.2. Protección y defensa patrimonial
 - 4.3. Protección y defensa de sus derechos
 - 4.4. Tratamiento en salud mental
 - 4.5. Trastornos comórbidos
5. APOYO A LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA

1. INTRODUCCIÓN

Muchas gracias a la Diputación Foral de Gipuzkoa, por haber invitado a la Fundación Manantial a participar en este congreso estatal. Gracias por la especial sensibilidad que, claramente, se demuestra en la organización del evento, en el que, con nuestra modesta presencia, se hace referencia a nuestra doble condición: como entidad privada sin ánimo de lucro, surgida al amparo del artículo 242 del Código Civil (“Podrán ser también tutoras las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”) y entidad cuya especial misión va dirigida a un sector especial de discapacitados: las personas con trastornos mentales graves y persistentes -por desgracia, frecuentemente olvidados-.

Además, no puedo dejar de mencionar que la Fundación Manantial asume, actualmente, la Presidencia de la Asociación FUTUPEMA (Fundaciones Tutelares de Personas con Enfermedad Mental Asociadas), que agrupa a la inmensa mayoría de fundaciones tutelares privadas de personas con enfermedad mental existentes en todo el territorio nacional, a las que hoy, por lo tanto, también represento.

Y éstos son, desde luego, el ámbito y la especialidad en los que desarrollaré mi ponencia. No podía ser menos, pero no sólo porque en el congreso ha habido y habrá personas más autorizadas que yo para hablar de los aspectos jurídicos de la incapacidad y tutela, sino porque la tutela de nuestro colectivo tiene ciertas especialidades que resulta necesario resaltar.

2. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN

En principio, aun cuando para un profesional puede constituir una cuestión baladí, es necesario delimitar qué se entiende por personas con enfermedad mental o, como hoy se prefiere, personas con trastornos graves y persistentes.

Pues bien, las enfermedades que, comúnmente, merecen esta categoría son las siguientes:

- Psicosis funcionales: esquizofrenia; psicosis maníaco depresivas; trastornos esquizoafectivos; trastornos delirantes...
- Neurosis obsesivo compulsivas.
- Depresiones recurrentes.
- Trastornos de personalidad y otros.

Éstas son las personas cuyo cuidado y atención constituye la MISIÓN de la Fundación Manantial y, desde luego, la de todas las entidades que conforman FUTUPEMA. Ahora bien, las personas que tutelamos son a las que se les ha manifestado la enfermedad de forma más grave -ya que en absoluto se puede decir que la enfermedad mental sea sinónimo de incapacidad civil-. Por ello, todo lo que se dirá, a partir de ahora, se refiere a esos trastornos mentales, especialmente graves, que han provocado el establecimiento de un mecanismo de protección legal: la tutela.

Pasemos a determinar las características fundamentales de su discapacidad, que, desde luego, serán las que impriman un carácter singular a la tutela de estas personas.

3. CARACTERÍSTICAS DE SU DISCAPACIDAD

La primera característica y, bajo mi punto de vista, la más terrible de la enfermedad mental es la afectación que el trastorno genera en el funcionamiento social del individuo.

Las personas con trastornos mentales graves y persistentes tienen una enorme dependencia de la familia y de las estructuras sanitarias y sociales. Sin ayuda, son incapaces de conseguir trabajo -y si lo han conseguido, de mantenerlo-, de disfrutar de una independencia económica y no tener que depender de pensiones mínimas y, por supuesto, de conseguir relaciones sociales satisfactorias.

Pues bien, cuando una entidad tutela a una persona con trastorno mental, todo esto ya se encuentra perdido. Nuestros tutelados tienen roto el soporte socio-familiar; la familia ha claudicado. En muchos casos, hay ruptura matrimonial, los hermanos han salido precipitadamente de casa, los sistemas de servicios sociales generales se han visto desbordados por una enfermedad que no comprenden y temen, y la persona con enfermedad mental termina desubicándose como ciudadano, sufriendo uno de los peores efectos de su enfermedad: la derivación.



Javier Pallarés, junto con sus compañeros de mesa

Su destino será vivir de hospitalización en hospitalización, perder su círculo de amistades, sufrir una enorme precariedad económica, convertirse en seres marginales: perder su consideración como ciudadanos de pleno derecho.

No es casual que la OMS haya declarado que la esquizofrenia -paradigma de la enfermedad mental- se encuentra entre las diez enfermedades más discapacitantes para las personas de edades comprendidas entre los 15 y 44 años.

Las entidades tutelares se van a encontrar con una persona que ha visto cortadas, de raíz, todas sus necesidades vitales sin haber podido disfrutar apenas de nada, ya que una de las características más terribles de la enfermedad mental es su manifestación, en un gran número de casos, a una edad muy temprana.

Con este perfil que les he dado, el tutor de la persona con enfermedad mental ha de cumplir con unas obligaciones determinadas. A continuación, las señalo.

4. OBLIGACIONES DEL TUTOR DE UNA PERSONA CON ENFERMEDAD MENTAL

Como saben, las obligaciones del tutor están reseñadas en el Derecho común, en el artículo 269 del Código Civil; conforme al cual:

Artículo 269

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

- 1º) A procurarle alimentos.
- 2º) A educar al menor y proporcionarle una formación integral.
- 3º) A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.
- 4º) A informar al juez, anualmente, sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

De estas obligaciones, que son comunes para todos los sectores de la discapacidad, resultan especialmente relevantes tres: **VELAR, RECUPERAR E INSERTAR**. El buen tutor de una persona con enfermedad mental debe velar por su tutelado, procurar su recuperación y lograr reintegrarle en la sociedad, como ciudadano de pleno derecho.

4.1. Atención residencial

El tutor de la persona con enfermedad mental debe tratar de proporcionarle el lugar más adecuado para desarrollar su vida -que puede coincidir, o no, con el lugar de su residencia habitual-.

Si tiene piso propio, habrá de procurarle los apoyos necesarios para mantenerse en él; en otro caso, y dependiendo de su estado y evolución, le podrá facilitar una vivienda con los mismos apoyos señalados, un piso supervisado o una residencia.

Cuando nuestros tutelados no puedan llevar una vida autónoma, pasan meses, e incluso años, hasta que conseguimos una plaza pública en una residencia, donde puedan darle toda la atención que necesitan y merecen. Entre tanto, nuestra obligación será prestarles apoyos en sus domicilios, pensiones o albergues.

4.2. Protección y defensa patrimonial

Pero la vida normalizada cuesta dinero. Como decíamos, en muchos casos, al desarrollarse la enfermedad en los primeros años de la vida de la persona, nuestros tutelados nunca han trabajado o no han trabajado lo suficiente; con lo cual, el tutor se encontrará con la obligación de administrar, con mano férrea, pensiones no contributivas o de orfandad míseras, que apenas cubrirán el ocio y los pequeños extras que exige la vida independiente.

4.3. Protección y defensa de sus derechos

Si pretendemos que nuestros tutelados lleven una vida normalizada, resulta necesario remover todos los obstáculos que impidan o dificulten que puedan disfrutar, adecuadamente, de todos los derechos que, como ciudadanos, tienen. Para ello, las fundaciones tutelares de personas con enfermedad mental tenemos magníficos equipos jurídicos, que resolverán todas las cuestiones de esta índole que en la vida de cualquier persona pueden surgir:

- Cuestiones civiles: herencias, comunidades de propietarios, desahucios, cuestiones de Derecho de Familia.
- Laborales: reconocimiento de pensiones, grado de minusvalía.
- Administrativas.
- Penales: pero no precisamente como sujetos activos de delitos, ya que, desde nuestra experiencia, podemos afirmar que las personas con enfermedad mental, pese al estigma que arrastran, son, más frecuentemente, víctimas que verdugos.

4.4. Tratamiento en salud mental

Sin duda alguna, la primera obligación natural y la más complicada es el tratamiento o continuidad de los cuidados que su enfermedad exige.

En las últimas décadas, el notable avance de la psiquiatría y la introducción de nuevos tratamientos farmacológicos -los antipsicóticos- llevaron al cierre de los defenestrados manicomios y a la integración

de la asistencia psiquiátrica en la atención médica normalizada, dando origen a la atención comunitaria en psiquiatría.

En este aspecto, la obligación principal del tutor es lograr que su tutelado acuda al centro de salud mental y cumpla el tratamiento prescrito. Esto, les puedo asegurar, no es nada fácil, ya que uno de los principales problemas, con los que nos enfrentamos, es que si la persona con enfermedad mental se encuentra protegida, legalmente, a través del mecanismo jurídico de la incapacidad, lo será, entre otras cosas, porque no tiene conciencia de enfermedad.

Pero la atención psiquiátrica no agota el tratamiento que requieren nuestros tutelados, ya que, desde hace tiempo, se ha llegado al convencimiento de que el mejor tratamiento para la enfermedad mental es el que combina la intervención psiquiátrica con la psicosocial.

En la Comunidad de Madrid, tenemos un plan magnífico: el Plan de Atención Social a las personas con enfermedad mental, que tiene múltiples recursos que completan ese tratamiento y les ofrece, además de la atención psiquiátrica en el centro de salud mental, esas intervenciones psicosociales en un centro de día, centro de rehabilitación psicosocial o centro de rehabilitación laboral.

Muchas veces, a los tutores se nos critica, se nos reprocha, que no obliguemos a nuestro tutelado a realizar actos en contra de su voluntad, a que se medique, a que viva o deje de vivir en un determinado sitio, a que trabaje... Será misión de la entidad tutelar hacer comprender que la coacción es incompatible con la creación de unos lazos -un enganche, que los profesionales ponemos mucho interés, cuidado y tiempo en crear, ya que esa complicidad va a ser mucho más duradera y sólida que cualquier medida de coacción-.

No obstante, estamos obligados a persuadirles, a actuar de forma asertiva, para lograr que nuestros tutelados reciban la atención médica que necesitan y la completen con la atención psicosocial que les va a permitir llevar una vida digna.

Sin embargo, diversos estudios científicos confirman que entre el 10 y el 20% de los pacientes muestran una respuesta nula, o sólo limitada, al tratamiento con una dosis, probablemente adecuada, de un antipsicótico. Y lo que es más grave: incluso, en determinados casos, manteniendo la estricta observancia al tratamiento, existen determinados períodos de crisis.

Y he aquí la otra característica del tutor de la persona con enfermedad mental: la necesaria **ATENCIÓN EN CRISIS**.

Tal atención está solucionada, de una forma más o menos adecuada, en nuestra legislación, en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula el internamiento involuntario, por razón de trastorno psíquico. Pero les puedo asegurar que no lo está desde el punto de vista práctico y así, en ausencia de protocolos de actuación, a nuestros tutelados, en muchas ocasiones, se les trata como delincuentes y no como enfermos necesitados de atención urgente.

4.5. Trastornos comórbidos

Por último, por el hecho de que nuestros tutelados tengan afectada su salud mental, no quiere decir que su estado físico sea el idóneo.

Al contrario, desgraciadamente, entre nuestros tutelados hay una gran incidencia de personas que abusan o han abusado de sustancias, entre las que se incluyen alcohol, estimulantes, alucinógenos, cafeína, tabaco... Asimismo, muchos de ellos, por la realización de conductas de riesgo, pueden ser portadores de Hepatitis, VIH y SIDA.

Y por último, se han descrito, científicamente, altas tasas de mortalidad por enfermedades cardiovasculares y pulmonares, trastornos gastrointestinales y urogenitales.

Los propios síntomas de la enfermedad mental hacen muy difícil que los tutelados identifiquen o expliquen, con precisión, los síntomas de los trastornos somáticos. El buen tutor debe ayudarle a identificarlos, demandar la atención médica que necesite y seguir el tratamiento que, en su caso, se le prescriba. Todo ello en primera línea, ya que deberá firmar, en su representación, el preceptivo consentimiento informado.

5. APOYO A LA INTEGRACIÓN COMUNITARIA

Durante siglos, la gente ha mirado con miedo a las personas con enfermedad mental, lo que provocó la creación de instituciones manicomiales, cerradas al mundo exterior.

En la segunda mitad del siglo XX y por diversas circunstancias, a las que, sin duda, no fue ajena la lucha por los derechos civiles y las declaraciones internacionales de derechos humanos, comenzó una política de altas y cierres de esas instituciones -al menos tal y como, hasta entonces, venían existiendo-.

Ahora bien, se pensó que los avances farmacológicos y la integración comunitaria eran suficientes y muchos pacientes, a lo largo de los años 70 y 80, fueron dados de alta. Ésta es, sin duda, alguna de las causas del estigma que sigue acompañando a la enfermedad mental -ya que ni a la sociedad, ni a la familia, ni al enfermo se les preparó adecuadamente, ni se les apoyó para vivir en la comunidad-.

Y éste es uno de los principales obstáculos de los que se va a encontrar el tutor de una persona con enfermedad mental: el estigma que sufre y que le va a obligar a convencer a los terceros de los que demanda cualquier tipo de apoyo, servicio o prestación que es falso que:

- Nadie se recupera de una enfermedad mental.
- La esquizofrenia es una enfermedad intratable.
- Las personas con enfermedad mental son violentas y peligrosas.
- Las personas con enfermedad mental no pueden trabajar.



A esta concienciación social, en nada ayuda la lamentable y errónea imagen, que, continuamente, se encargan de transmitir los medios de comunicación social.

**MODELOS DE INTERVENCIÓN EN EL EJERCICIO COTIDIANO DE LA TUTELA.
EJEMPLOS DE BUENA PRÁCTICA**

LA TUTELA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

D. José Luis Basoko Eizagirre. Secretario General de la Fundación Tutelar Atzegi de Gipuzkoa

SUMARIO

- 1. PRESENTACIÓN DE LA FUNDACIÓN TUTELAR ATZEGI**
- 2. TIPOS DE INTERVENCIÓN DE LA FUNDACIÓN, EN FUNCIÓN DE DIVERSOS CRITERIOS
CLASIFICATORIOS**
- 3. MODELO DE INTERVENCIÓN**
- 4. ALGUNOS EJEMPLOS COTIDIANOS DE LOS APOYOS QUE LA FUNDACIÓN PROPORCIONA EN
LAS DIFERENTES ÁREAS**

1. PRESENTACIÓN DE LA FUNDACIÓN TUTELAR ATZEGI

La Fundación Tutelar Atzegi fue constituida por la Asociación Guipuzcoana en Favor de las Personas con Discapacidad Intelectual en 1983, aprovechando la reforma del Código Civil, que posibilitaba que las personas jurídicas fuesen nombradas tutoras.

Para dotarle de mayor estabilidad, se le dio naturaleza jurídica fundacional. Su ámbito territorial es la provincia de Gipuzkoa y su misión consiste, exclusivamente, en el ejercicio de las tutelas que le sean encomendadas por los jueces, dentro del marco de su objeto fundacional.

Las personas tributarias de ser atendidas por nuestra Fundación han de ser personas cuya causa de incapacitación haya sido la discapacidad intelectual y se encuentren, asimismo, en situación de desamparo, por falta de familia que pueda ejercer dicha responsabilidad -circunstancia que, habitualmente, concurre cuando desaparecen los padres, en los casos de familias cuyo único hijo es una persona con discapacidad, así como en el de personas expósitas y en el de familias desestructuradas-.

Nuestra Fundación tiene muy presente el carácter subsidiario de la tutela institucional, frente a la tutela ejercida por la familia; pues consideramos que, por muy bien que ejerzamos la tutela desde la Fundación, el recurso a la tutela institucional ha de considerarse excepcional.

Creo también oportuno salir al paso de una confusión que muchas familias, y no pocos profesionales, tienen cuando no distinguen, suficientemente, entre la necesidad de disponer de una plaza residencial y la necesidad de tener un tutor. O, dicho de otro modo, cuando creen que el asumir la tutela lleva aparejada, necesariamente, la convivencia con la persona incapaz en el domicilio familiar. Desde nuestro punto de vista, resulta evidente que las personas incapaces que no tienen padres necesitan un servicio residencial, además de un tutor -pero éste, en nuestra opinión, puede y debe ser un familiar directo, siempre que sea posible-.

Por otra parte, nuestra experiencia nos demuestra que, en muchas ocasiones, familiares que, inicialmente, se mostraban reacios a aceptar la tutela -porque identificaban el ser tutor con la obligatoriedad de acogerle en su casa-, cuando consiguen la plaza residencial, recuperan los lazos afectivos y no tienen inconveniente alguno en asumir su tutela.

Este principio de subsidiariedad de la tutela institucional, respecto a la tutela familiar, se refleja con claridad en Gipuzkoa en el siguiente dato: de las tres mil familias que constituyen la base social de las tres asociaciones que participan en el Consejo de la Fundación Tutelar Atzegi (la de Discapacidad Intelectual Atzegi, la de Autismo Gautena, y la de Parálisis Cerebral Aspace), únicamente setenta se encuentran, en este momento, tuteladas por la Fundación o tienen el compromiso de que su tutela futura sea ejercida por ella (es decir, poco más del 2%). Y es que si bien todas ellas -las tres mil- deben preparar el futuro de sus hijos, para cuando falten los padres, únicamente un número muy reducido del total del colectivo necesitará, finalmente, de la Fundación Tutelar, por no existir hermanos u otros familiares directos que puedan hacerse cargo de la responsabilidad tutelar.

El hecho de que la Fundación deba ser un recurso a utilizar tan sólo por un pequeño porcentaje del total del colectivo, no le resta, en absoluto, importancia cualitativa; pues además de ser imprescindible para las personas cuya tutela recaiga en la institución tutelar, ofrece también al conjunto del sector la seguridad de que, si los apoyos familiares, finalmente fallaran por cualquier circunstancia, siempre se podrá recurrir a la Fundación.

En cuanto al origen de la demanda de intervención de la fundación tutelar, les informo de que, en los casos de padres con hijos únicos, éste proviene de las asociaciones guipuzcoanas de padres que participan en el Consejo de la Fundación. Respecto al colectivo de familias desestructuradas, el origen habitual de la demanda son los Servicios Sociales de Base de los Ayuntamientos, los propios Juzgados y también el Servicio de Menores de la Diputación Foral, cuando los menores acogidos por dicha institución sean incapaces, por causa de discapacidad intelectual, al alcanzar la mayoría de edad.



José Luis Basoko, en un momento de su charla. Al fondo, Evelia Cantera y José Ignacio del Pozo

2. TIPOS DE INTERVENCIÓN DE LA FUNDACIÓN, EN FUNCIÓN DE DIVERSOS CRITERIOS CLASIFICATORIOS

Por el momento cronológico en que se desarrolla, el tipo de intervención de la Fundación varía, así como la dedicación y medios que exige.

Así, las actuaciones que ha de prestar antes de la aceptación del cargo, se orientan al conocimiento del caso -tanto del propio sujeto, como de su entorno-, a la valoración de su situación -médica, psicológica y social-, a la presentación del caso al Consejo de la Fundación para su aceptación, y a la participación en el procedimiento judicial correspondiente.

Durante el primer año de ejercicio, tras la aceptación de la responsabilidad tutelar, la actividad de la Fundación suele requerir un alto grado de intensidad, hasta conseguir una plaza residencial y el asentamiento del incapaz en la unidad de convivencia adecuada a sus necesidades: la realización de los trámites sucesorios, la gestión de las pensiones que puedan corresponderle, la búsqueda de trabajo, etc. Una

vez organizada y estabilizada su situación, Atzegi continúa prestándole los apoyos ordinarios -a los que luego me referiré-, en todas las áreas.

Tras el fallecimiento del pupilo, la intervención de la Fundación no se extingue hasta la realización de todo lo relativo a su sucesión y la rendición final de cuentas al Juzgado.

Este camino cronológico, sin embargo, suele verse modificado por la aparición de situaciones críticas, que se producen por motivos de salud o de especiales dificultades en la vivienda o en el trabajo, que obligan a intensificar la actuación de la Fundación, hasta su reconducción.

Por la situación residencial del pupilo, en función de la mayor o menor cobertura que le pueda prestar el servicio residencial en el que habite, el ejercicio de la tutela presenta especificidades, según se encuentre atendido en institución psiquiátrica, en residencia especializada -con atención de 365 días al año y 24 horas al día-, en vivienda protegida, trabajando en talleres, o en empleo ordinario, con una vida social integrada y participativa en su entorno, en su propio hogar, en pensiones o, incluso, en paradero desconocido.

Por la naturaleza de las actuaciones, podríamos distinguir entre las correspondientes al área de apoyo personal, las que tienen que ver con el área de apoyo jurídico y las relativas al área de apoyo administrativo.

Para finalizar este apartado, creo conveniente señalar que, por paradójico que pueda parecer, en muchas ocasiones, resulta más difícil ejercer la tutela sobre las personas de mayor capacidad y forma de vida más normalizada, que sobre las personas necesitadas de apoyos más intensos y generalizados.

3. MODELO DE INTERVENCIÓN

El modelo teórico de intervención de la Fundación es la planificación centrada en la persona y la programación individual -sustentada sobre las cualidades y las habilidades de nuestros pupilos y no en sus limitaciones-, atendiendo a sus deseos y favoreciendo el desarrollo de su proyecto de vida personal.

El parámetro de referencia para orientar los apoyos es la calidad de vida. Teniendo en cuenta que este concepto no es unívoco, utilizamos los indicadores que Schalock y Verdugo señalan como definatorios de “calidad de vida”, sirviéndonos, por consiguiente, para orientar nuestros apoyos hacia su consecución.

Así, nos fijamos en su bienestar emocional (seguridad, ausencia de estrés, autoconcepto -satisfacción con uno mismo-...), en sus relaciones interpersonales (afectivas, familiares, sociales, pareja...), en su bienestar material (recursos económicos, trabajo, bienes materiales...), en su nivel de desarrollo personal (formación y habilidades funcionales), en su bienestar físico (salud y movilidad), en sus posibilidades de autodeterminación (elegir lo que quiere, que se respeten sus deseos y se le apoye para su consecución) y, por último, en su nivel de inclusión social (en qué medida participa en la vida social del entorno).

4. ALGUNOS EJEMPLOS COTIDIANOS DE LOS APOYOS QUE LA FUNDACIÓN PROPORCIONA EN LAS DIFERENTES ÁREAS

Respondiendo al encargo de la organización del congreso de ilustrar, de la manera más gráfica posible, el quehacer cotidiano de nuestra Fundación, presentaré, a continuación, una serie de ejemplos, ordenados por áreas de intervención, a través de los cuales confío en que puedan hacerse una idea de los apoyos concretos que, para mejorar la calidad de vida de nuestros pupilos, presta la Fundación.

En el área de la salud, acompañando al pupilo a médicos de cabecera y especialistas; apoyándole en ingresos hospitalarios; facilitando tratamientos no incluidos en la Seguridad Social (odontológicos, oftalmológicos, ortopédicos...), valorando y autorizando, en su caso, tratamientos de especial riesgo (intervenciones quirúrgicas, medicamentos...), etc.

En el área de vivienda, gestionando su ingreso en el servicio más acorde con sus necesidades; cuando viven solos, consiguiéndoles una vivienda con un alquiler social o una pensión; gestionando apoyos domiciliarios; completando la cobertura de los centros residenciales en períodos vacacionales, bajas en el taller, etc.

En el área de alimentación -para los que viven solos-, ayudándoles a que su nutrición sea equilibrada; apoyándoles para que desarrollen el máximo de sus capacidades, en cuestión de compras y elaboración de alimentos; gestionándoles, a tal fin, apoyos domiciliarios, etc.

En el área de cuidados personales, ayudándoles en la elección de su ropa y efectos personales o efectuándolos, directamente -cuando por su grado de afectación no puedan hacerlo-. En definitiva, apoyándoles para que mejoren su imagen -factor muy importante para su satisfacción personal y, también, para una mejor y más favorable acogida en su entorno social-.

En el área de formación, participando con los profesionales del centro en el que viva el pupilo, en el diseño y aplicación de su PPI y/o apoyando iniciativas de aprendizaje y formación.

En el área de necesidades económicas, gestionándoles la pensión de orfandad o, en su caso, la prestación por hijo a cargo o la pensión de invalidez no contributiva; presentando solicitudes de trabajo, procurando que lo obtengan, lo mantengan y/o lo mejoren, de acuerdo con sus deseos y posibilidades; estableciendo relaciones con sus responsables laborales, en orden a favorecer su bienestar en el trabajo; ayudándoles a administrar su dinero, para hacer frente a sus gastos personales ordinarios y, en su caso, para la obtención de algún beneficio por su patrimonio, si lo tuvieran.

En el área de necesidades de gestión y administración, desarrollando los trámites judiciales, incapacitación, inventario, autorizaciones para disponer de bienes, para internamientos o para esterilizaciones, rendición de cuentas, etc.; realizando los trámites sucesorios y gestionando los administrativos, contabilidad individual, domiciliaciones, pagos, inscripciones, documentación, relaciones con la comunidad de vecinos, solicitudes varias, declaraciones de impuestos, empadronamientos, etc.

En el área de necesidades relacionales, respecto a las personales y afectivas, ofreciéndoles una referencia personal afectuosa y disponible, manteniendo una relación periódica y ayudándole en el desarrollo de su proyecto de vida personal. Respecto a las relaciones sociales, facilitándole la realización de actividades culturales, recreativas y deportivas, fomentando las relaciones con sus compañeros, organizando salidas y vacaciones, etc.

Para desarrollar los apoyos mencionados en este área, la Fundación se sirve de colaboradores “voluntarios”, quienes, a modo de “delegados tutelares” y en estrecha relación con los profesionales de la Fundación, establecen relaciones personales con el pupilo que, en cada caso, les sea asignado por la Fundación, en función de gustos y/o afinidades, de la vecindad y de la disponibilidad de tiempo del voluntario, de las posibilidades de sintonía personal entre voluntario y pupilo, de eventuales vínculos preexistentes, etc.

Para concluir, quiero transmitirles un último mensaje. Siempre se puede hacer algo para mejorar la calidad de vida de las personas incapaces, sea cual fuere su situación y las dificultades con las que podemos encontrarnos para intervenir. Nuestra experiencia así lo acredita. Y les aseguro que produce una gran satisfacción ver que el hecho de haber asumido la tutela sobre una persona ha contribuido a mejorar su calidad de vida.

Creo, en suma, que el estar sujeto a la tutela de una institución tutelar es muy importante para garantizar el bienestar actual y futuro de las personas incapaces en situación de desamparo.

TALLER DE TRABAJO

ASPECTOS JUDICIALES

D.^a Aurora Elósegui Sotos. Jueza decana de Primera Instancia y del Juzgado número 6 de Incapacidades de la Audiencia de Donostia-San Sebastián

Mi idea para este taller no consiste en dar una charla o conferencia para que vosotros, quienes me escucháis, podáis hacerme un par de preguntas al final. Cuando se me propuso dirigir este taller, pensé: “¿qué cuestiones son las que me interesan a mí?”. Yo soy juez y, como tal, tengo un Juzgado que, desde hace unos años, está especializado en incapacidades, tutelas e internamientos involuntarios psiquiátricos. La práctica me demuestra que mi labor se encuentra plenamente integrada con la que realizan otros muchos colectivos en torno a los problemas de la salud mental, de la competencia, de la asistencia a personas con situaciones de incapacidad... Asimismo, soy consciente de que nuestros mundos no se comunican lo suficientemente bien. Es decir, el mundo de los trabajadores sociales, de la Sanidad y el del Derecho, en ocasiones, se encuentran un tanto distantes y no llegan a implicarse los unos con los otros -cuando, en realidad, todos trabajamos para lo mismo y resulta fundamental que nos coordinemos-.

Como decía, cuando se me comentó la posibilidad de desarrollar este taller, pensé que me gustaría que ciertos temas fueran divulgados de una manera sencilla -pues imagino que la mayor parte del público no es experto en temas jurídicos o judiciales-. Me interesa que la gente conozca los conceptos jurídicos básicos: qué es una incapacitación, qué es graduar una incapacitación, por qué se incapacita a la gente, para qué se tiene que incapacitar a una persona, qué es un tutor, qué es un internamiento psiquiátrico, qué es un tratamiento ambulatorio obligatorio... En fin, todos aquellos conceptos que se barajan, pero en torno a los que puede haber un cierto desconocimiento en el conjunto de los colectivos que trabajamos con ellos.

Por tanto, la primera finalidad de este taller sería informar y divulgar, de manera que, cuando utilicemos este tipo de conceptos, sepamos por qué y para qué los empleamos.

Otra cuestión, también importante, es destacar la necesidad de coordinación entre todos los que trabajamos en este campo. Porque la incapacitación se realiza “para algo” -esto debemos tenerlo muy claro-. No estamos hablando de instituciones “en el vacío”, ni de conceptos que son simples teorías... Estamos hablando de un instrumento que sirve “para algo”. Y ese “para algo” consiste en que va a proporcionar algún tipo de beneficio (de mejora) a esas personas que pueden necesitar algún tipo de ayuda para realizar mejor sus actividades; en fin, se trata de procurar una mejor calidad de vida a personas que carecen de ella porque no tienen su competencia en su totalidad de funcionamiento. Repito: considero muy importante que se sepa que estos sistemas jurídicos son “para algo” -sirven para mejorar la calidad de vida de determinadas personas que se encuentran en una situación de deficiencia-.

Es también necesario quitarle a la incapacitación su aspecto negativo de privación de derechos, de

perjuicio... Cada vez que hablamos de una persona a la que pensamos le hace falta algún tipo o grado de incapacitación, somos muy reticentes, porque creemos que le vamos a quitar algo, que le vamos a privar de algo. Y yo siempre lo veo al revés... Yo me planteo la incapacitación como algo que le voy a dar a esa persona. Considero que le voy a ayudar en algo.

Resulta necesario transmitir ese cambio de mentalidad, de “chip”. Estamos aquí para ayudar. Porque para la calidad de vida de determinadas personas, es bueno que se establezca, o se declare, a través de un procedimiento de incapacitación, en qué cosas o en qué aspectos de su vida necesitan ayuda y en qué otros no la necesitan -porque pueden desarrollar perfectamente sus competencias, sin necesidad de esa ayuda-.

Asimismo, me gustaría explicar el procedimiento de incapacitación: cómo se realiza, quién lo puede instar, de qué fases se compone, cómo se tiene que dictar la sentencia y cuáles son las consecuencias de una sentencia de incapacitación -que, fundamentalmente, hacen referencia a los mecanismos de guarda y protección que la propia sentencia debe establecer-. Porque no hacemos nada si incapacitamos a alguien y no le dotamos de un mecanismo de guarda. Es absolutamente indisoluble una cosa de la otra.

En mi caso, cuando me dispongo a iniciar un procedimiento de incapacitación, o cuando se me plantea, pienso: “¿para qué y quién va a ejercer la tutela?”. De tal manera que si no tengo bien atado quién puede ejercer esa tutela y que la puede ejercer con eficacia, prefiero no empezar. Porque sería dejar el procedimiento cojo de lo que es más importante: dotar de ese mecanismo de protección a alguien que lo necesita.

En definitiva, a continuación voy a desarrollar pequeñas introducciones para que vosotros podáis plantear dudas, cuestiones o peticiones de alguna explicación concreta, para continuar avanzando. Me gustaría que esto fuera una especie de diálogo, porque yo no soy ninguna teórica, sino una práctica del Derecho: trato de solucionar los conflictos que se me plantean en el Juzgado; y trato de solucionarlos de la manera más práctica y con menos complicación posible (por supuesto, dentro del Derecho). No soy formalista. Creo que las formas valen, pero que no son más que instrumentos para conseguir seguridad y para que se eviten situaciones de indefensión. Pero, además, en esta materia de la incapacitación, las propias formas y los procedimientos son muy flexibles y vale muchísimo casi todo, como iréis viendo.

Las personas, por el hecho de serlo, tienen dos tipos de capacidades de derechos: en primer lugar, son capaces de ser titulares de derechos -esto lo somos todos por igual: todos somos titulares de todos los derechos- y, después, nos encontramos con lo que el Derecho llama la capacidad de obrar (o capacidad de ejercicio), que es variable y depende de determinadas circunstancias. ¿De qué depende esa variación en la capacidad de obrar o en la capacidad de ejercicio de los derechos? Del conocimiento y de la voluntad que puedan tener las personas a la hora de realizar ciertos actos jurídicos.

Hay personas que, por determinados aspectos o influencias -por edad, por enfermedad o por algún tipo de trastorno que afecta a su capacidad para consentir-, no pueden tener todas las capacidades de ejercicio de todos los derechos de la misma manera que los demás, sino que pueden tener algún tipo de capacidad limitada para el ejercicio de ciertos derechos.

Como todos tenemos esa posibilidad de ser titulares de los derechos, esa limitación de la capacidad del ejercicio de algún derecho (en caso de que haya alguna causa -física o psíquica- que impida esa competencia para poder ejercitar esos derechos), sólo puede determinarla un juez. Por lo tanto, el papel del juez en la incapacidad es su responsabilidad para velar, en caso de que alguna capacidad para el ejercicio de algún derecho se encuentre limitada por alguna circunstancia, que pueda influir en esa posibilidad de decisión con la libertad de la persona. Él es el único que puede establecer esa limitación, a través de un procedimiento legalmente establecido y a través de una sentencia.

También es muy importante diferenciar qué es la incapacitación en el ámbito del estado civil -que es al que nos estamos refiriendo-, de lo que pueden ser declaraciones administrativas de otra índole (minusvalías, limitaciones para pedir una ayuda, en el terreno laboral...), en las que también se barajan, a veces, la incapacidad permanente absoluta, la incapacidad permanente total, con derecho a una determinada prestación laboral de la Seguridad Social, etc. Este ámbito del que estamos hablando aquí es muy distinto. Pueden estar conectados o relacionados; pero, en principio, son dos mundos que no tienen por qué ir siempre unidos.

Esta mañana, me preguntaban si en la declaración para solicitar una ayuda, es necesario incapacitar. He contestado que no, que para pedir una ayuda a la Administración no es preciso un procedimiento de incapacidad civil como los que hay que presentar ante el Juzgado. Puede ser necesario en el supuesto de que una persona tenga dificultades para intervenir en el ámbito de la contratación, en el de la sucesión, en el de la relación o en el cuidado de su salud -porque no sabe atenderse a sí misma-. Es decir, en todos aquellos aspectos que influyen en lo que podríamos llamar el estado civil de la persona y en sus relaciones



Aurora Elósegui, durante su taller

con la vida pública, en las relaciones de convivencia y en las relaciones jurídicas. Se trata de un campo diferente al administrativo y al laboral. En mi opinión, es un campo de estado civil.

Como decía, únicamente un juez, a través de una sentencia de incapacidad, puede limitar esa competencia de la persona para autogobernarse; es decir, para decidir por sí misma lo que quiere hacer, en todos los aspectos y en todas las esferas de la vida en la que una persona actúa.

El concepto de “autogobierno” es clave. Es el que utiliza el Código Civil al referirse a la incapacitación. En él, se dice que se podrá incapacitar a todas aquellas personas que, por tener alguna deficiencia física o psíquica persistente, no son capaces de gobernarse a sí mismas. De esta forma, el concepto de autogobierno es esencial para poder discernir si alguna persona puede ser susceptible de algún tipo de incapacitación.

El autogobierno es un concepto flexible, que cambia con los tiempos. Es decir, se trata de una especie de modelo, de fórmula tipo, de norma habitual... Determina, en un momento dado, lo que una sociedad considera necesario -o requisito indispensable- para que alguien pueda funcionar con una cierta normalidad en su vida. Es un concepto, en definitiva, un tanto elástico.

El autogobierno es lo que para cualquier persona, en unas condiciones normales, resulta básico para tomar las decisiones habituales de organización de vida por sí sola, sin necesidad de que nadie le ayude, con voluntad y conciencia de lo que hace. Con libertad, diría yo.

En el momento en el que falta ese autogobierno, es cuando puede ser necesario o conveniente iniciar un proceso de incapacitación.

TURNO DE PREGUNTAS

COMENTARIO: Me suscita interés el tema que se ha tratado al inicio del taller: el hecho de que haya un rechazo hacia el término “discapacitar” a una persona.

En el entorno de las Naciones Unidas, en este momento, hay una Comisión *ad hoc*, que lleva varios años discutiendo (actualmente, se encuentran en la séptima sesión) los derechos de la discapacidad para, naturalmente, llevar el tema a la Asamblea General, con el fin de que se haga una declaración al respecto.

Creo que fue en el mes de mayo, cuando algunos de los países nórdicos pusieron ciertos inconvenientes, a la hora de utilizar el término “discapacidad”, aplicándolo como “discapacidad jurídica”, porque entendían que era quitarle derechos a estas personas.

Éste es un objeto de debate que reúne dos cuestiones: una, la terminología y otra, unas diferencias sustanciales, en cuanto a la definición del concepto del Derecho. Nosotros somos hijos del Derecho

-del Derecho Romano, del Código Francés...- y ellos no. Parece que se está sustanciando un arreglo; pero a mí, de todas maneras, me sigue preocupando el asunto.

RESPUESTA: ¿Le preocupa el tema en lo referente a los términos -al lenguaje- o al fondo? En cuanto a los términos, yo recurro a los que existen de “capacidad” o “incapacidad”, porque son los que se utilizan hoy en día. Sé que, en torno a esto, en la discusión que se plantea en la sociedad, se dan miles de variantes. Pero el derecho sigue estando en “capacidad” o “no capacidad” y yo me atengo a esto.

De todas maneras, cada vez que discutimos sobre términos, es muy difícil encontrar el más adecuado. Sé que, en este momento, existe una propuesta del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) para definir estos procedimientos como “procesos para la modificación de la capacidad”. Soy consciente de que los términos son importantes, pero ya se irá viendo cómo se puede solventar esta cuestión y conseguir una terminología mejor, que se acomode a la realidad actual.

En cuanto al fondo, en mi opinión (no sé cuál será el planteamiento de los nórdicos), un procedimiento judicial de declaración de modificación de la capacidad, en la actualidad, me parece una garantía.

Hoy en día, un procedimiento de esta naturaleza, garantizado judicialmente, aplicado con flexibilidad y estableciendo mecanismos de guarda y protección, yo lo veo más bueno, que malo. Pienso que da más que lo que puede quitar... En primer lugar, porque me parece que la intervención judicial garantiza los derechos -por ejemplo, para determinadas situaciones, las intervenciones de naturaleza administrativa, ejecutiva o, simplemente, por la vía de hecho, yo creo que no son lo suficientemente garantizadoras de los derechos de las personas-. Pienso que una intervención judicial en esta materia ofrece más garantías; además, la Constitución también dicta que la limitación de derechos tiene que establecerse a través de una garantía judicial. ¿Que no es para todos los casos? Evidentemente. En principio, mi filosofía es que, como ya he comentado, da más que lo que quita.

COMENTARIO: Yo pertenezco al CERMI, que, a su vez, se encuentra en el Foro de Discapacidad Europeo y tiene acceso a esta Convención *ad hoc* (también el Gobierno español lo tiene, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales). Pero cuando esto se ha planteado por el representante del Foro Europeo en la Asamblea que hubo en Barcelona, me pareció que era un asunto esencial y que no podíamos dejarlo caer. Incluso, hemos accedido al Ministerio, para que influya y se protejan los derechos de las personas con discapacidad.

¿A través de un procedimiento judicial?

Hasta ahí, no creo que llegue... No creo que la Declaración de Derechos de las Naciones Unidas llegue a eso; pero me gustaría que, por lo menos en grandes términos, sí admita nuestra filosofía.

¿Alguien más tiene algo que preguntar?

PREGUNTA: Yo quería preguntar cuál sería la actitud adecuada en el caso de unas personas que viven independizadas, cuyo autogobierno es un desastre, a todos los niveles... Ellas rechazan totalmente plantear la incapacidad judicial. En cambio, los profesionales que les rodean ven que se trata de un caso para incapacitar. ¿Cuál sería su opinión?

RESPUESTA: Yo he dicho, desde el principio, cuál es mi guía. ¿La incapacidad puede beneficiar, de algún modo, a estas personas? Es decir, si les dotamos de algún mecanismo, todo lo flexible que pueda ser -porque yo creo que hay muchísima flexibilidad en el posible ejercicio de sus mecanismos de guarda-, ¿les puede facilitar a estas personas una mejor organización de vida?, ¿les puede planificar un poco su vida?, ¿les puede ayudar a organizarse mejor?, ¿les podemos poner un monitor, o alguien al que, con empatía, se puedan “enganchar”? ¿O es totalmente imposible? Es decir, ¿no vamos a conseguir absolutamente nada?

Mi opinión es que si les podemos proporcionar algún beneficio, yo tiraré para adelante. Pero si, de antemano, vemos que son incontrolables, que es inútil cualquier opción, puede que lo tengamos que dejar. Yo no creo que se trate de incapacitar por incapacitar... Se debe incapacitar en la medida en que, a través de este procedimiento, podamos ayudar. Si no podemos ayudar y, después, no vamos a ser capaces de hacer nada con esas personas, la mejor opción es dejarlas. Puede que llegue un punto o un momento en el que ya no quede más remedio y haya que intervenir, pero hasta que llegue ese punto, que se bandeen como puedan.

Yo planteaba mi pregunta refiriéndome a personas con una discapacidad ligera. Es decir, entienden perfectamente... Y sería un horror para ellas que se llegara a tomar esta medida. ¿Puede considerarse una agresión, en este caso, que se llevara a cabo la incapacidad judicial?

Pues sí y no... Depende de cómo “enganchemos” con esas personas. Depende de si tenemos la posibilidad de hacer algo o no podemos hacer nada... Yo creo que hay cosas que sí se pueden llevar a cabo. Por ejemplo, Atzegi tiene experiencia con personas con un cierto retraso mental no importante, pero que se desenvuelven con mucha desorganización -haciéndose, en ocasiones, muchísimo daño a sí mismas-. En estos casos, nos tenemos que plantear una tutela muy flexible. Que estas personas sean conscientes de que tienen un punto de referencia, al que tienen la posibilidad de acudir en el momento en el que se puedan encontrar desamparadas -el tutor-. Debe crearse una red de servicios sociales y que estas personas sean conscientes de que tienen un referente, que puede intervenir en un momento determinado.

Yo creo que la flexibilidad es indispensable en esta materia. Tenemos que olvidarnos de ese corsé rígido de la figura del tutor, que tiene que actuar desde la mañana hasta la noche, decidiendo, organizando su vida, interviniendo en todo... Hay casos en que sí es necesario; pero éstos son los más sencillos. Ese reto lo tenemos casi superado: el reto del incapaz total, del anciano de Alzheimer de ochenta y nueve años... Es muy importante cuidarle; pero esa atención nos va a dar sólo preocupaciones materiales, de recursos (por ejemplo, el estado de las residencias) y preocupaciones económicas. Pero problemas en la manera de llevar a cabo esa protección, esa guardia, nos va a dar pocos.

Las personas ante las que, realmente, se nos plantea un reto muy importante son los enfermos mentales. Es en estos casos donde, muchas veces, se va a necesitar esa supervisión, esa planificación, ese estar “por encima”, ese apoyo, ese empuje... que, de entrada, no quieren. Nuestro reto es convencerles. Hay que trabajar bien para que ellos se identifiquen, por las buenas, con esta historia... Si entramos como un elefante en una cacharrería, no conseguiremos nada. Pero si actuamos bien y sabemos conectar con ellos, si será posible.

Si creemos que, haciendo un determinado plan para esas personas, vamos a poder facilitarles algo en su vida diaria y vamos a poder ayudar a que su calidad de vida sea mejor, yo diría: adelante. Pero antes de meternos, debemos plantearnos esa especie de “planning”: ¿en qué vamos a poder ayudar?, ¿qué vamos a poder hacer con esta gente?, ¿en qué les va a poder facilitar la labor un procedimiento de éstos? Porque el tutor va a tener respaldo judicial y va a poder tener competencia para hacer cosas.

PREGUNTA: Mi pregunta, en este punto es: incapacitar ¿para qué? Incapacitar por incapacitar, no... Si no vemos que hay una salida mejor, si no vamos a mejorar la vida, mejor no incapacitar.

Aquí, yo veo dos problemas. Uno, el que se suscitaba con la pregunta anterior, cuando decimos que la vida de una persona, desde el punto de vista de su autogobierno, es un desastre; ¿desde qué parámetros decimos que es un desastre? Si lo que ocurre es que no se acomoda a los cánones habituales, que se da una cierta heterodoxia en el comportamiento... Creo yo que eso no es exactamente que esta persona no pueda gobernarse por sí misma. Es que no se gobierna según nuestros parámetros; pero se gobierna.

Por otro lado, si no vamos a conseguir que alguien le acoja, le tutele -en definitiva, que desempeñe esta labor protectora que se busca-, ¿sería mejor solución dejar que corriera una guarda de hecho, que se estuviera desarrollando en el seno de la familia, antes que incapacitar?, ¿va por ahí su planteamiento?

RESPUESTA: No. No voy por ahí... Yo respeto mucho la guarda de hecho si hay alguien que tiene una guarda de hecho perfecta, que no suscita ningún problema, en la que las cosas van bien y no se detecta ningún abuso por parte de nadie, ninguna irregularidad, ningún maltrato. En fin, en la que no haya ninguna disfunción. Puede haber cosas que se nos ocultan; pero tenemos el recurso del vecindario, los servicios sociales, los médicos, el ambulatorio... Hay toda una red que sí puede detectar abusos en el ejercicio de la guarda de hecho.

Personalmente, la guarda de hecho me parece muy bien. ¿Para qué vamos a incapacitar a una persona que se encuentra guardada de hecho y que no tiene problemas? Por supuesto que no. Por eso decía yo que quería llegar a saber cuándo tenemos que incapacitarla. Siempre debe darse algún beneficio para el incapacitado. Si la guarda de hecho está funcionando correctamente, no sé qué beneficio mayor le puede dar la incapacidad...

COMENTARIO: El problema es que la guarda de hecho está poco regulada y que basa su eficacia mientras no le salga alguien “respondón”. El día que el señor del banco diga: “yo no le dejo que firme su hijo por usted”...

RESPUESTA: Entonces, ese día ya haremos algo... En el momento en que surja un problema y las cosas no vayan por las vías normales, es cuando debemos plantearnos un procedimiento de incapacidad.

Yo creo que lo que se me planteaba antes no era exactamente eso. Porque quien me ha preguntado se refería a personas que no están sujetas a ninguna guarda de hecho. Además, pienso que los parámetros por los que tenemos que valorar el autogobierno no son los de los comportamientos sociales al uso. Son esos parámetros mínimos que consisten en atenderse y cuidarse a sí mismo, proteger su economía, su salud, su vida... Es decir, todo eso que es básico para cualquier persona. Luego, que sea todo lo extravagante que quiera; pero hay algunas cuestiones básicas. Y si uno no atiende a lo básico, cae en una mala calidad de vida. Esto es lo que deberíamos tratar de corregir. Pero hay personas muy difíciles y si no elaboramos un pequeño plan para ver la mejor manera de conectar con ellas, es mejor no hacer nada. Porque establecemos un instrumento que va a caer en el vacío y nos va a crear mucha frustración a todos.

Pensando que debe haber un ejercicio muy flexible de las instituciones de guarda, yo creo que siempre se puede hacer algo. Hasta con esas personas tan difíciles... Con sensibilidad, siempre se va a poder encontrar una solución. Pero no nos creemos unas enormes expectativas de funcionamiento... Habrá algunas personas a las que sólo vamos a poder ayudar en algo concreto: que sepan que pueden acudir a la fundación en un momento determinado; que si se encuentran “tiradas” o que no tienen ni dónde ir a comer, les vamos a indicar algo; o que les vamos a acompañar al médico cuando lo necesiten... La imaginación es muy importante; como también lo es crear fórmulas nuevas. Porque esto está muy poco regulado -está regulado “con alfileres”-. Esto por un lado, es malo; pero por otro, bueno. Porque nos permite mucho juego. Cuando las leyes regulan todo al detalle, nos crean seguridad; pero, al mismo tiempo, como la realidad social es mucho más rica que lo que cualquier cuerpo legislativo pueda recoger, tenemos el riesgo de que como algo no esté previsto en la Ley, no se pueda hacer. Entonces, esta capacidad de ser flexibles y de imaginar que debemos tener, al final, queda limitada porque no está prevista exactamente en la Ley.

Muchas veces, no es buena una excesiva regulación. Personalmente, entre los que opinan que hay que regular y los que dejan un poco de margen a la interpretación, yo me inclino -sobre todo, en estas materias- por ser prudente, por ser razonable, por aplicar el sentido común y los criterios de bienestar y de protección, más que por guiarnos estrictamente por disposiciones legales.

También es importante que les diga que, a mi entender, el ordenamiento jurídico no tiene huecos. Es decir: no se puede dejar de hacer algo porque no esté previsto en la Ley. En este campo y en estas materias -que son materias de protección, de cuidados, de derechos fundamentales-, hay que dar siempre una respuesta. No vale decir: “¡Ah! Es que como no está previsto, yo lo siento, pero por esta persona no puedo hacer nada...”. Siempre hay principios generales, aplicaciones analógicas, medios para interpretar hasta los huecos y para rellenarlos. Hay lagunas; pero posibilidades de solventarlas y solucionarlas, también.

PREGUNTA: Me gustaría comentar el caso de una persona que estaba poniendo en peligro a su padre anciano, con el que convivía. La trabajadora social detectó irregularidades: había una habitación cerrada, una enfermedad mental, una situación de amenazas continuas al anciano... Cuando intervino, la propia trabajadora social resultó amenazada de forma oral y escrita (incluso, con amenazas de muerte). Se inició la tramitación, la Fiscalía actuó y el juez resolvió que no procedía la incapacitación. ¿Cómo se explica esto?

RESPUESTA: Porque el juez tiene que valorar si la situación que tiene esa persona se considera, realmente, de incapacitación. Nosotros tenemos que evaluar si la falta de autogobierno que, supuestamente, tiene una persona es real o no. Puede que nos parezca que esa persona no está bien o que tiene algún trastorno mental que le impide decidir con libertad y ser consciente de sus actos; pero después de un examen médico, judicial y forense, puede no tener ese trastorno. Puede que sea un psicópata y decimos que está loco, o que no actúa con normalidad; pero no es un enfermo mental porque sabe lo que hace.

Tenía un diagnóstico de esquizofrenia (y un cáncer avanzado).

Entonces, en el caso de una persona con un diagnóstico de enfermedad mental grave, nosotros también podemos fallar... Yo no sé si en este ejemplo concreto se habrá errado o no. Evidentemente, nosotros también nos equivocamos. Pero, en principio, los trastornos mentales importantes y graves, que influyen en la capacidad de una persona para decidir con libertad, son trastornos que pueden dar lugar a una incapacitación. Se trata de ver el grado, la agudeza, la cronicidad, los ingresos y los tratamientos a los que se le ha sometido, si es una situación coyuntural (la enfermedad es crónica, pero las crisis pueden ser muy repetidas o puede haber una crisis y, después, largos períodos en los que ésta no se repite y se puede funcionar con normalidad...). Cada caso concreto puede ser un mundo.

Lo que yo haría sería perseguir el tema. Si en la primera instancia le han dicho que no, iría a la segunda instancia. Sobre todo, en cuestiones de amenazas, que muchas veces se nos plantean -por lo menos, a mí las trabajadoras sociales me consultan bastante sobre ellas-.

Si se trata de un enfermo, hay que tratarlo como enfermo. Y tendrá que responder, como enfermo, de su tratamiento, de su atención en el hospital o de lo que sea. Tendremos que ir hacia los procedimientos de internamiento, a los tratamientos involuntarios, a todas estas modalidades, que vamos a ver si podemos llegar a explicar en este taller. Si no es un enfermo, tendremos que ir por la otra vía. Si se trata de una persona responsable de sus actos, que amenaza, empezaremos a hablar de falta, delito, fiscal, juez de guardia, las penas correspondientes para ese tipo de actuaciones... Lo que está claro es que las personas somos responsables de nuestros actos o no lo somos. Si no lo somos, hay que adoptar alguna clase de medida; si lo somos, hay otro tipo de actuaciones que también funcionan. Lo que se debe hacer es no dejarse amedrentar (ya sé que es difícil, que hablo desde la teoría y que quienes realizan los trabajos sociales y están aguantando ven otra cosa...). Al menos, como guía, debería ser así.

PREGUNTA: Soy miembro de la Fundación Tutelar de las Comarcas de Girona -una fundación privada, pero con una amplia vocación de servicio a la comunidad-. Le quería preguntar sobre una cuestión que no acabamos de explotar y de la que me gustaría saber su opinión. Nos encontramos, todavía, en el ámbito del proceso, en el que existe la figura del defensor judicial. Yo creo que aquí tenemos puntos de vista seguramente muy diferentes y la práctica debe dar lugar a la heterogeneidad más grande.

Nosotros somos una fundación relativamente joven, pero con un crecimiento forzado por el incremento de procedimientos de incapacitación que vivimos. Afortunadamente, podemos -en la mayoría que se impulsa por el Ministerio Fiscal- actuar como defensores judiciales. Estamos viendo que al Ministerio Fiscal no siempre llega una información homogénea, no hay criterios que estén aprobados para valorar una incapacitación. Sí podemos evaluar si existe una enfermedad mental, si existe discapacidad; pero, a veces, llegan situaciones de complejidad social, cuya causa de incapacitación no es de las más claras. Y nos encontramos trabajando en Juzgados no especializados, con fiscales que no siempre tienen conocimientos profundos sobre el tema, con forenses que actúan con prisa... Yo entiendo que el papel de defensor judicial puede ser clave y me parece que no siempre se explotan todas las posibilidades. Desde nuestro punto de vista, el defensor judicial debería adoptar un papel para ayudar a la investigación de la causa.

En muchos Juzgados, se aplican unos formalismos excesivos de postulación, que no van al fondo de la cuestión. Y nosotros, por un mero intento de ahorro, intentamos no postular con procurador -porque creemos que es un gasto innecesario, si tenemos acceso a toda la documentación y a todo el proceso-. Pero esto también se nos ha puesto en contra...

Me gustaría saber qué piensa usted sobre el funcionamiento de esta figura y si cree que se puede dar algún tipo de recomendación.

La experiencia en Catalunya es que existen lugares, demarcaciones, donde esta defensa judicial de oficio se lleva al Colegio de Abogados. Entiendo que no siempre va a caer en manos de abogados con conocimientos suficientes como para ayudar a todo este proceso. En ocasiones, se puede quedar en el formulismo legal y el defensor judicial es inexistente -por ser un familiar al que se le aconseja no comparecer, por no estar presente en el caso, por no informar...-.

Me gustaría saber su opinión sobre esto, teniendo en cuenta, sobre todo, la posibilidad de ayudar a esta no incapacitación, cuando la incapacitación se convierte en una situación intutetable -cuando no hay nada que hacer-. Porque usted no ha hecho referencia a una cuestión que a nosotros sí nos preocupa, que es la responsabilidad civil subsidiaria del tutor.

RESPUESTA: En primer lugar, me gustaría explicar qué es el defensor judicial.

Cuando se inicia un procedimiento de incapacitación, si la persona incapacitada -o presuntamente incapacitada- no comparece en el mismo, con su propia defensa y con su propia representación, se le nombra un defensor judicial. Es decir, va a ser una persona que le va representar y que va a velar por

sus intereses en el procedimiento. En pocas palabras, así es como yo entiendo la figura del defensor judicial.

Éste, evidentemente, es un colaborador muy importante en el proceso de incapacitación y puede hacer mucho en esta cuestión que ha planteado la persona que ha hecho la pregunta. Porque puede recabar información, pedir que la incapacitación pueda graduarse... Yo creo que es alguien esencial. Cuando no hay personas adecuadas -se suele intentar que sea un familiar-, o cuando el familiar no nos parece adecuado (no quiere o no tiene interés en ser tutor), nosotros acudimos a la Fundación Hurkoa, que es la entidad que está ejerciendo este tipo de funciones en Gipuzkoa.

A mí sí me parece fundamental la intervención del defensor judicial. Y veo necesario, asimismo, que éste pueda valorar todas las circunstancias y exponerlas en el Juzgado.

Otra cuestión sin resolver -o quizá sí esté resuelta, pero yo creo que está mal resuelta-, es que para personarse en el procedimiento de incapacitación, parece que se exige -el defensor judicial también lo pide- un abogado y un procurador. Esto supone un encarecimiento tremendo del procedimiento. En muchas ocasiones, el propio defensor judicial no tiene mucho que decir; sólo proponerse como tutor o corroborar que, efectivamente, se da una situación de incapacidad... No tiene mucho sentido oponerse por oponerse, por regla general. Yo discuto mucho con algunos fiscales, que me dicen que el defensor judicial siempre se tiene que oponer. Yo no lo creo así, sobre todo en ciertos casos evidentes. Por ejemplo, si se trata de una persona de ochenta años con diversos certificados médicos de un Alzheimer muy avanzado, ¿qué sentido tiene oponernos a una incapacitación? En mi opinión, lo que se consigue es complicar las cosas.

Soy partidaria de que los defensores judiciales puedan personarse en las actuaciones sin necesidad de procurador. Hago una providencia un tanto “estrambótica” para facilitar el proceso y la verdad es que, hasta ahora, no he tenido problemas. Yo no los he tenido, pero sí se dan estos problemas... Sería importante que hubiera una modificación legislativa, que permitiera al defensor judicial personarse, sin necesidad de nombramiento de procurador -incluso ni de abogado, porque a veces no es necesario-, y que se le diera posibilidad de intervenir y de proponer diligencias, pruebas, etc. El juez tiene la facultad de oficio para solicitar estas pruebas y el defensor judicial, simplemente, debería poder proporcionarle esta información -que, de otra manera, no tendría-. Con las diligencias o pruebas necesarias, el juez podrá llegar a esa “graduabilidad” de la incapacidad o a ese carácter de “inincapacitable” (por tratarse de un incapacitado intutelable).

Otra cuestión fundamental, que me gustaría saliera de este congreso -porque debe convertirse en un “clamor”-: debe haber Juzgados, fiscales y forenses especializados. Y abogados especializados. Pero yo no puedo obligar a los abogados a que se especialicen... Entonces, pido que haya promociones de abogados especializados en el Colegio de Abogados -como hay matrimonialistas-. Es fundamental. Esta materia se escapa a las normas al uso, requiere una sensibilidad y una implicación especiales, un detalle en el análisis de la competencia, en el análisis de lo que puede ayudar a la persona, en el trato con ella.

Como norma de procedimiento, siempre debe haber un examen judicial del incapaz. Este examen consiste

en una conversación. Yo me tiro horas hablando con el incapaz y me voy haciendo mi idea sobre qué es lo que le falla. Porque en una conversación, en la que se van tocando todos los temas, vas viendo dónde está el problema, dónde va a necesitar ayuda. Pero para eso se necesita tiempo... Y dedicación. Y un Juzgado que tiene mil cosas además de esto, no posee esa sensibilidad, se rige por formalismos y aplica la Ley de Enjuiciamiento Civil, como si esto fuera un juicio ordinario, en el que se reclaman cuatrocientos millones de pesetas. No se dan cuenta de que esto se rige por criterios totalmente diferentes. Por lo tanto, como decía, son indispensables los Juzgados, los forenses y los fiscales especializados en esta materia.

PREGUNTA: Ha comentado que puede haber un momento en el que ya no queda más remedio que intervenir. Yo pienso que, en el caso de las personas con enfermedad mental, cuando se llega a ese punto, se ha perdido mucho tiempo. Cuando no hay unos hechos concretos, ni servicios sociales que añadan nada al expediente, cuando la familia está desesperada, impotente porque no puede intervenir, ¿cómo se debe actuar? La impotencia del que quiere y no puede es muy grande. Porque se trata de una persona que vive sola, es mayor de edad, es autónoma...; pero saben, fehacientemente, que se está deteriorando. Y ese tiempo es muy valioso. Porque todo el deterioro que se da en esa temporada, es más difícil de recuperar después. ¿Qué pasa con estas situaciones?

RESPUESTA: En este punto, vamos a entrar en el tema de los internamientos, de los tratamientos ambulatorios obligatorios, etc. Pienso que una buena manera de continuar el taller es unir esto con la situación que se me acaba de plantear.

Como he comentado, la incapacidad es una situación que se declara en una sentencia y que crea estado -aunque sea revisable-. Es decir, si en un momento determinado, las circunstancias que dieron lugar a esa incapacidad han cambiado, se puede revisar y se puede volver a modificar, por el mismo procedimiento por el que se instó, o por el que se tramitó la declaración de modificación de la capacidad. Pero eso es ya un estado, que se produce cuando la deficiencia que nos sirve para declarar esa situación es algo persistente, duradero y creemos, previsiblemente, que no se va a modificar con el tiempo. Entonces, se ha generado ya un estado de discapacidad o un estado de modificación de la capacidad que requiere ese reconocimiento judicial.

Hay otra situación provisional -que puede ser coyuntural o de un período de tiempo más corto-: la que afecta a las personas que pueden estar aquejadas de una enfermedad mental. Se trata de una situación diferente a la incapacidad.

Una persona aquejada de una enfermedad mental puede estar en una situación de incompetencia -bien sea en momentos puntuales o en un período de tiempo más largo- porque su propia enfermedad no le permite darse cuenta de la realidad en la que vive, de la situación en la que se encuentra y de la necesidad que tiene de ser tratada. Puede tener alteraciones de comportamiento, que hacen la vida difícil a la gente de su alrededor o que, incluso, pueden suponer un riesgo para ella misma, un deterioro de su salud y de su competencia, que va a ir avanzando a medida que no se trata. Todos sabemos que, en esta materia,

la falta de tratamiento es un elemento que va agravando la situación de enfermedad que puede padecer esa persona.

En este caso, existe otra posibilidad de intervención en el campo de la enfermedad mental: los tratamientos médicos obligatorios, empezando por el internamiento. Se trata de un tratamiento, en régimen de hospitalización, de una persona aquejada de una situación de enfermedad mental, que le impide conocer su verdadera situación de enfermo. Por lo tanto, no es consciente y no puede emitir un consentimiento adecuado, en orden a su tratamiento, porque no se considera enfermo, no conoce la realidad de su situación y, por lo tanto, difícilmente va a conocer que este tratamiento es bueno.

Existen, además, dos tipos de intervenciones. La primera de ellas es una intervención urgente, que se produce en aquellos casos que, por razón de la situación en la que se encuentra la persona, y del riesgo que esa situación implica para ella misma o para su entorno, se puede tomar la decisión de ingresar a una persona en un centro hospitalario para el tratamiento de su problema de salud mental, sin previa autorización judicial (siempre y cuando ese ingreso se comunique, dentro de las setenta y dos horas siguientes de haberse producido, a la autoridad judicial para que lo convalide). Esta intervención se puede llevar a cabo a través del 112, de los servicios de urgencia o de cualquier persona que consiga llevar al centro hospitalario al afectado, donde es valorado por el médico, quien decide su ingreso e informa a la autoridad judicial.

La segunda intervención que me gustaría plantear es la que nosotros denominamos internamientos ordinarios o programados. Éstos afectan a todas aquellas personas que si bien no se encuentran en una situación de urgencia, sí pueden requerir un tratamiento -porque su salud mental se va deteriorando, porque tienen trastornos que hacen muy difícil su vida en el entorno en que se encuentran, etc.-. Podría ser ésta la situación que se me ha comentado en la pregunta.

En este caso, se trata de personas que, por supuesto, no se reconocen enfermas y que, por lo tanto, es muy difícil que acudan, por su propio pie, al centro de salud o al médico. Esta posibilidad también se puede plantear en el Juzgado, quien deberá ver a la persona, con el médico forense, recabar los informes que necesite y, si considera necesario que se someta a algún tipo de tratamiento, llevarlo a cabo. Es decir, el Juzgado debe imponer el tratamiento.

Muchas veces, hay personas que no están diagnosticadas. Por sus comportamientos, por sus actitudes, por la forma en que se manifiestan o porque están alejadas de la realidad, creemos que puede tratarse de una enfermedad mental; pero no sabemos si efectivamente lo es... No tenemos un diagnóstico de su situación, no sabemos cuál es su enfermedad, porque la persona no se ha dejado ver. Lo que hay que hacer, entonces, es verla. Y esto lo puede autorizar un juez.

Se me puede decir que se trata de una persona consciente, que sabe perfectamente qué es lo que le pasa, que no quiere saber nada de tratamientos; pero eso es muy poco compatible con una enfermedad mental importante... La persona que está aquejada de una enfermedad mental no sabe lo que le pasa, no se encuentra en la realidad, no cree que esté enferma. Si la persona sabe, es plenamente consciente y no se quiere tratar, nos encontramos en la misma situación del "ingobernable" que ya hemos comentado.

Poco podemos hacer.

Pero la mayoría de estas personas sí tiene un problema. Y debemos abordarlo. Pero hay que empezar por verles, por que las vea un médico. ¿Que no quieren? Para eso estamos nosotros... Por desgracia, los jueces tenemos la potestad de poder obligar. Yo cito una vez, dos veces, les digo que si no vienen, les voy a traer por la fuerza, llamo por teléfono, hago miles de cosas a ver si consigo que acudan voluntariamente... Al final, suelen venir obligados porque les cito yo. Porque es el juez el que, si no se presentan, les dice que les va a traer.

Si se ha investigado la situación previa, se han hecho las diligencias, se ha visto que es necesario intervenir -porque hay un deterioro o porque el entorno nos está dando pie para pensar que hay un problema y que se va a ir agravando cada vez más-, hay que intervenir, a nivel terapéutico, para proporcionarle un tratamiento distinto al proceso de incapacidad.

Se trataría de una situación de tratamiento obligatorio de una persona que no es capaz de decidir por sí misma su propio tratamiento, porque no puede reconocerse a sí misma como enferma. Por lo tanto, no tiene las facultades, ni las características necesarias, para emitir un consentimiento informado. A nosotros se nos dice que no hay ninguna intervención, en materia de Sanidad, que se pueda realizar, si no es con el consentimiento informado del paciente. Éste consiste en informar al paciente del diagnóstico, de lo que le pasa, de su tratamiento, de las alternativas al tratamiento, de lo que le puede ocurrir si no se somete al tratamiento... Con toda esa información, el paciente puede decidir si se trata o no. Es un derecho.

Pero, ¿cómo combino yo eso? Porque la Ley de Autonomía del Paciente tiene excepciones... ¿Y cómo doy esa información a quien niega que esté enfermo? En estos casos, este principio -el consentimiento informado- no opera. Tenemos que actuar en contra de la voluntad de las personas. Para ello, existen los internamientos y los tratamientos ambulatorios forzosos. Yo me encuentro especialmente vinculada a estos últimos. Me está costando sangre, sudor y lágrimas, porque parece que no me entiende nadie... A pesar de esa incompreensión -sobre todo de psiquiatras y de médicos-, yo estoy empeñada, sigo hacia adelante con ellos y, sinceramente, creo que a mí me está funcionando bastante bien. No se trata de ingresos hospitalarios obligatorios, sino de tratamientos obligatorios ambulatorios; es decir, medicación obligatoria y, evidentemente, presión. Presión para que esa medicación se tome y se ponga.

Me suelen decir que esto es atentar contra la autonomía del paciente, contra su libertad... Que estoy utilizando métodos coercitivos... Yo pienso que no es atentar contra una autonomía que yo entiendo que no tiene. Ni atentar contra una libertad que, en mi opinión, tampoco tiene... ¿Que se trata de utilizar métodos de cierta coerción? Por supuesto. Nunca he llevado a nadie esposado a ponerle un tratamiento; pero sí utilizo la persuasión que me otorga el ser juez, el ser depositaria de la autoridad. Porque estas personas son muy permeables a la autoridad. Cuando una autoridad les dice: "Oye: que te llevo..., que vas a ir..., que te voy a buscar...", hay gente con la que no hay nada que hacer; otros muchos, por supuesto, te hacen caso.

Yo siempre digo que el juez tiene una función terapéutica muy importante en el proceso de tratamiento

del enfermo mental. Precisamente por eso, por ser juez. Tiene esta función porque la autoridad, en ciertos casos, es terapia para ellos. Ahora bien, como os he comentado, en esto me voy quedando muy sola muchas veces... Muy sola. Ésa es la realidad.

En este punto, me gustaría resumir, a grandes rasgos, lo que hemos comentado hasta ahora.

Hemos hablado del procedimiento de incapacidad y de la finalidad que ésta persigue.

Ya sabéis que la incapacidad no la puede plantear todo el mundo. Sólo los parientes más cercanos y el Ministerio Fiscal. Este Ministerio es el cierre, porque lo que debe hacer es recoger la información que se le haga llegar. Cualquiera puede acudir con una información sobre la posible existencia de una persona que puede ser merecedora de una incapacidad, aunque no se trate de un pariente, ni de una persona legitimada, según el Código, para plantear un procedimiento de incapacidad. El fiscal deberá investigar esa situación y, en el caso de que estime que, efectivamente, concurren los elementos necesarios para promover una incapacidad, el propio Ministerio Fiscal estará obligado a plantear esta situación de incapacidad.

Por lo tanto, si alguien tiene noticias de que haya alguna persona en situación de desamparo que necesita una declaración de incapacidad -aunque no sea un pariente próximo-, se puede plantear acudir a la Fiscalía y contar cuál es la situación en la que se encuentra esa persona, para que se pueda iniciar el procedimiento de incapacidad.

Si este procedimiento es iniciado por el fiscal, no necesita abogado ni procurador. Si lo empiezan los parientes, necesita abogado y procurador. Si el supuesto incapaz se persona en el expediente con su propia defensa y representación, puede alegar todo lo que quiera, proponer todo tipo de pruebas y la historia terminará con una sentencia que le declarará, o no, incapaz. En caso de que no se persone y el Ministerio Fiscal sea quien haya iniciado el procedimiento, se le nombrará un defensor judicial. Si se persona o el procedimiento ha sido iniciado por la familia o por las personas legitimadas, será el propio Ministerio Fiscal quien se encargará de actuar en calidad de defensor judicial.

El proceso de incapacidad tiene dos pruebas indispensables -además de todas las que se puedan practicar y proponer-. La primera es el examen judicial del incapaz; es decir, el juez debe constatar, de primera mano, la situación de la persona. Yo entiendo que este examen judicial es un examen informal, que tiene por objeto que, realmente, el juez llegue a la convicción de que a esa persona le hace falta algún tipo de declaración de incapacidad. Por lo tanto, se trata de una conversación que, a mi entender, debe tener el juez con el incapaz.

El segundo trámite imprescindible es el examen de un médico, quien debe valorar cuál es su situación de competencia. A mi entender, aquí es fundamental -por las consecuencias que ahora veremos- que se haga un examen lo más exhaustivo, minucioso y detallado posible. Porque la incapacidad puede ser graduable. Podemos incapacitar para algunas cosas y dejar a la persona que funcione para otras. Podemos incapacitar hasta, o desde, un determinado grado y dejar ciertas competencias para que la persona pueda continuar desarrollando su autonomía, en la medida en la que la pueda ejercer. En concreto,

es necesario un examen forense o de un especialista, que detalle la competencia, que especifique cuáles son las esferas de actuación de la persona que necesita esa supervisión, ayuda o sustitución (a veces, debemos sustituir, no simplemente ayudar).

Por regla general, los exámenes médicos son muy generalistas; es decir, dictaminan “incompetente” o “competente”. No bajan a campos determinados de la actividad, que pueden ser objeto de limitación o de supresión. Esto es algo en lo que tenemos que ir avanzando; como he dicho, la incapacidad puede ser graduable y, por lo tanto, también es preciso que los informes médicos que van a ayudar a declarar esa incapacidad sean lo más exhaustivos posible.

La sentencia de incapacitación es constitutiva del estado de incapacidad. En esa sentencia, se deben establecer: la graduación de la incapacidad, qué cosas puede hacer el incapaz -si hay alguna que pueda hacer-, cuáles no puede hacer y, fundamentalmente, el mecanismo de protección o de guarda que va a ser el necesario para esa persona a la que vamos a modificar la capacidad.

A la hora de plasmar esa graduación de la incapacidad en las sentencias, nos encontramos con unos problemas muy serios, porque no me estoy refiriendo a las personas claramente discapacitadas, que necesitan una sustitución en todas las esferas de la vida porque están en situación de total incompetencia y autogobierno. No estoy hablando de esos casos que, como he dicho antes, son los que menos conflictos nos producen, donde se declara la incompetencia para todo y se nombra un tutor, que es quien va a actuar. Normalmente, en esos casos no hay ningún problema, porque esa persona no está en condiciones de decidir absolutamente nada -ni sobre su salud, ni sobre sus bienes, ni sobre ningún aspecto de su vida-. Es en los temas fronterizos, en éstos en los que la declaración de incapacidad puede servir de ayuda, donde suelen surgir las dificultades.

Cuando hablamos de la graduación de la incapacidad, lo más sencillo es comenzar planteándonos todo lo referente a la esfera económica -a la actividad patrimonial o a la actividad económica de la persona-. Ésta suele ser la parte que más preocupa; pero yo creo que se trata de la más fácil de controlar. A una persona, por ejemplo, le podemos dejar que maneje hasta una determinada cantidad de dinero, según lo que cobre -que haga uso de hasta mil euros y, a partir de esa cantidad, va a necesitar la intervención del tutor o del procurador-. Pero no le vamos a permitir los actos de disposición que el Código Civil dice son indispensables que se realicen con autorización judicial por parte del tutor (solicitar un préstamo, hipotecar, enajenar, donar, administrar su pensión o su sueldo, etc.).

Estos casos son, como he dicho, los más fáciles: se manda al banco una orden, se le da una autorización al tutor... Lo que, personalmente, más me preocupa es cómo graduar esas situaciones de incompetencia que se le plantean a estas personas para organizarse, para planificar y activar su vida. Es necesario que alguien les haga una planificación general -un proyecto de vida- y les ayude a llevarla a cabo. Por ejemplo, esto es lo que ocurre con los enfermos mentales. Ellos necesitan que alguien les organice y les dinamice su vida, porque suelen encontrarse en una posición de residualidad (están encerradas en sus casas, no se mueven, no quieren salir de la cama...) y hay que “empujarles”.

¿Cómo se compaginan estos casos con una graduación de la incapacidad?, ¿se trata de una incapacidad

y una tutela totales? Yo creo que deberíamos remitirnos al ejercicio flexible de la tutela. Es decir, tendríamos que establecer pautas sobre cómo se debe ejercer la tutela en cada caso concreto, realizando esa planificación ya mencionada, pero fomentando, permanentemente, la autonomía de las personas en su ámbito diario, en el que desarrollan su actividad. Por eso digo que la graduación de la incapacidad en lo temas económicos es más fácil -porque ponemos topes de dinero-; en los otros temas, es bastante más complicado.

Otro de los ámbitos que me preocupa mucho es el referente a la salud, al cuidado y a la atención personal. En este punto, debemos tratar de conseguir la mayor calidad de vida para estas personas; debemos educarlas, ayudarlas a buscar un trabajo, a reintegrarse en la sociedad, buscarles un hábitat adecuado (un piso que puedan compartir, una residencia...), etc. Muchas veces, estas personas están muy solas, muy abandonadas... No estoy hablando de esos incapaces fáciles, sino de los difíciles...

¿Cómo se lleva a cabo esto desde nuestro Derecho, en este momento?, ¿se trata de una incapacidad total y son normas para la tutela?, ¿hay que poner esto en la sentencia? Son dudas que me planteo... Yo creo que ésta es una cuestión de ejercicio de tutela, más que de graduación de incapacidad, porque se refiere a ese ámbito general de la vida -el autogobierno-, que la persona no puede desarrollar por sí misma. Lo que debemos hacer es controlar mucho la tutela, para ver que, efectivamente, se ejerce con esa flexibilidad y con esas finalidades (intentar rehabilitar, reintegrar y dar una vida mejor a la persona del tutelado).

Habitualmente, mi manera de actuar en la tutela consiste en solicitar al tutor, cuando va a aceptar el cargo y me va a hacer el inventario, un plan para el tutelado. No un plan terapéutico, sino un plan de vida. En la sentencia, suelo hacer alguna referencia a esto y le planteo al tutor qué es lo que va a hacer con el tutelado. Le pido, como digo, un plan personalizado. Después, yo me encargaré de supervisarlo y de ver si se está cumpliendo o no... Este plan puede consistir, por ejemplo, en pensar si esta persona va a asistir a algún curso o a un centro de día, si va a vivir en casa con otro compañero, si va a acudir un monitor a verle todos los días, si se le va a acompañar a las compras, al médico, etc. Yo me encargo de hacer una mención a este plan en la sentencia; digo que la incapacitación es general, pero hago esta referencia a la flexibilidad en el ejercicio de la tutela y a la finalidad que se persigue con ella.

PREGUNTA: Con respecto al tema de la graduación de la sentencia de incapacidad, ¿qué se debe hacer con una persona con enfermedad mental que, en un momento de su vida, no tiene autogobierno, pero que, a lo largo del tratamiento o rehabilitación, sí lo consigue?

Es decir: ¿qué hacemos cuando, en la vida de una persona, se van sucediendo momentos en los que tiene autogobierno, con otros en los que no lo tiene? Volver a tramitar el procedimiento o modificarlo sería, en mi opinión, algo absurdo...

RESPUESTA: Con respecto a las enfermedades mentales crónicas y que cursan con ciclos -con crisis y con compensaciones-, la jurisprudencia y el Tribunal Supremo ya han dicho que son tributarias de incapacitación, independientemente de que haya períodos en los que las personas son competentes y

que, en esos momentos, estén compensadas y puedan gobernarse a sí mismas.

Éste sería, por ejemplo, uno de los supuestos en los que el tutor debería actuar. ¿Qué tipo de incapacidad sería? Depende... Si es para el cuidado de su salud, se trata de una incapacidad para el cuidado de su salud. Si es total, es una incapacidad para todo, una incapacidad total. En ésta, el tutor deberá acomodar su actuación y, en los períodos de compensación, dejará que el protagonismo sea de la persona que tiene compensada su enfermedad; pero, en los momentos de descompensación, el tutor actuará, le representará y ejercerá todas las funciones de guarda y protección.



Aurora Elósegui, en un momento de su intervención

Porque, obviamente, lo que no podemos hacer es incapacitar, capacitar, incapacitar, capacitar... Además, estas enfermedades son crónicas; previsiblemente, se van a producir recaídas, que van a depender mucho de que se siga el tratamiento y de que la persona esté medicada. Para ello, siempre debe haber alguien encima, porque generalmente, la tendencia al abandono del tratamiento es generalizada y, por lo tanto, el tutor tiene ahí una función todavía más importante. Ahora, en el momento en que esa persona está muy bien, se afloja el ejercicio de la tutela... Yo creo que es muy importante pensar en esa flexibilidad. Yo no veo otra fórmula... Por otra parte, yo creo que estas personas sí son tributarias de incapacidad total.

PREGUNTA: Creo que, desgraciadamente, en España hay muy pocos jueces que opinen como usted. O, por lo menos, que actúen como usted... Quizá, sí tengan su opinión; pero yo nunca me he encontrado a ninguno que haga ese “traje a la medida” de cada uno de los incapacitados -o de cada uno de los que se va a incapacitar-.

Estoy de acuerdo con usted en que se debe estudiar cada caso concreto, ponerse en contacto con la fundación o entidad tutelar que vaya a llevar a cabo el proceso de incapacitación, para ver cómo va actuar, y hacer el seguimiento posterior de cómo se está ejecutando. Esto requiere una sensibilidad muy especial. Por ello, le aplaudo: porque esa sensibilidad no la tienen todos.

En este punto, me gustaría comentar, asimismo, un planteamiento del que se ha hablado anteriormente: el tema de los Juzgados especializados. Todo lo que se está comentando aquí sería más fácil, indudablemente, si existieran Juzgados en los que trabajaran fiscales y jueces

especializados. A pesar de eso, temo que tampoco tuvieran esa sensibilidad... Además, con la estructura que tiene hoy el Ministerio de Justicia, veo que esto es prácticamente imposible.

En las grandes capitales, donde tienen un número importante de Juzgados, sí se puede disponer de Juzgados especializados. Pero no es tan sencillo en las capitales de provincia pequeñas, donde hay menos. ¿Y qué decir de los pueblos?, ¿qué deben hacer las personas incapacitadas en los pueblos?, ¿acudir a las capitales de provincia?, ¿o se van a desplazar los jueces allí? Hoy por hoy, sería lo ideal; pero a mí me parece improbable...

RESPUESTA: En lo referente a la sensibilidad, obviamente, sí estamos hablando de una materia en la que hace falta una sensibilidad especial; pero no sólo en los jueces, sino en la sociedad en general... Al fin y al cabo, los jueces somos el reflejo de la sociedad que nos rodea.

En cuanto a los Juzgados especializados, nos plantearemos crearlos, al menos, donde se pueda. Pero resulta necesaria una formación especializada. Y la realidad es que esta formación no se nos da... En mi caso, cuando comencé en estos temas, no tenía ni idea de qué trataba todo esto. Hasta que acudí a dar una conferencia... Yo iba preparada para hablar de Derecho, de lo que decía la Ley. Y cuando llegué al Auditorio, fueron familiares de enfermos mentales los que me abrieron los ojos. Me hicieron ver un mundo totalmente ajeno a la interpretación que yo hacía del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que no tenía nada que ver con sus problemas. Tiene que ver sólo en la medida en que apliques la norma con sensibilidad. Cualquiera que toque esta materia, ha de tener una sensibilidad especial, porque es un tema candente, vivo y de las personas más necesitadas de la sociedad. Pero también debemos estar formados y dejar a un lado la aplicación estricta y formal de la Ley. Las leyes han de interpretarse.

PREGUNTA: Yo quería preguntarle si en la casuística que tiene en el Juzgado, en la tramitación de algún procedimiento de incapacitación, ha tenido supuestos de internamientos forzados de origen hospitalario o de tratamientos ambulatorios al presunto incapaz u objeto de ese proceso, como medidas cautelares.

RESPUESTA: Sí, muchas veces. En cualquier procedimiento de incapacitación, hay una posibilidad de adopción de medidas cautelares. Medidas cautelares de protección de la persona o de los bienes del supuesto incapaz, al que todavía no se ha declarado la incapacidad. Esas medidas se pueden solicitar antes del procedimiento, mientras esté en curso o posteriormente.

Muchas veces, mientras se desarrolla un procedimiento de incapacitación, se nos ha planteado la necesidad de internar a una persona aquejada de una enfermedad mental o de ingresar a un anciano en una residencia, por ejemplo. Por muchas razones: porque no se pueden atender a sí mismos en su casa, porque son un riesgo, porque no tienen familia, porque ha habido un incendio y debemos ingresarlos en algún sitio... Se puede solicitar esta medida cautelar, aunque todavía no se haya instado una incapacidad.

A mí se me han cruzado muchos casos de este tipo y no ha habido ninguna dificultad.

PREGUNTA: Comentaba Jacinto Gil esta mañana, en su ponencia, que el párrafo tercero del artículo 239 del Código Civil no se entendía bien... Usted ha dicho que lo que casi siempre se plantea como premisa, antes de iniciar un proceso de incapacitación, es quién va a ejercer la tutela. En nuestro territorio, se llega a Diputación. Según la opinión del señor Gil, parece que debe ser una entidad pública, ¿no?

Yo tengo mis serias dudas... Porque una forma es que ejerza la tutela una entidad pública -la Diputación Foral-, a través de sus propios medios, a través de las formas de gestión y prestación de los servicios públicos o a través de una gestión indirecta, vía convenios, con entidades como la Fundación Hurkoa -fundación privada, sin ánimo de lucro-. Yo no sé si el Ministerio Fiscal es el que formula la demanda y ya, en ese escrito o demanda, plantea quién puede ser el posterior tutor. Si no hay ninguno de los del listado que dicta el Código Civil o bien, si los hay, se excusa con causa para ello, llegamos, al final, a la entidad pública.

En la práctica, me interesaría saber si se está interpretando el Código Civil, como dice el señor Gil, o correspondería la atribución de la tutela, en este caso, a la Diputación Foral de Gipuzkoa. La realidad es que, en estos supuestos en los que se descartan todos los designados, ejerce la tutela la Fundación Hurkoa.

Responde Jacinto Gil:

Por alusiones. La verdad es que no sé si, efectivamente, he llegado a expresar lo que acabas de comentar; pero por aclarar mi idea, ya que se me imputa una forma de pensar, me gustaría explicarme.

El párrafo tercero del artículo 239, efectivamente, no impide que el juez, no habiendo esas personas a las que se refiere el primer párrafo del artículo 234, encomiende la tutela a una persona que él considere -aunque sea extraña- y que sea idónea por el artículo 235. El 235 no ha sido derogado, que yo sepa, por ninguna otra Ley; ni tampoco hay ninguna imposibilidad de que se atribuya a una fundación o asociación, por la vía del artículo 242 -que siempre estaba ahí, sigue estando y nadie lo ha quitado-.

Asimismo, otra de las cuestiones que se ha comentado, merece una precisión por mi parte... No digo yo que Hurkoa no pueda ser la encargada de esas tutelas por el juez. Lo que trataba de poner sobre la mesa es algo que ya ha sucedido en algunas comunidades autónomas, donde -como defensa y reacción-, algunas fundaciones tutelares han dicho que ellas no son esa entidad pública que, en el territorio respectivo, tiene encargada la protección de los incapaces y que, por lo tanto, piden que no se les desvíen a ellas, sin presupuesto, estas tutelas automáticas.

Concretamente, yo creo que éste va a ser el campo de batalla, a partir de ahora. Es decir, se trata de ver quién tiene la responsabilidad... Otra cosa es que la Diputación, a la que le corresponde la responsabilidad, después, se la encargue a Hurkoa, a Atzegi o a quien sea. Que le diga: "Ésta es mi competencia y la ejerzo a través de tus posibilidades, de tus medios, y yo te financio...". Eso es otra cosa.

En este punto, recuerdo dos sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, que dan la razón a la

Fundación Tutelar de Castilla-León de Deficientes Mentales, a la que le habían “endosado” dos tutelas de dos personas, que no tenían familia, por esta vía -invocando el párrafo tercero del artículo 239-. Esta fundación se defendía, efectivamente, como se han defendido otras... Por ejemplo, a las Fundaciones Andaluzas de Deficientes Mentales, la Junta les trataba de desplazar. Y no sólo una vez... En todos los casos, trataba de entender el artículo 239 en su propio beneficio: “A mí no se me atribuye responsabilidad y a la fundación a la que le caiga, que se aguante, porque es la que está aludida en el 239...”.

Pero yo creo que esto no es así. Y es lo que he intentado exponer esta mañana; quizá, no he terminado de explicarme bien.

Continúa Aurora Elósegui:

Yo, en estos casos, cuando hay un supuesto incapaz, como tengo que pensar quién le va a tutelar, lo primero que tengo que hacer es hablar con Hurkoa, con Atzegi... Si ellos creen que esta persona se les escapa, que está fuera de sus posibilidades -porque opinan que se trata de una persona ingobernable o que no tienen los medios necesarios para ejercer esa tutela-, mi siguiente paso es ponerme en contacto con la Diputación y exponerles que tengo una persona, con la que se va a iniciar el procedimiento de incapacitación, y que Hurkoa -o Atzegi- dice que no es de su competencia. En estos casos, es la Diputación la encargada de negociar con ellos.

No se trata, en definitiva, de un problema de dinero. Siempre se va a conseguir la financiación con peleas, con exigencias, con reclamaciones... La cuestión es cómo tenemos que trabajar, cómo se puede dirigir a esa persona, quién puede manejarla y si, realmente, podemos conseguir algo con la incapacitación o no.

PREGUNTA: Yo soy padre de un chico de 24 años con Síndrome de Down. Le hicimos la incapacitación cuando tenía 21. Sobre esto, quiero contar una anécdota y, después, plantear una consulta.

El caso de mi hijo entra dentro de lo que usted llama las incapacidades fáciles. Él tiene un plan de vida perfectamente organizado, ya que pretendíamos normalizar su vida lo más posible. Sin embargo, cuando llegó la nota de incapacidad, se le había privado del derecho al voto...

Cuando se presentaron las primeras votaciones, tuvimos un pequeño conflicto. Él, desde los 18 años, ya había votado en alguna ocasión y nos encontramos que, con 21, ya no lo podía hacer... Veía que nosotros íbamos a votar y no entendía por qué él ya no podía hacerlo... La anécdota a la que me refería es que yo he resuelto este asunto diciéndole que él vota por correo. Incluso, hago la ficción de que mete la candidatura dentro del sobre y demás. Así, él se queda tan tranquilo y no hay ningún problema.

La cuestión que le quería plantear es una de las razones por las que nosotros nos movimos en el tema de la incapacidad. Entendíamos que corríamos un cierto riesgo, en cuestiones de responsabilidad civil, por lo que pudiera ocurrir, en daños o perjuicios a terceros. Pensamos que lo mejor era dejar

patente un hecho que es real: se trata de un incapacitado porque no se puede administrar por sí mismo, no se puede autogobernar -aunque, en virtud de ese plan de vida que he comentado, es bastante autosuficiente-.

Mi pregunta es si hacerle esta incapacidad implica una cierta irresponsabilidad, desde el punto de vista civil o penal. Es decir, si una persona que ha sido declarada incapaz produce daños a terceros -voluntaria o involuntariamente-, ¿existe un riesgo para la familia o queda cubierta su responsabilidad civil con la incapacidad?

RESPUESTA: No. La incapacidad cubre la responsabilidad civil de su hijo; pero desplaza esta responsabilidad a los tutores. Éste es un problema importante y que está sin resolver. Muchas veces, los tutores no quieren asumir tutelas porque lo que pueda hacer su tutelado le va a repercutir a ellos.

En este campo de la responsabilidad civil, si la persona tutelada comete alguna barbaridad, no habrá consecuencias para el tutor si éste consigue acreditar que ha actuado con diligencia, con prudencia y con todo el cuidado que se le puede prestar a la atención de esa persona. Por supuesto, no quiero decir que eso sea fácil de probar...

Quizá, la solución a este asunto podría ser la creación de algún fondo, de algún seguro específico que cubra este tipo de responsabilidades civiles, que se le pueden originar al tutor como consecuencia de los actos de su tutelado. Porque, evidentemente, a estas personas no las podemos dejar encerradas. Todo lo contrario: debemos procurar que hagan una vida lo más normal posible y que se integren en la sociedad. Pero el problema es cómo se compatibiliza la responsabilidad del tutor con los daños que estas personas puedan cometer. Quizá, Don Jacinto Gil nos pueda comentar algo al respecto...

Interviene Jacinto Gil:

Yo creo que has puesto el dedo en la llaga y, efectivamente, lo has planteado desde la perspectiva del artículo 1904 y la posibilidad que tiene el tutor de eximirse, probando que se ha puesto toda la diligencia. Pero, desgraciadamente, el tutor de un incapaz -o el que se prorroga en la patria potestad sobre el incapaz- tiene el mismo riesgo que tenemos los padres con respecto a los hijos menores de edad. En este sentido, un hijo conlleva un peligro. Y un incapaz, o un pupilo, conlleva el mismo peligro...

En mi opinión, la cuestión principal que nos deberíamos plantear aquí, debe ser pensar si se puede demandar -en lo referente a la responsabilidad civil- a una persona que se encuentra parcialmente incapacitada, en la medida en que tiene capacidad de entender y comprender el daño que puede causar, liberando a sus familiares o tutores. No está resuelto, aún, si esa media autonomía le sirve ya no para ejercer derechos, sino para hacerse responsable de sus actos.

Continúa Aurora Elósegui:

Yo creo que lo que comentas es el mismo caso que si, por ejemplo, un enfermo mental comete alguna actuación delictiva. No siempre porque sea un enfermo hay que exonerarle de que responda de lo que

hace. Hay veces que sabe perfectamente que, en determinado momento, está haciendo daño, está amenazando, está pegando... Es decir, en esos casos en los que una persona puede ser consciente de lo que está haciendo y se considera eximente porque es enfermo mental, puede darse una mala praxis. Se trata de valorar si la persona, cuando cometió ese acto, era consciente o no, podía responder o no... En estas actuaciones, obviamente, debemos ser muy sensatos. Estamos tratando de favorecer al máximo la actividad de las personas, lo que supone también potenciar y valorar su propia responsabilidad.

Hay veces en que estas personas son responsables de sus actos, independientemente de que sean enfermos, de que estén incapacitados. Debemos valorar cada situación y cada caso concreto, de la misma forma que no se ha de trasladar, automáticamente, al tutor la responsabilidad de todo lo que haya podido cometer el tutelado -porque es imposible que siempre se pueda controlar la actuación de una persona así-. Hay que observar todas las circunstancias y a todos los afectados: la persona perjudicada, el tutor, la propia persona que ha cometido la acción.

Nuestra pretensión es reintegrar a estas personas. Y eso tiene sus riesgos. Yo creo que debería haber un fondo de garantía, lo mismo que lo hay, por ejemplo, para los accidentes de tráfico.

COMENTARIO: Una de las cosas que se le debería decir a todo el personal incluido en el mundo social es que, antes de aconsejar una incapacitación, se piense muy bien lo que se está proponiendo, porque es trasladar la responsabilidad civil de unos a otros. El problema no es tanto que las entidades asumamos una gran responsabilidad e intentemos tener una cobertura de seguridad, sino que ninguna compañía extiende seguros de responsabilidad civil a ninguna persona tutora de un enfermo mental... Porque esa responsabilidad civil no la cubre nadie. Y esto nos preocupa muchísimo a nosotros.

Además de esto, las fundaciones debemos asumir ciertas cosas que, en ocasiones, no podemos o no deberíamos hacer, por falta de recursos. ¿Cómo vamos a ejercer bien una tutela, si no tenemos los recursos adecuados en la sociedad? Las fundaciones no somos creadoras de recursos para nuestros tutelados, sólo para los que vienen a través de la red pública. Tenemos que ponernos siempre a la cola para pedir un recurso que necesitamos, como cualquier familiar.

Por último, me gustaría que, desde este congreso, saliera una advertencia para aquéllos que tienen relación con el mundo social: cuidado, porque nos están llegando bastantes incapacitaciones que lo único que requieren resolver es una situación social. Y esta situación se resuelve con recursos sociales.

RESPUESTA: Estoy totalmente de acuerdo.

COMENTARIO: Mi intervención viene a colación de lo que comentaba la persona que ha hablado hace un rato, ese padre que decía que se llevaron una sorpresa cuando a su hijo, tras un procedimiento de incapacitación -en el que intervinieron, teóricamente, profesionales-, no le dejaron volver a votar.

Yo soy abogado y, desde mi experiencia, suelo trabajar con familias que se llevan muchas sorpresas... A mí me parece que es clave la preparación concienzuda del procedimiento de incapacitación.

Lamentablemente, son muy pocos los Juzgados especializados, que tienen, como se ha dicho, la sensibilidad necesaria. Se suele realizar una entrevista que no suele durar ni una hora y una breve exploración del médico forense; generalmente, el fiscal no conoce al incapaz antes del inicio del procedimiento; se desarrolla una vista -muchas veces, rápida-, en la que todo se da por hecho... En estas circunstancias, lógicamente, el juez dicta sentencia: “todo, nada o poco”.

Como decía, yo creo que es imprescindible la preparación del procedimiento desde el principio. Es clave el informe social, sobre todo en lo referente a la personalidad de la persona. No me parece tan importante el tema económico, pero sí los informes psicológicos, los informes médicos... ¿Quién está facultado, de alguna manera, para organizar todo esto? Yo creo que el abogado. Me vais a permitir que rompa una lanza a nuestro favor. Me parece muy bien la labor que hace la Fiscalía, pero reconozco que no hay medios, que no hay posibilidades.

Insisto: creo que se debe potenciar, desde el principio, la valoración de los informes. Animo a los compañeros y compañeras y a los trabajadores sociales a que promovamos la relación con la Fiscalía, a que nos “mojemos” y trabajemos para conseguir informes fiables.

Me gustaría, asimismo, constatar el automatismo de muchas sentencias, en lo referente a dos temas concretos: el ejercicio del derecho de sufragio activo/pasivo y el derecho a otorgar testamento.

La siguiente pregunta, por favor.

PREGUNTA: En primer lugar, me gustaría conocer su opinión sobre la posibilidad de que, en el trámite de declaración de incapacidad, se resuelva también la tutoría del presunto incapaz. Es decir, que en el mismo procedimiento, a través de una pieza separada, se solucione este tema, de tal manera que también se facilite la resolución del problema que se está llevando al Juzgado. Porque, en muchos casos, se tramita la incapacidad pero el tema queda abierto tanto para el incapaz, como para el familiar, la institución o la Fiscalía que lo plantea.

Asimismo, desearía saber qué opina usted con respecto a la aplicación de medidas cautelares; es decir, que en el mismo procedimiento se adopten también las medidas cautelares necesarias.

Por último, querría plantear el tema de las personas que están en situación de desprotección, porque han perdido la capacidad y no tienen el apoyo social para resolver los problemas más elementales de la vida. ¿Cuál sería la determinación o el momento en el que procede la tramitación de la incapacidad? ¿Solamente con la valoración social -sin la necesidad de una apreciación médica- sería suficiente para instar esta incapacidad? El problema que se nos plantea es que la Fiscalía, normalmente, exige el informe médico y la valoración médica para instar la incapacidad.

Y éste es un ámbito que puede rebasar incluso el informe facultativo médico.

RESPUESTA: En primer lugar: lo de la tutela está solventado. Ya en el procedimiento de incapacidad, debe tramitarse la tutela. A partir de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los procedimientos se están desarrollando de esta manera. En lo referente a las medidas cautelares, evidentemente, éstas se pueden adoptar antes del procedimiento o durante, como ya he comentado. No hay ningún problema, desde el punto de vista jurídico, en la adopción de cualquier tipo de medida cautelar.

En cuanto a la necesidad de un informe médico para poder iniciar un procedimiento de incapacidad, sí es necesario, aunque sea realizado por el médico de cabecera. Siempre se debe intentar buscarlo, a través de los servicios sociales. De esta forma, se puede conseguir un expediente lo más completo posible, antes de iniciar la incapacidad, con el fin de demostrar que la petición tiene fundamento. No podemos pedir al Ministerio Fiscal que plantee un procedimiento de incapacidad sin más, sólo porque alguien piense que determinada persona es susceptible de incapacitación. Es totalmente razonable que el Ministerio Fiscal pida algo más.

En los supuestos en que no sea posible conseguir un informe médico, se puede acudir a las medidas cautelares. De esta forma, a través de una medida cautelar previa al proceso de incapacitación, se puede intentar obtener ese informe que da pie a pensar que, efectivamente, hay motivos suficientes para incapacitar.

COMENTARIO: Yo, simplemente, quiero hacer una pequeña reflexión sobre una parte que, en mi opinión, es la gran olvidada de todos estos procedimientos: pienso que no se regula adecuadamente.

En lo referente a todo lo que viene después de la tutela, cuando estamos hablando de tutelas ejercidas por Administraciones públicas, por fundaciones públicas o privadas, al contar con profesionales que conocen la legislación y todas las responsabilidades que se presentan después del cargo, no hay ningún problema. Sin embargo, los familiares que se ofrecen a asumir la tutela -por existir una relación afectiva- no disponen de la información necesaria sobre todos los procedimientos judiciales posteriores, que ha de asumir el tutor en el ejercicio de su función. En este punto, me gustaría preguntarle, desde su experiencia diaria en un Juzgado, qué tipo de conflictos se está encontrando.

Somos conscientes de cómo se encuentra la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil... Se comentó que, por la nueva Ley, se iba a proponer una Ley de Jurisdicción Voluntaria; pero, a día de hoy, nos encontramos con que los tutores -me refiero, sobre todo, a la problemática de los tutores familiares, que deben asumir todos esos costes- no tienen la información de los innumerables procesos que, probablemente, tengan que iniciar. Asimismo, después de haber convencido a un familiar para que asuma una tutela, en muchas ocasiones, este tutor incluso querría poder renunciar o hacer una dejación, al menos de esa parte judicial, de esa responsabilidad. Es necesario un control judicial de todos esos actos -por eso existe esa regulación-; pero yo me planteo si no podríamos buscar, desde los organismos públicos, alguna alternativa o algún tipo de asistencia, aunque sea para esos tutores que están ejerciendo su función en ese sector. A día de hoy, no sé

si en la práctica existe alguna vía.

RESPUESTA: No estoy segura de que esta asistencia o servicio social a los tutores (que no sean fundaciones) se dé desde las propias fundaciones. Por lo menos, los Juzgados especializados, al ser los que controlan el ejercicio de la tutela, se encargan de facilitar su labor a los tutores y de proporcionarles la información más indispensable. En el caso de que se trate de cuestiones muy complejas, de las que no pueden informar con facilidad, deben remitirlas a los abogados, quienes son los encargados de asesorar en lo referente a la jurisdicción voluntaria (todos los actos en los que va a tener que intervenir el tutor o va a tener que pedir autorización judicial son trámites de jurisdicción voluntaria).

Yo no me he encontrado con tanto conflicto en el ejercicio de la tutela... Habitualmente, sí me he topado con personas que, desde luego, no tienen los mínimos conocimientos jurídicos. Aquí, la cuestión primordial consiste en darles la información, explicarles muy bien qué es lo que tienen que solicitar al Juzgado, cómo deben hacer el inventario, cómo han de rendir las cuentas, cómo tienen que informar, etc.

La primera comparecencia de aceptación del cargo es muy importante a la hora de informar de todo lo necesario al tutor. Se le debe facilitar una información lo más exhaustiva y clara posible; es decir, se trata de ser un Juzgado accesible. Sería muy importante para nosotros, por ejemplo, que en los Juzgados especializados hubiera trabajadores sociales, porque esas personas podrían ocuparse de esta función a la que me estoy refiriendo. Creo que esto es importante y debemos pedirlo. Nosotros también necesitamos medios. No se trataría ya del funcionario normal de la Administración de Justicia -que lo mismo despacha a un ejecutivo, que atiende a un tutor-, sino de personal especializado, que pudiera encargarse, precisamente, de dar esa información.

PREGUNTA: Yo tengo dos preguntas muy breves. La primera de ellas, referente a la personación de los familiares en los procedimientos de tutela, al hilo de lo que comentaba D. Jacinto Gil esta mañana sobre el “principio del interés prevalente de los incapaces”. Me gustaría saber si, en el procedimiento de incapacitación, se permite a los familiares personarse como parte, independientemente del incapaz, pudiendo tener otros intereses que no sean los de éste. Con “como parte”, me refiero a alegar, simplemente, la condición de familiares de un incapaz.

RESPUESTA: Yo no les admito como parte, pero sí como interesados en el expediente. Que planteen lo que quieran y ya veremos si les escuchamos, no les escuchamos o qué hacemos... Evidentemente, interesados están, aunque puedan tener intereses contrarios a los del propio incapaz -y para solucionar esto, tenemos el procedimiento-. Pero partes, que yo sepa, sólo son el fiscal, el incapaz y el defensor judicial.

Normalmente, cuando los familiares se personan y tienen problemas, suele tratarse de cuestiones sobre la tutoría (por ejemplo, que alguien quiera ser tutor en lugar de otro), no relativas a que se declare o no la incapacidad.

En cuanto a la audiencia de parientes, que se realiza en el procedimiento de incapacitación, a la

hora de que el juez analice las causas por las que se alega no estar capacitado para asumir el cargo de tutor, ¿qué rigor se tiene al analizar esos obstáculos que impiden asumir el cargo?

En principio, para que un familiar se pueda excusar, tiene que existir una causa justificada que el juez debe valorar. La verdad: yo no aplico un criterio con extremo rigor. Personalmente, en cuanto veo a alguien que no quiere saber nada, aunque en un primer momento insisto, si observo que no ha atendido nunca al discapacitado y que le va a cuidar mal, procuro eludir el nombramiento de ese familiar, que tan poco interés muestra en ocuparse de su pariente.

¿Habría que ser más riguroso? No tengo una respuesta tajante... Yo pienso que aquí es muy importante el papel de las fundaciones, ya que ellas suelen ser las que, previamente, han tenido una relación con la persona a incapacitar y su entorno, han hecho una investigación y saben si a quien le toca ser tutor es la persona adecuada, si quiere eludir su responsabilidad...

Todo esto se debe ver a través del procedimiento, con todas las diligencias de prueba y toda la información que uno pueda recabar. ¿Ser riguroso? Hasta cierto punto... Siempre que sea en beneficio del incapaz, sí. Si, de antemano, se observa que la designación como tutor de determinada persona va a ser contraproducente para él, porque no le va a atender debidamente, lo mejor es pasársela a otra.



TALLER DE TRABAJO

ASPECTOS SOCIO-SANITARIOS

D.^a Encarna Lázaro Sombrero. Trabajadora social, técnica de la Diputación Foral de Gipuzkoa

SUMARIO

1. LA INCAPACIDAD

- 1.1. Criterio de necesidad
- 1.2. Criterio de subsidiariedad

2. SITUACIONES

3. ACTUACIONES PROFESIONALES

D. Agustín Larrazabal Antía. Médico especialista en Psiquiatría. Jefe del Centro de Salud Mental de Errenteria (Osakidetza)

SUMARIO

1. CAUSAS PSÍQUICAS DE INCAPACITACIÓN CIVIL

2. DICTAMEN FACULTATIVO - PRUEBA PERICIAL

- 2.1. Principios
- 2.2. Modelo conceptual del dictamen pericial
- 2.3. Exploración de la capacidad para tomar decisiones
- 2.4. Críticas a los dictámenes de evaluación de competencia
- 2.5. Quejas de los psiquiatras ante los informes de evaluación

3. CRITERIOS DE COMPETENCIA

4. EL RECHAZO DEL TRATAMIENTO

5. VOLUNTADES ANTICIPADAS

- 5.1. Concepto y fundamentación ética
- 5.2. Soporte legal de las Voluntades Anticipadas
- 5.3. Contenido de los Documentos de Voluntades Anticipadas

5.4. Validez de un Documento de Voluntades Anticipadas

5.5. Modificación, sustitución y revocación

5.6. Límites del Documento de Voluntades Anticipadas

5.7. Recomendación para el conocimiento del Documento de Voluntades Anticipadas

5.8. Modelos de Documento de Voluntades Anticipadas

6. INTERNAMIENTOS PSIQUIÁTRICOS INVOLUNTARIOS

6.1. Concepto

6.2. Requisitos

6.3. Regulación legal. Artículo 763 de la LEC

6.4. Requisitos del artículo 763 de la LEC

7. TRATAMIENTO AMBULATORIO FORZOSO (TAF)





D.^a Encarna Lázaro Sombrero. Trabajadora social, técnica de la Diputación Foral de Gipuzkoa

1. LA INCAPACIDAD

Los profesionales que tenemos relación directa con los ciudadanos nos encontramos, en nuestro trabajo diario, con diversas situaciones difíciles de abordar. Uno de esos momentos difíciles es tomar la decisión de iniciar o no un proceso de incapacitación legal en una persona adulta.

Las dificultades a las que nos referimos son varias y se producen al definir y concretar qué elementos personales y sociales debemos considerar como la objetivación de los acontecimientos que conllevan a un diagnóstico que clarifique la decisión, y, sobre todo, la identificación y la superación de aspectos de tipo ético y legal que concurren e influyen en el tipo de intervención social a realizar.

Así, la incapacidad es un procedimiento judicial dirigido a proteger a la persona y a los intereses de todo aquél que no pueda gobernar, por sí mismo, su persona y/o sus bienes. Es decir, se produce cuando la persona está afectada en su capacidad de comprensión y en su capacidad volitiva, para realizar los actos humanos trascendentes. Como ya sabemos, esta protección se formaliza mediante **el nombramiento de un tutor en los términos y límites que el juez declare.**

No hay que olvidar que, al tratarse de un procedimiento judicial, está sujeto a los dictámenes y peritajes correspondientes para valorar la competencia de la persona. Aquí, cabe destacar la importancia de las actuaciones judiciales, así como la de los profesionales socio-sanitarios, que se encuentran en contacto directo con los ciudadanos. Estos últimos deben considerar la trascendencia que tiene su actuación, cuando en una persona se evidencian comportamientos y actitudes que amenazan su bienestar, y se observa una desprotección frente a sí misma y con relación a otros.

Estudiar, observar, constatar la realidad y elaborar informes técnicos, que ayuden a clarificar la situación, será de gran ayuda para abordar y orientar las actuaciones. Esta tarea será independiente de que sea usuario, o no, de recursos o servicios de carácter social o sanitario.

La finalidad de la tutela y, por lo tanto, de la incapacitación es proteger a la persona. De esta forma, cuando la persona no es competente, pero se encuentra en un contexto familiar protegido, se presupone que cualquier actuación legal para obtener la incapacitación legal no generará un cambio en su situación de bienestar. En estos casos, la tutela legal será beneficiosa por otros motivos, porque el bienestar de la persona ya está garantizado.

Asimismo, antes de proceder a iniciar cualquier trámite, es necesario considerar dos indicadores o principios rectores: el criterio de necesidad y el criterio de subsidiariedad.

1.1. Criterio de necesidad

En los Servicios Sociales, los trabajadores sociales, objetivamos y valoramos, de forma ordinaria, la capacidad de las personas para realizar determinadas actividades básicas de la vida diaria -instrumentales y con relación a su salud- y articulamos las medidas o recursos necesarios para cubrir esas carencias. Lo consideramos un derecho del ciudadano y, como tal, intervenimos proporcionando los servicios que requiere.

En las actuaciones relacionadas con la tutela, la intervención estará ceñida a la valoración de desprotección de la persona, que vendrá motivada cuando se observe la existencia de una disminución en la capacidad de autonomía psíquica, en el aspecto personal, doméstico y/o social. Entendiendo la autonomía, a grandes rasgos, como una forma de actuar de manera independiente, premeditada, razonada y obrando de acuerdo a esa forma de pensar, siempre considerando el perjuicio a terceros.

Es la capacidad de autogobierno en aspectos concretos como la capacidad de autocuidado, de autonomía doméstica, de hábitos de vida, de orientación, la capacidad para discernir el bien del mal, etc.

La merma cuantificada en dichas capacidades y la incidencia en el bienestar de la persona determinarán la necesidad de protección, encuadrada en los límites de no recortar su autonomía ni de atribuirle capacidades que no tiene. Estas carencias generan que alguien le ayude a decidir sobre lo más adecuado para su persona y sus bienes y, por lo tanto, a intervenir como profesionales.

1.2. Criterio de subsidiariedad

En muchas ocasiones, atendemos a personas que han perdido sus facultades mentales y residen con familiares y/o tienen apoyos en su entorno familiar. En estos casos, basándonos en que la **finalidad de la tutela es proteger a la persona**, cuando se valora que esta función de protección la realiza su familia o alguien de su entorno, concluye la actuación profesional. Muchas veces, junto a estas personas hay algún familiar que dispone de autorización implícita o explícita para la toma de decisiones y la administración de los bienes e, incluso, en algunos casos, de poderes. La familia, en esos momentos, ejerce un papel de ayuda voluntaria, de acuerdo a la confianza otorgada o bien asumida como natural, sin que se lo haya encomendado específicamente.

Cuando se produce esta situación de subsidiariedad, hay que resaltar que, en la mayoría de los casos, la familia actúa de buena fe. No obstante, debemos estar atentos, ya que, en ocasiones, hay personas que ejercen esta función de protección y, por ignorancia, por un concepto mal entendido de la propiedad, o por otras razones, pueden hacer un uso inadecuado de ese poder. Las actuaciones más frecuentes están relacionadas, sobre todo, con la toma de decisiones que afectan a la persona protegida, en aspectos tales como dónde vivir, la forma de atención en relación a su salud, los tratamientos médicos, quién debe cuidarle y la administración de bienes.

En todo caso, es preciso considerar que ejercer la tutela, con las características referidas, es un servicio

voluntario de un familiar a otro, con algunos aspectos no gratos a nivel emocional y en el que adquiere gran importancia conocer hasta dónde es competente la persona, para así ejercer adecuadamente su protección y actuar con los deseos y forma de pensar de ella. En definitiva, se trata de ponerse en el lugar del otro.

El análisis de los dos criterios señalados puede ser realizado por un trabajador social, por personal sanitario, o por otros profesionales prestadores de servicios, que actuarán acorde con sus funciones y tomarán la decisión de iniciar o no el proceso de incapacitación legal. Ésta no es una tarea frecuente, dado que la mayoría de los procedimientos se inician por los familiares, pero sí está adquiriendo cada vez mayor importancia en el trabajo social, por el propio desarrollo de los sistemas de protección social y por encontrarnos con personas que carecen de familiares o que se encuentran residiendo lejos.



Encarna Lázaro, en el transcurso del encuentro

2. SITUACIONES

En la práctica, nos encontramos con algunas situaciones que se consideran de alto riesgo para la persona, y que obligan a valorar la necesidad de una tutela, con el fin de mejorar su bienestar. Son situaciones donde se observa la falta de capacidad de la persona para obrar o autogobernarse. Podemos agruparlas en cuatro tipos diferentes, señalados de forma escueta:

a) Situación de desprotección de la persona. En este grupo englobaríamos a las personas que se encuentran en las siguientes situaciones:

- **Maltrato** (físico o psicológico) o **negligencia**, por parte de los cuidadores. La persona no puede protegerse a sí misma, por lo que se requiere una intervención inmediata.
- **Situación de aislamiento social.** Esta situación puede venir generada por la propia persona, por sus discapacidades físicas o psíquicas y siempre que no disponga de personas que la puedan proteger a su alrededor.
- **Situación de abandono.**

b) Enfrentamiento y/o desacuerdo entre los familiares. Como consecuencia de esta situación, se genera una toma de decisiones no acertadas y/o una ausencia de las mismas, en relación a la persona.

En ocasiones, existen discrepancias entre los familiares, sobre todo respecto al lugar donde debe vivir la persona no competente -si en una residencia o en su propio domicilio-, el tipo de ayuda que requiere, etc. En estas circunstancias, se toman determinadas decisiones no de forma conjunta, sino unilateralmente, por parte de un familiar y, posteriormente, se puede dar el caso de que otro familiar tome otra decisión diferente y, así, sucesivamente. Por lo tanto, cuando estas actuaciones familiares perjudican a la persona, produciéndose traslados innecesarios, falta de apoyo, desatención, etc., se puede considerar, de acuerdo con su grado de importancia, que se encuentra en desamparo y, en consecuencia, resulta conveniente intervenir.

c) Protección de bienes materiales. La persona dispone de un patrimonio importante y es indispensable gestionarlo, para asegurar su bienestar. De otra forma, se puede producir un claro perjuicio para ella, ya que aún teniendo bienes, no puede utilizarlos para el remedio o cobertura de sus propias necesidades.

d) Rechazo a una atención necesaria y adecuada. Oposición por parte de la persona a recibir actuaciones sanitarias o medidas técnicas, que se consideran indispensables para su bienestar, siempre que sea por falta de comprensión o de capacidad para tomar decisiones. Esta oposición puede producirse para una actuación concreta o, sucesivamente, a lo largo del tiempo.

3. ACTUACIONES PROFESIONALES

Cuando los profesionales nos encontramos ante una situación donde se aprecia que una persona no se encuentra en condiciones de decidir por sí misma o existen dudas razonables para pensarlo, debemos valorar la necesidad de iniciar un proceso de incapacitación legal, de acuerdo a su situación de desprotección.

Independientemente del profesional que detecte la situación, son varias las personas que, fuera del órgano judicial, pueden intervenir en ese proceso de incapacitación legal. Así, desde el médico de atención primaria, el psiquiatra, el neurólogo, el trabajador social, el director de un centro y, en ocasiones, la policía municipal, etc., están implicados o deben intervenir en dicho proceso. Cada uno tiene un nivel de intervención diferente, acorde con sus funciones, pero es evidente que la colaboración y el trabajo coordinado llevarán a proteger a la persona, solventando mejor y más rápido los obstáculos existentes.

En cualquiera de las actuaciones de los diferentes profesionales, no podemos olvidar que la incapacitación es una grave limitación de los derechos de las personas. **Por ello, sólo debemos promoverla en casos justificados y en aquéllos en los que la persona y/o sus intereses estén más y mejor protegidos con un tutor. De esta forma, al estar incapacitada, estará mejor de lo que se encontraba con anterioridad.**

En muchos casos, **es difícil decidir el momento** en el que es necesario tomar la decisión de iniciar el proceso de incapacitación legal. Es evidente, sobre todo en las personas mayores, que la pérdida de las facultades mentales suele producirse de forma gradual. Sin embargo, en algunos procesos de enfermedades, se producen cambios -con mejorías y/o empeoramientos, que, en ocasiones, se manifiestan de forma

aguda-, lo que crea una mayor dificultad para fijar el momento, en el que, realmente, se genera la necesidad de protección. Asimismo, el intervalo de tiempo, que transcurre desde que la persona comienza a mostrar indicios de incompetencia hasta tomar la decisión, produce un espacio que puede ser útil para conocer los deseos e intenciones de la persona a proteger, garantizar la decisión a tomar, así como para valorar qué necesidades tiene, que deban ser cubiertas o protegidas. **Es decir, las condiciones y límites en los que debe proponerse la incapacidad.**

Por otro lado, **el lugar donde se encuentra la persona** objeto de atención adquiere importancia en las actuaciones profesionales y en la resolución de la necesidad. Así, cuando la persona está viviendo en un equipamiento residencial, se produce una situación concreta, ya que, en principio, podemos valorar que sus necesidades básicas están cubiertas y, por lo tanto, no requiere más intervención. Pero es evidente que pueden originarse acontecimientos que lleven a los trabajadores del centro a plantear una situación de desprotección.

Indudablemente, el **usuario del centro** puede encontrarse en alguna de las cuatro situaciones mencionadas. La más frecuente es el enfrentamiento o desacuerdo entre los familiares, lo que lleva a tomar decisiones contraproducentes y la mala administración del patrimonio, con claro perjuicio para la persona. En estos casos, se planteará el inicio de los trámites de incapacitación legal de acuerdo con la situación generada, la necesidad a cubrir, el entorno y el apoyo familiar y la mejora en el bienestar de la persona. El director del centro tiene un papel importante en este proceso, sobre todo, en las fases anteriores al inicio de los trámites.

Cuando la persona está **viviendo en su domicilio**, nos encontramos con dos situaciones diferentes. Primeramente, en muchas ocasiones se detecta por parte de la familia, de los vecinos, del médico de atención primaria, de los auxiliares domiciliarios, o de los trabajadores sociales, una situación en la que la persona requiere una protección de terceros. Si se da la circunstancia de que dispone de familia, ésta apoya la orientación e intervención que pueda necesitar y, además, pueden obtenerse dictámenes facultativos sobre la situación psíquica de la persona, las actitudes y las conductas, se procederá a una trámite ordinario, que, en principio, no debe generar dificultades.

Una situación diferente es cuando la persona o personas (matrimonio, hermanas, etc.), viven en **condiciones infrahumanas** (mal alimentados, en condiciones insalubres, aislados del entorno, enfermos sin atención médica...) desde hace tiempo (en ocasiones años), sin un diagnóstico médico, rechazando la asistencia médica, la atención de otras personas, las visitas; es decir, cualquier tipo de acercamiento. Esta circunstancia se detecta a través de los vecinos o de los familiares, a quienes les han negado desde hace tiempo la entrada en la vivienda. Por esta causa, desconocen el estado de salud y bienestar de su familiar y son los que se acercan al médico de atención primaria o a los servicios sociales, en busca de ayuda. Sin duda, la actitud de aislamiento de la/s persona/s persiste cuando el médico o el asistente social se acerca a ella/s.

¿Qué hacer en estos casos? Una actuación coordinada y conjunta de los servicios sanitarios y los servicios sociales es la clave para poder aunar esfuerzos y aclarar, lo mejor y lo antes posible, una situación oscura y cerrada.

Abordar esta situación tiene dos fases diferenciadas. En principio, es necesario clarificar la situación. Si fuera necesario, se debe actuar sacando a la persona de su domicilio, haciendo todo lo posible para que la salida sea voluntaria, aunque, en casos extremos, se debe requerir una intervención judicial. Cualquier actuación es más fácil, adecuada y eficaz si se da mediante una colaboración entre las diversas instituciones afectadas e implicadas en esta atención (sanidad, órgano judicial, política social, etc.). La salida deberá ser programada, evitando la notoriedad, dentro de lo posible. Se orientará el traslado hacia el centro o recurso más idóneo, pudiendo ser un internamiento psiquiátrico, un internamiento en hospital de agudos, en un centro sociosanitario o en un equipamiento residencial.

Una vez clarificada la situación sanitaria de la persona, su dependencia física y psíquica y su capacidad de obrar, se pasará a una segunda fase. En ésta, se procederá a evaluar si resulta conveniente iniciar el proceso de incapacitación legal, así como la idoneidad de que retorne a su domicilio o deba residir en un equipamiento residencial, socio-sanitario, etc. En todo caso, se tendrá en cuenta la opinión de la persona y su capacidad para obrar.

En esta fase, al igual que antes, una actuación conjunta y coordinada entre los diferentes profesionales que han intervenido y la utilización de documentos descriptivos permitirán conocer a la persona y valorar la situación real del momento, utilizando esta información para proceder de manera más correcta. La existencia de protocolos de actuación entre las instituciones sanitarias y los prestadores de servicios sociales, en el ámbito local o territorial, sobre la manera y forma de actuar, facilitarán cualquier intervención adecuada.

Una buena práctica profesional deberá llevarnos a considerar las actuaciones judiciales dirigidas a un internamiento forzoso como algo extremo y muy justificado. Debemos agotar toda una serie de acciones técnicas y esfuerzos de organización, desde cualquier sistema de protección social, para solventar estas situaciones, dejando sólo la vía de la intervención judicial para aquellos casos que no tienen otra solución. Cualquier intervención brusca, forzada -es decir, no natural-, puede afectar a la persona, con lo que se agravaría su situación, a nivel personal y social, y, por lo tanto, se conseguiría el efecto no deseado.

D. Agustín Larrazabal Antía. Médico especialista en Psiquiatría. Jefe del Centro de Salud Mental de Errenteria (Osakidetza)

1. CAUSAS PSÍQUICAS DE INCAPACITACIÓN CIVIL

El artículo 200 del Código Civil establece: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

En esta ponencia, nos limitaremos a las enfermedades o deficiencias de carácter psíquico del adulto, por ser el área de nuestra especialidad.

ELEMENTOS DEL PRECEPTO LEGAL DE INCAPACITACIÓN

• ENFERMEDADES O DEFICIENCIAS PSÍQUICAS

Cualquier anomalía, alteración o trastorno puede llegar a tener incidencia sobre la capacidad de obrar si presenta evolución crónica, es persistente, y sus efectos afectan a la capacidad de autogobierno, a la capacidad de conocer, comprender y discernir, lo que resulta adecuado o necesario para la propia persona. Se pretende evitar la toma de decisiones perjudiciales derivadas de un déficit de la capacidad de comprensión del paciente.

Entre los trastornos que menos dudas plantean a efectos de incapacitación encontramos:

- Los retrasos mentales profundos.
- Las demencias avanzadas.
- Las esquizofrenias con sintomatología negativa, defectuales o residuales.

Entre los trastornos susceptibles de incapacitación, aunque con menor grado de evidencia, están:

- Los retrasos mentales leves.
- Las demencias incipientes.
- Las drogodependencias crónicas resistentes a tratamientos (con abandono de obligaciones, descuido de la salud y riesgo para el patrimonio).
- Los trastornos afectivos, fundamentalmente, los trastornos crónicos bipolares o unipolares.
- Los trastornos de ansiedad graves y socialmente invalidantes.
- Los trastornos del control de los impulsos.
- Los trastornos graves de personalidad paranoide (pleitistas), límite o por dependencia.

Entre las causas de origen psíquico que son susceptibles de originar curatela por prodigalidad, se deben tener en cuenta:

- El juego patológico.

- Las drogodependencias.
- Los trastornos afectivos maníacos o hipomaniacos.
- Los trastornos de la personalidad.

De cualquier modo, se requiere una valoración individual de cada caso.

- **PERSISTENTES**

Se utiliza el término persistente en lugar de crónico, incurable o irreversible.

Se valora la larga evolución, la adherencia al tratamiento y la mala respuesta a éste, y la limitación de las posibilidades de recuperación con los tratamientos actuales.

Se pretende evitar la incapacitación, por trastornos que, aún siendo incapacitantes en fase aguda, evolucionan favorablemente con tratamiento.

- **EFFECTOS SOBRE LA GOBERNABILIDAD**

Para que un trastorno sea causa de incapacidad, no es suficiente tan sólo su existencia (diagnóstico), sino que debe tener un impacto funcional, que impida el autogobierno, el cuidado de sí mismo o de sus bienes.

La sintomatología, por muy llamativa o aparatosa que sea, si no afecta, de forma persistente, al autogobierno eficaz, no deberá ser considerada como causa de incapacitación civil.

Este autogobierno debe ser entendido como la capacidad de autonomía, de valerse para conseguir medios de subsistencia y no depender de otros para sobrevivir, así como para administrar los bienes y patrimonio propios del sujeto, según sus intereses.

2. DICTAMEN FACULTATIVO - PRUEBA PERICIAL

2.1. Principios

Es exigencia del procedimiento de incapacitación que el juez oiga el dictamen de un facultativo (psiquiatra, psicólogo clínico, psicogeriatra, médico forense, neurólogo, incluso, otro médico, que conozca y haya reconocido al paciente...), acompañado, si es posible, de un informe de un trabajador social, acerca de la concurrencia, o no, de la causa de incapacitación.

Este dictamen es indispensable para adoptar la decisión; es la prueba principal. Para elaborar el dictamen, se debe practicar una prueba pericial.

El informe debe considerar si la persona examinada:

- Sufre un trastorno psíquico.
- En caso afirmativo, se deberá formular el diagnóstico, especificando las características clínicas y su curso evolutivo -si se trata, o no, de un trastorno persistente-.
- La incidencia del cuadro clínico en el déficit de autogobierno y su capacidad de decidir en libertad; es decir, el conocimiento, la comprensión, el discernimiento y la posibilidad, o no, de actuar libremente. En definitiva, aspectos cognitivos y volitivos. Resultará ilustrativa y útil para el juez la aplicación de las deficiencias a las funciones de la vida cotidiana, de aquello que puede y no puede hacer, por ejemplo: cuidado del aseo e higiene personal, conseguir medios de subsistencia, conocimiento de los peligros más habituales, salir solo a la calle, utilización de transportes públicos, hacer pequeñas compras, conocimiento y empleo del dinero, disposición de cartillas de ahorro, cobro de alguna pensión, ocupación del tiempo libre, actividades de relación social, actividades comunitarias, relaciones sexuales, etc.
- El pronóstico -no sólo clínico, sino relacionado, también, con el apoyo familiar presente y futuro- y la conciencia de enfermedad del paciente, que facilite, o no, el seguimiento de un tratamiento, etc.
- Las posibilidades terapéuticas y el planteamiento de un tratamiento involuntario, si éste tiene una eficacia comprobada.

Por tanto, en una prueba pericial, el diagnóstico no será lo fundamental, sino los efectos del trastorno sobre la persona objeto de la incapacitación.

En definitiva, el informe debe tener como finalidad hacer saber al juez si se dan, o no, las exigencias legales para acordar la incapacitación y si, como consecuencia de la enfermedad o deficiencia psíquica que el presunto incapaz padece, tiene capacidad de autogobierno, personal o patrimonial.

2.2. Modelo conceptual del dictamen pericial

El modelo que utilicemos debe estar dirigido a lo que la ley quiere saber cuando realiza una solicitud de dictamen sobre competencia legal.

El modelo deberá aportar información sobre diagnóstico clínico y la influencia de éste sobre las habilidades funcionales. Deberá ligar diagnóstico y habilidades funcionales, informando sobre la capacidad de la persona explorada para manejarse, en relación a las exigencias del ambiente; es decir, la extensión y diversidad de las habilidades funcionales, en un contexto dado, incluyendo los modos de afrontamiento ante situaciones de estrés.

La incapacidad no es equivalente a un estado mental alterado y, por lo tanto, el diagnóstico no es suficiente, ya que la incapacidad, en definitiva, se refiere a déficits funcionales respecto a las exigencias de la vida. Por ejemplo, una esquizofrenia de veinte años de evolución no es causa directa de incapacidad civil si no se acompaña de los déficits funcionales que justifiquen la medida.

Se informará sobre lo que la persona fue, es y será capaz de hacer, a efectos legales.

El informe deberá facilitar la labor al juez que, finalmente, juzgará y dispondrá.

2.3. Exploración de la capacidad para tomar decisiones

De modo resumido, puede decirse que para decidir adecuadamente una persona debe estar despierta, ser capaz de prestar atención a la tarea decisoria, comprender los elementos que la integran, poder cotejarlos (con información episódica, autobiográfica y semántica almacenada en su memoria), valorar las posibles consecuencias de las diferentes decisiones, integrar todo ello mediante procesos de razonamiento abstracto, expresar, de manera comprensible, lo decidido y, a ser posible, ejecutar, finalmente, lo decidido.

Para valorar estas capacidades debemos explorar:

- Nivel de conciencia.
- Percepción - sentidos.
- Atención.
- Gnosias.
- Praxias.
- Comprensión y expresión del lenguaje.
- Cálculo.
- Memoria episódica reciente y autobiográfica.
- Orientación temporal y espacial.
- Curso y contenido del pensamiento.
- Funciones ejecutivas.
- Razonamiento abstracto.
- Autocontrol.
- Motivación.
- Afectividad, estado emocional.
- Introspección.

Esta exploración se llevará a cabo a través de:

- Exploración psicopatológica.
- Exploración neuropsicológica. Se pueden utilizar pruebas neuropsicológicas estandarizadas, en forma de test, escalas o cuestionarios.
- Exploración de la capacidad adaptativa.

2.4. Críticas a los dictámenes de evaluación de competencia

• Ignorancia e irrelevancia

Muchos evaluadores desconocen la naturaleza del problema legal y los informes no van dirigidos a la incompetencia, no proporcionan la información que interesa al juez. Con frecuencia, se aportan diagnósticos como causa-efecto para la incapacidad, cuando el efecto sobre la incapacidad está relacionado con los déficits funcionales generados por el trastorno (déficit de la capacidad de obrar).

Los evaluadores deben presentar la relación que vincula los fenómenos psicopatológicos, con la merma de habilidades funcionales, objeto de la incapacidad. Esto es lo que preocupa a la ley y lo que el juez pretende del evaluador. Importa más el funcionamiento que los síntomas o el diagnóstico.

• Insuficiencia y falta de credibilidad

Con frecuencia, las evaluaciones sustentan las conclusiones en muestras de insuficiente evidencia. Se pasa rápidamente a las conclusiones de necesidad de incapacidad, sin el desarrollo que fundamenta esas conclusiones. En otras ocasiones, se pretende fundamentarlo a través de tests, que tienen poca fiabilidad y validez en el ámbito forense (excepto, quizás, los neuropsicológicos). Hay que recordar que existe una gran cantidad de tests para cada trastorno. Además, las compañías fabricantes continúan produciendo estos instrumentos porque son un gran negocio. Por lo tanto, se debe desconfiar de los tests, si no son utilizados como pruebas para aportar información complementaria o para confirmar diagnósticos clínicos, ya que es peligroso su uso exclusivo como prueba.

• Intrusión

A veces, los evaluadores entran en el ámbito de actuación de los jueces. No es correcto que los evaluadores entren a responder en el informe “la última cuestión” sobre la incapacidad -“este paciente es incapaz”-. A muchos jueces, les molesta que esto se incluya en la valoración (sí lo podemos hacer, desde el punto de vista clínico); sin embargo, también cabe decir que algunos jueces, en el contexto de la colaboración, preguntan directamente esta cuestión o lo hacen de una manera más informal. En estos casos, podemos informar de “nuestra conclusión”.

Se da la circunstancia de que también existen jueces que solicitan la respuesta a esta pregunta. En Estados Unidos, por ejemplo, está prohibido responder a “la última cuestión”, en algunos estados; sin embargo, en otros, es aceptado.

2.5. Quejas de los psiquiatras ante los informes de evaluación

- En el ámbito público, imposibilidad material, por falta de tiempo, para realizar este tipo de informes de la forma adecuada, debido a la presión asistencial.
- Falta de formación en la especialidad de psiquiatría sobre aspectos legales y desconocimiento de la

metódica para emitir dictámenes judiciales de este tipo. Esto afecta al ámbito público y privado.

- Con frecuencia, falta de consideración de los dictámenes psiquiátricos por parte de los juzgados, infravalorándolos, ante los informes de los forenses del juzgado.

En consecuencia, personas y familias, que podrían beneficiarse de la medida legal de la incapacidad civil, no están protegidas por el recurso jurídico.

3. CRITERIOS DE COMPETENCIA

La **competencia** es un concepto clínico, que tiene similitud con la **capacidad**, que es un concepto jurídico. La competencia se relaciona con el concepto jurídico de la **capacidad de obrar**. Supone la aptitud del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta y las alternativas posibles de actuación, con las consecuencias previsibles de cada una de ellas, para así poder tomar decisiones consecuentes con su escala de valores y de acuerdo a su edad o situación cognitiva.

CRITERIOS DE COMPETENCIA (Modelo de Appelbaum)

- **EXPRESIÓN:** Capacidad de comunicar una elección. Requiere una capacidad para mantener y comunicar elecciones estables un tiempo lo suficientemente dilatado como para poder llevarlas a cabo. Se le puede evaluar a través de la estabilidad de la elección.
- **COMPRESIÓN - ENTENDIMIENTO:** Capacidad de entender la información relevante para tomar una decisión. Comprende y retiene la información fundamental sobre la situación. Exige un nivel adecuado de atención y participación de los procesos intelectuales. Se evalúa solicitando a la persona que repita, en los mismos términos o similares, la información que se le ha dado.
- **APRECIACIÓN DE LA SITUACIÓN:** Capacidad de sopesar y discernir las consecuencias para sí mismo. Estima la necesaria aprehensión de la situación para tomar una decisión.
- **RAZONAMIENTO:** Es capaz de desarrollar un sistema de argumentación lógica para comparar beneficios y riesgos, utilizando la información que ha entendido y ha apreciado para llegar a la decisión. Se evalúa examinando la cadena de razonamientos.

En el ámbito clínico, la evaluación de la **competencia para tomar una decisión sanitaria**, puede realizarse evaluando lo siguiente:

- ¿El paciente es capaz de comunicarse?
- ¿Comprende la enfermedad para la que se le propone tratamiento?
- ¿Comprende la naturaleza y el propósito del tratamiento?
- ¿Comprende los beneficios y riesgos de seguir el tratamiento?
- ¿Comprende los beneficios y riesgos de no seguir el tratamiento?



- ¿Es capaz de expresar una decisión de forma lógica y razonada?
- ¿Esta decisión es estable?

En el caso de que la respuesta a alguna de estas preguntas fuese negativa, antes de llegar a una conclusión precipitada de incompetencia habrá que cerciorarse de que el paciente dispone de la información suficiente y, si no fuese así, se le debe aportar cuanta información fuera precisa. Una vez realizado esto, si el paciente no es capaz de responder, satisfactoriamente, a alguna de las cuestiones arriba enunciadas, sospecharemos que es incompetente para tomar la decisión.

Todos los tipos de competencia reconocen el derecho de los individuos a tomar decisiones y tener el control de sus propias vidas. Sin embargo, se reconoce que algunos pueden perder esta capacidad y, en estos casos, se prevé un mecanismo legal para proteger el bienestar de la persona, limitando algunos de sus derechos, en favor de su propio interés y del de la sociedad.

Las competencias se pueden desglosar en múltiples capacidades:

- Para afrontar un juicio.
- Para rechazar asistencia letrada o declararse culpable.
- Para la patria potestad.
- Para conducir.
- Para licencias de armas de fuego.
- Para cuidar de sí mismo y del patrimonio.
- Para consentir un tratamiento.
- Para participar en un ensayo clínico.
- Para matrimonio, separación o divorcio.
- Para ejercer el derecho de las voluntades anticipadas.
- Para consentir una hospitalización psiquiátrica.
- Para realizar un testamento.
- Para actos jurídicos documentados.
- Para votar.
- Etc.

Cuando se insta o se propone una incapacitación, debería especificarse la extensión y límites de la incapacidad. No siempre debe ser global, ya que el hecho de que una persona no sea competente para conducir, no significa que no lo sea para testar, para votar o para consentir un tratamiento. La competencia o incompetencia no son estáticas, ni para todo; depende del tipo de decisión y de cómo se encuentre la persona.

4. EL RECHAZO DEL TRATAMIENTO

Según la legislación actual, como consecuencia de la regulación y de la jurisprudencia del Convenio de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Resoluciones y Recomendaciones de la OMS

y de la ONU, así como del Art. 10 de la Ley General de Sanidad, entre otras, en aplicación de los derechos del enfermo, todos tenemos reconocido el de la negativa a ser tratados por haber rechazado el tratamiento propuesto.

El derecho a rechazar los tratamientos nos corresponde a todos, como potenciales o reales enfermos, de la misma manera que alcanza, evidentemente, a los enfermos psíquicos. Es el propio enfermo quien debe expresarlo y su incapacidad para hacerlo supone, siempre, la intervención de un juez que declare legalmente su incapacidad. Una vez hecho esto, se puede actuar -incluso, en contra de la voluntad del enfermo-, para someterlo a los tratamientos que precise a causa de su estado.

Los pacientes psiquiátricos, con frecuencia, rehúsan los internamientos u otros tratamientos médicos por motivos personales, por la no conciencia de enfermedad, por la oposición surgida, claramente, de una pérdida de juicio de la realidad, debido a alucinaciones o a ideas delirantes, por la aparición de efectos secundarios de medicamentos que no tolera, por dificultades con el equipo terapéutico, por oponerse a la familia, etc.

Ante estos casos, mientras no se declare la incapacidad civil del sujeto, éste tiene y goza de plenitud de derechos y no se le puede imponer ningún tratamiento, salvo el internamiento, si su caso reúne las exigencias enumeradas en la ley.

Hasta la aplicación judicial del tratamiento ambulatorio forzoso, lo cierto es que no había posibilidad legal alguna de aplicar, sin correr los correspondientes riesgos, ningún tipo de tratamiento a nadie, de forma involuntaria e impuesta. Ni a los competentes o capaces, ni a los incompetentes a los que no les haya sido declarada la incapacidad, por sentencia judicial (salvo que haya sido autorizada la intervención por un juez, si se trata de casos de internamiento en centro psiquiátrico u otros supuestos, en los que es preceptiva dicha autorización).

En casos de rechazo y si se trata de situaciones urgentes, con riesgo vital o riesgo y peligro físico, para el enfermo o para los demás, se debe actuar considerando la situación como urgencia, tal como puede ocurrir, por ejemplo, ante el rechazo del tratamiento de un enfermo con intenciones suicidas u otro riesgo grave, como encontrarse el sujeto armado dentro de una vivienda. En estos casos, se puede e, incluso, se está obligado a intervenir, basándose en el estado de necesidad, al hallarse el paciente en peligro, para sí mismo o para los demás. Al menos, se debe actuar en la medida imprescindible, para alejar al paciente del peligro inminente para su vida, así como para no incurrir en un delito de omisión de socorro.

En los casos en los que se rechaza el internamiento sin riesgo vital o grave peligro para el sujeto, para los demás o daño para las cosas, así como en aquellos casos en los que la intervención prevista tenga escasas posibilidades de éxito, el médico debe aceptar la decisión, libremente tomada por el propio paciente.

Lo oportuno sería que éste firmara un documento donde conste su rechazo, si se le considera competente para ello, tras haber sido informado (es aconsejable que esto figure en la historia clínica) de los riesgos que supone no aceptar el tratamiento.

A partir de ese momento, se suspende toda intervención, salvo poner en conocimiento del juez o del fiscal la negativa y el rechazo, para que se tomen las medidas oportunas. La comunicación al juez no debe llevarse a cabo, simplemente, para que el facultativo eluda posibles responsabilidades, o para solicitar al juez su opinión de cómo debe actuar, sino para que se proceda a la incapacitación civil o a la adopción de la medida restrictiva de derechos que corresponda, a fin de hacer posible el tratamiento adecuado del paciente, de forma, incluso, involuntaria.

5. VOLUNTADES ANTICIPADAS

5.1. Concepto y fundamentación ética

Las Voluntades Anticipadas (VA) reciben también la denominación de Instrucciones Previas, Directrices Previas o Testamentos Vitales.

Los pacientes tienen derecho a participar en el plan de cuidados y los profesionales sanitarios tienen la responsabilidad, profesional y legal, de asegurar esa participación.

El objetivo principal de las VA es asegurar que cuando el paciente haya perdido la capacidad de participar en la toma de decisiones, la atención sanitaria sea conforme a las preferencias que expresó previamente. Por tanto, las VA suponen la implicación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su salud, de acuerdo con sus valores personales.

El mejor modo de asegurar su cumplimiento, en cualquier circunstancia, es hacerlo a través de los denominados Documentos de Voluntades Anticipadas (DVA).

El DVA es un documento escrito, dirigido al médico responsable, en el que una persona mayor de edad, que no haya sido incapacitada judicialmente para ello, de manera libre y de acuerdo a los requisitos legales, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación, en la que las circunstancias que concurran, no le permitan expresar, personalmente, su voluntad. En este documento, la persona también puede designar un representante (o varios), que será el interlocutor válido y necesario con el médico o equipo sanitario, y que le sustituirá, en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma.

El médico responsable, el equipo sanitario y el sistema de atención sanitaria están obligados a tenerlo en cuenta y a aplicarlo, de acuerdo a lo establecido en la ley.

En caso de que la persona sea competente en el momento de tomar la decisión sanitaria, lo expresado por la persona prevalecerá sobre las instrucciones contenidas en el DVA.

5.2. Soporte legal de las Voluntades Anticipadas

- Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Oviedo, 1997).
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones, en materia de Información y Documentación Clínica.
- Ley 7/2002, de 12 de diciembre, del Parlamento Vasco, de las Voluntades Anticipadas en el ámbito de la Sanidad.
- Decreto 270/2003, de 4 de noviembre del Gobierno Vasco, por el que se crea el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.

5.3. Contenido de los Documentos de Voluntades Anticipadas

- Valores u opciones personales respecto a los momentos finales de la vida u otras situaciones de grave limitación física o psíquica. También pueden especificarse otras consideraciones como, por ejemplo, la elección del lugar (hospital, domicilio), donde se desea recibir los cuidados en el final de la vida, la voluntad de ser donante de órganos, el deseo de recibir asistencia religiosa o no, si se es contrario a que se le practique la autopsia, si se desea donar el cuerpo para estudios anatómicos, etc.
- Las situaciones sanitarias concretas en las que se quiere que se tenga en cuenta la aceptación o rechazo de determinados tratamientos o cuidados.



Agustín Larrazabal, dirigiéndose al público asistente

- Instrucciones y límites referidos a las actuaciones médicas, ante las situaciones previstas. Por ejemplo, se puede solicitar que no sean aplicadas (o se retiren, si ya se han aplicado) medidas de soporte vital, tales como: reanimación cardiopulmonar, diálisis, conexión a un respirador, nutrición e hidratación artificiales, para prolongar la vida.
- La designación de un representante, o varios, para que actúe como interlocutor válido ante el equipo sanitario, en caso de que el paciente no pueda expresar su voluntad, y para que lo sustituya en la interpretación y cumplimiento de las instrucciones. Si se designa más de un representante, se debe establecer un orden de prioridad entre ellos, indicando quién es el representante titular y quién el suplente (éste sólo actuará en defecto del titular).

5.4. Validez de un Documento de Voluntades Anticipadas

El DVA será válido cuando esté firmado por una persona mayor de edad, con capacidad legal y que actúe libremente.

El DVA se debe formalizar, por escrito, de tres modos diferentes:

- Ante tres testigos.
- Ante notario.
- Ante el funcionario o empleado público encargado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.

5.5. Modificación, sustitución y revocación

La modificación del documento se puede hacer para reflejar un cambio de opinión, para reafirmar la voluntad expresada hace mucho tiempo, o para ampliarlo y/o adecuarlo, a situaciones mejor conocidas en la actualidad.

Se aconseja su actualización cada dos años, ya que, más allá de ese tiempo, no se puede asegurar la estabilidad de las decisiones tomadas.

El DVA se puede modificar, sustituir o revocar en cualquier momento y del mismo modo a cómo se concedió. Se tendrá en cuenta el contenido del último documento otorgado.

5.6. Límites del Documento de Voluntades Anticipadas

Los límites que la ley señala, respecto a la aplicación de los DVA, son los siguientes:

- Que la voluntad expresada por el paciente implique una acción contra el ordenamiento jurídico vigente.
- Que las intervenciones médicas que el paciente desea recibir estén contraindicadas para su enfermedad.
- Que la situación clínica no sea la prevista y no se corresponda con los supuestos previstos. Es decir,

cuando la situación que se anticipa en el documento sea distinta a la que se presenta en la realidad.

En estas situaciones, las voluntades expresadas no podrán ser tenidas en cuenta.

5.7. Recomendación para el conocimiento del Documento de Voluntades Anticipadas

Es aconsejable que la persona que ha realizado el DVA lo dé a conocer al médico responsable de su asistencia y al centro sanitario donde habitualmente se le atiende. De esta forma se lo incluirán en su historia clínica, facilitando que sea tenido en cuenta en el momento adecuado. Una vez reflejado en la historia clínica, el DVA estará protegido por las garantías de confidencialidad legalmente establecidas.

Los profesionales sanitarios están obligados a:

- Aceptar los documentos.
- Tenerlos en cuenta a la hora de tomar decisiones terapéuticas.
- Razonar por escrito, en la historia clínica, la decisión final; y, en caso de no actuar conforme a lo indicado en el DVA, los motivos que llevaron a tal decisión.

5.8. Modelos de Documento de Voluntades Anticipadas

Están disponibles en el [Registro Vasco de Voluntades Anticipadas](#).

- Dirección: Estudios y Desarrollo Sanitario del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz.
- Teléfono: 945 01 92 54.
- E-mail: registrodevoluntadesanticipadas-san@ej-gv.es

6. INTERNAMIENTOS PSIQUIÁTRICOS INVOLUNTARIOS

6.1. Concepto

El internamiento involuntario (I.I.) es una medida asistencial terapéutica, a la que se debe recurrir en todos aquellos casos en los que resulte indicado y bajo criterios restrictivos. Debe tener la menor duración posible, siendo su único objetivo una mejora del estado psíquico del enfermo, que le permita seguir tratamiento externo posterior.

Los internamientos involuntarios son todos aquéllos en los que la decisión de su práctica se adopta por otra persona, sin el consentimiento del enfermo.

El internamiento involuntario debe estar justificado por razón de trastorno psíquico y en personas que no puedan decidir por sí mismas.

El internamiento involuntario debe realizarse cuando las medidas de tratamiento externo, no sean posibles.

En enero de 2001, entró en vigor la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, siendo el artículo 763, de la citada ley, el que regula el I.I.

De acuerdo con la legislación legal actual, el único que puede tomar esa decisión que, en definitiva, supone la restricción de la libertad de una persona, es un juez o un tribunal. Este tribunal será también el responsable del control y garantizará que se cumple lo establecido por la legislación.

La solicitud puede partir de la propia familia, del representante legal del enfermo, del Ministerio Fiscal o del médico responsable de la atención del paciente.

6.2. Requisitos

Para este tipo de medida, existen, además de requisitos legales, orientaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que deben ser considerados principios éticos. Deben concurrir circunstancias tales, como:

- La medida de ingreso involuntario debe ser excepcional.
- Existencia de trastorno mental, acreditado por informes médicos.
- Debe tener una orientación curativa (no, meramente, con fines de custodia, vigilancia o defensa social).
- En razón de su enfermedad, el enfermo supone un peligro o riesgo claro, para sí mismo o para los demás.
- Al no someterse a tratamiento, pudiera derivarse un deterioro o un empeoramiento de su estado.
- Al no recurrir al internamiento involuntario, se impide que el enfermo reciba el tratamiento adecuado. Es decir, para mejorar el estado psíquico del paciente no existe otra alternativa mejor que el internamiento.
- Se debe respetar el derecho del enfermo a estar informado y a dar el consentimiento o a rechazar los tratamientos.
- Se deberá poner en conocimiento de los ingresados, a su entrada en el establecimiento psiquiátrico, un código de los derechos de los enfermos.
- Debe concurrir la intervención judicial, mediante autorización previa (excepto en caso de urgencia).
- Se debe mantener control judicial periódico.
- No se debe producir privación de capacidad civil.
- Debe existir la posibilidad de recurrir al procedimiento de Habeas Corpus, para reparar cualquier supuesto de privación ilegal de la libertad del individuo.

6.3. Regulación legal. Artículo 763 de la LEC

En los casos en los que el internamiento se realiza sin el consentimiento del interesado, supone éste una violencia y una forma de privación del derecho fundamental a la libertad personal; por lo que, con fines de garantizar, entre otros, ese derecho, todo internamiento psiquiátrico precisa de la autorización judicial.

Se trata, por tanto, de internamientos acordados, en razón a la existencia de un trastorno psíquico, que, además, origina, en las personas que lo padecen, la pérdida de la capacidad o competencia para consentir, para poder decidir por sí mismas y, así, aceptar o rechazar el tratamiento que precisan y que se les propone.

6.4. Requisitos del artículo 763 de la LEC

• Por razón de trastorno psíquico

En principio, entendemos que cualquier trastorno, anomalía o alteración psíquica, puede dar lugar a plantear un internamiento plenamente justificado, según la legislación vigente.

Pero, además de constatar el diagnóstico, creemos que éste no es suficiente, sino que deberían incorporarse los efectos o consecuencias concretas que conduzcan, en la práctica, a la indicación y a la necesidad de internamiento. Las posibles consecuencias del trastorno que justifican con más frecuencia los ingresos son:

- Peligro, amenaza o riesgo claro para sí mismo o para los demás.
- Inexistencia de otra alternativa, ni opción terapéutica mejor.
- Que la ausencia de la medida de internamiento pueda ocasionar un empeoramiento de su estado clínico.

• Sin capacidad de consentimiento

Consentimiento es el acto por el que un paciente expresa su voluntad y ejerce su libertad, para aceptar o rechazar un plan terapéutico, propuesto por un médico, sobre su persona.

Consentir es un derecho de autodeterminación del paciente y significa la aceptación del derecho del enfermo a tomar decisiones autónomas en asuntos que afectan esencialmente a su vida. Es sinónimo del término competencia, utilizado en ámbitos clínicos.

En principio, tienen capacidad para consentir, para autodeterminarse, todos los mayores de edad sobre los que no exista sentencia de incapacitación u otra restricción de este orden, contra ellos. El menor de dieciocho años carece, según nuestro ordenamiento, de capacidad de obrar. Por tanto, está sometido a la patria potestad, para completar o sustituir esa incapacidad.

Para consentir, la persona debe ser competente y, para ello, se precisa de unos factores cognitivos suficientes -para conocer y entender- y de una voluntad libre para decidir y autodeterminarse.

Para no ser capaz de consentir, el paciente ha debido perder su capacidad para comprender y apreciar su situación, no haciendo una valoración razonada y lógica sobre los riesgos y los beneficios de su decisión. Por lo tanto, no está en condiciones de tomar decisiones.



• En situaciones de urgencia

En esta situación, el responsable del centro, en el que se ha producido el internamiento, deberá dar cuenta de éste al tribunal competente, lo antes posible. En todo caso, dentro del plazo de 24 horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de 72 horas, desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida, corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento.

A partir del conocimiento, por parte del juez, de la práctica del internamiento urgente y de su comunicación al fiscal, los pasos posteriores serán los mismos que para los casos no urgentes. El juez deberá examinar personalmente al enfermo, oír el dictamen de un facultativo designado por él y proceder a la autorización o denegación del internamiento, comunicándolo al fiscal.

• Autorización judicial

En casos de ingreso urgente, siempre se requerirá la autorización judicial o la ratificación. Autorización o ratificación y, no orden, como sucede en el ámbito penal, para la aplicación de las medidas de seguridad.

Esta autorización o ratificación judicial puede entenderse que es tan sólo para el hecho mismo del ingreso -por lo que supone de privación de libertad-, o que ha de referirse, también, al tratamiento a aplicar. En nuestra opinión, esa autorización sería válida, asimismo, para que el médico aplicase al enfermo los tratamientos que considerase oportunos, según sus criterios personales (entendiendo que la aplicación de tratamientos afecta, además de a la libertad, a la integridad de la persona).

Así hay que entender la autorización judicial, extensiva a la aplicación de los tratamientos pertinentes, a juicio del médico encargado de la asistencia, sin perjuicio del control judicial del mismo; y, en el caso de mejorar el estado del paciente y recuperar su capacidad de decidir, consultarle sobre su consentimiento, tanto para la aplicación de sucesivos tratamientos, como para la misma permanencia en el establecimiento. En definitiva, entendemos que la aplicación, únicamente, de la medida de internamiento, sin posibilidad de aplicar un tratamiento adecuado, es más una medida de seguridad y custodia, que una medida terapéutica.

No existe ninguna normativa acerca de quién debe ser el encargado del traslado del enfermo cuando éste se niega o se opone activamente (por ejemplo, encerrado, en una habitación, armado, o amenazando con suicidarse); pero, en la práctica, se prioriza que éste se realice con garantías terapéuticas suficientes (contención mecánica, sedación química, etc.) y con medidas de seguridad proporcionales a la situación. Por otro lado, no es lo mismo el traslado de una persona de ochenta años, agitada, que puede ser fácilmente reducible, que de un paciente joven y físicamente fuerte, que se opone violentamente, durante una fase maniaca, y que puede requerir la colaboración de miembros y fuerzas de seguridad, con apoyo en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

• Examen de la persona por el juez o tribunal

El juez deberá oír a la persona afectada y al Ministerio Fiscal o a cualquier otra persona, cuya comparencia estime conveniente. Además, el juez deberá examinar por sí mismo, de manera personal o directa, a la persona de cuyo internamiento se trate. Esto último resulta un acto imprescindible, hasta el punto de que su omisión acarrea la nulidad de todo lo actuado.

El juez realizará una valoración de la aptitud de éste y su trascendencia no queda en lo meramente probatorio, sino que ostenta una naturaleza de verdadera garantía constitucional, desplegándose la actividad tuteladora de los derechos individuales, que la Constitución encomienda a los órganos jurisdiccionales.

En los casos de ingreso urgente, realiza estas mismas funciones una vez que haya ingresado el paciente, como parte del acto de ratificación.

• Intervención del Ministerio Fiscal

Los hechos deben ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y deberán ser oídos por el juez, antes de que éste conceda la autorización para el internamiento. El fiscal interviene siempre y puede interponer un recurso en caso de desacuerdo con la decisión judicial.

• Oír el dictamen de un facultativo

El tribunal debe oír, obligatoriamente, el dictamen de un facultativo, designado por él. Resulta absolutamente necesario que el juez cuente con un informe médico en el que conste todo aquello que precisará para fundamentar su decisión -autorizar o denegar un internamiento-.

Oír el dictamen quiere decir tan sólo eso, escuchar, pero no vincular; puesto que la responsabilidad última corresponde al juez, ya que la decisión es de contenido y efectos jurídicos, al comportar una pérdida coactiva de la libertad. Así, al juez le corresponde ser garante constitucional de los derechos del individuo.

En definitiva, el informe médico deberá ser un elemento, entre otros, que sirva al juez para tomar, finalmente, la decisión de acordar o denegar el internamiento.

El dictamen, en forma de informe escrito o verbal, puede ser facilitado por cualquier facultativo que haya sido designado por el propio juez.

El informe debe incidir sobre las siguientes consideraciones:

- **Valoración diagnóstica**, utilizando las clasificaciones CIE 10 o DSM IV-TR. En ocasiones, no se podrá llegar a un diagnóstico claro, por lo que también habrá que considerar como válido el “diagnóstico de falta de diagnóstico”, lo que, a veces, exige una observación prolongada tras el internamiento. En estas situaciones, el informe deberá expresar el resultado de la observación de las conductas y manifestaciones

psicopatológicas y su descripción, y la impresión de trastorno psíquico grave -y no que sea consecuencia de otras circunstancias, tales como actos de motivación social, protesta, reivindicativos, políticos, etc.-.

- **Exposición de los fenómenos psicopatológicos observados, las funciones psíquicas que resultan afectadas y en qué grado.**
- **Manifestación sobre si la psicopatología observada compromete, o no, su capacidad de consentir,** entendiendo el consentimiento como autorización válida a someterse voluntariamente a ser tratado, bien de forma externa o ingresado.
- **Cómo afecta la psicopatología al enfermo,** en cuanto a él mismo y a su modo de relacionarse, con los demás y con su entorno.
- **Pronunciamiento sobre si se trata de un trastorno que precisa ser tratado para conseguir la mejoría del paciente,** si ese tratamiento se puede llevar a cabo en régimen externo, qué opciones terapéuticas son las indicadas, cuáles le han sido aplicadas, si se han agotado las posibilidades de mejoría y, por ello, precisa ser internado.
- **Cuál ha sido la evolución, hasta ese momento, y cuál es el pronóstico** que cabe esperar, tanto si se somete a tratamiento, como si rechaza el que se le proponga.
- **Si la naturaleza del trastorno y su previsible evolución inciden sobre su autogobierno,** de tal manera que se justifica y es aconsejable iniciar, de inmediato, un procedimiento de incapacitación civil u otra medida restrictiva de su capacidad (curatela).

No es necesario realizar informes extensos (algo que, por otra parte, no permite el funcionamiento actual del servicio público, por la presión asistencial), sino incidir, brevemente, sobre estos aspectos que interesan a la justicia.

• Representación y defensa

La persona afectada por este tipo de medida de internamiento involuntario, puede disponer de representación y defensa, pudiendo comparecer en el proceso. Si no lo hace, será defendida por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviera ya nombrado.

Cualquier decisión que adopte el tribunal, puede ser susceptible de recurso de apelación.

• Control judicial posterior

Desde el mismo momento del ingreso o de la ratificación del internamiento, el tribunal deberá indicar a los facultativos encargados de atender a la persona que se ingresa la obligación que tienen de informar,

de forma periódica, acerca de si existe, o no, la necesidad de mantener la medida de internamiento involuntario.

El control judicial, a través de los informes, tendrá una periodicidad de seis meses. Aunque el tribunal puede acordar, atendiendo a la naturaleza de la enfermedad o al tipo de centros (servicio de agudos), otros plazos inferiores o, incluso, solicitar informes en cualquier momento, si así lo estima conveniente, pertinente o necesario (por ejemplo, sobre la evolución, los tratamientos aplicados, etc.). Este control periódico es una garantía más del ordenamiento a favor de quien se encuentra internado, tanto para que se mantenga la necesaria tensión terapéutica respecto del mismo por parte de quienes le atienden, como para evitar situaciones descontroladas y excesivamente prolongadas, sin justificación para ello.

En el artículo 763, no se hace ninguna referencia a la duración del internamiento.

En los casos de evolución favorable, al tribunal le puede interesar saber, especialmente, cuándo el paciente vuelve a ser competente o capaz de consentir y, también, cuándo cesan las circunstancias, razones o motivos que justificaron el internamiento. Todo ello, para plantear la posibilidad de la salida de la institución o la sustitución del ingreso involuntario, por voluntario (“cambio de estatus de voluntariedad”).

Las actuaciones terapéuticas corresponden al médico, incluida la de considerar cuál es el momento adecuado para dar el alta, según su criterio y responsabilidad profesional. Así, cuando el médico considere que no es necesario mantenerlo ingresado por más tiempo, tiene la única obligación de comunicarlo, de forma inmediata, al juez o al tribunal.

Aunque no se hace referencia, en el artículo 763, a otro tipo de altas o salidas, es de práctica buena y responsable comunicar al tribunal las salidas no definitivas (como son, por ejemplo, las salidas de ensayo o terapéuticas).

Parece obligado comunicar la finalización del internamiento cuando éste se produce por fuga.

Por otra parte, nada se opone a que el juez, si en el seguimiento y revisiones periódicas comprueba la remisión de la enfermedad, la desaparición de los motivos que justificaron el internamiento, o la recuperación de la capacidad de consentir, concluya el internamiento -al menos, en su forma involuntaria- y cambie el estatus a voluntario.

Asimismo, habrá de reconocerle al juez la posibilidad, si se considera conveniente, de ordenar el traslado del sujeto a otro centro distinto, para proseguir el tratamiento adecuado.

Si se trata de un ingreso de forma voluntaria, el enfermo puede solicitar el alta en cualquier momento, mediante la firma del alta voluntaria. Pero, si a juicio del médico, se considera que no está en condiciones de salir y su opinión es que existe riesgo en la salida, puede retenerle contra su voluntad, debiendo ponerlo en conocimiento del juez, de forma inmediata -no más de 24 horas después-, como si se tratase de un ingreso involuntario (cambio de estatus de voluntario a involuntario), que es lo que pasa a ser desde el momento en que se actúa sin el consentimiento del interesado.



7. TRATAMIENTO AMBULATORIO FORZOSO (TAF)

Recibe también los nombres de Tratamiento Ambulatorio Involuntario y Tratamiento Ambulatorio Judicializado.

El Tratamiento Ambulatorio Forzoso (TAF) es una medida terapéutica excepcional, que evita la proliferación de ingresos psiquiátricos involuntarios, lo que resulta beneficioso para el paciente, la familia y la sociedad. Su posible aplicación puede, también, acortar la duración de los ingresos psiquiátricos involuntarios.

Sin embargo, no hay ninguna norma jurídica que ampare este modelo de tratamiento, por lo que, desde FEAFES (Federación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Psíquicos), se solicita una solución urgente, ya que, en muchas ocasiones, la negativa de una persona con enfermedad mental a asumir el tratamiento médico conlleva consecuencias devastadoras en el seno familiar. Para ello, ha creado un Comité Técnico Jurídico, que ha analizado la normativa existente y ha elevado una propuesta de reforma al Consejo General del Poder Judicial, al Ministerio de Justicia y a los partidos políticos. Entre estos últimos, CIU, en noviembre de 2004, presentó un proyecto de ley para modificar el artículo 763 de la LEC.

Previamente a esto, en octubre de 2003, una veintena de magistrados participantes en el Seminario sobre Derecho de Familia y Derecho Civil en Materia Tutelar de Discapacitados, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Fundación Aequitas, se manifestó a favor del tratamiento ambulatorio obligatorio como alternativa al internamiento involuntario al que son sometidas las personas con enfermedad mental, cuando un juez ordena su ingreso en un centro asistencial, por la gravedad de su enfermedad. Para estos magistrados, los tratamientos ambulatorios pueden reemplazar a los internamientos, y sus resultados son más rápidos y beneficiosos para el paciente. La magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Sebastián, Aurora Elósegui Sotos, ocupó un papel destacado en este seminario, considerando, en su ponencia, que: “el tratamiento ambulatorio implica un plan terapéutico individualizado, farmacológico, psicológico y social”, y resaltando que la pretensión de este modelo de tratamiento es “el acceso al tratamiento más apropiado, en un entorno lo menos restrictivo posible y la continuidad de dicho tratamiento, de manera asistencial, el tiempo necesario”.

La Corte Europea de Derechos Humanos exige para el TAF:

- Constatación de trastorno mental.
- Medidas proporcionadas.
- Duración de la medida limitada a la persistencia del trastorno.

Existen muchas causas que determinan el rechazo del tratamiento por parte del paciente. Entre ellas, podemos destacar motivos personales, la no conciencia de enfermedad, la oposición surgida claramente de una pérdida de juicio de la realidad, debido a alucinaciones o a ideas delirantes, la aparición de efectos secundarios de medicamentos, los prejuicios sobre la farmacología y su consideración de “droga”, las dificultades con el equipo terapéutico, la oposición a la familia, etc. Mientras tanto, los familiares de estos enfermos acuden a los servicios de salud mental y, tras advertir que el paciente no quiere seguir el tratamiento y se encuentra muy enfermo, en el centro se les informa de que, al ser mayor de edad y no

estar judicialmente ilegalizado, puede decidir, sin que se le imponga un tratamiento. Cuando los familiares, desesperados, acuden a los juzgados de incapacidades, les informan, también, de que no existen instrumentos legales para resolver el problema, si no es a través de la incapacitación (y, en general, sin medidas de control y seguimiento, por lo que la medida es inefectiva), o, a través de una sentencia por comisión de delito, que puede obligarle a tratamiento forzoso ambulatorio, como medida de seguridad, recogida en el Código Penal.

Es cierto que, en el momento actual, las únicas medidas de protección legal de las personas con enfermedad mental están en el internamiento involuntario y la incapacitación. Sorprende que estas medidas, más gravosas de privación de libertad, como los internamientos forzosos hospitalarios o la privación de su capacidad jurídica, en el caso de la incapacitación, se propongan para resolver el problema de estos pacientes y de sus familias, para conseguir un tratamiento, cuando podría aplicarse una medida ambulatoria menos restrictiva.

Hay que reconocer que estamos lejos de la unanimidad en el ámbito judicial y en el psiquiátrico para la ampliación del artículo 763 con un quinto apartado, que considere la posibilidad de un “tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico”, recurriendo por parte de los contrarios a la medida, a argumentos de riesgo de abuso de la misma, pérdida de la libertad, riesgo de coacciones inaceptables, papel custodia del psiquiatra, destrucción de la relación terapéutica...

Sin embargo, nadie pretende eliminar el artículo 763 en su estado actual, mencionando los mismos riesgos y siendo ésta una medida más restrictiva de libertad que el TAF.

Por otra parte, el Convenio de Oviedo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, contempla la posibilidad de este tratamiento, en sus artículos 6 y 7: “cuando la medida previene un sufrimiento o riesgo mayor para el paciente, que no emplearlo”.

Pero, no se trata, en esta ponencia, de entrar en un debate sobre el tema, y sí de decir que los familiares de enfermos lo desean y lo necesitan, y que, también, la mayoría de los psiquiatras lo valoran como necesario. Esto ha llevado a la Sociedad Española de Psiquiatría Legal (SEPL), a calificar de “beneficiosa para la práctica clínica”, la existencia de una regulación legal de Tratamiento u Observación para el Diagnóstico No Voluntario (TODNV).

La SEPL constata que en otros países se ha puesto en práctica esta medida y que ha producido resultados de franca mejoría en la convivencia sociofamiliar y la reducción de los ingresos hospitalarios.

La medida, como propone la SEPL, se debería aplicar:

- en los casos de trastorno mental grave;
- si no tuvieran competencia para decidir, sobre el cuidado de su salud mental;
- cuando no existan otros recursos menos restrictivos;

- cuando fuera el psiquiatra, quien presentara la propuesta al juez.

Con todo esto, según la SEPL, el TODNV debería ser aplicable cuantas veces fueran necesarias y durante el tiempo que se precisara. Se renovaría cada tres meses, previo informe del facultativo, y exigiría un abordaje terapéutico integral del enfermo, incluyendo no sólo tratamientos farmacológicos, sino, también, medidas de rehabilitación psicosocial.

El compromiso de la psiquiatría consiste en que el tratamiento sea lo menos restrictivo e invasivo posible y en que se aplique un plan individualizado a cada paciente.

Para terminar, resulta ilustrativo comentar la situación en nuestra provincia. A partir de la colaboración entre los psiquiatras de Salud Mental Extrahospitalaria de Gipuzkoa (SMEG - Osakidetza - SVS) y el Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Sebastián -cuya jueza magistrada titular es D.^a Aurora Elósegui Sotos-, se ha conseguido la aplicación de esta medida, a través de la fundamentación. Basándose, para ello, en las posibilidades que ofrecen el artículo 762 de la LEC -“adoptar medidas de carácter cautelar para la protección de la persona, de los presuntos incapaces y de su patrimonio”- y los artículos 6 y 7 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Oviedo 1997), que lo contemplan, respetando la Ley de Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, que dice que la persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

Debemos decir que la medida se aplica en nuestra provincia de acuerdo a lo que la SEPL propone y bajo control judicial, sin que se hayan producido abusos (se aplica a los casos graves y que no tienen capacidad para dar su consentimiento), para satisfacción de las familias (que la han recibido como una medida muy satisfactoria) y de la mayoría de los psiquiatras que la aplicamos. La fundamentación jurídica de la citada magistrada incide en un aspecto que al ponente le parece esencial: “se trata de evitar ingresos hospitalarios, que son mucho más gravosos y limitativos de los derechos de los pacientes que el TAF, pudiendo concluir que la ley que autoriza lo más, no puede impedir que se autorice lo menos”.

No hace falta decir que, además de evitar un importante número de ingresos, también evita incapacitaciones judiciales con sus consecuencias de privación jurídica.

Estas medidas de TAF son revaluables y reversibles y cumplen las garantías jurídicas de impugnación.

TURNO DE PREGUNTAS

PREGUNTA: Es muy interesante que, en el caso de algunos usuarios (definiendo usuario como persona con grave discapacidad física, asociada con problemas cognitivos y enfermedad mental), éstos sean valorados por una mesa socio-sanitaria, para ver el caso en su globalidad. ¿Existe esta mesa socio-sanitaria en la provincia de Álava?

Responde Encarna Lázaro:

Creo que existe alguna mesa socio-sanitaria en Álava; pero tal como tenía yo entendido, hace unos meses, la forma en que funcionamos en Gipuzkoa y las competencias no son exactamente iguales a las de Álava.

Aquí, una vez a la semana, nos juntamos un responsable de Osakidetza, un responsable de Sanidad -ambos, médicos-, un trabajador social -que trabaja en un centro de salud mental- y, por parte de Diputación, un médico, dos trabajadores sociales y un coordinador. Planteamos, semanalmente, los problemas de coordinación que puedan surgir, en la práctica, entre los distintos sistemas: desde tener una plaza no cubierta (y las consecuencias que esto origina), hasta que un profesional no esté determinado tiempo en un sitio y, finalmente, valoramos casos. Casos que llegan a cualquiera de los sistemas: a Sanidad, a Osakidetza o a Diputación (estos últimos suelen derivarse desde los Servicios Sociales municipales). En la mesa, planteamos y orientamos los diferentes casos que nos llegan.

En ocasiones, tal y como he hecho referencia anteriormente, desde Hurkoa se nos pide ayuda, al plantearseles situaciones muy difíciles de abordar. Se dan casos, por ejemplo, de personas solas, que viven en sus casas, en situaciones extremas, a los que no se les pueden acercar médicos, ni asistentes sociales, ni vecinos, ni familiares... Se sabe que están mal y no se les consigue atender, porque no abren la puerta a nadie. Se oyen gritos dentro de la vivienda... Se trata de casos extremos, en los que, más de una vez, hemos tenido que intervenir, llevándoles, por ejemplo, a un hospital de agudos, donde se les convence de la conveniencia de habilitarles una habitación, a la que va a acudir un médico de referencia a atenderles, por decirlo de alguna manera, de forma especial.

Gipuzkoa es un territorio pequeño, con lo que no tenemos ese tipo de casos todos los días; pero hemos resuelto situaciones muy difíciles. Cuando se dan esos momentos difíciles, esas situaciones “oscuras” y cerradas, que no dejan vislumbrar ninguna salida, la mesa funciona. Porque pone todos los recursos disponibles al servicio de esos ciudadanos o usuarios (que, como decía quien ha formulado la pregunta, son personas con alguna demencia, a las que hay que dedicar mucho tiempo y esfuerzo, convencerles, “engancharlos”...).

PREGUNTA: En un centro residencial, de gestión indirecta, de personas jóvenes (de 18 a 60 años), minusválidas físicas y con alto deterioro cognitivo, se inició un proceso de incapacitación de un usuario, en el que no hubo apoyo, ni se contactó con la familia (anteriormente, desde este centro, ya se habían observado abusos de poder...). Han pasado dieciocho meses, desde la solicitud de



incapacitación. ¿Quién se hace responsable de este usuario? Desde el centro, se dice que el equipo técnico... ¿Qué responsabilidad y amparo legal tiene este equipo técnico?

Responde Agustín Larrazabal:

Según he entendido, se trata de una persona que no es competente por su deterioro cognitivo, no está capacitado para decidir, para consentir y para autogobernarse... Si, efectivamente, han pasado dieciocho meses desde la solicitud de la incapacitación, en mi opinión hay una dejación de funciones por parte de alguna persona responsable. Yo entiendo que, como he dicho antes, si se inicia el procedimiento con un dictamen facultativo y un informe del trabajador social, y eso llega al Juzgado, dieciocho meses me parece un tiempo excesivo.

Quien se hace responsable de hecho de este usuario, si no tiene familia y si está viviendo en un centro, es el propio centro. Mientras no haya una incapacitación civil y una tutoría designada, alguien se está haciendo responsable de hecho. Pero, ¿debería ser el centro el responsable? Probablemente, no... La incapacitación habría de estar resuelta en menos tiempo. Por ejemplo, en Madrid, que es una gran ciudad, se hace en seis meses (y aquí, en un período similar).

En cuanto al amparo legal del equipo técnico, no es muy grande. Simplemente, podrá alegar... Desde mi punto de vista, lo que debería hacerse es insistir, ponerse en contacto con el Juzgado las veces que sea necesario (hasta cansarles, si hace falta), a través de la trabajadora social, informando de que están surgiendo problemas. Otra cosa es que falle algo en el procedimiento -por ejemplo, que no haya un dictamen-; pero si están todos los requerimientos realizados, habrá que insistir al Juzgado para que tome una decisión.

Interviene Encarna Lázaro:

Respecto a lo que está contestando Agustín, me gustaría hacer una observación, si sirve para clarificar el caso... En el momento en el que se detecta una situación realmente peligrosa, para la propia persona o para terceros, al iniciar un trámite de incapacitación, ya desde el Juzgado se pueden dictaminar una serie de medidas cautelares, brevísimas a corto plazo.

Asimismo, tenemos la figura del fiscal. Yo no conozco muy bien las funciones de la Fiscalía; pero, en la práctica, cualquiera se puede acercar al fiscal, contarle su problema y, cuando se quiere dar cuenta, ya tiene encima el juicio de la incapacitación. Es decir: el fiscal procede, sin que se le haya pedido -a veces, incluso por una mera consulta-, porque son muy sensibles a este tema.

Entonces, cuando se dan este tipo de situaciones, deberíamos tener la habilidad de utilizar los recursos a nuestro alcance -como puede ser la Fiscalía-, con cuidado. Tampoco puede estar la Fiscalía al servicio de los profesionales; hay un límite... Además, en ocasiones, cuando no se dan situaciones extremas, las familias también tienen un cierto reparo a acercarse a la Fiscalía. Porque se dan casos en los que, por hacer una simple consulta, hay familiares que se han encontrado, al cabo de meses, con un juicio, sin haberlo querido. En estas situaciones, el fiscal ha expuesto que los familiares le han informado de las

condiciones en las que tenían a su familiar (aunque para ellos fuera una mera consulta) y al juez no le ha quedado más remedio que proceder. Esto es algo que puede considerarse negativo; pero también lo podemos utilizar en positivo...

PREGUNTA: En cuanto al trastorno bipolar, ¿se pueden pedir medidas cautelares, al inicio de una crisis, para proteger el patrimonio?, ¿una curatela?, ¿qué se puede hacer?

Responde Agustín Larrazabal:

En los casos de trastorno bipolar, si existe patrimonio sustancial y hay indicios o sospechas de que este paciente tiene acceso a él, no es que se pueda pedir medidas cautelares, es que se debe... Porque, como he dicho antes, un paciente, en fase maníaca, puede dilapidar todo su patrimonio, todo lo que tenga al alcance, en una única gestión.

El matiz se da cuando se trata de la primera vez que la persona tiene una fase maníaca. Si ha presentado varias y sabemos como funciona en ellas -empieza a derrochar el dinero, a invitar a amigos...-, tenemos que actuar urgentemente. Lo que ocurre es que no tenemos, aún, esa "cultura" de recurrir rápido para proteger, para tomar medidas cautelares (medidas de seguridad).

Recuerdo el caso de un paciente de nuestro centro, mayor, con patrimonio, que nunca había presentado una fase maníaca. Empezó con una fase hipomaníaca: estaba contento, alegre, animado, hablador, muy activo, se sentía muy bien, no tomaba tratamiento... El episodio debutó cuando tenía más de cuarenta y cinco años, con una carrera de comercial bastante brillante. Siempre había estado haciendo negocios. Y con dinero. Ése era su mundo, su manera de funcionar; y cuando empezó a encontrarse bien, muy bien, llegó a sentirse iluminado -iluminado por la verdad- y ¿qué es lo que hizo? Gastó su patrimonio en comprar media docena de bungalows en la costa alicantina, en una de esas reuniones promocionales que hacen en los hoteles. Apalabró estas casas, firmó, creyendo que era el gran chollo, y al día siguiente, ya estaba en el banco. Le tenía que recibir el director, antes de que cambiaran de opinión (pensaba que él tenía más razón que los que le vendieron los inmuebles). Y, claro está, hundió todo su patrimonio.

Fue un complejo proceso judicial. Obviamente, quienes le vendieron los bungalows alegaban que no se le había inducido a nada, que había hecho todo de manera voluntaria. El abogado de la otra parte, lógicamente, tenía bastantes argumentos para defenderlos, ya que este hombre no había estado ingresado nunca, ni tenía antecedentes de tratamientos en su historial clínico... Nosotros tuvimos que actuar retrospectivamente, asegurando que se trataba de un primer episodio de fase maníaca.

Y éstos son los casos más críticos. Con los pacientes bipolares, en cuanto tienen una fase maníaca, podríamos tomar esta decisión. Pero, ¿qué ocurre cuando le hemos incapacitado o le hemos hecho una curatela, y la fase termina y vuelve a la normalidad? Con los pacientes bipolares, yo creo que se da la situación más complicada.

PREGUNTA: ¿Cómo se lleva a cabo, en la práctica, el tratamiento ambulatorio forzoso?

Responde Agustín Larrazabal:

El perfil del paciente al que se le puede someter a un tratamiento ambulatorio forzoso, sería el de una persona sin conciencia de enfermedad, con trastorno grave -generalmente, psicosis o esquizofrenias-, que se niega a recibir tratamiento (lo que genera trastornos de conducta graves, una conflictividad familiar y social grande, riesgos, amenazas para él y para otros...).

En estos casos, normalmente, como primera medida, hacemos un ingreso involuntario y, una vez que el paciente está en el hospital, proponemos que, antes del alta, salga de allí con un tratamiento ambulatorio involuntario. Como en este aspecto se da una buena coordinación entre los sistemas extrahospitalario e intrahospitalario y el Juzgado de Primera Instancia número seis, muchas veces, lo comunicamos, incluso, verbalmente (sin papeles). Hablamos con la jueza -con Aurora Elósegui- y le proponemos -nosotros y el psiquiatra del hospital- iniciar los trámites para el tratamiento ambulatorio involuntario. Y no hay problemas, ya que no se trata de algo complejo, porque se inicia con un mero auto. No hace falta un procedimiento, ni una sentencia. Un simple auto del juez y el paciente sale al alta con el tratamiento ambulatorio involuntario.

PREGUNTA: ¿Existen protocolos de evaluación de las actividades funcionales?

Responde Encarna Lázaro:

Que yo conozca, en el aspecto social, no hay un protocolo. En el País Vasco, tenemos una ficha social, que los trabajadores sociales ya están poniendo en marcha en muchos Ayuntamientos y que, si desde la primera entrevista está correctamente rellena, nos daría un diagnóstico y unos dictámenes que, para situaciones de este tipo -en las que se valora la capacidad de obrar de las personas-, sería útil. No sé si Agustín conoce algún protocolo específico...

Interviene Agustín Larrazabal:

Lo más parecido a un protocolo que puede haber es el libro de la Clasificación Internacional Funcional (CIF). No se trata exactamente de un protocolo; pero, en el CIF, aparecen habilidades (comunicativas, de limpieza, de desplazamiento, etc.).

PREGUNTA: ¿Dispone el Ministerio Fiscal de un equipo que evalúe las circunstancias denunciadas?

Responde Encarna Lázaro:

Yo no conozco muy bien el funcionamiento del Órgano Judicial; pero imagino que utilizan sus propios instrumentos, como pueden ser los policiales. Pero no lo sé exactamente... ¿Podrías tú contestar a esta pregunta, Agustín?

Interviene Agustín Larrazabal:

Aunque la figura del fiscal es muy importante y principal, la verdad es que nosotros tenemos muy poca relación con él. Nuestra relación se da, directamente, con el juez.

Continúa Encarna Lázaro:

Quizá alguien del público conozca este tema y pueda contestar mejor que nosotros...

Responde persona del público:

Yo vengo de la Fundación Tutelar de Madrid. En la Fiscalía de Incapacidades de Madrid, existe un equipo psicosocial de reciente creación.

COMENTARIO: Me gustaría hacer una reflexión sobre la declaración de incapacidad. Todos sabemos que se trata de una medida legal que hace posible que una persona, con falta de capacidad de obrar, actúe -bien sustituida por su representante legal o complementada por su curador-. En este punto, me gustaría reflexionar sobre alguno de los ejemplos que ha expuesto Encarna...

La persona que está sola en casa, con las persianas cerradas y acumulando basura, puede no precisar una incapacitación. Quizá lo que necesite sea una intervención social: un centro de día, estar con iguales, salir a la calle... Puede tener un problema y que la incapacitación judicial no sea la solución (en mi opinión, no es la panacea). Creo que se abusa mucho de la incapacitación judicial.

En cuanto a otro de los ejemplos, el de la familia que está atendiendo a su hijo, a su hermano... Quizá esta persona sí necesite una incapacitación. Lo que debemos hacer es ayudar a la familia a que mantenga la tutela en su seno. Aquí, me refiero, sobre todo, a la incapacitación judicial en personas con discapacidad intelectual (el caso de personas con enfermedad mental sería diferente, porque tiene otros problemas más complejos).

Por último, me gustaría mostrar mi total apoyo a la necesidad de que los propios trabajadores sociales -que son los que, cada día, atienden a las personas discapacitadas que pueden precisar una incapacitación judicial- sean quienes acudan al juez, quienes le informen. Porque es el juez quien va a delimitar el alcance de la capacidad -o de la no capacidad-. Los trabajadores sociales tenemos la obligación de innovar en este tema, de acercarnos al Juzgado. En Madrid se está haciendo y os invito a todos los trabajadores sociales a que lo hagáis también.

Responde Encarna Lázaro:

Respecto a los casos de las personas que se encuentran aisladas, quizá, por hablar demasiado deprisa, no me haya expresado bien... Lo que quería decir es que nosotros, en ciertas situaciones que parecen límites y cerradas, a través de esa mesa, en la que trabajamos conjuntamente dos sistemas -el Sanitario

y los Servicios Sociales-, ponemos a disposición los recursos de estos dos sistemas, para arreglar, lo mejor posible, este tipo de situaciones.

En el ejemplo, lo primero que hacemos es trasladar a estas personas al hospital de agudos. Luego, ya se verá si necesitan una incapacitación... A lo mejor, pueden volver a casa. ¿Cuántas veces se ha superado una situación de crisis y se ha asentado a la persona, se le ha liberado de miedos y temores y puede seguir, perfectamente, un tratamiento? De hecho, algunos han seguido un tratamiento con una ayuda a domicilio, con una supervisión cercana de los Servicios Sociales o de las Fundaciones Tutelares, y han podido vivir en su casa. En este momento, me vienen a la memoria un par de personas que he conocido en esas circunstancias.

Quizá lo que no hemos matizado antes es que, a la hora de incapacitar, puede haber indicios que, en el camino, se han podido resolver y no han llevado a una incapacitación. Obviamente, todos los casos no deben terminar en una incapacitación. Puede haber señales; pero hay que objetivar y valorar esas situaciones. Lo que nos debemos plantear, como profesionales, es si incapacitando a una persona, va a mejorar. Si no lo va a hacer, lo mejor es dejar las cosas como están.

Interviene Agustín Larrazabal:

Debemos empezar a pensar que la incapacitación ha de tener unos límites. Los trabajadores sociales tienen que perder el pudor y la vergüenza de implicarse en la graduación de la incapacitación. No se puede incapacitar a todos para todo, porque muy pocas personas son incapaces para todo -y tampoco, claro está, capaces para todo-.

Por tanto, yo creo que los jueces, en la graduación de la incapacidad, van a escuchar a quien les diga: “A esta persona, la incapacitamos para esto, para esto y para esto. O sólo para esto...”. Porque, lógicamente, el trabajador social, que ha visitado la casa, va a tener más información. Pero esto requiere que haya, en cierta manera, un sistema de evaluación. En mi opinión, se abusa más de la extensión, que de la incapacitación; no se ponen límites. Y hay que dejar de tener vergüenza para hablar con el juez y decirle: “Yo percibo que esta persona está incapacitada para esto, pero puede ir a votar, a visitar a sus nietos o se puede trasladar en autobús, a ver a su familia, sin consultar con un tutor”.

En fin, yo creo que lo del “todo o nada” hace que la ley pierda sutilidad. Yo creo que si los trabajadores sociales se implican, lo van a hacer mejor que los médicos.

TALLER DE TRABAJO

ASPECTOS DE GESTIÓN

D. Víctor Bayarri i Catalán. Economista, director de Alter Civites y consultor de FEAPS

SUMARIO

PRESENTACIÓN

ASPECTOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

1. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
2. PRINCIPIOS QUE HAN DE INFORMAR LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
3. OBJETIVOS DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
4. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
 - 4.1. Apoyo personal continuado
 - 4.2. Apoyo en el ámbito económico: asistencia para la administración de bienes
 - 4.3. Apoyo en el ámbito jurídico: asistencia jurídica
 - 4.4. Otros apoyos y servicios
5. PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
6. PERSONAS DESTINATARIAS DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
7. ÁREAS DE APOYO Y FUNCIONES DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
 - 7.1. Áreas de apoyo en que inciden estos servicios
 - 7.2. Funciones de los servicios de apoyo a la función tutelar
 - 7.3. Aspectos relativos al desarrollo de estas funciones
8. CONDICIONES TÉCNICAS Y DE FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR
 - 8.1. Recursos, medios y dispositivos necesarios para el funcionamiento adecuado de los servicios
 - 8.1.1. Apoyos profesionales necesarios para las funciones de atención directa
 - 8.1.2. Ratios de personal para cubrir las funciones complementarias
 - 8.1.3. Ratios de personal para cubrir las funciones auxiliares

8.1.4. Otros recursos de mantenimiento del servicio

8.2. Otros criterios de desarrollo funcional de los servicios de apoyo a la función tutelar

9. INSTALACIONES, EQUIPAMIENTO Y OTRAS CONDICIONES MATERIALES

10. COSTES DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

10.1. Cálculo de costes derivados de las funciones de atención

10.2. Cálculo de costes de gastos generales (Otros recursos del mantenimiento del servicio)

10.3. Cuadros resumen de coste del servicio de apoyo a la función tutelar

11. MODELOS ALTERNATIVOS DE PROVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR



PRESENTACIÓN

La demanda de servicios de apoyo a la función tutelar se ha incrementado de forma considerable, debido, entre otras causas, a:

- **La mayor expectativa de esperanza de vida de las personas con discapacidad,** gracias a los avances de la ciencia, a la prevención y la mejora de la asistencia sanitaria y a la gama actual de recursos. Hoy, la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores constituye una realidad.
- **La mayor sensibilidad social hacia la protección de los derechos,** que supone el desarrollo de más y mejores apoyos, para que las personas con discapacidad puedan autogobernarse, organizar las cuestiones relacionadas con sus bienes y patrimonio, etc.
- **El nuevo marco jurídico protector de sus derechos** (Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos...), dirigido a la consecución de su completa realización personal y su total integración social, así como a ordenar los medios necesarios para que la discapacidad que padecen no les impida el disfrute de los derechos, que la Constitución y las leyes reconocen a todos los ciudadanos, logrando, así, que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva.

La responsabilidad legal del ejercicio de la tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo, que no puede ser ejercida por los familiares, cónyuge o persona designada por el propio tutelado o sus padres, se atribuye, con carácter subsidiario, **a la entidad pública competente en el respectivo territorio, que puede ejercerla directamente o a través de entidades o fundaciones tutelares privadas.**

Las entidades o fundaciones tutelares, por tanto, pueden tener atribuida la responsabilidad del ejercicio de la tutela de estas personas.

Todo ello comporta la necesidad, cada vez más urgente, de prever el establecimiento de **servicios de apoyo a la función tutelar** de las personas adultas incapacitadas que posibiliten su cuidado integral -así como la correcta administración de sus bienes, ejerciendo la actividad, de acuerdo a la personalidad y a las características del tutelado, asegurando su protección en todos los ámbitos- y **que les permitan un mayor autogobierno y autonomía** para regir sus vidas en todos los aspectos, también en las cuestiones relativas a la gestión de su patrimonio.

Así, es necesario plantear para el futuro unos **servicios de apoyo a la función tutelar en clave de universalidad**, reclamando que se garantice el derecho subjetivo y exigible de las personas con discapacidad a un determinado modelo referencial de servicio, con unas determinadas condiciones materiales y funcionales -establecidas en una cartera de servicios, reconocida con rango legal-, dotadas de los recursos necesarios para que se presten en las adecuadas condiciones de **calidad**.

En este sentido, el Movimiento FEAPS reconoce y reclama el servicio de apoyo a la función tutelar, como un servicio de pleno derecho para las personas con discapacidad intelectual y sus familias, con las características establecidas para el “servicio de tutela”, en la **cartera de servicios sociales del movimiento FEAPS**.

Así, en el presente documento, **se parte de la perspectiva propuesta por FEAPS** para este servicio, completándose, en algunos aspectos, con el servicio de tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

Y partiendo de esta base, **se proponen algunas mejoras en relación con necesidades específicas**, que se pueden producir por diversas causas y situaciones:

- a) Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela o la curatela.
- b) Actuaciones intensivas por causa de conflictos, contenciosos y procesos judiciales.
- c) Gestión de un alto nivel de patrimonio.
- d) Personas o familias, con una problemática de riesgo especialmente intensiva.

Todo ello, bajo la consideración de que **sólo el despliegue de los servicios de apoyo a la función tutelar, en las condiciones establecidas en la Cartera, puede lograr garantizar el derecho de las personas con discapacidad intelectual y sus familias a disponer de un servicio de apoyo a la función tutelar que cubra las necesidades de apoyo en los ámbitos social, económico y jurídico**.

En este sentido, se desarrollan, a continuación, los siguientes aspectos relativos a la gestión de los servicios de apoyo a la función tutelar:

1. Definición.
2. Principios que han de informar estos servicios.
3. Objetivos.
4. Ámbitos de actuación.
5. Procedimiento de acceso.
6. Personas destinatarias.
7. Áreas de apoyo y funciones.
8. Condiciones técnicas y de funcionamiento.
9. Condiciones materiales.
10. Costes de los servicios.
11. Modelo de provisión.

ASPECTOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

1. DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

Los servicios de apoyo a la función tutelar son servicios sociales que velan por la persona tutelada, con el fin de hacer todo lo posible en favor de su desarrollo integral y para su inclusión dentro la sociedad.

Tomando como base la definición de los “servicios de tutela” de la Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS, se puede definir los servicios de apoyo a la función tutelar, prestados por entidades sin afán de lucro y de iniciativa social, como:

Servicios sociales, destinados a velar por la persona incapacitada, con la finalidad de hacer todo lo necesario para el completo desarrollo y la mejor integración en la sociedad de la citada persona. Asimismo, representará a la persona tutelada y administrará sus bienes, de acuerdo con el encargo realizado por la autoridad judicial competente.

Los apoyos necesarios, dirigidos a las personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o personas mayores incapacitadas, han de prever el ejercicio de la tutela, para hacer efectivo su cuidado integral, así como la correcta administración de sus bienes, ejerciendo la actividad, de acuerdo a la personalidad y a las características del tutelado.

Así, las funciones tutelares se han de ejercer, en todo momento, en beneficio de las personas incapacitadas, de acuerdo con la personalidad de éstas. Estas funciones corresponden siempre al tutor/a.

2. PRINCIPIOS QUE HAN DE INFORMAR LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

Los principios sobre los que se ha de basar la defensa de las personas adultas incapacitadas, son los siguientes¹:

- **Subsidiariedad:** La entidad tutelar es una alternativa a la carencia de familia, para llevar a cabo el cuidado integral de la persona.
- **Defensa de los derechos individuales:** La defensa de los derechos de las personas tuteladas debe ser, siempre, en beneficio suyo. El patrimonio del tutelado ha de servir para cubrir, única y exclusivamente, sus necesidades. Se debe conocer las voluntades paternas y las afecciones o deseos del tutelado, con el objeto de crear el entorno afectivo y social, que ayude a cumplirlas. Tras tener claras estas condiciones,

¹ Fuente: Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

para establecer la tutela de la persona discapacitada, se hará un plan de actuación personalizado, con el fin de buscar todos los recursos necesarios, para cubrir sus necesidades y deseos.

- **Autonomía:** La entidad tutelar no debe depender de terceros, ni estar condicionada por vínculos de cualquier clase, que limiten su independencia en la toma de decisiones. Éstas deben ser libres y, siempre, en beneficio del tutelado.
- **Transparencia:** Debe ser total y absoluta y respetar, en todo momento, la intimidad de los tutelados.
- **Proximidad:** La proximidad física a la persona tutelada facilita el ejercicio de la tutela, para llevarla a cabo adecuadamente.
- **No discriminación:** La entidad tutelar no debe permitir discriminación por razones de sexo, lengua, raza y/o religión, ni tampoco por cuestiones económicas y geográficas. La tutela debe estar abierta a todas las demandas que haya, según las características individuales de cada usuario/a, y con las necesidades que se deriven de estas características, respetando los criterios fundacionales de la entidad.

3. OBJETIVOS DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

Según la Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS, los objetivos de los servicios de tutela se podrían resumir en conseguir ser una buena familia para la persona tutelada. Esto comporta, entre otras cosas:

- Procurar la manutención de la persona tutelada y promover su salud, en el sentido más amplio posible.
- Proporcionarle educación y formación integral.
- Promover la máxima recuperación posible de sus capacidades, facilitando los soportes necesarios (tratamientos, asistencia a servicios educativos, ocupacionales, etc.).
- Administrarle los bienes, con total lealtad y transparencia -evidentemente, contrastadas con los informes que se deben remitir, anualmente, al Juzgado-.

En este sentido, **el equipo multiprofesional de los servicios de apoyo a la función tutelar tendrá como principales objetivos:**

- **En relación con la persona tutelada:**
 - Establecer un seguimiento atento y responsable.
 - Velar por su evolución en los servicios sociales, o de otro tipo, a los que asista.
 - Acompañarla durante el desarrollo vital, dándole soporte y cariño.
 - Ejercer de administrador de sus bienes.
 - Representarla en todas las acciones, actividades, etc. que sea necesario (según sentencia judicial).

- **En relación con la autoridad judicial:**

- Pedir autorización a la autoridad judicial, en relación con los supuestos contemplados en el Artículo 271 del Código Civil².

4. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

Los ámbitos de actuación de estos servicios comprenden:

- **Apoyo personal continuado.**
- **Apoyo en el ámbito económico:** asistencia para la administración de bienes.
- **Apoyo en el ámbito jurídico:** asistencia jurídica.
- **Otros apoyos y servicios.**

A continuación, destacamos los aspectos, que contiene cada uno de estos ámbitos de actuación, siguiendo la Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS.

4.1. Apoyo personal continuado

- Diseño y puesta en práctica de planes personales de futuro, para cada una de las personas tuteladas, llevando a cabo las tareas y actividades decididas en la reunión del equipo multidisciplinar.
- Reclutamiento, asignación, preparación y apoyo del **delegado tutelar**, entendiéndose como tal un voluntario que, bajo el control y responsabilidad de la fundación, establece una relación personal, cálida

² Artículo 271 del Código Civil: El tutor necesita autorización judicial:

1. Para internar al tutelado, en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
2. Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
3. Para renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
4. Para aceptar, sin beneficio de inventario, cualquier herencia o para repudiar ésta o las liberalidades.
5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
6. Para entablar demanda, en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
7. Para ceder bienes en arrendamiento, por tiempo superior a seis años.
8. Para dar y tomar dinero a préstamo.
9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
10. Para ceder a terceros los créditos, que el tutelado tenga contra él, o adquirir, a título oneroso, los créditos de terceros contra el tutelado.

y cercana, con la persona tutelada.

- Establecimiento de relaciones significativas, entre el personal de la fundación y las personas tuteladas, para proporcionar apoyo y consejo y fortalecer su competencia personal y social.
- Búsqueda de la atención domiciliaria o servicio residencial adecuado, así como del centro ocupacional, especial de empleo, de día, de ocio, etc. que, en cada caso, precise la persona tutelada, según sus aspiraciones y necesidades.
- Acompañamiento a consultas médicas, compra de objetos para uso personal, etc. para apoyo y orientación de la persona tutelada.
- Tramitación de las pruebas médicas de valoración, diagnóstico, determinación de tratamiento y régimen de vida, llevando a cabo los tratamientos médico-quirúrgicos precisos.
- Búsqueda de las colaboraciones precisas, para la implantación de redes naturales de apoyo en la comunidad, concediendo, siempre que sea posible, especial protagonismo al delegado tutelar.

4.2. Apoyo en el ámbito económico: asistencia para la administración de bienes

- Formación de inventario.
- Administración de rentas y patrimonios, con sus correspondientes gestiones.
- Control ordinario de ingresos y gastos, incluyendo el dinero de bolsillo, del que pueda disponer la persona tutelada, y formulación de la rendición anual de cuentas.
- Solicitud de prestaciones de todo tipo.
- Ejercicio de los derechos y deberes fiscales.

4.3. Apoyo en el ámbito jurídico: asistencia jurídica

- Servicio de letrado, para la defensa de los derechos de la persona tutelada (testamentaria, declaración de herederos, contratos, autorizaciones judiciales, etc.).
- Protección de la persona tutelada, en los aspectos civil, penal, administrativo y social.
- Comparecencias ante los Juzgados, etc.

4.4. Otros apoyos y servicios

- Colaboración con las instancias judiciales y administrativas pertinentes.
- Contratación de una póliza, para asegurar la responsabilidad civil de la persona tutelada.

5. PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

Tendrán acceso a los servicios de apoyo a la función tutelar **todas las personas con discapacidad intelectual, con enfermedad mental o mayores, que ya tengan la incapacitación y esté aceptada la tutela**, según la normativa vigente.

La Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS apunta que sería deseable que los servicios correspondientes del Departamento de Justicia facilitaran a los Juzgados competentes el listado de Servicios de Tutela, conjuntamente con los informes correspondientes de los Equipos de Valoración y Orientación del Departamento de Trabajo y Servicios Sociales, para una mejor información de los citados Juzgados.

6. PERSONAS DESTINATARIAS DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

• Perfil de necesidades (definición y requisitos)

Las personas con discapacidad intelectual, con enfermedad mental o mayores, incapacitadas por resolución judicial, serán las beneficiarias de los servicios de apoyo a la función tutelar.

• Situaciones que dan lugar a necesidades específicas de apoyo

En los servicios de apoyo a la función tutelar, las necesidades de apoyo son inversas a las de otros servicios. Así, cuanta más autodeterminación atesora la persona, más necesidad tiene de supervisión, de buscar recursos, con el fin de cubrir sus necesidades y llevar a término los deseos que la persona con discapacidad intelectual quiere realizar. La función, por parte de este servicio, es encontrar estos recursos y tramitar lo que sea necesario. En cambio, las personas con menos autodeterminación tienen más necesidad de atención, pero dentro de un mismo establecimiento, situación, etc.³

En cualquier caso, se hace necesario prever los siguientes supuestos de necesidades específicas de

³ Fuente: Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

apoyo, derivados de las siguientes situaciones⁴:

- **Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela.** En principio, se considera que esta situación está limitada, temporalmente, a un período de tres meses.
- **Actuaciones intensivas, por causa de: conflictos, contenciosos y procesos judiciales.** En esta situación, la necesidad específica de apoyo se extiende mientras duran los trámites judiciales (generalmente, alrededor de un año).
- **Gestión de un alto nivel de patrimonio.** En este caso, se considera que la necesidad de apoyo específico es permanente.
- **Personas o familias, con una problemática de riesgo especialmente intensiva.** La necesidad de apoyo específico se extiende, temporalmente, en cuanto subsiste dicha problemática. Dentro de este grupo, encontramos, entre otras, a personas o familias: carentes de ingresos mínimos de subsistencia o en situación de precariedad socioeconómica; con condiciones de vivienda precaria o infravivienda; situación de desempleo de los miembros adultos que componen la familia; núcleos familiares monoparentales; en situación de inmigración; personas reclusas en instituciones penitenciarias o ex-reclusas, en proceso de reinserción; personas pertenecientes a minorías étnicas, en riesgo de discriminación; población desfavorecida de ámbitos rurales y urbanos, especialmente afectados por procesos de exclusión social y otras situaciones de marginación o riesgo de exclusión social.

7. ÁREAS DE APOYO Y FUNCIONES DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR⁵

7.1. Áreas de apoyo en que inciden estos servicios

La AAMR 2002⁶ define nueve grandes áreas de apoyo (desarrollo humano, enseñanza y educación, vida en el hogar, vida en la comunidad, empleo, salud y seguridad, conductual, social, protección y defensa), en las que deben incidir los servicios, en tanto fuentes de apoyos. De modo que no todos los servicios son fuente de apoyo en todas las áreas.

⁴ Sin perjuicio de poder analizar otras posibles situaciones de necesidades específicas; por ejemplo, para la situación de fallecimiento de la persona tutelada.

⁵ Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS.

⁶ American Association on Mental Retardation.

Las áreas de apoyo, sobre las que inciden los servicios de apoyo a la función tutelar, son las siguientes:

- Vida en la comunidad: alta incidencia.
- Social: alta incidencia.
- Protección y defensa: alta incidencia.

7.2. Funciones de los servicios de apoyo a la función tutelar

FUNCIONES DE ATENCIÓN DIRECTA

Es necesario diferenciar, en lo que se refiere a las funciones de atención directa, las funciones de atención que se corresponden con el servicio básico de apoyo a la función tutelar, de las funciones de atención que comportan las situaciones de necesidades específicas de apoyo:

- **Atención básica del servicio de apoyo a la función tutelar**, que comprende:
 - Información / orientación: Esta función incluye actividades de acogida, información, orientación y asesoramiento. Tiene, como principal finalidad, facilitar el acceso a los servicios y a los apoyos necesarios en un contexto participativo y dinámico, por parte de las personas tuteladas y sus familias.
 - Intervención / planificación: Esta función incluye las actividades de planificación, prestación de apoyos, seguimiento y evaluación y se concreta, tanto a nivel del conjunto de servicios, como para cada uno de ellos, en un proceso continuado de participación y detección de nuevas necesidades y potencialidades de desarrollo.
 - Apoyos profesionales:
 - o **Área social**:
 - Referente tutelar.
 - Auxiliar de tutela.
 - o **Área económica**:
 - Economista o licenciado en empresariales.
 - Referente contable.
 - o **Área jurídica**:
 - Abogado.
 - o **Área de coordinación de voluntariado**:
 - Coordinador de voluntarios-delegados tutelares.
- **Atención específica, en las situaciones de necesidades concretas de apoyo**, donde se incrementarán los apoyos profesionales, de acuerdo con los siguientes criterios:
 - Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela. Se incrementará el apoyo profesional

en las funciones de las **áreas social, económica y jurídica**.

- Actuaciones intensivas, por causa de conflictos, contenciosos y procesos judiciales. Se incrementará el apoyo profesional, en las funciones del **área jurídica**.
- Gestión de un alto nivel de patrimonio. Se incrementará el apoyo profesional, en las funciones del **área económica**.
- Personas o familias con una problemática de riesgo especialmente intensiva. Se incrementará el apoyo profesional, en las funciones del **área social**.

FUNCIONES COMPLEMENTARIAS

- **Limpieza:** Función que contribuye al buen mantenimiento de instalaciones y que facilita la labor de otros profesionales, al colaborar con el orden y la pulcritud del edificio e instalaciones.
- **Conserjería:** Función llevada a cabo por la persona, quien cuida, vigila y puede realizar pequeñas tareas de información en el edificio.
- **Transporte:** Función que incluye el traslado de las personas usuarias desde sus domicilios o puntos de referencia, hasta el local o edificio, donde éstas desarrollan las actividades correspondientes al servicio.

FUNCIONES AUXILIARES

- **Dirección técnica y gerencial:** Función que desarrolla la persona o equipo directivo de la entidad o asociación prestadora del correspondiente servicio.
- **Administración:** Conjunto de actividades, bajo la supervisión y dirección de la Gerencia, que corresponden a la administración y gestión de la entidad prestadora del servicio, así como al control de usuarios, organización de horarios, contabilidad, etc. Ofrece apoyo a las áreas social, económica y jurídica. Sus funciones son:
 - Preparar los inventarios judiciales, para las nuevas tutelas.
 - Supervisar y realizar las tareas administrativas y contables.
 - Seguir los expedientes de pensiones, así como tramitar las mismas.
 - Acometer diferentes tareas administrativas (teléfono, archivo, registro, correspondencia, etc.).
 - Llevar a cabo la difusión de la actividad de la entidad tutelar. Es muy importante el hecho de dar a conocer su actividad, tanto dentro del entorno más próximo, como en relación con la misma



Administración, para tener la información de primera mano⁷.

- Llevar un registro de tutelas. Es indispensable que consten las personas que tenemos para próximas tutelas y las que ya tutelamos⁸.
- Preparar el presupuesto anual y revisión semestral⁹.

- **Mantenimiento:** Función que consiste en dar respuesta a las incidencias, pequeñas reparaciones y otras tareas de mantenimiento, que se producen como consecuencia del funcionamiento del servicio, en los aspectos de carácter material y respecto al equipamiento.
- **Financiación:** Función correspondiente a los medios necesarios para la financiación de la actividad relacionada con la prestación del respectivo servicio, así como a los seguros de responsabilidad civil, incendios, robo y otros riesgos.
- **Seguridad y prevención de riesgos:** Función correspondiente al programa de seguridad y de prevención de riesgos laborales, que dará cumplimiento a la normativa vigente en esta materia (plan de evacuación, emergencias, incendios, etc.).
- **Calidad:** Función correspondiente a la gestión integral de la calidad, cuyo objetivo es la mejora objetiva de los servicios ofertados y la satisfacción de las personas usuarias, desarrollando los procesos de planificación, gestión, acreditación y control de calidad.
- **Comunicación:** Función que corresponde a la programación y gestión de la relación entre la entidad y sus receptores de información, tanto internos como externos. Es decir, los propios socios y usuarios, entidades públicas, medios de comunicación, potenciales usuarios, etc.
- **Formación:** Función correspondiente a la formación continuada de los diferentes colectivos que participan en el servicio: personas usuarias, profesionales y directivos.
- **Coordinación del voluntariado:** Función correspondiente a la programación y coordinación del voluntariado, la cual incluye aspectos como la seguridad -seguro de responsabilidad civil de los voluntarios-.

⁷ Servicio de tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

⁸ Servicio de tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

⁹ Servicio de tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

7.3. Aspectos relativos al desarrollo de estas funciones

La entidad tutelar habrá de disponer, con medios propios o ajenos, de un equipo mínimo de profesionales para prestar el servicio de tutela. Este equipo tendrá que dar total cobertura, de acuerdo con las necesidades de las personas tuteladas.

El equipo de profesionales deberá trabajar de forma interdisciplinaria, y se coordinará con los otros servicios -de atención diurna, de tiempo libre y de la comunidad-, para ofrecer un servicio de calidad.

RESPONSABLE DE LA ENTIDAD: Es la persona que se encarga de la dirección técnica y gerencial de la entidad. Coordina las áreas, así como todos los aspectos relacionados con las personas con discapacidad intelectual.

ÁREA SOCIAL: Es el área encargada de la atención directa de las personas tuteladas, así como de la elaboración de su plan individual y de todas las acciones que se deriven de éste (busca recursos para cada persona, para garantizar su bienestar). Se coordinará con las otras áreas: económica, jurídica y administrativa.

• **Referente tutelar:** Lleva a término el seguimiento de la persona tutelada, manteniendo el contacto y la coordinación con los diferentes recursos y servicios que ésta recibe (administración, laboral, vivienda, tiempo libre...). También es responsable de valorar las necesidades de la persona tutelada y de buscar la solución más adecuada, en función de sus características y de su situación. Además, debe prever el futuro de la persona tutelada, así como las necesidades que puedan surgir y la forma de darles respuesta. Entre otras, tendrá las siguientes funciones:



Víctor Bayarri i Catalán, impartiendo su taller

- Elaborar el plan individual, valorar las necesidades, objetivos y preferencias de la persona tutelada.
- Completar la información y documentación que se considera necesaria para cada persona tutelada.
- Recoger datos y tramitar pensiones.
- Informar de los recursos que afecten a las personas tuteladas.
- Coordinarse con los otros recursos de la persona tutelada (hogar, trabajo, centro diurno, ocio, etc.).
- Mantener reuniones periódicas con los familiares, en el caso de que los haya.

- Acompañar a la persona tutelada a las comparecencias judiciales, en las que se la cite.
- Hacer autorizaciones, informes, etc. de la persona tutelada.
- Realizar el presupuesto de cada persona tutelada.
- Gestionar el servicio de búsqueda de personas las 24 horas del día, 365 días al año, para situaciones de urgencia.
- Coordinar el servicio de las personas en prácticas y voluntarios.

• **Auxiliar de tutela:** Es la persona que tiene el contacto más directo y regular con las personas tuteladas. Se encarga de supervisar su situación actual y los cambios o problemas cotidianos. Es quien traspasa al referente tutelar toda la información que recibe de la persona tutelada y/o de los profesionales del recurso que visita. Entre otras, tendrá las siguientes funciones:

- Realizar las visitas periódicas a las personas tuteladas, tanto en situación estable, como en caso de crisis.
- Hacer los acompañamientos médicos.
- Acompañar a la persona tutelada a las revisiones del grado de minusvalía a las que se deba someter.
- Comprar lo que les haga falta y justificar los gastos.
- Mantener reuniones periódicas con el referente tutelar, para traspasarle la información.

ÁREA ECONÓMICA: Este área se encarga de la gestión económica de la propia fundación y de las personas tuteladas. En lo que se refiere a la gestión económica de las personas tuteladas, sus funciones son:

- Realizar el inventario de bienes.
- Inversión del patrimonio mobiliario (búsqueda, estudio e inversión del patrimonio inmovilizado).
- Controlar los ingresos y los gastos.
- Liquidar y tramitar los impuestos.
- Realizar la rendición anual de cuentas al Juzgado.
- Presentar a la Administración, en tiempo y forma, los documentos pertinentes, con el objeto de llevar a término la colaboración necesaria de ésta con la entidad tutelar. Sería deseable contar con la sostenibilidad económica, por parte de la Administración, para la continuidad del servicio, en forma de concierto, etc.¹⁰

¹⁰ Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

- Correcta administración de los bienes del tutelado¹¹.

ÁREA JURÍDICA: Este área se ocupa de los asuntos jurídicos de la propia entidad, así como de las personas tuteladas. Entre otras, tendrá las siguientes funciones:

- Elaborar el expediente jurídico de cada persona tutelada.
- Informar al Juzgado sobre las particularidades de cada persona tutelada.
- Contratar los abogados especializados -cuando sea necesario-, defensa judicial, etc.
- Realizar los trámites administrativos, investigar y solicitar documentos en el Registro Civil, de la Propiedad, etc.
- Realizar la póliza de aseguramiento de responsabilidad civil¹².
- Cumplir y vigilar el cumplimiento de la Ley de Protección de Datos. Se debe garantizar la confidencialidad de los datos de la persona tutelada, referentes a todas las áreas que se trabajan dentro del ámbito tutelar (desde los datos administrativos, hasta los jurídicos, pasando por los de las áreas social, contable y económica¹³).
- Realizar los documentos derivados del cumplimiento estricto de las obligaciones que la legislación establece, respecto a los tutelados¹⁴.

ÁREA DE COORDINACIÓN DEL VOLUNTARIADO: Este área ofrece apoyo y coordinación a los voluntarios-delegados tutelares. Sus funciones son:

- Acogida, selección y formación de los voluntarios-delegados tutelares.
- Seguimiento y apoyo a la función de los voluntarios-delegados tutelares.

¹¹ Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

¹² Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

¹³ Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).

¹⁴ Servicio de Tutela de la Cartera de Servicios de APPS (Federació Catalana Pro Persones amb Retard Mental).



8. CONDICIONES TÉCNICAS Y DE FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR¹⁵

8.1. Recursos, medios y dispositivos necesarios para el funcionamiento adecuado de los servicios

8.1.1. Apoyos profesionales necesarios para las funciones de atención directa

Es necesario diferenciar, en relación a los apoyos profesionales necesarios, si éstos se refieren al servicio básico de apoyo a la función tutelar o a situaciones de necesidades específicas de apoyo:

- **Atención básica del servicio de apoyo a la función tutelar**

- **Área social:**

- o Referente tutelar (1/20¹⁶): Titulado de grado medio, preferentemente en área social, educativa o sanitaria.
- o Auxiliar de tutela (1/20): Auxiliar técnico educativo, cuidador o equivalente.

- **Área económica:**

- o Economista o licenciado en administración (1/120): Titulado de grado superior.
- o Referente contable (1/120): Administrativo.

- **Área jurídica:**

- o Abogado (1/120): Titulado de grado superior.

- **Área de coordinación de voluntariado:**

- o Coordinador de voluntarios-delegados tutelares (1 por cada 40 voluntarios delegados tutelares): Titulado de grado medio, preferentemente en el área social, educativa o sanitaria.

- **Atención específica en las situaciones de necesidades específicas de apoyo.** Se incrementarán los apoyos profesionales, en los siguientes ratios:

- **Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela o la curatela.** Este incremento se producirá durante un período de tres meses:

¹⁵ Basado en la Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS.

¹⁶ (1/20) = 1 profesional por cada 20 personas tuteladas.

o **Área social:**

- Referente tutelar (1/15).
- Auxiliar de tutela (1/15).

o **Área económica:**

- Economista o licenciado en administración (1/100).
- Referente contable (1/100).

o **Área jurídica:**

- Abogado (1/100).

- **Actuaciones intensivas por causa de conflictos, contenciosos y procesos judiciales.** Este incremento se producirá en tanto duren dichos procesos, alrededor de 1 año:

o **Área jurídica:**

- Abogado (1/60).

- **Gestión de un alto nivel de patrimonio.** Este incremento se producirá de forma permanente en el tiempo:

o **Área económica:**

- Economista o licenciado en administración (1/60).
- Referente contable (1/60).

- **Personas o familias, con una problemática de riesgo especialmente intensiva.** Este incremento se llevará a cabo mientras subsista dicha problemática:

o **Área social:**

- Referente tutelar (1/10).
- Auxiliar de tutela (1/10).

El siguiente cuadro recoge los ratios correspondientes a las funciones de atención directa, diferenciando los necesarios para la atención básica y los específicos, en los supuestos de necesidades específicas de apoyo:

ÁREAS	PERFIL PROFESIONAL	ATENCIÓN BÁSICA	ATENCIÓN ESPECÍFICA EN LAS SITUACIONES DE NECESIDADES ESPECÍFICAS DE APOYO			
			Acogida y tramitación inicial	Actuaciones intensivas por procesos judiciales	Gestión de alto nivel de patrimonio	Problemática de riesgo intensiva
Área social	Referente tutelar	1/20	1/15			1/10
	Auxiliar de tutela	1/20	1/15			1/10
Área económica	Economista	1/120	1/100		1/60	
	Referente contable	1/120	1/100		1/60	
Área jurídica	Abogado	1/120	1/100	1/60		
Área coordinación voluntariado	Coordinador de voluntarios	1/40				

8.1.2. Ratios de personal para cubrir las funciones complementarias

- Limpieza (1/120).
- Conserjería (1/120).
- Transporte. Se dispondrá de servicio de transporte, cuando las actividades de tutela y las necesidades de las personas lo requieran.

8.1.3. Ratios de personal para cubrir las funciones auxiliares

- Dirección técnica y gerencial (1/120).
- Administración (1/120). Auxiliar administrativo.
- Mantenimiento: se dispondrá de servicio de mantenimiento, en cualquiera de las modalidades que permitan garantizar la respuesta a las incidencias, reparaciones, etc. que se produzcan, como consecuencia del funcionamiento del servicio de tutela.
- Financiación: se dispondrá de una póliza de responsabilidad civil y de otros seguros. Se contemplarán

costes medios de financiación.

- Seguridad y prevención de riesgos: se contará con un programa de seguridad y de prevención de riesgos laborales, que dará cumplimiento a la normativa vigente en esta materia -plan de evacuación, emergencias, incendios, etc.-.
- Calidad: se activará la implantación de un proyecto de gestión de calidad, cuyo objetivo sea la mejora objetiva de los servicios ofertados y la satisfacción de los usuarios del servicio de tutela, desarrollándose los procesos de planificación, gestión, acreditación y control de calidad.
- Comunicación: se contará con un programa de comunicación interna y externa del servicio de tutela.
- Formación: se dispondrá de un programa de formación anual, dirigido a los diferentes colectivos, que participen en el servicio: usuarios, profesionales, directivos y voluntarios.

8.1.4. Otros recursos de mantenimiento del servicio

Para el mantenimiento integral del servicio, se dispondrá del conjunto de medios y recursos, que permita garantizar las actividades, correspondientes a las funciones antes citadas, así como los siguientes gastos generales:

- Suministros: agua, gas y electricidad.
- Amortizaciones.
- Gastos diversos.
- Material actividades.
- Material de oficina.
- Productos de limpieza.
- Teléfono.

8.2. Otros criterios de desarrollo funcional de los servicios de apoyo a la función tutelar

Los profesionales que no completen, por su ratio, una jornada completa, en el respectivo servicio, podrán ser contratados a tiempo parcial o subcontratados, siempre y cuando se acrediten, debidamente, su dedicación y sus horarios.

• Calendario y horario que cubren los servicios de apoyo a la función tutelar

El servicio de tutela se prestará de acuerdo con las necesidades de apoyo de las personas que lo reciben y de los objetivos del mismo. Para atender situaciones de urgencia, se dispondrá de un sistema de guardia localizada todos los días del año, las 24 horas del día.

• Ubicación

El servicio de tutela tendrá una sede, pero es de primordial importancia que sea cercana y accesible a las personas tuteladas.

• Protocolos de atención

Existirán protocolos y programaciones establecidas de acogida tutelar, seguimiento, etc., así como un plan de acción personalizado para cada persona usuaria, que se irán actualizando permanentemente.

Cada persona usuaria contará con un expediente individual, donde constarán sus datos personales, jurídicos, económicos, historia familiar, social, sanitaria, informes técnicos, etc.

El servicio contará con una normativa de régimen interno, donde se especificarán las normas de funcionamiento, etc., que estará a disposición, tanto de las personas interesadas (trabajadores, voluntarios, usuarios del servicio, etc.), como de las Administraciones.

• Organización, coordinación, participación y formación

- Organización / Coordinación. En cuanto a la coordinación de los profesionales implicados, será imprescindible la actuación interdisciplinaria de todos los profesionales relacionados con los diversos aspectos del apoyo tutelar.

o Interna: Reuniones mensuales de equipo entre las personas que atienden a los usuarios del servicio.

o Externa: Reuniones específicas con los servicios externos (empleo, servicios sociales, etc.), para la atención de necesidades concretas.

- Información. En el ámbito de la información, se emitirán los informes legalmente establecidos. Existirá un registro, donde se recogerán las quejas y sugerencias en relación con el servicio enviadas por los usuarios, etc., donde constará, además, la contestación, por escrito, a la queja o petición de mejora registrada.

- Formación. Tener establecido un plan de formación, de acuerdo con las necesidades que vayan surgiendo, para realizar, con la calidad necesaria, la atención a las personas tuteladas.

- Documentación necesaria, en todos los ámbitos. Se formará un archivo, con los documentos necesarios, para todas las intervenciones, en todos los ámbitos de la tutela (área jurídica, económica, administrativa...).

9. INSTALACIONES, EQUIPAMIENTO Y OTRAS CONDICIONES MATERIALES¹⁷

Capacidad

La capacidad del servicio se modulará en función de las necesidades y medios, para desarrollar un

¹⁷ Basado en la Cartera de Servicios Sociales del Movimiento FEAPS.

servicio con la responsabilidad inherente al servicio tutelar.

Dimensión

Adecuada a las características del servicio y acorde con las condiciones de ubicación y estructura que se exponen.

Estructura

La estructura física debe responder, satisfactoriamente, a los siguientes criterios:

- Adaptada a las normas de accesibilidad vigentes.
- El diseño (incluye pintura, mobiliario, etc.) debe ser agradable y funcional.

Se dispondrá de:

- Espacios de Dirección y/o Gerencia.
- Espacios de administración.
- Espacios de atención social.
- Sala de reuniones del personal.
- Sala de asesoramiento jurídico (consultas, etc.).
- Sala de espera.
- Servicios adaptados (WC).
- Otros espacios, según la normativa vigente.
- Botiquín, tutelado por persona responsable.

Es importante tener en cuenta los requisitos de seguridad (plan de emergencia y seguridad), regulados por la normativa vigente, que incluyen: la señalética, cierres de seguridad, ventanas protegidas, control de acceso...

Tecnología y equipamientos básicos

Se dispondrá de un sistema informatizado para la gestión de los protocolos de atención y aquellos otros aspectos de la gestión del servicio que así lo requieran.

10. COSTES DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

ESTE APARTADO SE COMPLEMENTA CON LOS CUADROS RESUMEN DEL SUBAPARTADO 10.3., que comprenden los costes de mantenimiento de estos servicios (no se contemplan otros costes de infraestructuras necesarias), teniendo en cuenta las condiciones técnicas y de funcionamiento, anteriormente desarrolladas (Epígrafe 8).

Diferencian:

- Módulos de coste del servicio básico de apoyo a la función tutelar.
- Módulos de coste, en relación con las situaciones de necesidades específicas de apoyo:
 - Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela o la curatela¹⁸.
 - Actuaciones intensivas, por causa de conflictos, contenciosos y procesos judiciales¹⁹.
 - Gestión de un alto nivel de patrimonio.
 - Personas o familias con una problemática de riesgo especialmente intensiva²⁰.

BASE DE CÁLCULO POR PLAZAS

Se considera el cálculo, en cuatro variantes:

- Una plaza -base unitaria-.
- Según la base del módulo de atención (en este caso, 1/20 -es decir, un referente tutelar, por cada 20 personas tuteladas-).
- Según la capacidad mínima del centro -base mínima- (en este caso, 20 personas usuarias del servicio).
- Según la capacidad máxima del centro -base máxima- (en este caso, 120 personas usuarias del servicio).

BASE DE CÁLCULO POR PERÍODO DE ATENCIÓN

Se considera el cálculo por:

- Un año -base anual-.
- Un mes -base mensual- (dividiendo la base anual, en 12 meses).
- Un día -base diaria- (cálculo que obtenemos, dividiendo el resultado de la base anual entre 365 días).

Para las **ZONAS RURALES**, donde se justifique, se considerará un incremento del 25% del gasto, en concepto de mayor ratio de profesionales y transporte.

Se exponen, a continuación, los criterios y cantidades utilizadas para la estimación de costes del servicio de apoyo a la función tutelar:

¹⁸ Este incremento se producirá, durante un período de tres meses.

¹⁹ Este incremento se producirá, en tanto duren dichos procesos. En el cálculo de costes, hemos estimado un año.

²⁰ Este incremento se llevará a cabo, mientras subsista esas problemáticas, si bien en el cálculo de costes, hemos estimado, de nuevo, un año.

10.1. Cálculo de costes derivados de las funciones de atención

A) Cálculo de costes derivados de apoyos profesionales

Para su estimación, se han tenido en cuenta costes de personal de los convenios públicos, realizando una media derivada de los mismos:

- Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Comunidad de Madrid, para los años 2004 a 2007.
- VI Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía.

En su cálculo, se han tenido en cuenta los siguientes criterios:

- Considerar los sueldos mensuales, por 14 pagas al año.
- Considerar la antigüedad media del personal, de 4 trienios.
- Sobre la base salarial, se aplica un 5,4% (1,8 cada año), en concepto de IPC, para el cálculo de 2005. En el caso de Andalucía y para ambos convenios, se aplica un incremento de un 3,7%, para el cálculo de los costes en el año 2006.
- Se han contemplado los siguientes complementos salariales:
 - Jornada nocturna.
 - Festivos.
 - Turnicidad.
 - Jornada de tarde.
 - Jornada partida.
 - Complementos por categoría y convenio.
 - Productividad.
 - Comida.
 - Transporte.
- Se ha tenido en cuenta un incremento del 5%, para gastos generados por absentismo laboral.
- En cálculo del coste final, tanto de ambos convenios como de la media, se incluye la Seguridad Social (33%).
- A la hora de hacer el cálculo del coste de salarios anual, según la media de estos dos convenios, también se ha establecido una media de horas anuales trabajadas de 1.553 (1.525, en Madrid y 1.582, en Andalucía).

En la tabla siguiente, se recogen los costes de personal, que se han estimado para el año 2006, para los diversos perfiles profesionales necesarios, para el desarrollo del servicio de apoyo a la función tutelar:



PERFIL PROFESIONAL	CATEGORÍA PROFESIONAL	COSTE SALARIAL ANUAL ESTIMADO AÑO 2006
FUNCIONES DE ATENCIÓN DIRECTA		
Referente tutelar	Grupo 2º. Personal titulado de grado medio	37.166,73 €
Auxiliar de tutela	Técnico Grupo 3º. Técnicos especialistas	28.467,93 €
Economista	Grupo 1º. Personal titulado de grado superior	41.592,71 €
Referente contable	Personal administrativo: oficial administrativo	30.782,31 €
Abogado	Grupo 1º. Personal titulado de grado superior	41.592,71 €
Coord. de voluntarios	Grupo 2º. Personal titulado de grado medio	37.166,73 €
FUNCIONES COMPLEMENTARIAS		
Conserje	Personal de servicios	24.205,33 €
Limpieza	Profesionales de oficio	22.695,47 €
FUNCIONES AUXILIARES		
Coord. / Dir. técnica	Grupo 1º. Personal titulado de grado superior	41.592,71 €
Auxiliar administrativo	Personal administrativo: auxiliar administrativo	28.467,93 €

B) Cálculo de costes derivados de otros gastos

Se han utilizado las siguientes cantidades, estimadas a partir de fuentes diversas:

CONCEPTO	BASE 1 (POR CADA PERSONA TUTELADA)	BASE MÓDULO DE ATENCIÓN (20)
FUNCIONES COMPLEMENTARIAS		
Transporte	272,53 €	5.450,68 €
FUNCIONES AUXILIARES		
Mantenimiento	33,30 €	665,96 €
Financiación	40,88 €	817,57 €
Programa de seguridad y prevención de riesgos	71,40 €	1.427,95 €
Calidad	171,73 €	3.434,54 €
Comunicación	107,07 €	2.141,41 €
Formación	89,11 €	1.782,19 €
Coordinación del voluntariado	5,36 €	107,23 €

10.2. Cálculo de costes de gastos generales (Otros recursos del mantenimiento del servicio)

Se han utilizado las siguientes cantidades estimadas, a partir de fuentes diversas:

CONCEPTO	BASE 1 (POR CADA PERSONA TUTELADA)	BASE MÓDULO DE ATENCIÓN (20)
Agua-Gas-Electricidad	171,24 €	3.424,80 €
Amortizaciones	289,21 €	5.784,18 €
Gastos diversos	201,45 €	4.028,95 €
Material actividades	214,06 €	4.281,15 €
Material de oficina	49,14 €	982,87 €
Productos de limpieza	140,48 €	2.809,65 €
Teléfono	88,64 €	1.772,86 €

10.3. Cuadros resumen de coste del servicio de apoyo a la función tutelar

A continuación, se recogen los cuadros resumen de los costes estimados para este Servicio de Apoyo a la Función Tutelar.

Se presentan:

- **MÓDULO BASE.** Coste correspondiente al módulo de atención básica (con carácter anual).
- **MÓDULOS A, B, C y D.** Coste, en relación con las situaciones de necesidades específicas:
 - MÓDULO A: Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela o la curatela (3 MESES).
 - MÓDULO B: Actuaciones intensivas, por causa de conflictos, contenciosos y procesos judiciales (ANUAL).
 - MÓDULO C: Gestión de un alto nivel de patrimonio (ANUAL).
 - MÓDULO D: Personas o familias con una problemática de riesgo especialmente intensiva (ANUAL).

En este caso, la estimación de coste se presenta:

- Para cada uno de estos módulos de coste, para situaciones de necesidad específicas, con **carácter alternativo** (es decir, cuando se produce sólo una de ellas).
- Para aquellos supuestos en que se producen, al mismo tiempo, una o varias de dichas situaciones, contemplando las diversas combinaciones posibles, **con carácter acumulativo**.

SERVICIO DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

MÓDULO BASE (ANUAL)	BASE 1	BASE MÓDULO DE ATENCIÓN 20	BASE CAPACIDAD MÁXIMA CENTRO 120
A) Total costes derivados de las funciones de atención	6.926,69 €	138.533,74 €	831.202,45 €
B) Costes generales	1.154,22 €	23.084,45 €	138.506,70 €
TOTAL COSTES	8.080,91 €	161.618,19 €	969.709,15 €

MÓDULOS DE COSTE EN RELACIÓN CON LAS SITUACIONES DE NECESIDADES ESPECÍFICAS DE APOYO CON CARÁCTER ALTERNATIVO (I)	BASE 1	BASE MÓDULO DE ATENCIÓN 20	BASE CAPACIDAD MÁXIMA CENTRO 120
MÓDULO A: Acogida y tramitación inicial de los procesos derivados de la tutela o la curatela (3 MESES)			
A) Total costes derivados de las funciones de atención	2.052,64 €	41.052,72 €	246.316,33 €
B) Costes generales	288,56 €	5.771,11 €	34.626,67 €
TOTAL COSTES	2.341,19 €	46.823,83 €	280.943,00 €
MÓDULO B: Actuaciones intensivas por causa de conflictos, contenciosos, procesos judiciales (ANUAL)			
A) Total costes derivados de las funciones de atención	7.273,29 €	145.465,86 €	872.795,16 €
B) Costes generales	1.154,22 €	23.084,45 €	138.506,70 €
TOTAL COSTES	8.427,52 €	168.550,31 €	1.011.301,85 €

MÓDULOS DE COSTE EN RELACIÓN CON LAS SITUACIONES DE NECESIDADES ESPECÍFICAS DE APOYO CON CARÁCTER ALTERNATIVO (II)	BASE 1	BASE MÓDULO DE ATENCIÓN 20	BASE CAPACIDAD MÁXIMA CENTRO 120
MÓDULO C: Gestión de un alto nivel de patrimonio (ANUAL)			
A) Total costes derivados de las funciones de atención	7.529,81 €	150.596,24 €	903.577,47 €
B) Costes generales	1.154,22 €	23.084,45 €	138.506,70 €
TOTAL COSTES	8.684,03 €	173.680,69 €	1.042.084,17 €
MÓDULO D: Personas o familias con una problemática de riesgo especialmente intensiva (ANUAL)			
A) Total costes derivados de las funciones de atención	10.208,42 €	204.168,40 €	1.225.010,40 €
B) Costes generales	1.154,22 €	23.084,45 €	138.506,70 €
TOTAL COSTES	11.362,64 €	227.252,85 €	1.363.517,10 €

MÓDULOS DE COSTE EN RELACIÓN CON LAS SITUACIONES DE NECESIDADES ESPECÍFICAS DE APOYO CON CARÁCTER ACUMULATIVO DE LAS MISMAS (Total Costes)	BASE 1	BASE MÓDULO DE ATENCIÓN 20	BASE CAPACIDAD MÁXIMA CENTRO 120
COMBINACIONES POSIBLES ENTRE LA SITUACIÓN DE ACOGIDA Y TRAMITACIÓN INICIAL DE LOS PROCESOS DERIVADOS DE LA TUTELA O LA CURATELA Y OTRO U OTROS MÓDULOS DE NECESIDADES ESPECÍFICAS (DURANTE 3 MESES)			
Acogida y tramitación inicial + Actuaciones intensivas procesos judiciales	2.514,49 €	50.289,89 €	301.739,36 €
Acogida y tramitación inicial + Gestión alto nivel patrimonio	2.625,42 €	52.508,48 €	315.050,88 €
Acogida y tramitación inicial + Actuaciones intensivas procesos judiciales + Gestión alto nivel patrimonio	2.816,06 €	56.321,14 €	337.926,87 €
Acogida y tramitación inicial + Problemática de riesgo intensiva	4.085,35 €	81.707,06 €	490.242,35 €
Acogida y tramitación inicial + Gestión alto nivel patrimonio + Problemática de riesgo intensiva	4.266,29 €	85.325,81 €	511.954,85 €
Acogida y tramitación inicial + Actuaciones intensivas procesos judiciales + Gestión alto nivel patrimonio + Problemática de riesgo intensiva	4.456,92 €	89.138,47 €	534.830,84 €
COMBINACIONES POSIBLES ENTRE LAS OTRAS SITUACIONES DE NECESIDADES ESPECÍFICAS (ANUAL)			
Actuaciones intensivas por procesos judiciales + Gestión alto nivel patrimonio	2.514,49 €	50.289,89 €	301.739,36 €
Actuaciones intensivas por procesos judiciales + Problemática de riesgo intensiva	11.709,25 €	234.184,97 €	1.405.109,81 €
Gestión alto nivel patrimonio + Problemática de riesgo intensiva	11.965,77 €	239.315,35 €	1.435.892,12 €
Actuaciones intensivas por procesos judiciales + Gestión alto nivel patrimonio + Problemática de riesgo intensiva	12.312,37 €	246.247,47 €	1.477.484,83 €

11. MODELOS ALTERNATIVOS DE PROVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE APOYO A LA FUNCIÓN TUTELAR

La provisión de estos servicios, en lo que a la relación entre las entidades tutelares y las Administraciones públicas se refiere, se puede llevar a cabo a partir de cualquiera de estos modelos:

- **Modelo de relación donde las Administraciones públicas no se comprometen en la gestión, ni en el apoyo a las entidades tutelares.** Como máximo, se produce la concesión de algún tipo de subvención a las entidades.
- **Modelo comprometido** de asunción, por parte de las Administraciones públicas, de la función tutelar y de los servicios de apoyo a la misma (como es el caso de las Agencias de Tutela, en la Comunidad Autónoma de Madrid²¹).

²¹ Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Es un órgano institucional, dependiente de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, cuyo objetivo es la protección y defensa de las personas con capacidad limitada. Creada por la Ley 4/1995, de 21 de marzo. Entre sus fines básicos, se encuentra el ejercicio de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Madrid, cuando así lo determine la autoridad judicial competente, así como la defensa judicial, de quienes estén sometidos a un proceso de incapacitación, y el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial, en defensa de presuntos incapaces en situación de desamparo.

- **Modelo público-privado:** Establecimiento de un modelo de concertación estable de los servicios de apoyo a la función tutelar, prestados por entidades tutelares sin ánimo de lucro, en las condiciones establecidas en la Cartera de Servicios, por parte de las Administraciones públicas.

Consideramos que es a partir de esta última vía como se hace posible el efectivo acceso de las personas tuteladas a unos servicios de calidad, debidamente dotados y que satisfagan, plenamente, a las necesidades de apoyo de estas personas.

La aprobación y el desarrollo de un modelo de concertación público-privado ha de comportar el reconocimiento y el fomento de las entidades tutelares sin ánimo de lucro y ha de priorizar la contratación para la gestión de los servicios de apoyo a la función tutelar con estas entidades.

Sólo a través del desarrollo de este modelo, se puede obtener los recursos necesarios para garantizar:

- La calidad de los servicios y el cumplimiento de las normas vigentes.
- Puestos de trabajo estables y de calidad.
- Los costes de estructura y gestión de las entidades tutelares.
- La implementación de estrategias de I+D+I en el sector.
- La solidez patrimonial y la solvencia financiera de las entidades.
- La capacidad inversora de las entidades.
- Todo aquello que ayude a la sostenibilidad de los servicios y de las entidades.

TURNO DE PREGUNTAS

PREGUNTA: En referencia a los ingresos o a la retribución que, según el Código Civil, puede tener el tutor de un tutelado por administrar sus bienes, ¿se pueden tener estos datos si las Administraciones o las fundaciones los solicitan?

RESPUESTA: Si te refieres al derecho a resarcirse, a partir de la administración de las rentas que pueda generar el patrimonio de la persona, en cuanto a las actividades que hace la fundación tutelar, se trata de un derecho que las fundaciones procuran ejercer, cuando entienden que éste no es solamente legal, sino legítimo y deseable. Probablemente, yo no soy la persona más adecuada para responder, porque yo no ejerzo esa tarea de fundación tutelar... Pienso que se ha de garantizar el servicio de apoyo a la función tutelar y que debería hacerse con un esquema muy simple: que se reconozca a nivel público y que su mantenimiento sea financiado íntegramente.

Interviene Josep Treserras:

Desde una perspectiva legal y práctica de las fundaciones, el Código Civil establece que la contraprestación que, con cargo al patrimonio o a los medios económicos, pueda tener el pupilo, se corresponderá con

una cantidad equivalente a entre el 4 y el 20% de las rentas netas anuales. Si neto se entiende la diferencia entre ingresos y gastos, para que esta cantidad fuera apreciable, se debería tener muchísimo dinero...

Aquí, hay una diferencia importante entre colectivos. Por ejemplo, entre las personas con discapacidad intelectual, es excepcional encontrar un patrimonio de cierta importancia (habitualmente, no lo han generado por sí mismas; aunque hay casos en los que disponen de él por herencia). Sin embargo, en el colectivo de personas mayores, es bastante más habitual que dispongan de ciertos recursos económicos, porque, a lo largo de su vida, han ido produciéndolos.

Continúa Víctor Bayarri i Catalán:

Aunque, en mi opinión, el tema económico es muy importante, las fundaciones tutelares debéis ir más allá del ejercicio de la tutela en sentido estricto, desarrollando tareas de sensibilización social -fomentar, en las familias, el conocimiento de cuestiones como, por ejemplo, la pretutela- y manteniendo una independencia.

Asimismo, sería interesante poder sacar, de iniciativas como ésta que nos reúne, conclusiones concretas. Por ejemplo: ¿por qué no abrir una base de datos en red, que nos sirva para contrastar todos los datos de una manera mucho más “científica”? Pienso que esto -que, de momento, es una apuesta- sería, en mi opinión, perfectamente compatible. En todo caso, de lo que sí estoy convencido es que basar el funcionamiento de un servicio de carácter básico como éste, en que se puede tener tutelados con patrimonio o no, de por sí, pervierte todo tipo de actuación.

Yo me refiero a que pueda haber tutelados que no tengan nada y otros que sí... Por ejemplo, en Aragón -de donde vengo-, lo normal es que la fundación no pida esa retribución. Yo quería saber si en los demás sitios se pide.

Responde Josep Treserras:

Yo puedo aportar la experiencia de Catalunya. Allí, sí se ejerce ese derecho. Además, la ley catalana de tutela permite pedir una cantidad -no sólo la situada entre el 4 y el 20% del rendimiento líquido-, no imputable al patrimonio. Es decir, si el rendimiento es negativo, no es imputable; pero puede generar una deuda. Con lo cual, esto sí lo estamos utilizando, mayoritariamente, las entidades.

Se trata de un tema que se comenzó a debatir en Catalunya hace muchos años. Se habló con la Administración, para ver si se iba a descontar o no de las subvenciones y se llegó al acuerdo tácito de que no se iba a hacer, porque esto revertía en una calidad negativa. Porque si se intentaba ofrecer un servicio de mayor calidad, donde la Administración no podía llegar, evidentemente, podía repercutir en una mejor calidad del servicio o en poder asumir más tutelas de las que se estaban asumiendo.

Obviamente, cada fundación, a nivel particular, al tratarse de entidades privadas, tiene su propia política y hace lo que quiere -o lo que puede-. Pero, en Catalunya, sí es práctica habitual, y los jueces y fiscales han entrado ya en la rueda y están acostumbrados a que, una vez al año, lo pidamos de todas las tutelas



que tenemos.

PREGUNTA: Simplemente, me gustaría comentar que has definido perfectamente el área económica, el área contable, el área jurídica... pero no el perfil del referente tutelar y el del auxiliar tutelar. ¿Qué tipo de profesiones serían? Porque ha quedado en el aire...

RESPUESTA: El tipo de formación de partida sería, en el caso del referente tutelar, un titulado medio -indistintamente de que se trate de un trabajador/a social, un educador/a social u otra figura que pueda ejercer, correctamente, esa función-. El auxiliar tutelar puede ser alguien con formación profesional superior.

También, podría ser referente tutelar un titulado superior, si acepta el nivel retributivo que se le plantea.

Pero hemos de ser flexibles. La cuestión es que el perfil profesional siempre se adecúe a cumplir las funciones previstas, en cada caso.

COMENTARIO: Pertenezco a la Fundación Tutelar Sonsoles Soriano, de Tenerife. Nuestra estructura es diferente a la guipuzcoana: en lugar de Diputación, tenemos los Cabildos Insulares. Como fundación, nuestra vida es muy corta; nacimos hace dos años y, ahora mismo, tenemos unos diez tutelados.

Ahora mismo, estamos trabajando con números muy parecidos a lo que ha mencionado, con lo cual, me da una gran satisfacción pensar que solamente tenemos un par de años de vida y nuestra experiencia está ya en un nivel muy alto...

Por último, me gustaría felicitarle por la exposición. Me ha parecido muy interesante lo que ha comentado, respecto a tener un programa informático de gestión para las fundaciones tutelares y que pueda ser promocionado por la Asociación Nacional de Fundaciones o por FEAPS.

RESPUESTA: Lo que a mí me gustaría plantear es la necesidad de que las entidades os unáis, para ejercer la tutela a nivel de representación. Es muy grato veros en este congreso, amparado por la Diputación Foral de Gipuzkoa, ya que se nota que éste es un punto de encuentro muy importante para vosotros.

Mi experiencia personal, con la mayoría de las organizaciones de cualquier ámbito de discapacidad, mayores, etc. es que, normalmente, trabajáis más los aspectos de representación, los vinculados al discurso, al planteamiento general y menos los aspectos relacionados con la gestión, con las herramientas... Trabajáis menos el compartir, el elaborar herramientas conjuntas y el poder hacer la economía de escala y de conocimiento que representa ya vuestro volumen de entidades.

Tanto para enriqueceros a nivel de conocimiento, como para disponer de instrumentos que pueden ser muy útiles, creo que llegar a elaborar esta relación de posibles herramientas a compartir es una iniciativa muy interesante, que no se me había ocurrido.

Lógicamente, se debería hacer a través de la Fundación estatal, quien habría de acordar cómo elaborar este tipo de productos, que pueden llegar a ser tan beneficiosos. Otra forma podría ser el intercambio. De todas las maneras que se pueda hacer, compartir un trabajo sistemático de instrumentos y de gestión puede ser muy bueno. Seguro que hay varios que tienen algún tipo de herramienta informática ya elaborada...

PREGUNTA: Yo vengo de Tarragona, donde, entre cuatro centros de discapacidad intelectual, estamos constituyendo una fundación tutelar, para dar servicio a enfermos mentales y a personas mayores dependientes, para la provincia de Tarragona.

Como tengo los números muy frescos, me gustaría hacer una pregunta referente al tema salarial: ¿Habéis tenido en cuenta el montante económico? Porque me descuadra, respecto a los cálculos que yo tengo... Me refiero al tema de Seguridad Social, absentismo, el coste supletorio de los contratos temporales, etc.

RESPUESTA: Sí, en principio sí. En el modelo que utilizamos, hemos tenido en cuenta el 5% de absentismo laboral, para ser precisos.

COMENTARIO: Vengo de Huesca, soy trabajadora social y me ocupo del tema de tutelas, para el Gobierno de Aragón. Con respecto al referente tutelar, que comentaba antes mi compañera de Zaragoza, voy a defender la pequeña parcela que nos corresponde a los trabajadores sociales. Me parece muy bien que haya áreas que compartimos con los educadores sociales; pero entiendo que, igual que el abogado tiene, como específica, el área jurídica o el economista el área económica, nosotros tenemos el área social, que en algunos aspectos, podemos compartir con el educador social; pero, concretamente, en tutelas, opino que no deberíamos. Porque las tareas que nos corresponde hacer son más amplias que de las que se podría ocupar el educador social.

PREGUNTA: Yo no trabajo en ninguna fundación, sino en atención a domicilio. Hay una cuestión que me gustaría conocer: ¿las fundaciones deben estar abiertas los 365 días del año, 24 horas al día?

RESPUESTA: Si se produce cualquier situación de urgencia, se debe tener, como mínimo, un servicio "de guardia" localizada. Eso ha sido así siempre. Si una fundación no tiene ese servicio montado, puede pasar algo y se le cae el pelo... Es básico que una fundación tutelar, que quiera hacer bien su tarea, deba mantener una localización, porque para cualquier cosa que pueda pasar, se debe poder encontrar siempre al tutor. Lo contrario sería como hacer de padre sólo un determinado número de horas al día y desaparecer el resto del tiempo...

Como he comentado, yo trabajo en un Ayuntamiento, en atención a domicilio. A veces, nosotros también intervenimos en algunos domicilios, donde se encuentra la persona tutelada. Las

trabajadoras familiares, junto con las trabajadoras sociales, también intervenimos con esa persona tutelada. Yo no sé si me tengo que coordinar con el referente tutelar, con el auxiliar tutelar, con el delegado tutelar... No tengo muy claro quién es el responsable. Porque, además, hay más figuras que intervienen con la persona tutelada.

Lo lógico y lo más práctico es que localices, en tu zona, qué fundación tutelar opera y la relación la tendrás con quien puedas -porque depende de la zona, habrá referente tutelar, un voluntario o quien pueda...-. Pero visto desde el punto de vista ideal -que es lo que yo he intentado plantear-, el principal interlocutor tuyo sería, lógicamente, el referente tutelar. Según la versión de la compañera de Huesca, sería una trabajadora social. Según la mía, una trabajadora social u otra figura profesional que tenga condiciones para ejercer de referente tutelar. Ésta sería tu persona de referencia habitual.

Yo creo que lo que planteas es importante. Éste es el debate entre la especialización o lo generalista. La responsabilidad, en relación a una persona que está tutelada, no se agota en la fundación tutelar. Cualquier profesional que detecte situaciones que desampan (que dejan fuera de amparo) a esa persona, a pesar de estar tutelada, tiene una responsabilidad. Con el actual Código Civil, el referente tutelar sería tu interlocutor, pero como éste no haga caso a algún tema que te parezca vital para esa persona y no esté dando una respuesta adecuada, tú no sólo tienes la potestad o facultad de acudir al fiscal, sino la obligación de hacerlo. Por tanto, en la medida en que tú estás trabajando, como profesional, con una persona incapacitada, estás asumiendo responsabilidades. Éste es un tema que daría para otro debate... Se trata de la cuestión ¿quién hace esa labor? Antes existía la figura del protutor (por lo menos, en Catalunya), que desapareció con una reforma que se hizo en el sistema catalán y que existe en Francia, por ejemplo. Esto es: en el caso de una fundación tutelar, se designa a alguien -en nuestro caso, al propio juez- para ejercer un cierto control de la fundación tutelar.

viernes 10 de marzo



MODELOS DE GESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EN MATERIA TUTELAR. EXPERIENCIAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

D. Jesús Mas Mayoral. Gerente de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos

Buenos días a todos.

En primer lugar, quiero agradecer a la Diputación Foral de Gipuzkoa la invitación que me ha hecho para participar en este congreso estatal. También, a los colaboradores en el congreso, a las fundaciones Hurkoa y Atzegi y a la Asociación Española de Fundaciones Tutelares. Me gustaría expresar mi agradecimiento por darme la oportunidad de estar entre amigos -todos ya de sobra conocidos, en este ámbito de la discapacidad-, aunque entre ellos me encuentre en una situación de clara inferioridad, puesto que el nivel de este congreso me hace sentir realmente acolejado. Pero sobre todo, deseo agradecer esta oportunidad en nombre de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos. Una entidad comprometida con la materia objeto de este congreso, y a la que afecta, plenamente, el título del mismo, ya que su función principal es atender a personas en situación de desamparo. Por lo tanto, creo que es importante poder estar aquí, no solamente para contribuir, en la medida que pueda, sino también, para aprender y para tomar buena nota de muchas cosas muy interesantes que aquí se dicen y para, en definitiva, hacer evolucionar a la Agencia, dentro del ámbito territorial que nos corresponde.

Por lo demás, creo que la mejor forma de expresar mi agradecimiento es adherirme y hacer más las palabras de la Diputada para la Política Social, Esther Larrañaga, cuando señala que las personas que, por distintas causas, no pueden regir sus propios actos, merecen una atención especial, por parte de las instituciones y de la sociedad, precisamente por ser las más vulnerables y, por tanto, las más dignas de protección, y cuando dice que la atención a estas personas representa un reto para los servicios sociales y socio-sanitarios.

En efecto, ése es el reto de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, que comparte, también, estas inquietudes y ese espíritu manifestado en las palabras que acabo de leer y que, en definitiva, informan de toda la actividad de la Agencia.

Me corresponde hablar aquí del modelo de gestión llevado a cabo por la Agencia: el modelo público en la Comunidad de Madrid.

El origen de la Agencia se remonta a la reforma del Código Civil, operada en el año 1983 -sobre la cual no me voy a extender porque de ello ya se habló ayer muy bien en este Foro-. Pero sí es importante señalar que esta reforma cambió el tradicional sistema de tutela de familia, por un sistema de autoridad -es decir, un sistema de tutela judicial-. Y una de las muchas modalidades que se introdujo en el Código, fue la posibilidad de la asunción de las responsabilidades tutelares por parte de personas jurídicas. Así se contempla en el artículo 242 del Código Civil. Y dentro de las personas jurídicas, lógicamente, están incluidas, también, las de carácter público.

En virtud de la distribución de competencias llevada a cabo por la Constitución, esta materia corresponde a las Comunidades Autónomas. En la Comunidad de Madrid, por un Decreto del año 1990, se creó la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, adscrita a la que entonces era la Consejería de Integración Social. Era, por tanto, un órgano eminentemente administrativo y, como tal, sometido al derecho administrativo. No tenía presupuesto, tesorería, ni plantilla propios.

En definitiva, pronto se detectó que las características de la Administración condicionaban la actividad de la Comisión, en su tramitación y en su gestión, porque lo que se debía hacer -y es lo que se sigue haciendo- era sustituir la posición del tutor particular -el que está contemplado como tutor personal en el Código Civil-. Esa actividad, llevada a cabo por el tutor, implica una ingente actividad en el orden jurisdiccional civil -es decir, en el ordenamiento privado-; con lo cual, esto excedía de las limitaciones de la clásica estructura administrativa.

Por todo ello, era necesario llevar a cabo una reconversión. Lo que se hizo fue sustituir la Comisión de Tutela, por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

La Agencia nació en la primavera del año 1995, como Ley 4/1995, de 21 de marzo. Se creó como un ente de Derecho público, con personalidad jurídica propia, con plena capacidad pública y privada para llevar a cabo el cumplimiento de sus fines y -y ésta es, quizá, la nota más importante de ese cambio o reconversión- que ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado. Esto quiere decir que se dotó a la Agencia de la posibilidad de llevar a cabo las funciones derivadas del cargo tutelar, como si fuese de manera particular, con la posibilidad de actuar, en el orden jurisdiccional civil, como un particular más.

La razón de ser de la Agencia, genéricamente, es la asistencia y protección social y jurídica de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente o en proceso de incapacitación, que se encuentren en situación de desamparo y cuando así lo determine la autoridad judicial -entendiendo por situación de desamparo que no tengan familiares o que, pese a tenerlos, éstos no puedan o no quieran prestarles dicha atención-. Por lo tanto, ya estoy apuntando una nota característica de la Agencia: ser el último recurso, en defecto de todo otro recurso.

El principio inspirador de la Agencia, y así se recoge en la Ley fundacional de la misma, es la promoción de la sensibilización social, para fomentar el respeto de los derechos de las personas mayores de edad con capacidad legal limitada y su mayor integración y normalización en la sociedad. Esta función de integración y normalización de la persona incapacitada en la sociedad se encuentra entre los fines expresos de la Agencia.

Partiendo de este principio, la actividad de la Agencia consiste, así, en el ejercicio de la tutela en su sentido más amplio; es decir, la tutela y otras medidas de protección jurídico-social, encomendadas por el Juzgado, precisamente, para acudir a situaciones de desamparo.

En cuanto al perfil de las personas tuteladas por la Agencia, hay de todo. Y éste es uno de los retos más importantes que tenemos. Pero, por hacer una clasificación básica, podemos decir que la población atendida se distribuye en tres sectores, cada uno de los cuales comprende, aproximadamente, un tercio

de los usuarios: personas con discapacidad intelectual, personas con enfermedad mental crónica y personas mayores, afectadas por algún tipo de demencia.

Esa diversidad da idea de la complejidad de la actividad que desarrollamos. Se acude a sectores muy diferentes, con problemáticas muy diferentes, lo que hace que el reto sea más elevado -porque hay que intentar llevar a cabo esa labor con la especialización más alta-. Una base para poder llevar a cabo esta labor son las fundaciones especializadas en cada uno de esos ámbitos -ya sean mayores, discapacidad psíquica o enfermedad mental-, porque son, en buena medida, el apoyo de la Agencia en su actividad.

Últimamente, venimos detectando un incremento de las tutelas asumidas como consecuencia de accidentes, especialmente de accidentes de tráfico. Nos encontramos, de esta forma, ante otro reto: el de la atención a discapacitados físicos gravemente afectados. Esto es problemático, porque la atención a personas afectadas por este trance requiere un tratamiento especial, por tres motivos: por la inicial escasez de recursos específicos, por el elevadísimo coste que suponen estas plazas y por la dificultad para conseguir resultados satisfactorios en el tratamiento y en la rehabilitación de este tipo de tutelados. No obstante, este problema se detectó en la Comunidad de Madrid hace ya algún tiempo y, en los últimos años, se han creado muchas plazas, específicamente, para estas personas con discapacidad física grave.

En cuanto a las causas de incapacidad, son cada vez más frecuentes las causas de incapacidad complejas -bien sea por la existencia de trastornos de personalidad y/o trastornos de conducta, bien porque, en muchas ocasiones, nos encontramos ante patologías asociadas (retraso mental, enfermedad mental, VIH, toxicomanías, etc.), que se manifiestan conjuntamente y se combinan, se suman y, en ocasiones, se



Jesús Mas, acompañado de Aitor Artaraz

potencian entre sí-, lo que hace que sea muy difícil su encuadramiento en la tipología de recursos existente. Así, por poner un ejemplo, se puede dar el caso de que un enfermo mental, con un problema de drogas, no pueda ser atendido en el centro específico para tratar su enfermedad mental, precisamente por esa adicción a las drogas; y, por el otro lado, en un centro específico para tratamiento de toxicomanías, puede no estar contemplado el tratamiento especial ante una enfermedad mental.

En cuanto a la edad de las personas tuteladas, el único requisito se encuentra en la propia denominación de la Agencia: tutela de adultos (luego, puede haber tutelados desde los 18 años y, actualmente, hasta hay algún tutelado centenario...). Lo cierto es que cada vez se va constatando, en mayor medida, el sobreenviejamiento de la población. De hecho, en los últimos años, se comprueba, en las estadísticas de los tutelados, que el número de personas de 90 años o más supera, en ocasiones, el 5% de la población atendida. Esto también complica el seguimiento, porque estamos ante situaciones de extrema dependencia.

Las personas tuteladas por la Agencia se ubican en todo tipo de recursos: residencias para personas mayores, centros para discapacitados psíquicos o físicos, centros psiquiátricos, pisos tutelados...; en toda clase de dispositivos sociales para la atención, porque ya he puesto de manifiesto la heterogeneidad de los usuarios. Entonces, resulta necesaria la intervención de la Agencia de manera muy diferente, según la persona tutelada y el dispositivo en el que haya de ser ubicada.

Con todo, quiero destacar que la primera intención de la Agencia es, en la medida de lo posible, favorecer el mantenimiento del tutelado en su propio domicilio, para llevar a cabo la normalización y la integración en la sociedad, dentro de su propio ámbito social. Precisamente, se hablaba ayer aquí de la importancia que tiene en ocasiones -y es lo más indicado, desde un punto de vista terapéutico-, que el tutelado, en la medida en que pueda hacerlo, acuda a comprar el pan al mismo sitio de siempre o pueda charlar con los vecinos que le conocen de toda la vida.

También la ubicación es un factor importante: la Agencia no tiene centros propios, no tiene plazas de residencia o de estancia; pero es usuaria potencial de todas las plazas de la Comunidad de Madrid. Por eso, es necesaria una coordinación con todos los dispositivos sociales, tanto a nivel de la propia Consejería de Familia y Asuntos Sociales, a la que pertenece la Agencia, como en el ámbito municipal y estatal.

El número de tutelados es otra pregunta que se me hace frecuentemente: ¿cuántos tutelados tiene la Agencia? Tiene muchos y, además, en progresión creciente. El último dato que puedo facilitarles es que, a fecha 28 de febrero, el número de expedientes abiertos -es decir, de tutelados en activo- era de 1.865. Dos meses antes, a fecha 31 de diciembre del 2005, la cifra de tutelados era de 1.806; a 31 de enero, había crecido el número de tutelados a 1.836 -es decir, eran 30 más-. Y a 28 de febrero, como he dicho, asciende a 1.865.

Otro dato significativo es que el número de nombramientos totales en 2005 -incluyendo tutela, curatela, administración provisional y defensa judicial- fue de 421; es decir, tuvimos más de un nombramiento judicial al día.

El número de usuarios es un reto para la Agencia; pero donde verdaderamente está el reto, es en que

estos usuarios son personas individualizadas. No hablamos de expedientes, sino de personas con una situación especial -que les hace, precisamente, necesitar más amparo- y que han de ser atendidas una por una, pues cada una tiene sus propias peculiaridades. Ése es el reto de la Agencia, que nunca se puede hacer un proyecto o un plan global para todos -ni siquiera para un colectivo tutelado-, sino que se debe llevar a cabo un plan individualizado, para cada uno de ellos.

Los fines básicos de la Agencia vienen contemplados en la propia Ley. En primer lugar, como tarea básica, lleva a cabo el ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas judicialmente. Y quiero destacar lo de “inexcusable” porque ésta es, quizá, la principal característica de la Agencia: una vez se dé un pronunciamiento judicial que la designa para el desempeño de un cargo tutelar, lo tiene que asumir, con todas sus consecuencias. Ello, como es fácil entender, en ocasiones, implica mucha dificultad, pero no hay posibilidad de excusa; se puede haber discutido previamente, a lo largo del procedimiento de incapacitación, si hay familiares idóneos para ejercer la tutela; pero si, finalmente, la Agencia es nombrada tutora, ha de desempeñar el cargo, inexcusablemente.

Siguiendo con los fines básicos de la Agencia, también asume, en los procesos de incapacitación, la defensa judicial del presunto incapaz y todas aquellas funciones que determine la autoridad judicial en medidas provisionales destinadas a evitar o paliar situaciones de desamparo.

Otra finalidad que va implícita en el propio ejercicio de la actividad tutelar, es la integración y la normalización de los tutelados, facilitándoles los recursos sociales, la atención personal, el cuidado, la rehabilitación, la recuperación y el afecto necesario.

Quiero hacer hincapié en esta nota del afecto, porque es, precisamente, la única exigencia de carácter subjetivo que contiene la Ley. Y es una pretensión muy importante, una responsabilidad grande porque, aunque pueda resultar paradójico, tratándose de una entidad pública, debemos cumplir también un papel en el tema afectivo. Es prioritario cubrir el vacío afectivo que le falta al tutelado -precisamente, porque nos convertimos en la familia que no tiene, porque no existe o porque no quiere estar, y tenemos que prestar la atención en todos los ámbitos, incluido, como digo, ese aspecto subjetivo-.

Éste es un desafío muy difícil, pues no vivimos con el tutelado; de manera que hay que crear los dispositivos para que esa atención y ese afecto sean posibles. Y es importante hacerlo porque es una obligación legal. Pero, sobre todo, hay que llevarlo a cabo porque es nuestra obligación moral. En definitiva, estamos hablando de restituir al tutelado la autoestima y la dignidad que ha perdido o que está a punto de perder, y eso hemos de cumplirlo, como institución pública que ha de contribuir a la construcción de un estado de bienestar, sin fisuras.

Otra finalidad de la Agencia consiste en desarrollar una labor de información, orientación, asesoramiento y asistencia a familiares y, en general, a otros posibles tutores (pero de esto hablaré un poco más adelante).

Es importante señalar también, como notas básicas de la Agencia, la complementariedad y la garantía. Complementariedad con respecto a las actuaciones que corresponden a otros tutores, llamados en primer término para llevar a cabo la tutela. Y garantía, porque la Agencia constituye el último recurso al que se

acude, cuando se da una situación de desamparo -bien porque no existen familiares, bien porque éstos no pueden o no quieren hacerse cargo de la persona incapacitada-. Debemos tener en cuenta que, actualmente, no sólo se da esa situación en familias desestructuradas o en conflicto, sino que la propia evolución de la sociedad y de la familia propicia que, en ocasiones, no sea posible la atención directa en el ámbito familiar. Pues bien, este papel de garantía es el que, seguramente, más se tuvo en cuenta en la creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (pues responde a una inquietud que se producía, constantemente, en el campo de los Servicios Sociales y que, desde la Judicatura, se consideraba imprescindible cubrir). Así, en defecto de persona física o jurídica que pueda hacerse cargo de las funciones tutelares, se encomienda dicha tarea a la Administración pública, que, en el caso de la Comunidad de Madrid, está representada en la Agencia para la Tutela de Adultos.

En cuanto a los órganos rectores de la Agencia, sólo haré una pequeña referencia, porque lo que pretendo aquí es realizar un esbozo rápido y no quiero aburrir con detalles -sobre todo, porque para dudas puntuales, me remito al coloquio posterior que tengamos, de manera que prefiero ir más rápido y dar ocasión luego a un debate, al que, además, egoístamente, me gusta llegar porque en él suelo aprender mucho y llegar a conclusiones enriquecedoras-. Como decía, los órganos de la Agencia son: el Presidente (actualmente, la Consejera de Familia y Asuntos Sociales, si bien tiene delegadas las funciones en la Viceconsejera que, por consiguiente, es quien ejerce actualmente la Presidencia), el Consejo de Administración y el Director (que desarrolla funciones de gestión).

Con respecto a la dotación de la Agencia, básicamente, la práctica totalidad es transferencia de la propia Consejería de Familia y Asuntos Sociales (presupuestos generales de la Comunidad de Madrid).

En teoría, y así está contemplado en la Ley, hay otras posibles fuentes de ingresos de la Agencia, como subvenciones, aportaciones voluntarias o donaciones; pero en la práctica, no las hay. Y aunque constituyen una parte mínima de los ingresos de la Agencia, sí quiero hablar de las retribuciones judiciales, a las que hace referencia el artículo 274 del Código Civil, por el cual “el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando, en lo posible, que la cuantía de la retribución no baje del 4%, ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes”.

Hay que partir de la base de que los ingresos por este concepto son mínimos -porque las situaciones de desamparo de las que se ocupa la Agencia suelen ser también de desamparo en lo económico- y no es frecuente que los bienes de los tutelados tengan unos rendimientos líquidos apreciables. Pero si me refiero a las retribuciones judiciales, es por la aplicación que, por imperativo legal, se debe hacer de las mismas: en efecto, la disposición adicional primera de la Ley de la Agencia establece que “los ingresos derivados del artículo 12 d) (retribuciones judiciales) serán destinados a subvenir a los gastos producidos por los tutelados sin bienes suficientes, relativos al ejercicio de la tutela, curatela y la defensa judicial y, en su defecto, y en cuantía nunca superior a un 25% de los ingresos habidos en el último ejercicio, a la financiación de los gastos corrientes de la Agencia...”. Además, por acuerdo del Consejo de Administración de la Agencia, se estableció que también ese 25% -que, originariamente, era de libre disposición de la Agencia- se destinase a cubrir las necesidades de los tutelados que no dispongan de bienes suficientes.

En cuanto a la organización interna de la Agencia, quiero, antes de nada, hacer mención especial a sus trabajadores, que constituyen un equipo volcado en un trabajo, en ocasiones, titánico, un trabajo difícilísimo que, para poder llegar a todos los tutelados, con unos cánones de calidad, requiere grandes dosis de profesionalidad, dedicación y humanidad.

Los puestos de trabajo -y entramos, así, en la estructura de la Agencia- se dividen en tres áreas: social, jurídica y económico-administrativa. Esas tres áreas, partiendo de un principio de coordinación entre ellas, intentan cubrir los tres ámbitos de actuación en el ejercicio de la tutela; es decir, el personal, el jurídico y el patrimonial. De manera que lo que se hace, cuando se asume un cargo tutelar, es diseñar un plan individualizado de intervención; es decir, se realiza un plan a la medida del tutelado, en cuya elaboración y desarrollo interviene un equipo multidisciplinar de la Agencia, formado, básicamente, por un trabajador social, un abogado y un administrativo de referencia, que tendrá cada tutelado.

Así, se lleva a cabo un proyecto de trabajo personalizado; es decir, hecho a la medida del tutelado y adaptado a su situación particular. Y como esta situación no es la misma siempre, sino que es cambiante (téngase en cuenta que estamos hablando de personas incapacitadas judicialmente, con muchas vicisitudes y muchas circunstancias personales, sociales...), hay que ir adaptando este plan a los cambios que se produzcan, a las evoluciones, a los avances o retrocesos. Por eso, se puede decir que constituye un plan dinámico de intervención, que no solamente es individualizado, sino que, además, se va adaptando conforme va evolucionando el propio tutelado.

Pero no voy a entrar en lo que son las funciones concretas de cada área. Sólo quiero destacar que, en todas ellas, y aparte de las funciones específicas inherentes a los tutelados, hay una tarea común de asesoramiento, información, orientación y apoyo a familiares y, en general, a personas físicas o jurídicas, tutoras o posibles tutoras, sobre los diferentes aspectos sociales, jurídicos o económicos, relacionados con la incapacitación y la tutela. Función ésta que quiero destacar, porque es una parte importante del trabajo de la Agencia y, generalmente, se pasa por alto o se le da poca importancia, porque parece que nuestra tarea se ciñe, exclusivamente, a asumir cargos tutelares y a actuar como tutor. Y esa labor de información es la que, en muchas ocasiones, permite vencer los miedos lógicos que se plantean los familiares del incapacitado: miedo a que exista un control judicial, a cómo se deba hacer cada cosa, a la responsabilidad que puede implicar ser tutor, a no saber qué es, ni cómo hacer, una rendición de cuentas...

En definitiva, en principio, es lógico que exista un miedo y una reticencia, por parte de los familiares de la persona incapacitada, a asumir la tutela. Y es misión de la Agencia -aparte, cómo es lógico, de jueces y fiscales- suprimir esos miedos. Se trata de explicar, por una parte, que, aunque haya que demandar al presunto incapaz, la incapacitación es una medida de protección para la persona que no puede gobernarse por sí misma. Y por otro lado, se debe aclarar que tampoco implica nada malo ser tutor. Entre otras cosas porque, muchas veces, de lo que no se ha dado cuenta el que no quiere asumir el cargo de tutor es de que, de alguna manera, ya lo está siendo, antes de ser nombrado -porque, de hecho, está ocupándose de todo lo relativo a la persona incapacitada y lo único que va a ocurrir, al proceder a la incapacitación judicial y convertirse el familiar en tutor, es que, desde ese momento, va a contar con el apoyo y el respaldo judicial (aunque sólo se hace referencia siempre al "control judicial"), y poco más va

a tener que hacer, con respecto a lo que ya venía haciendo-.

Dentro de los objetivos de la Agencia, el fundamental es promover la tutela como medida de protección de las personas incapacitadas. Esto se lleva a cabo de muchas maneras: con sesiones informativas, en centros de servicios sociales, en residencias, en dispositivos de salud mental, etc., explicando qué son la incapacitación, la tutela y la propia Agencia.

Otro objetivo de la Agencia consiste en diversificar la responsabilidad del ejercicio de la tutela; es decir, propiciar que se asuma la tutela por otras personas, físicas y jurídicas, llamadas legalmente a ello en primer lugar. También, es muy importante la intervención de las entidades tutelares, especialmente cuando ciñen su actividad a un ámbito de incapacidad específico -sea éste el de la enfermedad mental, el de la discapacidad psíquica o el de las personas mayores-. Para ello, desde la Consejería de Familia y Asuntos Sociales se lleva a cabo una convocatoria anual de subvenciones, cuyo objeto es la ayuda económica a fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública, cuya actividad fundamental sea la tutela de personas incapacitadas judicialmente o en proceso de incapacitación.

No podemos terminar sin hablar de los convenios de colaboración que la Agencia tiene suscritos con diferentes entidades. Éstos son una posibilidad contemplada en la propia Ley constitutiva de la Agencia, y conforman una magnífica herramienta de gestión, entre otras razones, por la que acabamos de apuntar; esto es, porque, en este mundo de la discapacidad en que nos movemos, se tiende -como es lógico, por la complejidad de la atención necesaria- a la máxima especialización. Actualmente, la Agencia tiene suscritos convenios de colaboración, con diversas entidades de la Comunidad de Madrid y la tendencia es -además de ser nuestro propósito- no solamente mantener estos convenios, sino, en la medida de lo posible, incrementarlos.

En definitiva, de lo que se trata es de procurar prestar el servicio encomendado judicialmente, con el mayor grado de calidad posible. Y teniendo en cuenta que la atención va dirigida a un colectivo de personas muy heterogéneo -las incapacitadas judicialmente y sometidas a tutela-, es rigurosamente necesario, para hacer el trabajo de la manera más precisa, actuar dentro de una red o entramado, en el que la interconexión es la clave. Conexión que es una clara realidad, dentro de la propia Consejería de Familia y Asuntos Sociales, porque mantenemos una estrecha y muy valiosa relación de dependencia para la Agencia, con todas sus Direcciones y Organismos, de cuyos recursos nuestros tutelados son, en muchos casos, usuarios directos.

Pero, además, para una mejor prestación del servicio, resulta necesario ampliar esa conexión a otras Consejerías de la Comunidad, especialmente, a la de Sanidad y a la Administración estatal y local. A este respecto, es fundamental para la Agencia una colaboración estrecha con los servicios sociales municipales -porque, precisamente, son la primera atención y, en muchas ocasiones, los que tienen la primera noticia de las situaciones de desamparo, que luego van a llegar por vía judicial a la Agencia-.

El reto, como ya he dicho, no es pequeño: se trata de construir un estado de bienestar social, lo más perfecto posible. Tarea ardua pero magnífica, que se construye día tras día, y en la que cualquier logro, por pequeño que parezca, es un triunfo. Desde la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, no vamos



a cejar en el empeño y tengo, además, la seguridad de que ése es el sentir común de todos los aquí convocados.

Por ello, quiero terminar agradeciendo la celebración de foros como éste (y aprovecho para dar la enhorabuena a los organizadores por el éxito del congreso). Además, quiero dar las gracias a todos los que han participado, a los que intervienen como oyentes, en cualquier medida y, en definitiva, a los que, genéricamente, tienen inquietud por la discapacidad; porque creo que, con el esfuerzo de todos (aunque haya veces en las que casi lleguemos a la desesperación), estamos avanzando. Yo, si me permiten mi modesta opinión, les puedo asegurar que, en el tiempo que llevo al frente de la Agencia, he notado cambios positivos y muy importantes. Eso es lo que me anima. Y yo les animo a todos ustedes a seguir en ello, día a día.

Muchas gracias.



MODELOS DE GESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EN MATERIA TUTELAR. EXPERIENCIAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

D. Aitor Artaraz Romero. Gerente del Instituto Tutelar de Bizkaia

Egunon denori.

Antes de empezar, quisiera agradecer, sinceramente, a la Diputación Foral de Gipuzkoa y a las Fundaciones Hurkoa y Atzegi la invitación que han realizado al Instituto Tutelar de Bizkaia para participar en este congreso. Es un honor que se haya contado con nosotros en este Foro, en el que se encuentran profesionales de gran conocimiento y amplia experiencia en todo lo referente a la incapacitación y a las figuras de protección que conlleva.

Me gustaría destacar que, aunque no tanto como quisiéramos, se está avanzando en el ámbito de la discapacidad y que, bajo las distintas concepciones de discapacidad y enfermedad mental, se esconden diferentes tipos de personas y realidades, que demandan atenciones y recursos específicos. Por este motivo, desde el Instituto Tutelar de Bizkaia, entendemos que, detrás de cada tutela o curatela, existe una persona que requiere una atención y una respuesta, personalizadas y de calidad.

Quisiera empezar esta presentación explicando los antecedentes que originaron la creación del Instituto Tutelar.

En el territorio histórico de Bizkaia, se daba la circunstancia de que, en el ámbito de la Administración, cuando no había familiares que se pudieran hacer cargo de las tutelas y curatelas, éstas venían recayendo en dos tipos de personas físicas: los/as directores/as de los centros, en los que residían las personas incapacitadas, y los/as directores/as y jefes/as de servicio del Departamento de Acción Social.

En el caso de los/as directores/as de centros, las decisiones judiciales estaban motivadas, a nuestro entender, por un criterio práctico, buscando una relación de inmediatez entre tutor y persona tutelada, ya que existía un conocimiento real de su situación, en todo momento.

Respecto a los/as directores/as y jefes/as de servicio del Departamento de Acción Social de Diputación, los jueces y fiscales entendían que, por analogía con el artículo 242 del Código Civil (“Podrán ser, también, tutores las personas jurídicas, que no tengan finalidad lucrativa, entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”), atendiendo al criterio supremo de beneficio de las personas incapacitadas y no existiendo otra persona física o jurídica conocida que pudiera hacerse cargo de la misma, correspondía a la Diputación Foral de Bizkaia el ejercicio de dichas tareas, por la atribución de funciones en materia de asistencia social, conforme a la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y Órganos forales de sus Territorios Históricos. Dichas tutelas venían siendo asumidas como parte del ejercicio del cargo político, funcional o laboral.



En vista de esta situación, la Diputación Foral de Bizkaia se encontraba con las siguientes dificultades:

- Por un lado, la rigidez de los Organismos públicos, sujetos a Derecho Administrativo. Se empezaba a hacer imprescindible proveerse de resortes más operativos para el cumplimiento de la función social, que permitieran una inmediata respuesta y la toma de decisiones de forma rápida y eficiente.
- Se daba, también, la paradoja de que, en la propia Diputación Foral de Bizkaia, confluía el doble papel de prestador de servicios y de tutor; con lo que difícilmente se podía tener una visión objetiva, acerca de la idoneidad, o no, de recursos o de cualquier otro aspecto, que pudiera ser cuestionable en el ejercicio de las funciones tutelares, si el tutor no era una figura independiente y autónoma.
- Había ausencia de estructura organizativa suficiente para atender las obligaciones que conlleva el ejercicio de la tutela. Se carecía, además, de un presupuesto específico -unido a que el poder público no podía excusarse del ejercicio de la tutela basándose en la carencia de medios suficientes, a diferencia de lo que ocurre con las personas privadas-.
- Finalmente, el número de personas que integraban este colectivo se estaba viendo incrementado de forma sustancial, y las previsiones eran de continuo crecimiento.

En definitiva, las causas eran idénticas, o muy parecidas, a las que existían en otras Comunidades Autónomas antes de que se crearan órganos iguales o similares.

La Ley 5/1996 del Parlamento Vasco, de 18 de octubre, de Servicios Sociales, señalaba que las Diputaciones eran competentes para la creación, mantenimiento y gestión de los Servicios Sociales Especializados, constituyendo estos servicios el nivel de atención específico para la programación, implantación y gestión de aquellas actuaciones, que no estaban encomendadas a los Servicios Sociales de Base.

Asimismo, el Decreto Foral 164/1999, de 28 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de Estructura Orgánica del Departamento de Acción Social, establecía que este Departamento ejercerá, en el ámbito del territorio histórico de Bizkaia, el desarrollo de los recursos y servicios que faciliten la asistencia y la integración en la comunidad de las personas con discapacidad.

A la vista de la situación expuesta, en la Diputación Foral de Bizkaia, se decidió reconducir y regularizar la prestación del servicio de tutelas para personas adultas incapacitadas.

Para ello, había que adoptar la solución más razonable desde el punto de vista jurídico, y que, a la vez, ofreciese la eficiencia requerida.

Se analizaron y valoraron distintas opciones: atender este servicio desde fuera de la Administración; crear una Fundación; utilizar el Organismo Autónomo Administrativo para la gestión de servicios sociales que ya existía en la Diputación Foral de Bizkaia; crear un nuevo Organismo autónomo... Pero, finalmente, se optó por la figura de Ente Público de Derecho Privado. En Bizkaia, no había precedentes de este tipo de figura; pero desde la aparición de la Norma Foral 10/97 de Régimen Económico de la Hacienda de Bizkaia,

existía la posibilidad de constituirlo.

La práctica diaria hacía ir en busca de una alta operatividad funcional, siendo preciso desplegar una importante actividad de orden civil que, por su propia esencia, se alejaba de las competencias y atribuciones ordinarias de los entes sujetos a Derecho Administrativo -ya que estas actividades entraban en el ámbito del Derecho Privado-. Se evitaron, así, las rigideces propias de la estructura y funcionamiento administrativo.

Esta figura proporcionó plena capacidad jurídica y de obrar con personalidad jurídica propia e independiente, que no contando con ánimo de lucro, y se adscribió al Departamento de Acción Social. Su actividad se sujetó al Ordenamiento Jurídico Privado.

Con el objeto de dotarse de una estructura interna eficaz, los órganos rectores que se constituyeron -Presidente/a, Consejo de Administración y Director/a Gerente- gozarían, desde entonces, de las atribuciones necesarias para garantizar una gestión ágil.

El cargo de Presidente/a lo ostentaría el Diputado/a de Acción Social. El Consejo de Administración estaría formado, además de por el Presidente, por los/as Directores/as Generales del Departamento de Acción Social, el/la Gerente del Instituto Foral de Asistencia Social, un/a Director/a del Departamento de Hacienda y dos vocales, nombrados por el Consejo de Diputados de la Diputación Foral de Bizkaia entre personas de reconocido prestigio.

Las Juntas Generales de Bizkaia aprobaron, en Sesión Plenaria de fecha 31 de octubre de 2000, la Norma



Aitor Artaraz, entre Jesús Mas y Josep Tresserras

Foral 9/2000, de creación del Instituto Tutelar de Bizkaia, recogida en el Boletín Oficial de Bizkaia, de 21 de noviembre de 2000.

Las finalidades con las que nació el Instituto Tutelar de Bizkaia, perfectamente delimitadas en la Norma Foral de Creación y que permanecen vigentes, son:

- El **ejercicio inexcusable de la tutela y curatela** de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en el territorio histórico de Bizkaia, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine y le sea conferida por la autoridad judicial competente, en resolución firme y definitiva, siempre y en todo caso en el que medie exclusión, judicialmente admitida, de aquellas otras personas físicas o jurídicas que establece el Código Civil.
- **Asunción de la defensa judicial** de las personas mayores de edad residentes en el territorio histórico de Bizkaia sobre las que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial, en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo.
- **Fomento y realización de acciones encaminadas a la integración y normalización** de las personas tuteladas por el Instituto Tutelar, facilitando recursos sociales, la atención personal del incapacitado, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario, así como las gestiones, en el orden personal y patrimonial, que fijan las disposiciones, que, al efecto, emanan del Código Civil, en el ejercicio de la tutela o curatela.
- **Información, orientación, asesoramiento y asistencia** a padres, familiares y otros tutores. Destacar que, a nivel de Bizkaia, a día de hoy, el Instituto Tutelar de Bizkaia es referente para profesionales, tanto de salud, como de servicios sociales, en consultas relacionadas con la incapacitación legal.
- **Administración de los bienes** de las personas tuteladas y de los/as menores desamparados/as, tutelados/as por la Diputación Foral de Bizkaia, actuando en su beneficio, bajo los principios de prudencia, conservación y mejora de aquéllos. La parte que respecta a las personas menores desamparadas fue un aspecto innovador. A pesar de que, en la mayoría de los casos, estos menores carecían de bienes, en ocasiones, se hacía necesaria la liquidación de herencias en las que resultaran herederos, y se hacía necesaria, también, la existencia de un organismo especializado para las administraciones de los bienes con la diligencia que requiere el superior interés de éstos. El resto de las funciones, que supone el desempeño de la tutela de los/as menores desamparados/as, se ejerce desde el Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia.

Para el cumplimiento de estos fines, se establecieron una serie de actividades a desarrollar, bien por iniciativa propia o bien en colaboración con terceros. Éstas son:

- 1) **Establecer convenios y, en su caso, protocolos de colaboración**, con instituciones públicas o privadas, que se dediquen a idénticos o similares fines, en las condiciones, términos, modos y formas que libremente convengan sus órganos rectores y de representación.

- 2) Suscribir los oportunos contratos o pactos, de cualquier índole o naturaleza**, sin exclusión, con personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, para el cumplimiento de los fines previstos.
- 3) Coordinar sus actividades con las que realicen otras Administraciones públicas**, en el ámbito territorial de su competencia, u otras instituciones, públicas o privadas, orientadas a los fines del Instituto.

Desde el Instituto Tutelar de Bizkaia, se ha firmado un gran número de convenios de colaboración, en los que se establecen protocolos de actuación que regulan las relaciones entre tutor y centro guardador; ya que la necesidad de trabajar conjuntamente y coordinados es fundamental. Asimismo, se han formalizado convenios con diferentes entidades sin ánimo de lucro, que tienen una labor fundamental en la integración social de las personas que tutelamos.

A continuación, paso a exponerles la evolución y tipología del colectivo al que prestamos nuestros servicios:

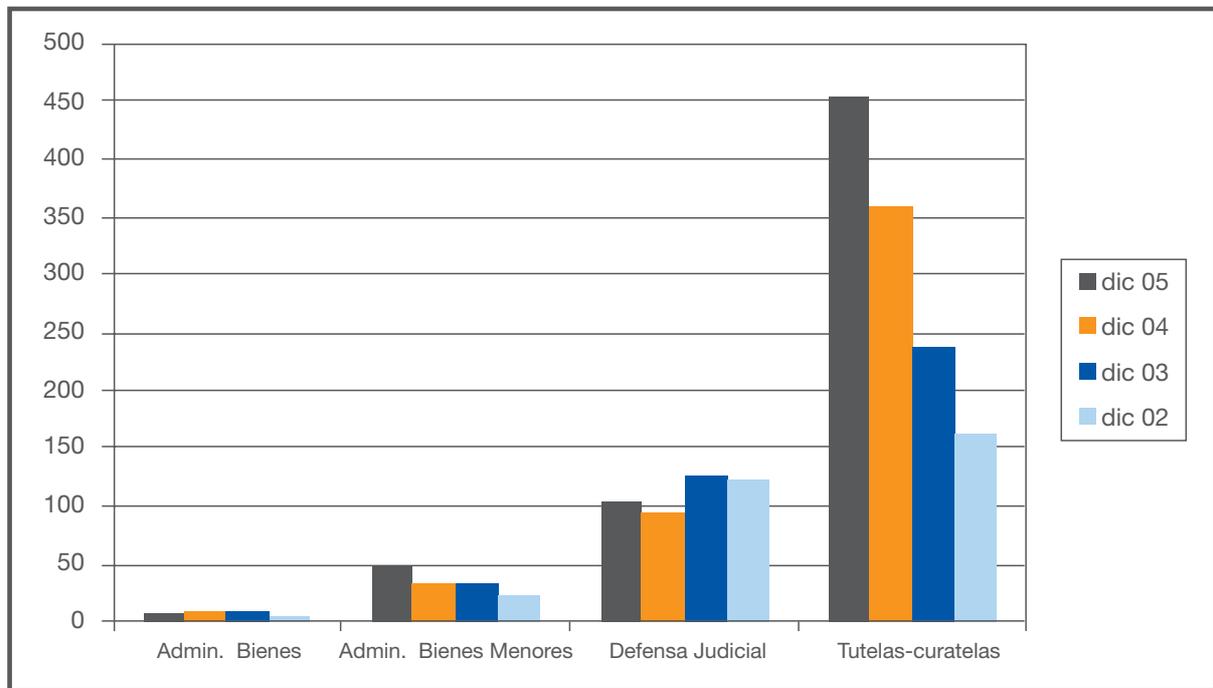
El Instituto Tutelar de Bizkaia tenía, a 31 de Diciembre del 2005, 453 expedientes activos de tutela y curatela.

La evolución de los Expedientes Activos del Instituto, durante los últimos cuatro años, muestra los siguientes datos:

	Administración bienes	Administración bienes de menores	Defensa Judicial	Curatela	Tutela	Tutela + Curatela
31/12/05	7	48	104	55	398	453
31/12/04	9	34	95	29	330	359
31/12/03	9	33	125	16	222	238
31/12/02	5	22	124	11	152	163

(Ver Gráfico de Evolución en la página siguiente).

Gráfico de Evolución



Como se puede observar en el gráfico, el incremento en la asunción de tutelas-curatelas es incesante y las previsiones auguran un aumento de esta tendencia en el futuro.

Cabe resaltar que, en el año 2005, hemos asumido 26 curatelas y 68 tutelas, destacando que el número de curatelas, sobre el conjunto de incapacitaciones, ha experimentado un aumento espectacular, ya que han representado un 27,65% del total -comparativamente, en el año 2004, apenas representaron el 10,7% y en 2003, el 6,6%-.

En estos momentos, el peso específico de las curatelas, sobre el total de los nombramientos de incapacidad, supone el 12,14%.

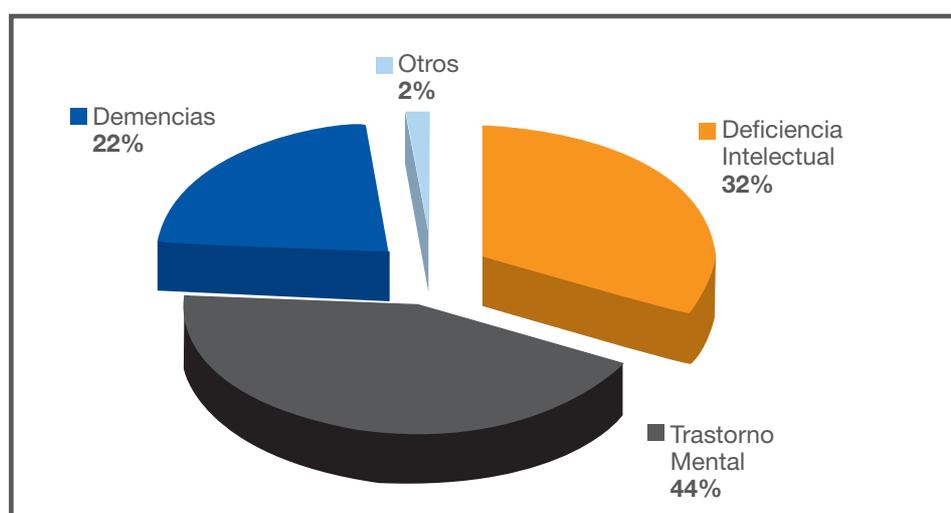
Entendemos, basándonos en estos datos, que se está graduando, más profundamente, la capacidad, adoptando la Judicatura una posición más restrictiva en la limitación de la misma. Si bien estamos totalmente de acuerdo con que no se incapacite más allá de lo necesario, para que la persona siga ostentando su autonomía, en función de su capacidad. Y dado que no es fácil esta delimitación, consideramos que es necesario trabajar, en estrecha colaboración y coordinación entre jueces, fiscales y curadores, para garantizar la protección de la persona.

A modo de ejemplo, me gustaría mencionar las curatelas de salud, situación que nos plantea muchas incógnitas a los curadores. Se nos encomienda, en muchos casos, el control de la medicación -estas

curatelas van dirigidas, especialmente, a personas con enfermedad mental, que, normalmente, tienen nula conciencia de enfermedad-. Entendiendo que el curador no puede forzar la toma de medicación, ¿puede cumplir éste sus funciones, si el incapaz se niega a medicarse o, simplemente, le queda informar al juez de que no puede llevar a cabo las acciones para las que fue nombrado? Creemos que para que esta curatela tenga sentido, debería estar respaldada, con la autorización judicial, para un tratamiento ambulatorio involuntario, cuestión ésta que no está contemplada en el ordenamiento jurídico actual -se trataría de tratamientos involuntarios, de carácter temporal y con supervisión judicial-. Estamos seguros de que si estos tratamientos involuntarios fueran autorizados, previamente al proceso de incapacitación, evitarían, en muchos casos, llegar al mismo.

Cambiando de asunto, y entrando a definir el perfil de las personas tuteladas/curateladas, la distribución por colectivos es la siguiente:

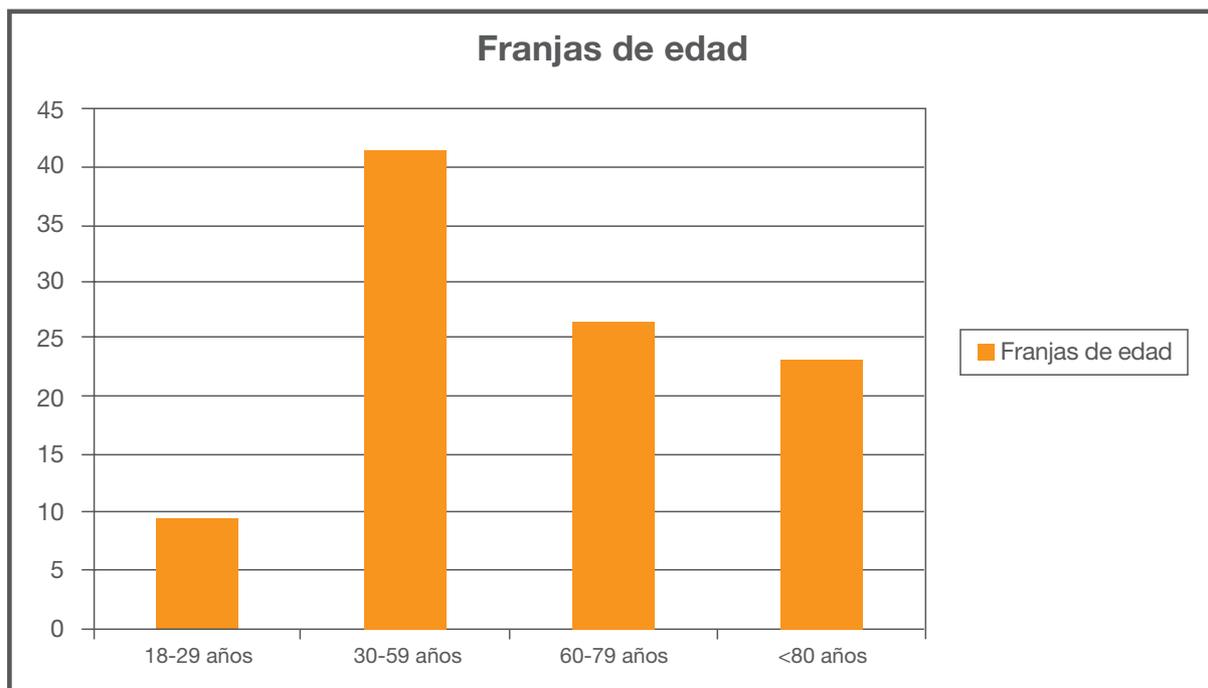
- Personas con discapacidad intelectual: 32%
- Personas con enfermedad mental: 44%
- Personas mayores, aquejadas de algún tipo de demencia (demencia senil, Alzheimer...): 22%
- Otros: 2%



En muchos de los casos, confluyen dos o más diagnósticos; pero hemos optado por incluirlos en uno u otro colectivo, en función del diagnóstico predominante.

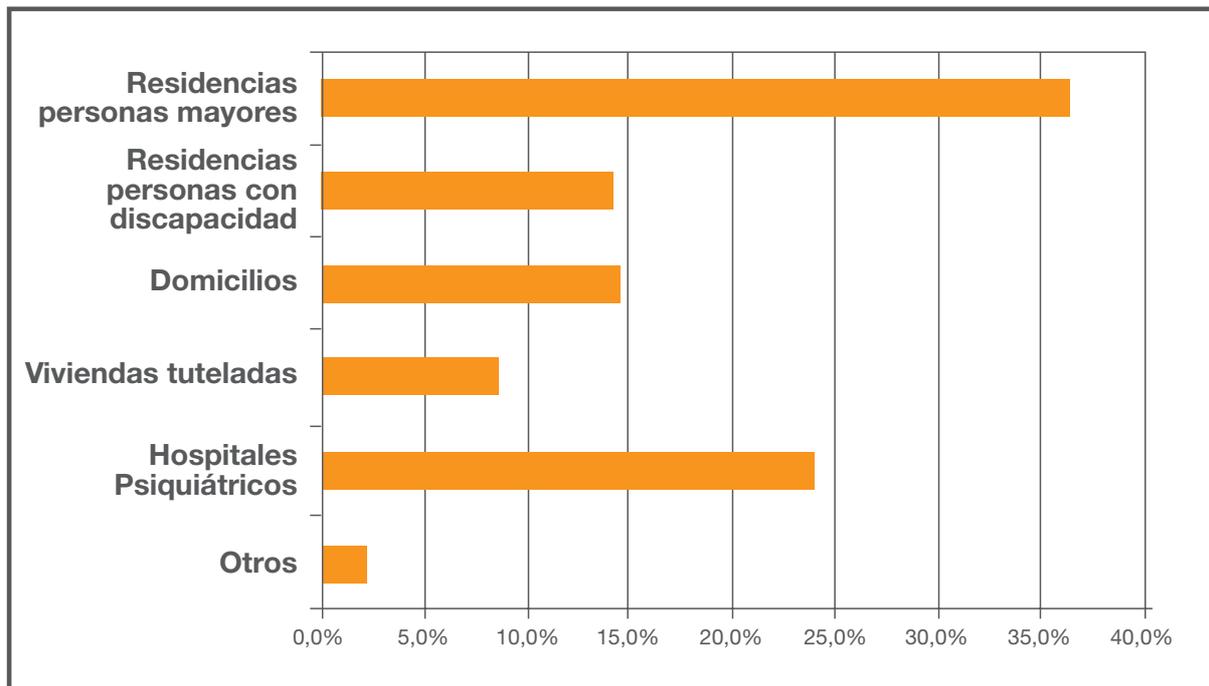
Resaltar que, cada vez, asumimos tuteladas más complicadas, destacando la aparición, en los últimos tiempos, de personas muy jóvenes con enfermedad mental y con el complemento de consumo de tóxicos, con la complejidad que representa afrontar estas tuteladas o curatelas.

Asimismo, en cuanto a los tramos de edad de las personas tuteladas, como podemos observar en el gráfico, los mayores de 60 años suponen, prácticamente, el 50%; y de éstos, la mitad, aproximadamente, son mayores de 80 años.



Por otro lado, en cuanto a la ubicación de los tutelados/as y curatelados/as, por el Instituto Tutelar de Bizkaia, resaltar que el 50,6% reside en un centro asistencial adecuado a sus necesidades; un 24% en hospitales psiquiátricos; un 8,7% en viviendas tuteladas; y un 14,5% vive en su propio domicilio.

(Ver Gráfico de Lugares de Residencia en la página siguiente).



Tras haberles mostrado los perfiles de las personas que tutelamos, qué edad tienen, dónde residen, etc., ahora quiero exponerles quiénes llevamos a cabo las finalidades del Instituto y cómo nos organizamos.

Para dar cumplimiento a las finalidades que tenemos asignadas, en el Instituto Tutelar de Bizkaia contamos con un equipo de profesionales comprometidos con la protección y defensa de los derechos e intereses de los tutelados. Este equipo lo formamos personal administrativo, trabajadoras sociales, una letrada y el Director-Gerente -quienes, desde nuestros respectivos campos de actuación, y de forma coordinada, pretendemos ejercer las tareas tutelares y dar solución a los problemas diarios que se nos plantean, con criterios de responsabilidad, profesionalidad y transparencia-.

Este equipo humano es el que pretende llevar adelante un **proyecto de vida digna y plena** para todas y cada una de las personas tuteladas.

Entre las funciones que nos marca la Norma Foral, podríamos decir que la parte troncal de nuestra actividad es el ejercicio de la tutela y curatela, por ser esta función la que mayor volumen de trabajo y dedicación conlleva.

El ejercicio de la tutela y curatela parte de un estudio de las circunstancias personales, patrimoniales y jurídicas, que rodean a la persona. Efectuado dicho análisis, se elabora, en equipo multidisciplinar, un plan de intervención individualizado, evaluado periódicamente.

Con esta metodología, y en coordinación, tratamos de lograr la protección personal, económico-patrimonial y jurídica de las personas tuteladas.

En cuanto a la forma de financiación del Instituto Tutelar de Bizkaia, la propia Norma Foral de Creación del mismo prevé que los bienes y medios económicos del Instituto estarán integrados por:

- Las transferencias que, anualmente, se le asignen en los Presupuestos Generales de la Diputación Foral de Bizkaia, a través de Gizartekintza Saila-Departamento de Acción Social.
- Las subvenciones, aportaciones voluntarias, donaciones, herencias y legados que se otorguen a su favor, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas.
- Los bienes y valores que constituyan su patrimonio, y los frutos, rentas o intereses de sus bienes.
- Los ingresos que se produzcan como consecuencia de sus actividades, así como las retribuciones previstas en el artículo 274 del Código Civil (“el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita”).
- Otros ingresos o recursos, económicos o patrimoniales, que pudiera percibir o serle retribuido, conforme a las disposiciones legales.

La realidad es que, a fecha de hoy, la única financiación proviene de la aportación presupuestaria que realiza la Diputación Foral de Bizkaia.

Haciendo un autoanálisis de nuestro modelo, y con toda humildad, entendemos que es bueno y que se está dando respuesta, en general, a las necesidades y expectativas de las personas tuteladas-curateladas. Tenemos cercanía y proximidad con el Departamento de Acción Social de la Diputación Foral de Bizkaia, transmitiendo la evolución y las problemáticas que van surgiendo en el ejercicio de la tutela, y, además, garantizamos que ninguna persona incapacitada, residente en el territorio histórico de Bizkaia, se quede sin la necesaria protección.

También es cierto que tenemos limitaciones. Por citar algunas: la ausencia de voluntariado -aspecto éste por el que nos dan sana envidia otras asociaciones y entidades que cuentan con ello-; asimismo, el Instituto Tutelar de Bizkaia carece de recursos propios. Además, ante la escasez de recursos asistenciales -sobre todo, para determinados colectivos-, existe la falsa creencia de que, al estar tutelado por un organismo público, la posibilidad de acceso a los recursos es mayor, ocasionando esto un incremento de tutelas -ya que muchos familiares se excusan del cargo de tutor o curador, pensando que, con el nombramiento del Instituto, tendrán mayor acceso a la red asistencial-.

Para los próximos años, y en beneficio de las personas con capacidad legal limitada, residentes en el territorio histórico de Bizkaia, hemos establecido las siguientes líneas de actuación:

- Implantación del sistema de Calidad Total, basado en el modelo europeo EFQM, para establecer la mejora continua, como eje central de nuestra actividad. Estamos trabajando ya en este campo, con el apoyo de la Fundación Vasca para el Fomento de la Calidad “Euskalit”.
- Cooperación y coordinación con otras entidades tutelares, públicas y privadas.
- Concienciación de jueces y fiscales, para que se cumpla, estrictamente, el orden de prelación que establece el Código Civil en cuanto a la asunción del cargo de tutor. Consiguiendo que se respete este

orden, se podrá responder a la vocación con la que se creó el Instituto Tutelar de Bizkaia -que no es otra que actuar, complementariamente, respecto a las actuaciones que corresponden, en primer lugar, a otras personas físicas del entorno familiar y como garantía última del sistema de tutela, a la que acudir ante la inexistencia o inhibición de aquellas personas que, conforme al Código Civil, estarían obligadas a actuar en consecuencia-.

- En el mismo sentido, informar, a toda la sociedad, especialmente a los Servicios Sociales de Base, Centros de Salud Mental y Organismos que trabajan con personas presuntamente incapaces, así como a los familiares de éstos, de que nuestra actuación es subsidiaria respecto a las obligaciones que deben asumir determinados familiares y de que somos la garantía última, pero jamás la primera opción.
- Solicitar a los jueces y fiscales que no se limiten a traspasar la tutela, sino que se creen cauces de colaboración, en el ejercicio de la misma, para cumplir, con garantía, su fin último: la protección del incapacitado.
- Sensibilizar a las Administraciones públicas, a las distintas organizaciones sociales y a la sociedad en general sobre la problemática y necesidades de las personas mayores de edad, con capacidad legal limitada, en orden a lograr una mayor integración en la sociedad.
- Coordinación con Sanidad. A nadie se le escapa la estrecha relación existente entre los/as tutelados/as, especialmente referida a las personas con enfermedad mental, y la necesidad de atención especializada, tanto psicológica como psiquiátrica. De esta forma, resulta necesario establecer aquellos procedimientos que garanticen una atención adecuada hacia las personas que tutelamos.
- Seguir estableciendo cauces de coordinación y de colaboración con asociaciones y entidades que trabajan en el ámbito de las personas con discapacidad o con enfermedad mental.

Éstas son nuestras líneas de actuación; pero me gustaría hacer una última reflexión antes de terminar... La esperanza de vida continúa su trayectoria ascendente, el envejecimiento de la población representa un éxito social; pero esto, a veces, lleva aparejado que muchas personas vean disminuidas sus facultades, tanto físicas como psíquicas.

Teniendo en cuenta, también, la existencia de cada vez más hogares unipersonales y menos familias extensas y la mayor dispersión geográfica de las mismas, nos aboca a que todas las instituciones nos dediquemos al ejercicio de la tutela, a asumir cada vez mayor número de tutelas-curatelas. Por ello, deberemos intentar ser estrictos en la exigencia de que el orden de prelación que marca el Código Civil se cumpla, y de que nuestra labor sea la garantía última del sistema de tutela -que seamos la excepción, no la norma-; ya que, si no es así, nuestro panorama puede ser el de unas instituciones tutelares sobredimensionadas (con lo cual, en el ejercicio de la tutela, se resentiría la calidad en detrimento del tutelado).

En este sentido, en 2006, el Instituto Tutelar ya ha asumido el cargo de 27 nuevas tutelas-curatelas. Con este promedio, a finales de año, estaremos hablando de que se podrían ejercer, desde el Instituto, cerca



de 600 tutelas-curatelas.

Por último, no quisiera desaprovechar esta ocasión para agradecer al personal del Instituto Tutelar de Bizkaia su enorme implicación y dedicación, en el día a día, en aras de conseguir un mayor bienestar para las personas tuteladas. También, al personal de los centros guardadores, centros de día; a los profesionales de salud y de servicios sociales. A los profesionales de otros servicios de la Diputación Foral de Bizkaia. A todas las personas, que trabajan en las asociaciones, con las que, en cierto modo, “compartimos” muchas de las tutelas (Apnabi, Goiztiri, Bizitegi, Argia, Avifes...). Al maravilloso servicio de acompañamiento que nos presta Suspergintza en los hospitales psiquiátricos, para personas de larga institucionalización. A Eustabe, a Etxekide... En definitiva, dar las gracias a todos aquéllos que trabajan, codo con codo, con el Instituto Tutelar, en pos de la integración y normalización de las personas que tutelamos.

No quisiera, tampoco, olvidarme de la Fundación Tutelar Gorabide, que desempeña, desde 1992, una extraordinaria labor, en Bizkaia, en el ejercicio de la función tutelar.

Para finalizar, quisiera reconocer y destacar, desde aquí, la enorme labor que ha venido desarrollando y que, seguro, seguirá desarrollando en el futuro la Asociación “La Posada de los Abrazos”. El pasado viernes, tras el incendio que sufrieron y sus nefastas consecuencias, se quemó un poco de todos nosotros. Únicamente, manifestaros nuestra solidaridad y nuestro apoyo... Cuando nadie quería admitir a algunas de las personas que tutelamos, vosotros lo hicisteis. Y no únicamente eso, sino que, realmente, junto con la supervisión, el cariño y el apoyo, que recibieron nuestros tutelados, vimos que, tiempo después de abandonar la Pensión, seguíais preocupados por su situación y su evolución. En mi opinión, sois un ejemplo a seguir, en la lucha contra la exclusión; así que ¡ánimo y adelante!

Es labor de todos y todas lograr que las personas incapacitadas puedan desarrollar una vida digna y plena.

Espero que esta exposición les haya servido para conocer un poco la labor, que intentamos desarrollar, con las personas tuteladas, desde el Instituto Tutelar de Bizkaia, que “únicamente” es llevar adelante el proyecto de vida de estas personas, con los mismos derechos y garantías que el resto de los ciudadanos.

Eskerrik asko.

MODELOS DE GESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES EN MATERIA TUTELAR. EXPERIENCIAS PÚBLICAS Y PRIVADAS

D. Josep Tresserras Basela. Gerente de la Fundación Catalana Tutelar Aspanias

SUMARIO

- 1. INTRODUCCIÓN**
- 2. FUNDACIÓN CATALANA TUTELAR ASPANIAS**
- 3. ORGANIZACIÓN**
- 4. EJERCICIO DE LA TUTELA POR LA FCTA**
- 5. MODELO CATALÁN**

1. INTRODUCCIÓN

Agradezco a la Diputación Foral de Gipuzkoa la invitación a este Congreso Estatal sobre la Tutela de las Personas Adultas Incapacitadas en Situación de Desamparo.

La parte que me corresponde a mí, en esta mesa redonda, consiste en exponer cómo se está resolviendo el tema tutelar, desde nuestro ámbito autonómico, y cuál es el modelo catalán.

2. FUNDACIÓN CATALANA TUTELAR ASPANIAS

Vayamos por partes. Primero situaré la Fundación Catalana Tutelar Aspanias.

A raíz de la reforma del Código Civil del año 1983, en la que se permitía que personas jurídicas fueran nombradas tutoras de personas físicas, se fueron creando en el Estado, auspiciadas por asociaciones de padres o federaciones del sector de la discapacidad, entidades jurídicas que asumieran la tutela de las personas judicialmente incapacitadas y/o en situación de desamparo, cuando faltaran los padres.

En el año 1987, nació la Fundación Catalana Tutelar Aspanias (FCTA), con la voluntad de servir a las familias que precisaran de sus servicios tutelares. La finalidad de la FCTA, desde sus orígenes, fue tutelar a las personas con discapacidad intelectual que lo necesitaran, en cualquier forma que la ley estableciera.



Josep Tresserras, durante su exposición

Los objetivos de la FCTA consisten en dar a las personas tuteladas la mayor calidad de vida posible, siguiendo los principios siguientes:

- **Fidelidad** a la misión. Todas las actividades que se desarrollen han de estar encaminadas a conseguir la mejora de la calidad de vida de los disminuidos psíquicos.
- **Eficiencia/profesionalidad**. Capacidad de obtener buenos resultados en la gestión de los objetivos de la entidad, con los recursos disponibles y el equipo humano existente. Conseguir el máximo nivel de disponibilidad y de atención a los usuarios, por parte de éstos.
- **Austeridad**. Dado que se parte de unos recursos limitados, éstos se habrán de administrar teniendo en cuenta el máximo cumplimiento de los objetivos propuestos. Austeridad no quiere decir trabajar con recursos insuficientes; ya que si lo más importante es conseguir calidad, a pesar de trabajar con criterios de austeridad, lo prioritario será siempre la **calidad del servicio** -la cual proyectará la imagen técnica de la FCTA-.
- **Transparencia**. Las cuentas, el patrimonio y la administración general de la FCTA han de ser rigurosos y cumplir siempre los principios generales contables. Éstos se han de dar a conocer, regularmente, a los órganos pertinentes (Protectorado, Administración, Fiscalía, etc.), de manera que la sociedad pueda tener plenas garantías del trabajo realizado.
- **No prestación de servicios**. La FCTA estará desligada, directa e indirectamente, de la prestación de servicios de cualquier tipo.

En el ejercicio de la tutela de las personas, destacamos las dos dimensiones que van a determinar la organización de la FCTA.

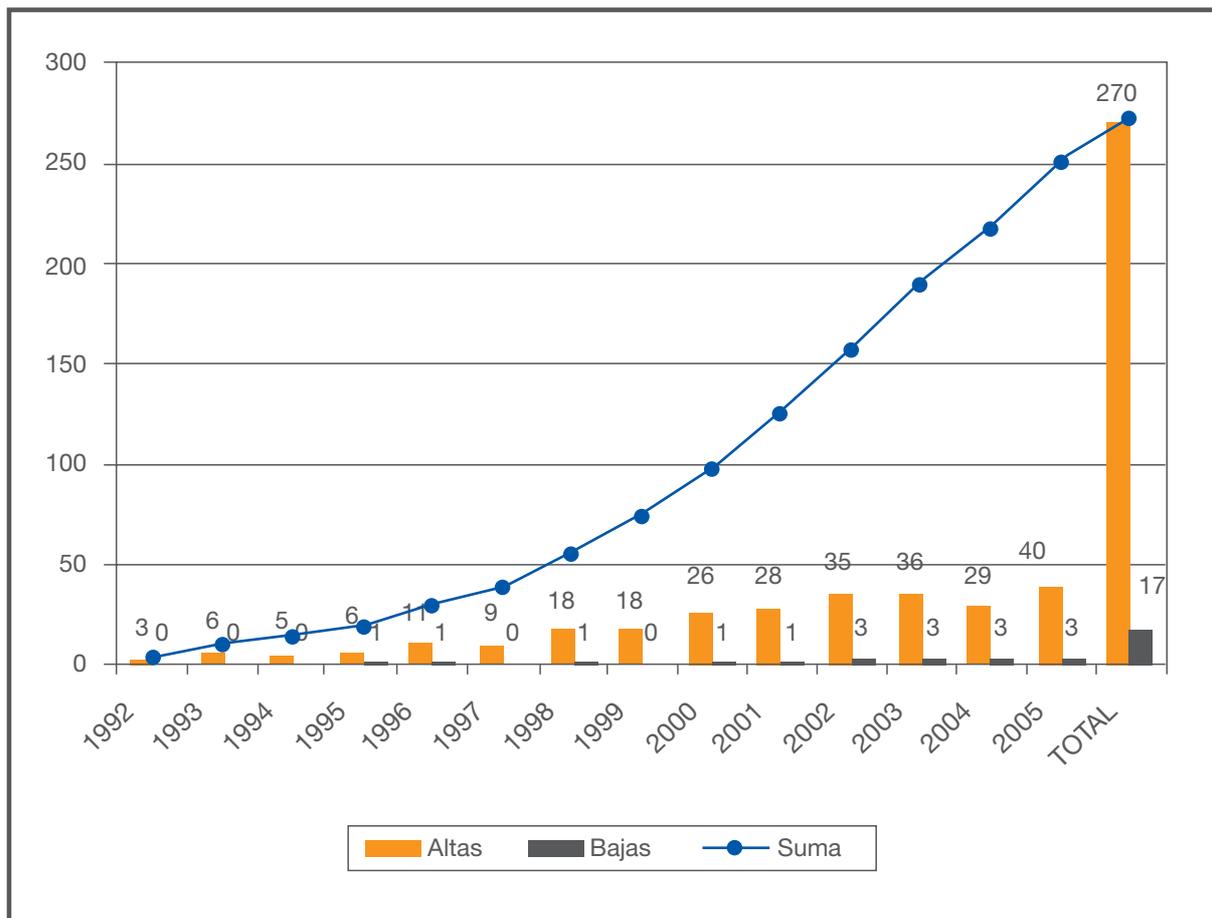
a) La dimensión personal. Para la Fundación Catalana Tutelar Aspanias, siendo una persona jurídica, aunque especializada, la dimensión personal del ejercicio de la tutela adquiere un relieve especial y plantea una atención permanente. Esto es así porque la atención de una persona discapacitada exige, principalmente, afecto y atención personal. Y es, justamente, la condición impersonal, abstracta y, más bien lejana de una Fundación la que comporta las mayores dificultades, en el momento de ejercer la tutela con proximidad y sensibilidad humana.

b) La dimensión patrimonial. Forma un todo en el ejercicio de la tutela. A pesar de que, muchas veces, sea de poca importancia, no se ha de descuidar su administración eficiente, detallada y rigurosa. Los criterios inspiradores de la dimensión patrimonial del ejercicio de la tutela son:

- Todas las operaciones y decisiones de la administración de los bienes se adoptarán para el beneficio único y exclusivo de la persona tutelada.
- Los patrimonios de cada persona tutelada, independientemente de su magnitud, estarán individualizados y se administrarán de forma personalizada.

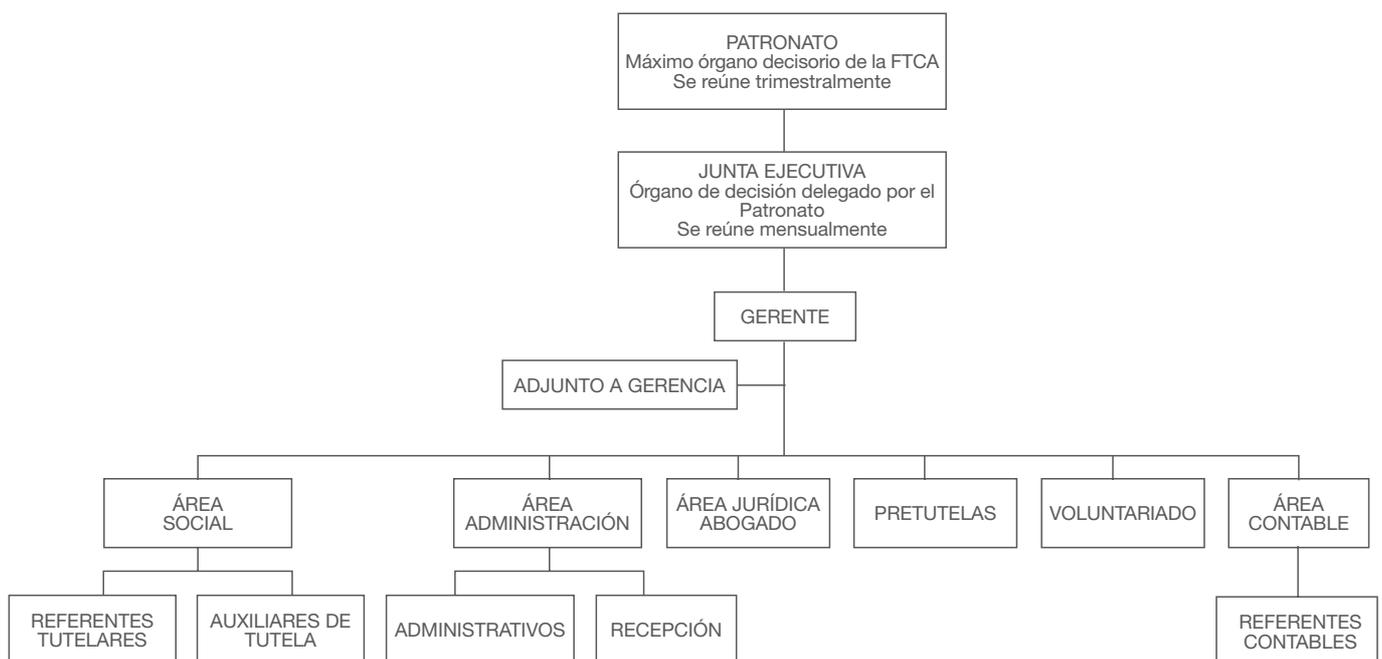
- Siempre que la sentencia lo permita, se hará partícipe al tutelado de las decisiones sobre la administración de sus bienes, pasando, gradualmente, de pequeñas decisiones, a otras más complejas.

La Fundación comenzó a asumir sus primeras tutelas en 1992. La evolución, que ha experimentado, ha sido la que se puede ver en el siguiente gráfico:



3. ORGANIZACIÓN

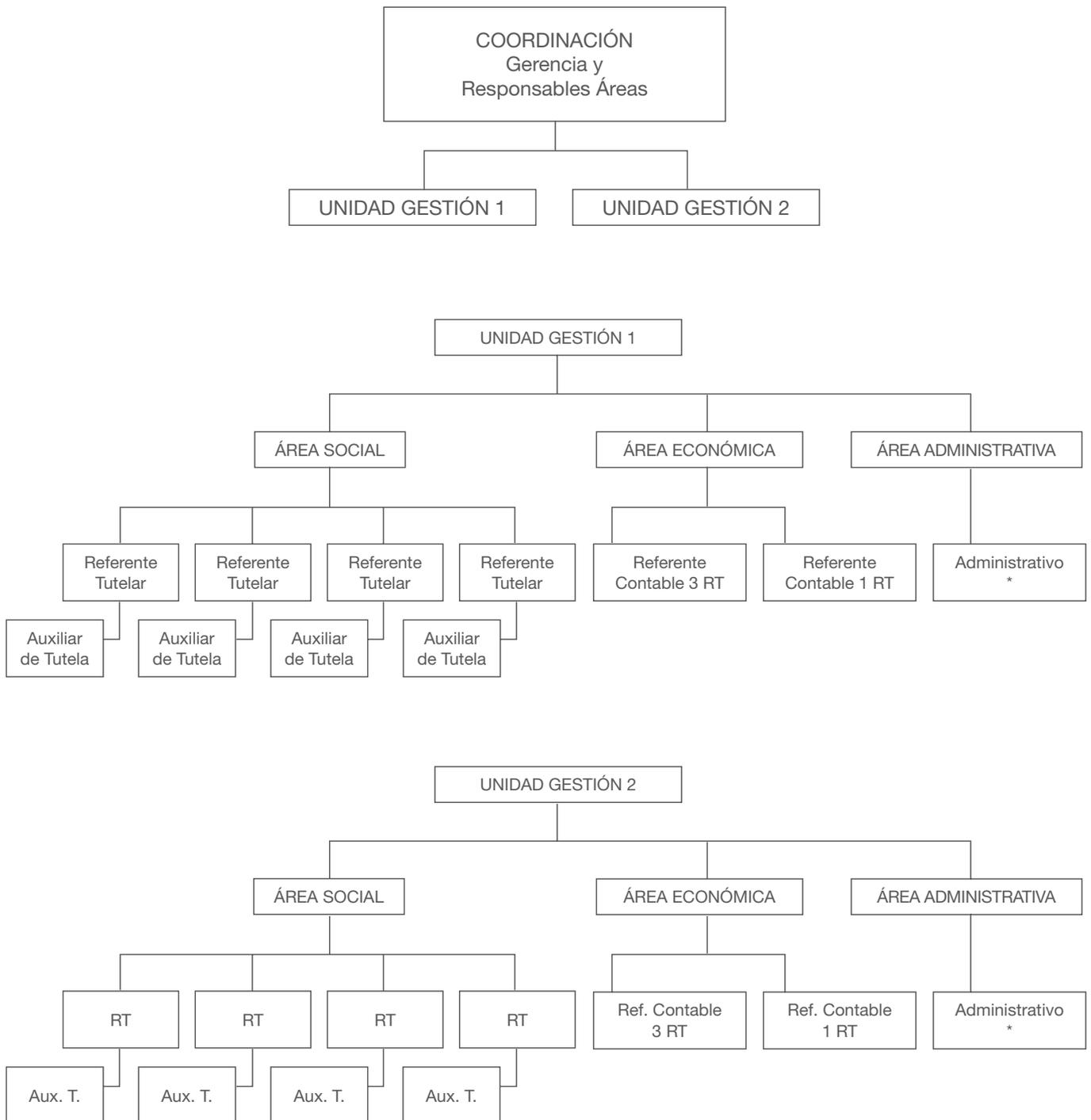
El crecimiento que hemos venido experimentando ha hecho que la organización de la FCTA sea dinámica y rápida. No hemos tenido modelos a seguir; con lo cual, nos ha tocado ser creativos, aún con el riesgo de equivocarnos, y tener que acometer cambios, con suma rapidez, para poder dar respuesta a las necesidades que han ido apareciendo. Así, nuestra actual organización es:



Tal y como se puede apreciar en el gráfico, se ha efectuado una división en las distintas áreas que responden al servicio de las personas tuteladas y de los compromisos de futuro que la FCTA ha adquirido.

Debido al crecimiento experimentado, se ha dividido la FCTA en dos Unidades de Gestión. El crecimiento -tanto en número de tutelas, como en personal- ha aconsejado esta división, a fin de poder gestionar, de forma eficaz, un número determinado de tutelas. Se justifica que se pueda hacer de forma independiente al resto de tutelas, sin que tampoco influya la ubicación geográfica de las mismas; de ahí el no haber elegido un modelo de delegaciones provinciales (hay que tener en cuenta que el ámbito de actuación de la FCTA es autonómico).

Gráficamente, lo presentamos de esta forma:



Las unidades de gestión estarán integradas por las distintas áreas que configuran la organización de la FCTA. Éstas son:

- Área social.
- Área administrativa.
- Área contable.

Hemos calculado los ratios de una unidad de gestión, de la siguiente forma:

- Unidad de gestión: 150 tutelas.
- 1 referente tutelar y 1 auxiliar de tutela: 30 tutelas.
- 1 referente contable: 75 tutelas.
- 1 administrativo: 150 tutelas.

Las áreas responden a aquellos ámbitos de la vida de la persona sobre los que se incide en la acción tutelar.

Con este tipo de organización se pretende cubrir, de forma interdisciplinar, todos los ámbitos que intervienen en la vida de la persona.

Además, las personas que trabajan en estos ámbitos deben tener autonomía suficiente para tomar decisiones, siguiendo unos mínimos principios básicos: **“Si es bueno y aceptable para mí, lo es para otra persona”** y **“Se debe hacer partícipe a cada uno, en la medida de sus posibilidades, de su propia vida”**.

Hemos conseguido este desarrollo organizativo paralelamente a las demás entidades que ejercen tutelas en Catalunya, tanto de enfermos mentales, como de tercera edad. Fruto de la reflexión colectiva, se consensuaron las áreas de gestión. Esto se plasmó en un trabajo conjunto, que contiene los mínimos que debería tener una entidad tutelar¹. Esta labor ha sido siempre auspiciada y coordinada por la **comisión de asesoramiento y supervisión de las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, que tenga asignada la de menores o incapaces**, conocida como la Comisión de Tutelas.

Desarrollado el modelo organizativo, se pasó al estudio de la financiación que ese modelo requería.

Así, actualmente, las entidades tutelares cobramos por tutela ejercida y, la mayoría, bajo la forma de convenio trianual.

¹ *Qüestions bàsiques sobre incapacitació legal i els serveis de tutela. Documents de suport 5. Serveis.* Generalitat de Catalunya. Departament de Benestar Social 2002.

Cada tutela se valora siguiendo doce parámetros, que hacen que cada una de ellas tenga una puntuación, que la coloca dentro de un módulo: A, B, C y D. Cada módulo tiene un precio, que se multiplica por el número de meses en que se ha ejercido esa tutela durante el año. Dentro de estos parámetros, para la ponderación se tiene en cuenta el grado de dificultad del ejercicio de la tutela, si ésta es del primer año o no, sus patologías, etc. El ejercicio de la tutela no se cierra con la muerte del sujeto a tutela, sino con la rendición final de cuentas; es decir, con el plazo máximo que señala la ley: seis meses.

Al final de cada año, se hace un balance de altas y bajas, o cambios de módulo, y se abona la diferencia.

Destacaría que los módulos que paga la Administración, no responden a los ratios que nosotros, como fundación, creemos son los adecuados para prestar un servicio de calidad. Los ratios que en estos momentos paga la Administración, son superiores en el área social; en las demás áreas, prácticamente, no se contemplan.

Al mismo tiempo que se trabajaron el modelo organizativo y el económico, la Comisión de Tutelas junto con las entidades del sector, consensuó unos indicadores de calidad, que fueron aprobados en el año 2002. Todas las entidades pasamos una auditoría de calidad. Este año, volverá a haber una auditoría y se trabaja en una nueva edición de los IQ, a cumplir en el año 2009.

4. EJERCICIO DE LA TUTELA POR LA FCTA

La actuación de la FCTA va dirigida al colectivo de personas con discapacidad intelectual incapacitadas judicialmente, dentro de la Comunidad Autónoma de Catalunya.

Una de la mayores dificultades para la actuación profesional de la FCTA, como entidad jurídica, es poder explicar a los propios usuarios de la FCTA -personas con discapacidad intelectual-, que el tutor no es la persona física con la que se va a relacionar, ya sea el referente tutelar o el auxiliar de tutela.

Ello requiere el esfuerzo de todo el personal de la FCTA para que la persona se sienta acogida, desde el primer momento, y vea la propia FCTA como un lugar accesible, al que se puede ir o llamar con facilidad.

Para esto, es necesario que los pupilos conozcan a todas las personas que trabajan en la Fundación. Objetivo que hemos conseguido a través de visitas a los locales de la FCTA y de reuniones de entretenimiento que llevamos a cabo a lo largo del año.

Una vez al mes, nos reunimos todas las personas tuteladas que pueden y quieren, los trabajadores de la Fundación, patronos y voluntarios (llámense delegados tutelares o padrinos). Se trata de meriendas, con una duración aproximada de dos horas, que, después de casi diez años realizándose, han servido no sólo para este conocimiento del que hablábamos, sino para que los tutelados se conozcan entre ellos.

Asimismo, por Navidad, se organiza una comida con todos ellos. Éstas no son más que fórmulas que nos han ayudado al ejercicio de la tutela, de forma próxima y responsable.

Otro punto de responsabilidad, en el ejercicio de la tutela, es la transparencia de la gestión. Estamos convencidos de que para un buen desarrollo del ejercicio de la tutela, es necesaria la presentación, en tiempo y forma, de la rendición de cuentas y del informe personal de la persona tutelada al Juzgado.

5. MODELO CATALÁN

Para terminar, una breve referencia a lo que se ha llamado modelo catalán.

Cuando se habla de modelo catalán, imaginamos que se refiere al modelo que la Administración catalana ha querido para sí; es decir, que seamos las entidades privadas las que ejerzamos la tutela de personas.

Para llegar a este modelo, hay que tener en cuenta que, en Catalunya, la sociedad civil siempre ha sido muy activa y ha desarrollado aquello que creía que le era necesario, en beneficio de toda la comunidad. De ahí la existencia de multitud de asociaciones y fundaciones de todo tipo.

La Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la Tutela e Instituciones Tutelares, en una de sus Disposiciones Adicionales, preveía la creación de un Órgano de Asesoramiento y Supervisión de las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, que tengan asignada la tutela de menores o incapaces. Normalmente, a dicha Comisión, se la conoce con el nombre de Comisión de Tutelas.

El Decreto 266/98, de 6 de octubre, modificó la composición de dicha Comisión, ampliando su número de miembros.

En ella, están representados:

- Dos personas del Departamento de Sanidad y Seguridad Social.
- Dos personas del Departamento de Justicia.
- Dos personas del Departamento de Bienestar y Familia.
- Cinco personas, dedicadas al ejercicio de la función tutelar, en representación de las personas sin ánimo de lucro (dos personas de entidades tutelares de disminuidos psíquicos, dos personas de entidades tutelares de enfermos mentales y una persona de entidades tutelares de personas mayores).

Las funciones básicas de la Comisión:

- Promover, ayudar, realizar el seguimiento y el control del buen funcionamiento de las entidades tutelares.
- Asesorar y proponer a los Juzgados la entidad tutelar más idónea para encargarse de cada caso.

En los últimos años, se ha dado un gran impulso a la Comisión, cuyas actuaciones más destacadas son:

- Evaluación para las bases de un código ético.
- Creación y evaluación de un plan externo de calidad.
- Plan de formación para profesionales de las entidades.

- Nuevo plan de financiación y conversión de subvenciones en convenios.
- Nuevo registro informatizado de personas tuteladas por entidades.
- Creación de nuevas entidades tutelares.
- Creación de Unidades de Atención Psiquiátrica especializadas para personas con grave discapacidad y alto riesgo (UAPE), en los hospitales psiquiátricos vinculados a las fundaciones tutelares. Son de carácter temporal y su función es atender los casos psiquiátricos y sociales más complejos.

Las entidades tutelares que quieran ejercer la tutela, deben darse de alta en la Consejería de Bienestar y Familia como Servicio de Tutela.

Actualmente, hay 46 entidades que tienen registrado un servicio de tutela, lo que no quiere decir que todas las entidades registradas estén, en estos momentos, ejerciendo la tutela.

La Comisión ha promovido la creación de entidades tutelares en las zonas o ámbitos más carenciales.

Asimismo, ha creado un registro informatizado, en el que cada entidad tutelar tiene la obligación de facilitar una serie de datos sobre la persona que se tutela, así como su situación de alta o baja como tutela.

Es ya práctica común en la Comunidad que los Juzgados y el Ministerio Fiscal se dirijan a la Comisión para pedirle que informe sobre la entidad tutelar más idónea para ejercer la tutela de una persona en concreto:

- Se manda a la Comisión la sentencia de incapacidad de la persona, así como el informe médico forense.
- La Comisión valora el caso, recabando más información si es preciso, y pide a una entidad en concreto que estudie el caso.
- La entidad tutelar responde a la Comisión.
- La Comisión comunica al Juzgado qué entidad es la más idónea.

En el año 2003, se creó un recurso específico para facilitar que las fundaciones dedicadas a la tutela de personas con enfermedad mental pudieran aceptar y desarrollar, correctamente, la tarea de tutor: las Unidades de Atención Psiquiátrica Especializada para personas de grave discapacidad y alto riesgo (UAPE).

Las UAPE son 70 plazas, repartidas en cinco hospitales psiquiátricos, y están orientadas a la atención integral e intensa de procesos graves, en los que se necesita organizar un plan global de atención estable, a medio y largo plazo. Se prevé que las estancias sean temporales, hasta un máximo de dos años, salvo excepciones.

Estas UAPEs están integradas dentro de los dispositivos de la red de Salud Mental de Catalunya. Están financiadas en esta proporción: 60%, Consejería de Sanidad y 40%, Consejería de Bienestar y Familia.

Actualmente, entre las distintas entidades tutelares, se están tutelando, en Catalunya, a más de dos mil personas.

La Comisión de Tutelas también ha propiciado que se publiquen, o se hagan estudios al respecto, en las publicaciones de la Generalitat de Catalunya:

- Qüestions bàsiques sobre incapacitació legal i els serveis de tutela. Documents de suport 5. Serveis. Generalitat de Catalunya. Departament de Benestar Social 2002.
- Avaluació externa de la qualitat de les entitats tutelars de Catalunya. Entitats Tutelars. Indicadors d'avaluació de qualitat. Departament de Benestar i Família 2002.
- *Família: 1^a Jornada de les Entitats Tutelars 27 novembre 2002*. Col·lecció Parlem de la Família núm. 3. Departament de Benestar i Família 2003.
- Millora de al coordinació entre entitats tutelars i entitats proveïdores de serveis. Anàlisi de la situació i proposta de recomanacions. Documents de suport. Bones praxis núm. 2. Departament de Benestar i Família 2005.



PONENCIA DE SÍNTESIS

D. José Luis de la Cuesta Arzamendi. Presidente de la Fundación Tutelar Hurkoa. Catedrático de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal

SUMARIO

1. LA TUTELA, UNA INSTITUCIÓN POCO Y MAL CONOCIDA
2. NECESIDAD Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA TUTELA, EN LA ACTUALIDAD
3. MODELOS DE ATENCIÓN A LOS INCAPACES
4. LOS NECESARIOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: EN PARTICULAR, PREPARACIÓN DE LA PROPIA TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD
5. LA INCAPACITACIÓN. UNA DECISIÓN DIFÍCIL, QUE TAMBIÉN ES PRECISO PREPARAR
6. LA TUTELA COMO DEBER. RESPONSABILIDAD DEL TUTOR
7. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE GARANTIZAR EL DERECHO UNIVERSAL Y SUBJETIVO A LA TUTELA
8. LOS SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS DE TUTELA
9. LA “CARTERA DE SERVICIOS DE APOYO A LAS TUTELAS”
10. CONCLUSIÓN



Como Presidente de Hurkoa Fundazioa, constituye para mí un honor especial presentar la síntesis de este Congreso Estatal sobre la Tutela de las Personas Adultas Incapacitadas en Situación de Desamparo, tratando de destacar los aspectos más relevantes de los trabajos realizados, así como las principales conclusiones.

Antes de comenzar, procede, en cualquier caso, manifestar la alegría que, para cuantos nos movemos en el área tutelar, representa el éxito de este congreso estatal. Un éxito, resultado del esfuerzo de las entidades organizadoras, pero también del interés y participación de todos los asistentes a las sesiones de trabajo.

1. LA TUTELA, UNA INSTITUCIÓN POCO Y MAL CONOCIDA

No es fácil que una institución pueda cumplir adecuadamente su cometido, si socialmente se desconoce o carece de respaldo, así como si no cuenta con una eficiente regulación.

Nacida para garantizar el bienestar y los derechos de las personas incapacitadas, la tutela es, en la actualidad, una institución poco y mal conocida, incluso para los propios operadores jurídicos, los cuales -tal vez por el hecho de su regulación, en el mismo título X, del Libro I del Código Civil- no siempre distinguen suficientemente entre tutela y curatela. Aplicando ésta, de modo casi sistemático, para todas las incapacidades parciales, cuando muchas de ellas lo que requieren es una tutela para algún aspecto concreto: por ejemplo, el cuidado de la salud o la administración del patrimonio. Tutela y curatela son, sin embargo, instituciones jurídicas de presupuesto y alcance bien distintos; mientras que la curatela somete al individuo a la necesidad de contar con el curador para la realización de ciertos actos, el tutor:

- debe velar por la salud, bienestar, formación integral e inserción social del tutelado (menor o incapacitado);
- es el administrador legal de su patrimonio y
- asume su representación, salvo en aquellos actos que éstos puedan realizar por sí solos, por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación.

Cualquier intervención dirigida a favorecer la institución tutelar, debería, por ello, comenzar por una intensa labor de difusión social de su sentido y función, que presente a la tutela como aquello que le da sentido y está llamada a ser: un sistema de intervención y asistencia para los incapacitados que, respetando su personalidad, características y capacidades, sirva, efectivamente, de complemento en todo aquello que necesitan, por ejemplo: favoreciendo su desarrollo personal; promoviendo sus habilidades; respetando sus deseos y anhelos, sus opciones y decisiones; en suma, haciendo partícipe a cada tutelado de su propia vida, en la medida de sus posibilidades. Y todo ello, prestando una especial atención a los apoyos humanos, personales, afectivos y relacionales, de notable incidencia en la calidad de vida de cualquier persona (no sólo las incapacitadas).

2. NECESIDAD Y FUNCIÓN SOCIAL DE LA TUTELA, EN LA ACTUALIDAD

El aumento de la esperanza de vida, los crecientes riesgos a los que todos nos vemos sometidos, así como la más frecuente supervivencia de los hijos incapacitados respecto de sus padres, van determinando un constante incremento de las personas que -por edad, accidente o enfermedad- precisan de intensa atención y asistencia, hasta para la defensa de sus derechos.

De manera simultánea, el sistema tradicional de atención a los incapaces, en la esfera familiar, pierde, día a día, terreno, debido a la evolución de los usos sociales y a la transformación del propio modelo de familia. Prescindiendo de los profundos cambios de los modelos de pareja, en la sociedad occidental, la familia extensa (abuelos, hijos/hermanos y nietos) ha dado paso a un modelo de familia reducida (padres e hijos) y, no pocas veces, geográficamente dispersa, lo que, en el mejor de los casos, aun si se mantienen los vínculos familiares en toda su intensidad, dificulta la aplicación de las soluciones tradicionales de atención al incapaz.

A su vez, la progresiva transformación de la posición y protagonismo laboral y social de la mujer viene a complicar la situación, pues ella ha sido, tradicionalmente, quien ha asegurado, en el seno del núcleo familiar, el apoyo continuo a las personas dependientes.

La sociedad occidental observa con preocupación esta evolución, en la que los métodos tradicionales de abordaje y atención de las situaciones de incapacidad en el entorno familiar, han hecho crisis, precisamente cuando mayor es la necesidad de intervención, derivada del aumento de las situaciones de incapacidad y de la mayor sensibilidad social, en cuanto a la garantía de los derechos. Y puesto que nadie duda de que la sociedad debe contar con instrumentos adecuados, para hacer frente a las situaciones de incapacidad y de dependencia, se vuelve hacia la tutela, la vía jurídica tradicionalmente establecida para atender, velar por el bienestar y defender los derechos del incapaz.

3. MODELOS DE ATENCIÓN A LOS INCAPACES

Frente al modelo tradicional familiar, fundamentalmente informal, el representado por la tutela, tal y como generalmente la hemos conocido, se presenta como un modelo judicial, formalizado, muy centrado en la defensa y garantía de los derechos del tutelado -de ahí, los controles establecidos para el seguimiento del ejercicio de la función tutelar-. Ahora bien, la experiencia confirma ampliamente (en particular, a partir de la intensificación del modelo judicial en España, por parte de la reforma de 1983) que la intervención judicial en modo alguno es capaz de asegurar, por sí misma, el cumplimiento por la tutela de todos sus objetivos -entre los que, sin perjuicio del respeto de sus derechos, la garantía de una adecuada atención (material) al incapaz y dependiente debería ser primordial-.

Obviamente, corresponde a la sociedad asegurar que la tutela se dé cuando realmente se necesite, respetando al máximo la voluntad del incapaz y sus derechos y con unas condiciones y presupuestos adecuados, promoviendo su ejercicio conforme a las mejores prácticas. En este sentido, la labor de difusión social, antes referida, debería ir acompañada de una completa regulación jurídica del abordaje

de las situaciones de incapacidad; organizando, de un modo razonable y eficaz, los instrumentos puestos a disposición de los ciudadanos, con tal fin.

4. LOS NECESARIOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: EN PARTICULAR, PREPARACIÓN DE LA PROPIA TUTELA Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Toda regulación jurídica que se mueva en la línea de lo indicado, habría de comenzar por permitir, legalmente, la adopción, por parte del interesado, de las disposiciones oportunas para hacer frente a su posible incapacidad o para regular todo lo relativo a la tutela de los incapaces que de él dependan, tras su fallecimiento.

En realidad, a partir de las últimas reformas legislativas¹, son varios los instrumentos jurídicos que permiten



José Luis de la Cuesta, en un momento de su ponencia

¹ Ver, en particular, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 277, 19 noviembre 2003).

la preparación de lo anterior, así como la regulación de la situación de incapacidad por el propio interesado. Junto a la aplicación de determinadas previsiones sucesorias específicas, como las sustituciones fideicomisarias o legados, se dispone así de:

- la autoincapacitación,
- el mandato (“poderes”) preventivo(s), y
- la autotutela.

No todos presentan el mismo nivel de respaldo legal y doctrinal.

La autoincapacitación (artículo 757,1 Ley de Enjuiciamiento Civil) sigue suscitando fuerte prevención y desconfianza, por el riesgo de que se traduzca en una especie de renuncia a vivir como ciudadano -de aquí la insistencia en la sujeción a un riguroso control judicial, para asegurar, de manera efectiva, que quien la promueve reúne todas las notas características que la justifican-.

También, respecto de los poderes preventivos (artículo 1732 Código Civil), se subraya la necesidad de que el interesado establezca los criterios y vías a utilizar, para garantizar el respeto de su voluntad, al tiempo que se recomienda que, en los documentos notariales, se precise la instancia a la que acudir, para determinar el momento inicial de incapacidad.

En cuanto a la autotutela (artículos 223 y 234 Código Civil), su regulación no deja de presentar puntos oscuros (como, por ejemplo, el alcance del nuevo párrafo, añadido al artículo 239, por la reforma de 2003²).

Fruto del debate jurídico que va avanzando, en cuanto a la admisibilidad de éstos y otros instrumentos, y sin perjuicio de las dificultades, existe ya, por consiguiente, un ámbito de autonomía y libertad, legalmente reconocido, que permite, a quien lo desee, organizar los medios de atención de una eventual situación sobrevenida de incapacidad, que le pueda afectar en un futuro. Socialmente, procede fomentar la difusión y extensión del conocimiento de estos instrumentos por parte de la población en general, facilitando el establecimiento de criterios para la determinación del inicio de la incapacidad, garantizando el respeto de las decisiones del que ha devenido incapaz y asegurando que, llegado el momento, el ejercicio de la función tutelar, así constituida, perseguirá ayudarles a seguir adelante (aunque, evidentemente, de otra manera), en la realización de su proyecto de vida personal:

- respetando, siempre que sea posible, sus deseos y anhelos personales y potenciando, en las mismas

² Dispone el nuevo párrafo: “La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces, cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá, por ministerio de la Ley, la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce, de hecho, a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben, de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

condiciones, sus cualidades y habilidades;

- graduándose y adecuándose, en todo momento, a sus capacidades, por muy disminuidas que éstas puedan encontrarse; y
- complementándolas, en lo que resulte indispensable, para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos.

En cualquier caso, y junto a lo anterior, conviene indicar que, a pesar de la crisis, la familia sigue siendo el entorno natural de atención de las situaciones de incapacidad, al que debe acudir no sólo en los casos de individuos incapaces desde muy temprana edad, sino también en el supuesto de personas adultas incapacitadas. Es al entorno familiar a quien le corresponde asumir, en primer término, la atención del incapaz y prestarle los apoyos afectivos que se precisen. Obviamente, las familias de los incapaces deberían contar, en todo momento, con el imprescindible apoyo jurídico y social para desarrollar, adecuadamente, la atención que desean y han de prestar.

Sólo en el caso de que la familia no exista, no sea idónea o se inhiba, deberían intervenir las instituciones tutelares. Y es que, en realidad, el papel de éstas ha de ser subsidiario, sin que ello suponga descarga alguna del deber de apoyo a las familias y de seguimiento de las situaciones de incapacidad. Para garantizar que la atención se produce por los cauces legítimos, el papel de las instituciones no consiste en ocuparse de todas las situaciones de incapacidad, sino en hacer frente a los supuestos de abandono o desamparo, por inexistencia de previsiones propias (o si éstas resultan inaplicables), dispuestas por el interesado o sus padres o tutores desaparecidos, o por indisponibilidad del entorno familiar o detección, en éste, de patologías que aconsejan sustraerle del ejercicio de esta responsabilidad.

5. LA INCAPACITACIÓN. UNA DECISIÓN DIFÍCIL, QUE TAMBIÉN ES PRECISO PREPARAR

Toda tutela parte de una situación: la incapacidad. Ahora bien, la constatación y declaración oficial de la incapacidad es, en general, una competencia judicial, que se manifiesta a través del proceso de incapacitación. Una decisión ciertamente difícil, pues consiste en declarar que una persona (que era tenida por capaz) ha perdido la capacidad de obrar -algo que, en principio, las percepciones sociales no consideran, en modo alguno, positivo-.

Hay que promover un cambio radical de perspectiva.

La incapacitación no es ningún daño, afrenta o agresión al incapaz y no puede considerarse como tal. La incapacitación constata la situación de incapacidad y su meta es dar paso a la tutela; es el presupuesto para la aplicación de ésta, una institución establecida, para ayudar a llevar mejor la situación de incapacidad, abriendo la puerta a un conjunto de intervenciones beneficiosas para el incapaz. Su sentido y función (como más arriba se decía) no es sino apoyarle para que prosiga (de otro modo), en la medida de lo posible, con su proyecto de vida personal.

Ciertamente, esto no rebaja la gravedad y dificultad de la decisión de incapacitar. La incapacidad resulta, por naturaleza, graduable y la incapacitación -que ha de adoptarse, siempre que se encuentre plenamente justificada, pero sólo a partir de ese mismo momento- debería, igualmente, acomodarse al grado de

incapacidad. Por todo ello, evitando dilaciones indebidas, la incapacitación no puede ser sino un proceso cuidadoso, que requiere una adecuada preparación.

En realidad, y debido a sus importantes repercusiones, la preparación de la incapacitación debe comenzar con anterioridad a la propia solicitud de la misma. Ésta no debería plantearse como una propuesta *ad cautelam* (por si acaso), sino como la consecuencia de una valoración previa, realizada a partir de todos los elementos disponibles -aunque, quizá, todavía no constituyan dictámenes formales, plenamente contruidos-. Esta primera valoración corresponde, naturalmente, a quienes se encuentran, directamente, en contacto con la persona que se manifiesta incapaz, quienes deberían recibir la correspondiente formación al respecto, con el fin de disponer de criterios y herramientas técnicas, suficientemente contrastados y solventes.

La preparación de la incapacitación requiere, a continuación, la formalización de los correspondientes dictámenes.

En primer lugar, el dictamen médico, en torno a la capacidad del sujeto. Éste no ha de confundirse con un dictamen de diagnóstico; debe centrarse en la determinación de las capacidades funcionales del sujeto. No se trata, por ello, de decir si éste tiene una determinada afección y precisa un determinado tratamiento, sino de determinar el grado de incapacidad y responder, así, a las necesidades de quien ha de tomar la decisión judicial de incapacitar. Y es que la incapacitación no es una decisión médica, sino judicial: es el juez el responsable de declarar la incapacitación y todos sus términos.

Con el dictamen médico, no debería agotarse la fase preparatoria del proceso de incapacitación. Si el resultado de la incapacitación va a ser la tutela, al tiempo que se insta la incapacitación, debería procederse a un estudio completo de la situación individual (dictamen social), dirigido a detectar los medios con los que se cuenta, para la eventual aplicación de la tutela. En esta línea, la aportación que pueden realizar trabajadores sociales, al servicio de la Administración de Justicia, es muy importante. Aún más, sería deseable que las informaciones, que recibe el juzgador, no se traduzcan, meramente, en unos dictámenes separados, elaborados cada uno por su cuenta, sino que se debe buscar la coordinación de informaciones (muchas veces, los datos aportados por los trabajadores sociales son fundamentales, de cara a apoyar elementos, incluidos en el propio dictamen médico).

El órgano jurisdiccional declara la incapacidad a través de un proceso -que se suele ver encarecido, por la exigencia de intervención de un abogado y un procurador-, que culmina en la sentencia de incapacitación. Sin embargo, mientras llega la sentencia, se constatan, en ocasiones, situaciones provisionales de incompetencia, a las que debería poderse hacer frente, con instrumentos (también jurídicos) apropiados. Dejando al margen la inaceptable conducción por la fuerza pública uniformada -en el caso de los internamientos forzosos-, resulta particularmente importante el esclarecimiento de la situación jurídica de los tratamientos ambulatorios no voluntarios, sobre los que existe gran incertidumbre, por no contar con el reconocimiento legal preciso, y que es urgente demandar.

De otra parte, conviene insistir en la necesidad de intensificar la creación de Juzgados especializados, no sólo con el fin de evitar las importantes diferencias de criterio, que tantas veces se constata en la

práctica -incomprensible, para los que trabajan en el terreno-, sino también, para asegurar el éxito de la función tutelar. Es igualmente imprescindible reclamar una mayor dotación de medios, al servicio de los órganos especializados (fiscalías y tribunales) en incapacitaciones y tutelas.

La sentencia de incapacitación da lugar a una serie de consecuencias, dentro de las cuales el establecimiento de la tutela va a ser, ciertamente, el punto central. A pesar de los avances que se observan, sigue chocando, a muchos intervinientes, la frecuente falta de coordinación y de unificación de criterios, en cuanto a la aplicación de la tutela, así como del respeto del ya evocado principio de subsidiariedad.

Por otro lado, y en lo que concierne al control de las tutelas, frente al extendido control judicial y fiscal puramente formal -de corte inspector-, habría de promoverse un control de carácter proactivo. Esto es: al tiempo que se asegurara el respeto de las facultades y derechos del tutelado, se facilitara el ejercicio de la tutela, por parte de las personas físicas o jurídicas que la tengan encomendada:

- agilizando los trámites y procedimientos,
- evitando que éstos devengan especialmente costosos,
- potenciando intervenciones flexibles y acomodadas al caso concreto, y
- aprovechando, de verdad, todas las posibilidades, legalmente abiertas, para garantizar el beneficio del tutelado.

6. LA TUTELA COMO DEBER. RESPONSABILIDAD DEL TUTOR

Declarada la incapacidad, entra en juego la tutela y ésta se configura legalmente como un deber, del que sólo puede librarse el designado tutor -persona física o jurídica-, en los supuestos de excusa legalmente tasados. El tutor no debe convivir con el tutelado, pero ha de ejercer sobre éste -menor o adulto- funciones similares a las de un progenitor sobre su hijo o hija -para lo que contará, bien con el patrimonio del tutelado o, en su defecto, con los medios que, desde las Administraciones públicas u otras instancias, se pongan a su disposición-.

El cumplimiento de los deberes tutelares genera una importante responsabilidad personal y jurídica.

Centrándonos en la posible responsabilidad civil, las empresas de seguros plantean dificultades para su cobertura, por considerar que no cuentan con instrumentos apropiados, para asumir los posibles riesgos. En este sentido, la Administración debería apoyar la aplicación de pólizas adecuadas, que permitan ofrecer a los tutores la tranquilidad de que si (por actuaciones no temerarias o dolosas) se incurre en alguna responsabilidad civil, ésta será cubierta, a través de vías actuariales normalizadas.

El ejemplo de la responsabilidad civil pone de relieve una característica de la tutela que conviene no olvidar: la tutela es, en realidad, “un papel”, una sentencia, que obliga a alguien a desarrollar toda una serie de actividades en favor de otro, incapacitado, necesitado de atención y apoyo, pero que no garantiza la existencia (o, en su defecto, la puesta a disposición, por parte de alguna instancia) de los medios que se precisen, para un apropiado cumplimiento de los deberes tutelares.

7. EL DEBER DE LA ADMINISTRACIÓN DE GARANTIZAR EL DERECHO UNIVERSAL Y SUBJETIVO A LA TUTELA

Como ya se ha dicho, salvo en supuestos patológicos que lo desaconsejen, el entorno familiar debería ser el encargado de asumir la tutela (y así se deduce del artículo 234 del Código Civil, que establece el orden de preferencias para el nombramiento de tutor). Como resultado de la iniciativa ciudadana o institucional, existen, también, instituciones tutelares que se hacen cargo de la tutela, en los supuestos de imposibilidad de recurrir al entorno familiar -como en el caso de los incapaces adultos en situación de desamparo-.

Ahora bien, salvo en supuestos de tutelados de amplios recursos, resulta ilusorio pensar en una llevanza apropiada de la tutela, sin apoyos externos suficientes. Por ello, conviene no olvidar que, legalmente, es a los poderes públicos, competentes en materia de servicios sociales, a quienes corresponde garantizar el derecho universal y subjetivo a la tutela de todo incapacitado -muy en particular, de los desamparados-.

Evidentemente, los poderes públicos podrían asegurar este derecho, asumiendo, directamente, las tutelas que los jueces les encomienden; es más, ésta sería la única solución, en los casos de personas para las que no se encuentre tutor. Las naturales resistencias suscitadas, en los poderes públicos competentes -en la materia por la eventualidad de deber asumir, directamente, estas tutelas-, ha llevado a la creación de entidades especializadas o a contar con el apoyo de estructuras y entidades, surgidas de la iniciativa social.

La existencia de entidades públicas o privadas, especializadas en el ámbito tutelar, no exime a los poderes públicos del deber de garantizar el derecho subjetivo y universal a la tutela. Un deber, cuyo cumplimiento pasa, necesariamente y en primer lugar, por la definición de la política tutelar.

Los poderes públicos tienen, pues, en primer término, la obligación de fijar los objetivos y el alcance de la política, que van a desarrollar, en materia tutelar, descendiendo del nivel de los principios generales al de las estrategias, metas y objetivos específicos y aportando los correspondientes indicadores, que permitan la evaluación periódica de su grado de cumplimiento, en un proceso de aseguramiento de la mejora continua.

Establecido lo anterior, los puntos centrales a reclamar de la intervención pública, en materia tutelar, son dos:

- De un lado, la generación de dinámicas que promuevan y, en la medida de lo posible, aseguren la mayor coordinación de los diferentes servicios que intervienen en el área tutelar: servicios sociales, sanitarios, judiciales...
- De otro, la dotación de los recursos que se precisan, para la prestación de los servicios de tutela, con el nivel y alcance definido por la política tutelar.

8. LOS SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS DE TUTELA

Las experiencias conocidas ponen claramente de manifiesto las dificultades a las que se enfrenta la llevanza de las tutelas, incluso en los casos de tutelados con situación económica holgada, si no se cuenta con unos servicios sociales especializados.

Evidentemente, no hay un único modelo para los servicios sociales especializados de tutela, sino que éstos pueden actuar, eficazmente, en el seno de modelos distintos (públicos, privados, mixtos), siempre que se estructuren evitando solapamientos innecesarios y aseguren la cobertura de todas las áreas de actuación.

Dos aspectos merecen una especial mención en este marco: la atención de las urgencias y el área de voluntariado.

La atención de las urgencias constituye un punto candente en la intervención tutelar. Sólo en la eficaz coordinación e integración de los esfuerzos de las distintas instancias que intervienen en el área tutelar, puede encontrarse la clave del adecuado abordaje de las situaciones de urgencia más acuciantes.

Por lo que respecta al voluntariado, éste desempeña, en la actualidad, un papel decisivo e insustituible en la atención básica a los tutelados, en lo referente a sus necesidades específicas de apoyo. Como la experiencia de las entidades privadas pone de manifiesto, sin ellos sería impensable llegar a todos los tutelados y, muy en particular, el seguimiento personal de los mismos. Se trata, por ello, de un área que conviene, especialmente, cuidar.

En todo caso, y debido a las características mismas del área en que operan, con independencia del modelo seguido, los servicios especializados de tutela habrán de ser, sin duda, especialmente cuidadosos en el respeto de determinados principios de intervención: defensa de los derechos individuales, no discriminación, autonomía, proximidad, transparencia...

9. LA “CARTERA DE SERVICIOS DE APOYO A LAS TUTELAS”

En la práctica, las entidades tutelares constituyen la vía, a través de la cual se organizan, en la actualidad, los servicios sociales de tutela. Son ellas, creadas por la Administración o, sobre todo, surgidas a partir de la iniciativa social, las que se ocupan de garantizar los apoyos jurídicos, administrativos y económicos de la acción tutelar, particularmente en el caso de los incapaces desamparados, prestando especial atención a los aspectos humanos, personales y afectivos de los tutelados.

Pues bien, de manera especial, allá donde la intervención tutelar reposa -predominantemente, sobre entidades tutelares procedentes de la iniciativa social-, la situación de éstas experimentaría una

transformación radical si, en el marco de la política tutelar, definida por la Administración, se avanzara hacia la aprobación de una “Cartera de servicios de apoyo a las tutelas”, dirigida a asegurar su acción, concertada e integrada en el marco de los servicios sociales. De este modo, la tutela, en tanto que se trata de respuesta al derecho subjetivo y exigible de los incapacitados que la precisen, puede desplegarse como corresponde: esto es, en clave de universalidad y con las condiciones de calidad requeridas.

El Proyecto de “Cartera de servicios de apoyo a las tutelas”, que se viene impulsando, fundamentalmente en Catalunya, persigue lo indicado y propugna un reconocimiento normativo (a poder ser, con rango legal) de los servicios de apoyo a la tutela que, mediante el establecimiento de las correspondientes estructuras públicas y/o mediante la concertación con las entidades tutelares acreditadas, al mismo nivel que para los demás servicios sociales, permita:

- la definición por la Administración de su contenido y alcance, así como los niveles de calidad de las prestaciones a asegurar; y
- la determinación de los índices y parámetros de dotación y financiación de cada servicio.

10. CONCLUSIÓN

La integración de los servicios tutelares, en el seno de los servicios sociales -asegurando la coordinación y dotación de medios, a todos los niveles-, constituye un reto inaplazable para una sociedad, que desee caminar por la vía de la integración y la justicia, y en la que la solidaridad y el apoyo, sobre todo a las personas más desfavorecidas, sea cometido clave de la intervención pública y social.

La realidad de la problemática y necesidades de las personas incapacitadas es, ciertamente, acuciante y, ante la creciente progresión del número de afectados y las previsiones de futuro, debería llevar a la adopción de decisiones eficaces, de parte de los poderes públicos, que garanticen el derecho a la tutela como derecho subjetivo, fijando los niveles de atención a asegurar con carácter universal, incluso para aquellos adultos que, al desamparo familiar, unen la falta de recursos económicos.

Ahora bien, el necesario compromiso público con las tutelas se enfrenta, a nivel social, con el extendido desconocimiento de la realidad tutelar, por parte de la población en general. La tutela no tiene, socialmente, buena imagen -algo que, probablemente, procede del hecho de que la incapacitación es contemplada, ya en sí misma, como una intervención negativa para el afectado, cuando, en realidad, debería observarse como un instrumento, en beneficio de las personas incapaces-.

Urge, por ello, trabajar con la sociedad en general, para hacerle llegar la realidad de la tutela, para que se conozca la problemática y las necesidades de las personas incapacitadas. ¿Cuántos no se llevan las manos a la cabeza, cuando un familiar cae en situación de incapacidad y se preguntan, entonces, cómo es posible que no se apoye más, que falten medios, que se carezca de una definición más clara de la política tutelar, desde la mayor parte de las instituciones públicas?

Es preciso informar, ampliamente, a la sociedad, acerca de la realidad del ejercicio de la función tutelar:



- En lo concerniente a la figura del tutor, sus funciones, competencias y límites (no pocas veces se pretende que el tutor haga, precisamente, lo que no puede hacer y que no haga, justamente, lo que debe).
- Sobre la decisiva aportación de los voluntarios, que ejercen, con ilusión, la difícil función de delegados tutelares, dedicando su tiempo y esfuerzo al servicio de los tutelados, con una capacidad de trabajo y eficacia envidiables.

Hay que vencer, en suma, la “mala prensa” de la tutela, que tanto y tan injustamente contrasta con

- la creciente necesidad social de la misma,
- la importancia de la atención a asegurar, y
- la acreditada calidad personal e institucional de cuantos intervienen en este área.

MANIFIESTO DE GIPUZKOA SOBRE LA TUTELA DE LAS PERSONAS ADULTAS INCAPACITADAS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

D.^a Esther Larrañaga Agirre. Diputada para la Política Social. Diputación Foral de Gipuzkoa

SUMARIO

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

2. POR TODO ELLO, PROPONEMOS

2.1. A las instancias judiciales

2.2. A las Administraciones públicas, responsables de la política social

2.3. A las entidades y fundaciones tutelares

2.4. A las familias de las propias personas adultas incapacitadas

2.5. A las propias personas adultas incapacitadas en situación de desamparo

2.6. A la sociedad, en general

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La tutela es un instrumento jurídico, fundamental para garantizar el bienestar y el respeto a los derechos de las personas adultas incapaces en situación de desamparo. Por ello, las instituciones responsables de la política social han de procurar la eficaz satisfacción de las necesidades de apoyo tutelar, destinadas al mencionado colectivo.

Las principales razones, que inciden en la creciente demanda de servicios tutelares son, entre otras, las siguientes:

- Cada vez son más las personas incapacitadas judicialmente o susceptibles de serlo:
 - Por la mayor esperanza de vida de todas las personas en nuestra sociedad.
 - Por la, cada vez más frecuente, supervivencia de los hijos discapacitados respecto de sus padres.
- El modelo familiar está evolucionando, rápidamente, de una concepción “amplia”, “extensa” de la misma, hacia una configuración “nuclear”.
- En ocasiones, aunque existan familiares directos de la persona incapacitada, es preciso, también, intervenir, desde la tutela institucional, en el caso de familias muy desestructuradas.
- La progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral, y la consiguiente crisis de su tradicional función de apoyo informal a las personas dependientes de la unidad familiar, hace que, progresivamente, vayan aflorando necesidades sociales que, hasta la fecha, quedaban minimizadas por el esfuerzo de la mujer.
- Se constata una cada vez mayor sensibilidad y compromiso social hacia la garantía de derechos de todos los ciudadanos y, de manera muy especial, de los que corresponden a las personas más desprotegidas.
- El ordenamiento jurídico vigente atribuye, de manera explícita y automática, la tutela de las personas adultas incapaces en situación de desamparo a la entidad pública competente en el respectivo territorio, lo que obliga a ésta a establecer, con claridad, las políticas y los recursos que le permitan afrontar, con garantías, el desarrollo de dicha responsabilidad.

2. POR TODO ELLO, PROPONEMOS

2.1. A las instancias judiciales

- **Que, en el desarrollo de su responsabilidad en materia de tutela, se pongan al servicio de las personas, físicas o jurídicas, que ejercen la tutela: facilitándoles** el desarrollo de sus funciones; **agilizando**, al máximo, todos los trámites y procedimientos; interpretando el necesario rigor de la ley,

con la mayor **flexibilidad y adecuación a cada caso concreto**, utilizando todas las posibilidades de la misma en beneficio del tutelado; **poniéndose en su lugar; y ayudando, en todo momento, al tutor, para facilitar el adecuado cumplimiento de sus obligaciones.**

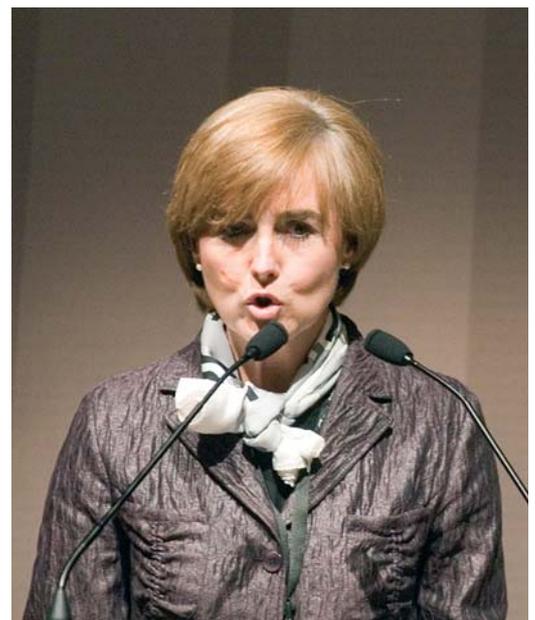
- Que tengan siempre presente el **carácter subsidiario de la tutela ejercida por las instituciones respecto a la tutela familiar**, limitando aquélla a los casos en los que resulte imprescindible, por inexistencia de familiares o por la evidente inadecuación de los mismos, para el ejercicio de la responsabilidad tutelar.

2.2. A las Administraciones públicas, responsables de la política social

- **Que doten de los recursos necesarios para garantizar** que las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo dispongan **de los servicios tutelares que precisen, para velar por su bienestar y por la defensa de sus derechos.**
- **Que adopten las medidas necesarias para la adecuada coordinación** entre los servicios sociales, los sanitarios, los órganos judiciales y las instituciones tutelares -sean éstas públicas o de iniciativa social-.
- **Que garanticen**, de manera efectiva, en los diversos sistemas autonómicos de servicios sociales y en el ámbito de sus respectivas competencias, **el derecho universal, subjetivo y exigible a los servicios sociales de apoyo a la función tutelar.**

2.3. A las entidades y fundaciones tutelares

- **Que desarrollen la función tutelar con autonomía, independencia, transparencia y eficiencia.**
- **Que lleven a término la función tutelar, de manera respetuosa con la personalidad, características y capacidades del tutelado**, sin anularle; complementándole sólo en lo que, verdaderamente, necesita; favoreciendo su desarrollo personal; promoviendo sus habilidades; **respetando** sus deseos y anhelos, sus opciones y decisiones y haciendo partícipe a cada persona de su propia vida, en la medida de sus posibilidades.
- **Que, además de los apoyos jurídicos, administrativos y económicos propios de la acción tutelar, dediquen una especial atención a los apoyos**



Esther Larrañaga, Diputada para la Política Social. Diputación Foral de Gipuzkoa

humanos, personales, afectivos y relacionales, por su notable incidencia en la calidad de vida de sus pupilos.

2.4. A las familias de las propias personas adultas incapacitadas

- **Que preparen el futuro de sus hijos incapacitados o susceptibles de serlo**, asegurándose de que dispongan, cuando ellos falten, de los apoyos familiares y afectivos que precisen, así como de los recursos económicos que permitan garantizar, en la medida de lo posible, su futuro bienestar.
- Que se comprometan e impliquen en el desarrollo de la **función tutelar**, tomando conciencia de que dicha responsabilidad **corresponde, en primer término, a la familia**, y tan sólo en último caso, **con carácter estrictamente subsidiario, a las Instituciones Tutelares**.

2.5. A las propias personas adultas incapacitadas en situación de desamparo

- **Que exijan que el ejercicio de la función tutelar respete**, en todo momento, **sus capacidades**, por muy disminuidas que éstas puedan encontrarse, **complementándolas**, únicamente, en lo que resulte indispensable para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos, potenciando sus cualidades y habilidades, respetando, siempre que sea posible, sus deseos y anhelos personales, y **ayudándoles** en la realización de su proyecto de vida personal.

2.6. A la sociedad, en general

- **Que se sensibilice, solidarice y conozca la realidad, problemática y necesidades de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo**, en orden a garantizar su bienestar y a facilitar, al máximo posible, en cada caso, su participación e integración social.
- **Que cada vez sean más las personas que colaboran como voluntarios**, ejerciendo funciones de “delegados-enlaces tutelares” o aportando cualquier otro **apoyo o ayuda a las Instituciones Tutelares**.
- **Que todos los ciudadanos**, aunque, en este momento, crean no estar concernidos por la problemática que nos ocupa, **piensen que, en un próximo futuro, pueden ser ellos mismos o sus familiares quienes se encuentren en situación de incapacidad y desamparo**, por lo que, en previsión de que dicha circunstancia pudiera afectarles, **adopten cuantas medidas estén a su alcance, para garantizar su futuro bienestar**.

