

**LA GUARDA DE HECHO:  
INSTITUCIÓN CLAVE EN EL NUEVO  
SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA  
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**



**Fernando Santos Urbaneja**

**Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba**

**Fiscal Delegado de la Especialidad Civil  
y de Protección de las Personas con Discapacidad  
en la Comunidad Autónoma de Andalucía**

*© Fernando Santos Urbaneja  
2017*

**Todos mis trabajos en:  
<http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/>**

## ÍNDICE

### A.- UN NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA NUEVA MIRADA – Pag 5 -

- 1.- Planteamiento
- 2.- Un poco de historia
- 3.- Propuesta de nuevo sistema de protección de personas con discapacidad
- 4.- Necesidad de otra mirada

### B.- BASES DEL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN – Pag 9 -

Primera: Concepto dinámico y circunstancial de la discapacidad

Segunda: Interés superior de la persona con discapacidad

Tercera: Protección cualificada – Principio de corresponsabilidad privada y pública– coordinación de sistemas

Cuarta: Promoción de la autonomía – Supresión de barreras – Ajustes razonables

Quinta: Autotutela – Poderes preventivos

Sexta: Reconocimiento de las facultades de apoyo que la ley otorga a los guardadores de hecho, privados o institucionales

Séptima: Especial deber de actuación de los funcionarios públicos y profesionales del ámbito social, sanitario y jurídico

Octava: La intervención del Ministerio Fiscal

Novena: la intervención judicial: Teoría de la doble vía – Opción Primera: Intervenciones judiciales puntuales – determinación de apoyos puntuales

Décima: la intervención judicial: Teoría de la doble vía – Opción Segunda: Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados

C.- LOS TRES ESTATUTOS CIVILES POSIBLES PARA PERSONAS MAYORES DE EDAD – Pag 23 -

- 1.- Capacidad de obrar plena
- 2.- Situación de incapacidad “presunta”
- 3.- Incapacidad parcial o total declarada en sentencia tras proceso judicial de determinación de la capacidad de obrar

D.- PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD “PRIVADA-PÚBLICA” EN LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA VULNERABLE. – Pag 24 -

1.- ÁMBITO PRIVADO

- \* Familiares cercanos
- \* Allegados
- \* Movimiento Asociativo – Tercer Sector
- \* Voluntariado
- \* Ciudadanía en general

2.- ÁMBITO PÚBLICO

- \* Los poderes públicos
- \* Los profesionales de la función pública

E.- LA GUARDA DE HECHO – Pag 29 -

- 1.- Características generales
- 2.- La representación legal del “presunto incapaz”
- 3.- Habilitación general de actuación. Artículo 304 del Código Civil
- 4.- La acreditación de la situación de Guarda.
- 5.- La Guarda de Hecho personal.
- 6.- La Guarda de Hecho institucional.

F.- ACTUACIONES MÁS FRECUENTES DEMANDADAS POR LOS GUARDADORES DE HECHO– Pag 32 -

1.- EN EL ÁMBITO PÚBLICO

- \* Petición de intervenciones sanitarias.
- \* Peticiones ante organismos oficiales.
- \* Peticiones a las Fuerzas de Seguridad.
- \* Peticiones al Ministerio Fiscal

2.- EN EL ÁMBITO PRIVADO

- \* Peticiones a los bancos.
- \* Peticiones de servicios asistenciales
- \* Peticiones de otros servicios.

G.- LA GUARDA DE HECHO BAJO CONTROL JUDICIAL– Pag 38 -

1.- Descripción

2.- El expediente judicial de Guarda de Hecho.

3.- Constancia registral de la Guarda de Hecho.

4.- Guarda de Hecho y procedimiento de determinación de la capacidad de obrar

H.- LA NECESIDAD DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL– Pag 41 -

I.- EL NECESARIO DIÁLOGO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA, SOCIAL, DE JUSTICIA Y LAS FUERZAS DE SEGURIDAD CON EL ÁMBITO PRIVADO. – Pag 42 -

## **A.- UN NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. UNA NUEVA MIRADA.**

### **1.- PLANTEAMIENTO**

Vivimos tiempos de confusión sobre el modelo de protección jurídica de las personas con discapacidad, trastorno o anomalía psíquica.

Existe un derecho viejo que no acaba de irse y un derecho nuevo que no acaba de llegar.

La promulgación de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York- 2006) obliga a adaptar la legislación española con una inaplazable reforma del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil.

**No obstante lo anterior, existen vigentes en la legislación civil española instituciones e instrumentos que pueden servir para plasmar en la práctica y hacer realidad los principios e ideales de la citada Convención.**

Hasta hace unos años era la declaración judicial de incapacidad casi el único instrumento de protección. Hoy existe todo un conjunto de posibilidades para dotar de la protección necesaria sin tener que llegar al remedio extremo de la incapacitación judicial.

El principio de dignidad de la persona con discapacidad y de proporcionalidad en la respuesta, hace que haya que considerar y acudir primero a medidas menos restrictivas de derechos

### **2.- UN POCO DE HISTORIA**

El Código Civil español data de 1889.

Entonces la preocupación legal por las personas con discapacidad era meramente "económica". Se veía como un problema de aquéllas que tenían patrimonio inmobiliario del cual no podían disponer (vender, arrendar, etc...) dada su falta de capacidad de decisión.

Se pensó que lo mejor era incapacitarlas y nombrar a un tercero (tutor) para que tomase por ellas este tipo de decisiones.

Sobre esta visión de la discapacidad resulta especialmente elocuente la obra de Rodrigo Bercovitz, "La marginación de los locos y el Derecho", escrita en el año 1974, con un luminoso prólogo de Carlos Castilla del Pino.

Además, se imponía a los funcionarios la obligación de comunicar al Ministerio Fiscal la existencia de posibles personas con discapacidad de las que hubiesen tenido noticia en el ejercicio de su función y que, a su juicio, pudieran estar incursas en causa de incapacitación.

Este terrible precepto, del que no existe otro semejante en el ordenamiento jurídico español, pervive actualmente (Art. 757-3 LEC) y provoca diariamente la remisión a las Fiscalías de decenas de comunicaciones.

Ocurre que, frente a este “Derecho Viejo” que contempla a la persona con discapacidad como un “problema económico”, surge con la Constitución de 1978 una visión nueva, radicalmente diferente. Este “Derecho Nuevo” contempla a aquella como un ciudadano con derechos, especialmente el de desarrollar su personalidad y disfrutar de todos los que le son inherentes, debiendo ser en esto especialmente amparados por los poderes públicos (Art. 49 Constitución Española).

Este nuevo enfoque exigía una profunda reforma del Código Civil, la cual tuvo lugar con la Ley 13/1983 de 24 de Octubre que procura la graduación de la incapacidad, ciñéndola a lo estrictamente necesario para lograr la protección de la persona (Art. 760 Ley de Enjuiciamiento Civil), pone el acento en los aspectos personales (antes olvidados) y sustrae el control de la tutela al Consejo de Familia situándolo en el ámbito judicial (Juez y Fiscal).

Esta reforma debería haber producido una radical transformación de los procedimientos de incapacitación pero no fue así.

En los años siguientes las cosas siguieron igual. Prácticamente el 95% de las demandas de incapacitación siguieron dando lugar a sentencias de incapacitación plena, “para todo” y “para siempre”.

Paralelamente, en la década de los ochenta el número de demandas se multiplicó exponencialmente porque lo que venía a favorecer la situación de las personas con discapacidad, EL ESTADO SOCIAL DE BIENESTAR, se volvía al propio tiempo contra ellas debido a las exigencias de un ESTADO, a la par, “BUROCRÁTICO” que todo lo mide y documenta.

Así, para acceder a estas prestaciones, se exige (en muchas ocasiones sin fundamento legal) la declaración de incapacidad.

En otras, los funcionarios remiten la documentación al Ministerio Fiscal y algunas Fiscalías interponen de modo casi automático la demanda de incapacitación.

De este modo se cuentan por decenas de miles las personas con discapacidad que han sido incapacitadas de modo pleno; Para todo y para siempre (las recapacitaciones son muy raras)

### **3.- PROPUESTA DE NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La necesidad de un nuevo modo de afrontar la vulnerabilidad que supone la pérdida temporal o definitiva de la capacidad de autogobierno, es evidente.

El texto que quizás exprese con mayor claridad este nuevo planteamiento es la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999, sobre “Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”.

La aludida Recomendación hace referencia expresa al “principio de flexibilidad en la respuesta jurídica” sobre las siguientes bases:

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

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

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

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

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

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

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

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

Pocos años más tarde, en Diciembre de 2006, la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, corrobora este modelo basado en los principios de:

- \* Mínima intromisión en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.
- \* Promoción de su autonomía.
- \* Prestación de apoyos puntuales o permanentes para superar las barreras.

La definición que de la discapacidad realiza este texto es muy certera: Frente a la tradicional visión de la discapacidad como una situación “estática”, la Convención afirma que:

**“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás,**

Los autores de la Convención eran conscientes de dos cosas:

De un lado, que el texto estaba llamado a ser aplicado en múltiples países, con legislaciones y tradiciones jurídicas muy distintas.

De otro, que los postulados de la Convención eran tan avanzados que prácticamente ninguna legislación de las ya existentes los había asumido en plenitud.

Para remedio de una y otra circunstancia, la Convención pone especial énfasis en el concepto de “ajuste razonable” (Artículo 2) y señala:

**Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.**

Todos los actores, públicos y privados están llamados, en tanto no se produzcan las reformas legislativas precisas, a adaptar la normativa actual a las exigencias de la Convención.

Ni el ámbito jurídico (Notarios, Abogados, etc...) ni el ámbito judicial (Jueces, Fiscales, Médicos Forenses) deben permanecer ajenos a esta exigencia. Así, los instrumentos jurídicos y judiciales actualmente existentes deben ser interpretados y adaptados, es decir, “ajustados razonablemente” de modo que permitan cumplir en el modo más elevado posible, los principios de la Convención.

Bajo la categoría de “anomalía o alteración psíquica” se sitúan, tanto la discapacidad intelectual (Ej: Personas con Síndrome de Down), como los trastornos mentales más severos (Ej. Personas con Esquizofrenia paranoide), como las demencias (Ej: Personas con Alzheimer).



Dado que nuestro Derecho actual ofrece un tratamiento unitario (personas vulnerables por razón de anomalía o trastorno psíquico) y siendo conscientes de que los problemas que cada colectivo plantea son, en parte comunes y en parte diferentes, será preciso “ajustar” el contenido de las disposiciones legales a cada persona y situación concreta.

#### **4.- NECESIDAD DE OTRA MIRADA**

No se puede seguir abordando jurídicamente la discapacidad como un trámite destinado a obviar dificultades de representación ante las frecuentes exigencias burocráticas de los distintos órganos y Administraciones del Estado o ante eventuales operaciones patrimoniales relativas a bienes inmuebles de los que la persona con discapacidad sea titular o cotitular.

La determinación judicial de un ámbito de falta de autogobierno debe servir para detectar e intervenir sobre “*las barreras debidas a la actitud y al entorno*” a efectos de establecer los apoyos necesarios para conseguir, hasta donde sea posible, su autonomía y disfrute de derechos.

A esta nueva mirada están llamados, en primer lugar las propias personas directamente afectadas (discapacitados, enfermos, etc...)

El movimiento de autoreivindicación de la dignidad y derechos de las personas con discapacidad intelectual se inició hace ya varias décadas.

La autoreivindicación de los derechos de las personas con trastornos mentales es mucho más reciente.

La reivindicación de los derechos de las personas mayores con demencia se sitúa en otras coordenadas. Difícilmente podremos hablar de “autoreivindicación” una vez consolidada la enfermedad pero sí mediante los instrumentos legales destinados a prevenir estas situaciones o en los momentos iniciales del padecimiento.

Convocados están igualmente los familiares.

Esto es muy relevante. Aún cuando la actual normativa del Código Civil no exprese claramente esta idea, si los familiares y amigos tienen esto claro, mucho estará ganado.

Convocados están también a esta nueva mirada los profesionales que atienden o tratan a estas personas

Convocado está finalmente, el entorno social en el que estas personas desenvuelven su vida.

#### **B. BASES DEL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN**

Este nuevo sistema se asienta sobre **DIEZ BASES CORRELATIVAS**, esto significa **que el orden sí importa**, es preciso partir de la primera e ir avanzando hasta donde sea preciso, sólo hasta donde sea preciso para conseguir la protección jurídica requerida.

Las bases propuestas son las siguientes:

- 1.- Concepto dinámico y circunstancial de la discapacidad
- 2.- Interés superior de la persona con discapacidad
- 3.- Protección cualificada – Principio de corresponsabilidad privada y pública–  
coordinación de sistemas
- 4.- Promoción de la autonomía – Supresión de barreras – Ajustes razonables
- 5.- Autotutela – Poderes preventivos
- 6.- Reconocimiento de las facultades de apoyo que la ley otorga a los  
guardadores de hecho, privados o institucionales
- 7.- Especial deber de actuación de los funcionarios públicos y profesionales del  
ámbito social, sanitario y jurídico
- 8.- La intervención del Ministerio Fiscal
- 9.- la intervención judicial: Teoría de la doble vía – Opción Primera:  
Intervenciones judiciales puntuales – determinación de apoyos puntuales
- 10.- la intervención judicial: Teoría de la doble vía – Opción Segunda:  
Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de  
apoyos adecuados

**En suma:**

El nuevo sistema invierte el modo tradicional de actuación.

Antes, en el sentir común de los familiares y profesionales, la incapacitación judicial de la persona con discapacidad intelectual o trastorno mental aparecía como la primera/única opción.  
Ahora es la opción última.

En mi opinión este sistema es menos formalista que el actual, más humano, más realista, más científico, más eficaz y, sobre todo, más respetuoso con los derechos y la dignidad de las personas con Discapacidad o Trastornos Mentales, actuando al propio tiempo como un estímulo a su autonomía y autoestima.

Aunque el proceso ya se ha iniciado, va a requerir un progresivo cambio de mentalidad, la necesidad de “otra mirada”, como ya se ha señalado.

Expongo a continuación, de modo resumido, las bases anteriormente señaladas, las cuales se encuentran expuestas de modo más pormenorizado y extenso en el trabajo realizado por la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN) titulado “Sobre reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad”

(<http://fernandosantourbaneja.blogspot.com.es/2016/05/n-90-discapacidad-salud-mental-mayores.html>)

## 1.- CONCEPTO DINÁMICO Y CIRCUNSTANCIAL DE LA DISCAPACIDAD

Frente a la visión tradicional de la discapacidad como un concepto estático, se alza la Convención de la ONU de 2006 cuando proclama en su Preámbulo que:

**“La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”**

Queda claro que la discapacidad no es la consecuencia de haber sido provisto de un documento oficial que recoge un padecimiento, un trastorno mental, una limitación en el plano intelectual. Esto no es más que un dato. La discapacidad es un juicio de valor que, en cada caso, habrá de extraer de dos factores:

- 1.- Número y carácter de las barreras existentes en el entorno de la persona.
- 2.- Número y carácter de los apoyos existentes en el entorno de la persona.

## 2.- INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Criterio rector de toda la actuación.

Toda persona con discapacidad tiene derecho a su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado.

Como criterio general se considera interés superior de la persona con discapacidad aquél que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad, apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos.

Toda persona con discapacidad en la medida que sea posible y aplicando en su caso los instrumentos de apoyo que sean precisos, deberá ser oída respecto de las decisiones que le incumban, debiendo ser respetada su voluntad cuando haya podido válidamente formarse y manifestarse.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior de la persona con discapacidad sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

### 3.- PROTECCIÓN CUALIFICADA – PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD PRIVADA Y PÚBLICA– COORDINACIÓN DE SISTEMAS

#### Protección cualificada

Las personas con discapacidad deberán especialmente amparadas en el ejercicio de sus derechos.

Está prohibida cualquier discriminación por motivos de discapacidad, entendida ésta como distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

#### Principio de corresponsabilidad privada y pública. Coordinación de sistemas

Además de las obligaciones de apoyo que la ley establece para los familiares, todos los poderes públicos deberán cooperar con ellos mediante actuaciones conjuntas y coordinadas para conseguir este fin.

### 4.- PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA – SUPRESIÓN DE BARRERAS – AJUSTES RAZONABLES

Actualmente todas las leyes relativas a las personas con discapacidad erigen el respeto o consecución de la máxima autonomía como criterio rector

La Ley de las Dependencias, en su Art. 2, define la autonomía como:

**“La capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”**

Por su parte, la Convención de la ONU de 2006 en su artículo 3, proclama como primer principio general:

**“El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.**

En su Preámbulo igualmente reconoce:

**“La importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”.**

Y añade:

**“La discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”.**

La Ley 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), consecuencia directa de la promulgación de la Constitución de 1978 supuso el reconocimiento de la dignidad y derechos de este colectivo. Supuso un avance importante pero insuficiente. Una cosa es el reconocimiento de los derechos y otra, la posibilidad de ejercicio efectivo de los mismos. La Convención de la ONU viene a incidir fundamentalmente en este aspecto. Para ello hace falta la colaboración no solo de los poderes públicos, sino de todos los ciudadanos, juntamente convocados a “eliminar barreras” (físicas, mentales, emocionales, jurídicas, etc...), prestar apoyos y a realizar los “ajustes razonables” que sean precisos para contribuir a la autonomía y disfrute de derechos de estas personas.

## 5.- AUTOTUTELA – PODERES PREVENTIVOS

Consecuencia directa de la autonomía es la autotutela.

Stuart Mill en su célebre ensayo “Sobre la Libertad” decía:

**“Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña a los propios intereses.**

**“Todos los errores que el individuo pueda cometer en contra del consejo y la advertencia, están contrarrestados de lejos por el mal de permitir a otros que le obliguen a hacer aquello que consideran que es su bien”**

Cuando han transcurrido ya quince años desde la promulgación de la Ley 41/2003 de 14 de Noviembre, que introdujo en el Código Civil los instrumentos de autotutela, podemos constatar una vez más lo acertado de esta afirmación.

Se han otorgado miles de poderes preventivos (Art. 1732 Código Civil) y se han hecho cientos de designaciones de tutor en documento público (Art. 223-2 Código Civil). La autotutela, en sus distintos momentos y formas, se muestra como la opción más eficaz y respetuosa con los derechos de la persona con discapacidad.

#### 6.- RECONOCIMIENTO DE LAS FACULTADES DE APOYO QUE LA LEY OTORGA A LOS GUARDADORES DE HECHO, PRIVADOS O INSTITUCIONALES

Donde no llegue el propio autogobierno y, en la medida que este se vea comprometido por el concurso de barreras de distinto tipo, se precisará el apoyo de las personas más cercanas y afectivamente más vinculadas a la persona con discapacidad. Normalmente serán sus familiares cercanos, amigos, vecinos, etc...

El artículo 304 del Código Civil otorga a estas personas un estatuto general de validez de sus actos, siempre orientados a procurar el beneficio del guardado, cuando señala:

**“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”**

La Guarda de hecho podrá ser familiar o institucional; privada o pública. Cabe destacar el creciente peso que en el ejercicio de los apoyos están adquiriendo las denominadas “Fundaciones Tutelares”.

También es posible, incluso deseable, que los Guardadores de Hecho puedan encontrar apoyo en su actuación en las instituciones tutelares públicas, formando así una especial de “coalición de apoyos”.

#### 7.- ESPECIAL DEBER DE ACTUACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PROFESIONALES DEL ÁMBITO SOCIAL, SANITARIO Y JURÍDICO

En las situaciones en que de modo permanente o momentáneo la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo por carecer de persona o institución guardadora, el deber de actuar en su socorro obliga a todos los funcionarios públicos y, especialmente, a los que desarrollan su función en el ámbito social y sanitario, debiendo adoptar las iniciativas y decisiones que consideren necesarias, sin perjuicio del posterior control judicial si fuese necesario.

Es frecuente que situaciones de necesidad que exigen una intervención inmediata (personas mayores con demencia, personas con trastorno mental que viven solas y en condiciones deplorables, o en la calle, etc...) se bloqueen y prolonguen hasta casos

extremos porque nadie toma decisiones sobre la base de que “no está incapacitado”, “yo no puedo actuar sin autorización judicial”, etc...

Ya se ha señalado que todos los funcionarios públicos y profesionales de la función pública tienen el concreto y especial deber de actuar, basado en lo dispuesto en el artículo 49 en relación con el artículo 9-2 de la Constitución Española y los homólogos preceptos contenidos en los Estatutos de Autonomía.

## 8.- LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Existe un desconocimiento grande sobre la institución del Ministerio Fiscal.

La mayoría de los ciudadanos tienen una imagen estereotipada de la misma asociada a la acusación en los procesos penales.

El Ministerio Fiscal es mucho más.

Una de sus funciones es la protección jurídica de las personas vulnerables ya sea por razón de edad (menores – mayores), por razón de discapacidad o trastorno mental, por situación de desventaja ante el mercado (consumidores), por razón de desplazamiento (menores extranjeros), etc....

Se configura así el Ministerio Fiscal como una institución pública de amparo de los derechos de todos los ciudadanos y, en especial, de los más vulnerables.

Dispone el Artículo 124-1 de la Constitución:

**“El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley...”**

Dispone el Artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**Corresponde al Ministerio Fiscal:**

..//...

**7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.**

El Ministerio Fiscal, además de su actuación en los distintos procesos, tiene una actividad propia e independiente de éstos que se materializa en dos clases de documentos:

## **Decretos**

Diariamente llegan a las Fiscalías cientos de comunicaciones, informes, requerimientos, procedentes tanto de particulares, como de las distintas Administraciones.

Es común que con estas “comunicaciones” se incoen “DILIGENCIAS INFORMATIVAS” al objeto de conocer las circunstancias del asunto y, en su caso, adoptar las correspondientes iniciativas.

Dichas Diligencias concluyen con un Decreto del Fiscal que puede ser de archivo, solicitud de intervención sanitaria, solicitud de intervención social, denuncia, demanda de evaluación de la capacidad de autogobierno, etc...

En ejercicio de esta competencia el Fiscal puede requerir el auxilio de autoridades, funcionarios, organismos y particulares.

Dispone el Artículo 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá:**

...//...

**Tres: Requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes.**

**Cuatro: Dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso.**

**Las autoridades, funcionarios u organismos o particulares requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en este artículo y en el siguiente deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales. Igualmente, y con los mismos límites, deberán comparecer ante el Fiscal cuando éste lo disponga.**

## **Dictámenes**

En ocasiones lo que se plantean son cuestiones estrictamente jurídicas.

En estos casos, la opinión del Fiscal debidamente fundamentada en el dictamen, en la medida que sea aceptada, puede disipar dudas y poner fin a controversias (Reconocimiento de actuación de Guardador de Hecho, resolución de conflictos entre Guardadores, cumplimiento de exigencias burocráticas, etc...) que eviten el tener que acudir a un procedimiento judicial.



9.- LA INTERVENCIÓN JUDICIAL :TEORÍA DE LA DOBLE VÍA.  
OPCIÓN PRIMERA - INTERVENCIONES JUDICIALES PUNTUALES -  
DETERMINACIÓN DE APOYOS PUNTUALES

El apoyo recibido de los Guardadores de Hecho en sus distintas formas, la diligente actuación de los profesionales de la función pública en sus distintos ámbitos (social, sanitario, fuerzas de seguridad, etc...) debe servir para que la persona con discapacidad vea subsanada su "crisis de autogobierno", cubierta su necesidad, neutralizado el peligro, conseguido el deseo, etc....

Algunos de estos actos, por su relevancia en el plano personal (ingreso en centros o unidades de salud mental) o patrimonial (operaciones inmobiliarias, transacciones económicas, otros actos económicamente relevantes, etc...) precisarán de control judicial que será previo, en caso de urgencia, o posterior, cuando no la haya.

Para estos casos se propone el examen del asunto a través del procedimiento sencillo, limitado a la evaluación de la capacidad de decisión y, en su caso, apoyo para un acto concreto.

Una vez autorizada/ratificada la actuación del Guardador de Hecho, se procedería al archivo del expediente, como ocurre por ejemplo, con los de control de los ingresos involuntarios.

De "lege ferenda" se propone la regulación del siguiente procedimiento:

**Procedimiento de autorización de medidas concretas de apoyo respecto de personas con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada**

Procedimiento ordinario

**El Juez, a instancia de persona, guardador o institución interesada, podrá conceder, respecto de persona con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada, autorización para llevar a cabo medidas concretas de apoyo, tanto de carácter personal como patrimonial, tendentes a su beneficio.**

**En concreto será necesaria la previa obtención de autorización judicial para llevar a cabo decisiones:**

**En el plano personal:**

**1º.- Sobre ingreso involuntario no urgente en establecimientos de salud mental o en centros para personas con discapacidad intelectual o demencia.**

**En este caso el expediente se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**

**2º.- Sobre tratamientos médicos o quirúrgicos no urgentes, con aplicación de lo dispuesto en la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, de Autonomía del Paciente**

**En el ámbito patrimonial:**

**1º.- Para la enajenación o gravamen de 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.**

**2º.- Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.**

**3º.- Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.**

**4º.- Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.**

**5º.- Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.**

**6º.- Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.**

**7º.- Para dar y tomar dinero a préstamo.**

**8º.- Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.**

**9º.- Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros**

**10º.- Cualquier otro acto relevante de carácter patrimonial.**

**En caso de que se aprecie posible conflicto de intereses entre el guardador y guardado se nombrará a éste un Defensor Judicial**

**La representación del guardador respecto del guardado no se extiende, al consentimiento matrimonial, al ejercicio de sufragio activo ni al otorgamiento de testamento en cualquiera de sus formas.**

**Respecto de otros actos personalísimos habrá que atender al superior interés de la persona con discapacidad.**

**Será competente para el conocimiento de la pretensión el Juzgado de 1ª Instancia del domicilio de la persona con discapacidad.**

**Salvo que la ley contemple un procedimiento específico, el Juzgado incoará expediente en el que el Juez oír a la persona con discapacidad y recabará el informe del Médico Forense sobre la capacidad concreta de la persona para llevar a cabo por sí misma el acto cuya autorización se solicita.**

**Realizado lo anterior se convocará comparecencia con asistencia del Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones con interés legítimo en el asunto, practicándose las pruebas que se estimen pertinentes en relación con el objeto de la autorización solicitada.**

**El Juez, al resolver, se pronunciará sobre capacidad de decisión de la persona en relación con el acto concreto cuya autorización se solicita y, en caso de encontrarla insuficiente, determinará los apoyos correspondientes y designará la persona o institución que deba prestarlos quien, a su conclusión, deberá rendir cuentas al Juzgado de su actuación.**

**Verificado lo anterior, se procederá al archivo del expediente.**

**No será preciso promover ulterior proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados, si se estima que no existe motivo para ello, al quedar suficientemente salvaguardados en ese momento los derechos e intereses de la persona con discapacidad.**

**Las resoluciones recaídas en estos expedientes podrán ser inscritas o anotadas en el Registro Civil, Registro de la Propiedad, Mercantil u otro Registro Público.**

**A tal efecto el Letrado de la Administración de Justicia, a instancia de parte interesada, expedirá los correspondientes mandamientos.**

**La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o Letrado de la Administración de Justicia, a la congruencia del mandado con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro.**

Autotutela – Designación de asistente para acto concreto

**La persona propia persona, mayor de edad, con disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas o que sufra adicción a sustancias y conductas, capaz de advertir que necesita apoyo para la realización de un concreto acto de carácter personal o patrimonial, podrá dirigirse al Juzgado señalando el acto concreto y la persona que desea que le preste el apoyo.**

**La petición dará lugar a la apertura de un expediente al que serán de aplicación las normas sobre competencia y tramitación previstas en el apartado anterior resolviendo el Juzgado al respecto.**

10.- LA INTERVENCIÓN JUDICIAL :TEORÍA DE LA DOBLE VÍA.  
OPCIÓN SEGUNDA - PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE  
AUTOGOBIERNO Y PROVISIÓN DE APOYOS ADECUADOS

Para supuestos complejos, en los que se advierta la proliferación de barreras de distinto tipo (jurídicas, burocráticas, físicas, mentales, etc...) y la escasa presencia de apoyos se podría plantear el acudir a un

**Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno  
y provisión de apoyos adecuados.**

Se propone la siguiente regulación:

**1.- En el caso de persona con discapacidad, que por sus particulares circunstancias, se encuentre con barreras permanentes que no puedan ser superadas acudiendo a otros instrumentos jurídicos o judiciales, sus familiares cercanos, guardadores de hecho o, en último término, el Ministerio Fiscal, podrán instar el proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados**

**Las partes actuarán en el proceso con asistencia de abogado y representadas por procurador.**

**Cualquier persona con interés legítimo podrá personarse en el procedimiento de acuerdo con lo previsto en el Art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

**2.- Será competente para conocer de la demanda el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona con discapacidad.**

**3.- La demanda expresará el motivo concreto que ha llevado a acudir al Juzgado, esto es, las barreras que no puedan ser superadas acudiendo a otros instrumentos jurídicos o judiciales menos onerosos o complejos, así como la persona o institución propuesta para prestar los apoyos que permitan superarlas.**

**4.- A este proceso le será de aplicación lo dispuesto en el Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

**5.- Será preceptiva en este proceso la intervención del Ministerio Fiscal que velará en todo momento por la salvaguarda de los derechos e interés superior de la persona con discapacidad, cuidando de preservar hasta donde fuere posible de su autonomía.**

**6. El proceso se sustanciará por los trámites del juicio verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de veinte días, conforme a lo establecido en el artículo 405 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.**

**7- La persona con discapacidad podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.**

**Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Secretario judicial les designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.**

**8. En este proceso, además de otras pruebas que puedan acordarse, el tribunal oír a los parientes más próximos de la persona con discapacidad, examinará a ésta por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la pretensión ejercitada sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.**

**Cuando se hubiera solicitado en la demanda el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o prestar apoyos a la persona con discapacidad y velar por ella, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos de éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.**

**Si la sentencia que decida sobre la determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.**

**9.- La sentencia determinará la capacidad de autogobierno y proveerá de los apoyos adecuados para la persona con discapacidad, así como la persona o institución que haya de prestarlos.**

**Podrá el Juez, cuando lo estime conveniente, acordar la revisión de oficio de la situación transcurrido el plazo que establezca la sentencia.**

**10. La sentencia no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados ya establecida.**

**Para formular la petición están legitimados la propia persona con discapacidad, sus familiares cercanos, guardadores de hecho y el Ministerio Fiscal.**

**La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados, o sobre si debe o no modificarse su extensión y límites.**

**11.- Las sentencias dictadas en estos procesos se inscribirán en el Registro Civil y a instancia de persona con interés legítimo, en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro Registro Público.**

**12.- A las personas o instituciones propuestas o nombradas como apoyos permanentes de persona con discapacidad le serán de aplicación el régimen jurídico previsto en el Código Civil para tutores o, en su caso, curadores.**

## **C.- LOS TRES ESTATUTOS CIVILES POSIBLES PARA PERSONAS MAYORES DE EDAD**

### **1.- CAPACIDAD DE OBRAR PLENA**

De acuerdo con lo establecido en la Constitución (Art. 12) la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

A partir de este momento rige la “**presunción de capacidad**”, esto, se presume que las personas cuentan con las capacidades medias de inteligencia y voluntad que les permiten tomar por sí mismas las decisiones que les afecten.

### **2.- SITUACIÓN DE INCAPACIDAD “PRESUNTA”**

Fácilmente puede caerse en la cuenta de que no todas las personas al alcanzar la mayoría de edad o, una vez alcanzada, cuentan con estas capacidades pues pueden encontrarse privadas de ellas o tenerlas limitadas por el hecho de padecer una discapacidad intelectual, trastorno mental, demencia, etc....

**La constatación de este hecho hace que la “presunción legal de capacidad” se torne en “presunción de incapacidad”**

#### El estatuto legal del “presunto incapaz”

El ordenamiento jurídico, en base a la situación de vulnerabilidad de estas personas, prevé un conjunto de disposiciones destinadas a dotarle de protección, distribuyendo obligaciones tanto públicas como privadas.

Así:

- \* Despliega todos sus efectos la “Guarda de Hecho”.
- \* El internamiento involuntario de estas personas en un Centro, Unidad, Residencia, etc... está sometido a control judicial que se ejercerá antes o después del ingreso en atención a la urgencia del mismo (Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)
- \* Los familiares cercanos están legitimados para promover su declaración judicial de incapacidad (Art. 757-1 LEC) y el Ministerio Fiscal si los familiares no lo hicieron y lo estimare conveniente (Art. 757-2 LEC)
- \* En caso de ser demandado en juicio, se le nombraría un defensor judicial (Art. 8 LEC)
- \* Se pueden adoptar las medidas de protección previstas en el Art. 216-2 en relación con el Art. 158 del Código Civil.

### **3.- INCAPACIDAD PARCIAL O TOTAL DECLARADA EN SENTENCIA TRAS PROCESO JUDICIAL DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR**

El contenido y alcance de la capacidad será el establecido en la Sentencia.

Establece el artículo 760-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

**“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....**

### **D.- PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD “PRIVADA”-“PÚBLICA” EN LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA PERSONA VULNERABLE.**

Respecto de las personas vulnerables (con razón de edad, discapacidad, enfermedad, etc...) nuestro sistema se rige por el principio de co-responsabilidad Privada/Pública.

#### **1.- ÁMBITO PRIVADO**

##### **1.- Familiares cercanos**

Para los familiares cercanos la atención y cuidado de sus familiares vulnerables es una obligación legal establecida en los Arts. 142...ss del Código Civil. Es la institución jurídica conocida como “Deber de Alimentos entre Parientes”.

Dispone el Art. 142 del Código Civil que:

**“Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica”**

Dispone el Art. 143 del Código Civil que:

**“Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:**

**1º.- Los cónyuges.**

**2º.- Los ascendientes y descendientes.**

**Los hermanos solo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista y se extenderán, en su caso, a los que precisen para su educación.”**



El incumplimiento de estos deberes constituye el delito de abandono de familia tipificado en los Arts. 226 y 228 del C. Penal que disponen:

#### **Artículo 226**

**El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.**

#### **Artículo 229**

- 1. El abandono de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.**
- 2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.**
- 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.**

#### **2.- Allegados**

Los vínculos del afecto pueden ser incluso más poderosos que los de la sangre. Sobre esta premisa, personas que no tienen relación de parentesco (amigos, vecinos, etc...) desarrollan una continuada labor de protección de personas con discapacidad psíquica; A veces como complemento de la protección familiar: A veces en sustitución de ésta.

La ley denomina a esta situación "Guarda de Hecho" y atribuye a los guardadores facultades legales de actuación respecto de los guardados.

Recordemos una vez más lo dispuesto en el Artículo 304 del Código Civil:

**“Los actos realizados por el Guardador de Hecho en interés del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”**

### **3.- El Movimiento Asociativo – El Tercer Sector**

El movimiento asociativo de Familiares y Allegados que en el ámbito de la Discapacidad arranca en España en la década de los sesenta y en el del Trastorno Mental en la década de los noventa, ha cuajado en una vigorosa organización que ha generado cuantiosas inversiones y gestionado grandes recursos públicos en beneficio de estos colectivos.

Ello ha dado lugar al denominado “Tercer Sector Social” integrado por centenares de entidades privadas sin ánimo de lucro (cooperativas, sociedades, empresas, etc...) que representan un muy apreciable porcentaje de la economía nacional.

Su regulación se encuentra en la Ley 43/2015 de 9 de Octubre “Del Tercer Sector Social” (BOE 10 de Octubre de 2015)

El Art. 2 de la citada Ley dice:

**1.- “Las entidades del Tercer Sector de Acción Social son aquéllas organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadano o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y de participación social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social.**

**2.- En todo caso, son entidades del Tercer Sector de Acción Social las asociaciones, las fundaciones, así como las federaciones o asociaciones que las integren, siempre que cumplan con lo previsto en esta Ley. Para la representación y defensa de sus intereses de una forma más eficaz y de acuerdo con la Ley Orgánica 1/2002 de 22 de Marzo, reguladora del derecho de asociación, y con su normativa específica, las entidades del Tercer Sector de Acción Social podrán constituir asociaciones o federaciones que, a su vez, podrán agruparse entre sí”**

Existe constituida la denominada “Plataforma del Tercer Sector”

La Plataforma del Tercer Sector se constituyó en enero de 2012 para defender, a través de una única voz, los derechos e intereses sociales de la ciudadanía, principalmente de las personas en situación de pobreza o riesgo de exclusión. Con este objetivo se unieron las siete organizaciones más representativas del ámbito de lo social: la Plataforma del Voluntariado de España (PVE), la Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión social en el Estado Español (EAPN-ES), la Plataforma de ONG de Acción Social (POAS), el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), Cruz Roja Española, Cáritas y la Organización Nacional de Ciegos de España (ONCE).

A ellas se han unido posteriormente entidades colaboradoras y Plataformas del Tercer Sector de ámbito regional. A día de hoy, la Plataforma está compuesta por veinte organizaciones y representa a cerca de 30.000 entidades del Tercer Sector, de las que forman parte 645.000 trabajadores y 1,3 millones de personas voluntarias.

#### **4.- El voluntariado**

Supone un compromiso específico de colaboración con los colectivos vulnerables.

La actual Ley 45/2015 de 14 de Octubre, “Del Voluntariado” (BOE de 15 de Octubre de 2015) define el voluntariado en los siguientes términos (Art. 3-1)

“A los efectos de la presente Ley, se entiende por voluntariado, el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que reúnan los requisitos siguientes:

- a) Que tengan carácter solidario.
- b) Que su realización sea libre, sin que tenga causa en una obligación personal o deber jurídico y sea asumida voluntariamente.
- c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria ocasione a los voluntarios.
- d) Que se desarrollen a través de las entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos y dentro o fuera del territorio español, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 21 y 22.

#### **5.- La ciudadanía en general**

Más allá de los familiares cercanos y allegados, existe un deber “ético” de solidaridad y colaboración ciudadana, especialmente intenso cuando se trata de personas vulnerables.

Este deber “ético” se convierte en deber legal en determinadas situaciones, hasta el punto de que su incumplimiento es constitutivo de delito de omisión de socorro castigado en el Art. 195 del C. Penal que dispone:

#### **Artículo 195:**

**1.- El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigada con la pena de multa de tres a doce meses.**

**2.- En las mismas penas incurrirá el que impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.**

## **2. ÁMBITO PÚBLICO**

### **Los Poderes Públicos**

Tienen un especial deber de actuar dimanante de lo dispuesto en el Art. 49 de la Constitución que proclama:

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

### **Los profesionales de la Función Pública**

Derivado de lo anterior, los profesionales de la función pública, especialmente los más cercanos a la persona vulnerable, tienen un especial deber de actuación de acuerdo con sus respectivas normas de competencia.

Cuando faltan los familiares y/o allegados o estos no actúan o lo hacen en contra de los intereses de la persona vulnerable, el deber de actuar se traslada a los profesionales que en cada territorio tengan atribuida competencia de actuación en esa materia debiendo adoptar las iniciativas y decisiones que consideren necesarias para la protección de aquella.

Es la ética de la función pública de servicio al ciudadano que aparece especialmente reforzada cuando de personas vulnerables se trata.

Es frecuente que situaciones de necesidad que exigen una intervención inmediata (personas mayores con demencia, personas con trastorno mental que viven solas y en condiciones deplorables, o en la calle, etc...) se bloqueen y prolonguen hasta casos

extremos porque nadie toma decisiones sobre la base de que “no es de mi competencia”; “no está incapacitado”, “yo no puedo actuar sin autorización judicial”, etc...

Existe, por tanto, un deber de iniciativa, “directa y autónoma” de intervención por parte de los profesionales del ámbito sociosanitario, sin perjuicio de la “posterior” comunicación al Juzgado, en caso de ingresos involuntarios urgentes, al objeto de control y comprobación del cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

## **E.- LA GUARDA DE HECHO**

### **1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES**

La “Guarda de Hecho” es una institución de protección de personas con discapacidad, legalmente reconocida (Art. 302 a 306 del C. Civil) y con el mismo rango normativo que las tradicionales instituciones de guarda (tutela, curatela).

Ocurre que las tradicionales instituciones de guarda (tutela, curatela) eran ya contempladas y reguladas por el Derecho Romano de modo que su fisonomía o, al menos su existencia, son conocidas por el ciudadano medio.

Todo lo contrario ocurre con la Guarda de Hecho cuya incorporación al ordenamiento jurídico civil se produjo en el año 1983 y su efectividad es aún desconocida para muchos juristas y para el ciudadano medio.

### **2.- LA REPRESENTACIÓN DEL PRESUNTO INCAPAZ – LA GUARDA DE HECHO**

Entre el momento en que la persona, por razón de sufrir una trastorno mental, demencia, etc..., pierde la capacidad de decisión y el momento en que, en su caso, se dicte (tras el correspondiente procedimiento) sentencia de incapacitación y se nombre tutor, transcurre necesariamente un periodo de tiempo más o menos prolongado en el que, como hemos visto, el estatuto civil de aquella es de “**presunta incapacidad**” y habrá que tomar decisiones por ella de todo tipo (Sanitarias, administrativas, provisión de bienes y servicios, etc...)

La persona **a quien la ley habilita para actuar** en su nombre, asumiendo su representación es al **GUARDADOR DE HECHO**.

Hay que dejar muy claro que **LA GUARDA DE HECHO Y LA HABILITACIÓN PARA ACTUAR DEL GUARDADOR PROVIENEN DIRECTAMENTE DE LA LEY**, no de un documento o resolución judicial o administrativa previa.

Esto resulta difícil de entender.

En la época del ESTADO BUROCRÁTICO está extendida la sensación, tanto entre el ciudadano medio como entre los funcionarios, que sin “papeles” no se puede actuar. Pues resulta que no, que el Guardador de hecho recibe sus facultades de actuación directamente de la ley.

### 3.- HABILITACIÓN GENERAL DE ACTUACIÓN

Dispone el Art. 304 del Código Civil

**“Los actos realizados por el Guardador de Hecho en interés del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”**

Esto quiere decir que la ley les autoriza a actuar en su nombre y representación del guardado, tomando las decisiones destinadas a procurar su protección y la salvaguarda de derechos e intereses.

### 4.- ACREDITACIÓN DE LA SITUACIÓN DE GUARDA

Este es el “talón de Aquiles” de la institución, en el contexto de lo que he denominado “ESTADO BUROCRÁTICO”

Es preciso acreditar dos cosas

#### 1.- La condición de “Guardador” – La convivencia como presunción de Guarda

El reconocimiento de la condición de Guardador de Hecho resulta más fácil cuando el guardado es familiar de aquél. Cuando más cercano es el parentesco, más fácil resulta el reconocimiento.

En estos casos, la exhibición del “Libro de Familia” permite, de modo sencillo, la acreditación del parentesco, circunstancia desencadenante de los derechos y obligaciones de la institución de “alimentos entre parientes” (Arts 142...ss Código Civil), que impone a estos ciertos deberes de actuación en beneficio del familiar que se encuentra necesitado de protección.

Cuando el Guardador no es pariente, sino allegado, la prueba de tal condición se complica pues sabido es que, a diferencia del parentesco que cuenta en su acreditación con el Registro Civil, el afecto no cuenta con un Registro Público donde se encuentre inscrito

En estos casos la acreditación deberá hacerse a través de documentación “periférica” (sanitaria, asistencial, administrativa, doméstica, etc...) que acredite la condición de Guardador.

**En cualquier caso, a efectos de la acreditación de la condición de Guardador de Hecho resulta de extraordinariamente relevancia el hecho de convivir con el Guardado. De la convivencia se deriva la “presunción de Guarda” de modo que la acreditación de este extremo mediante los distintos pruebas documentales (certificado de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc..., será determinante para atribuir la condición pues familiares o allegados pueden haber varios pero, de entre ellos, la convivencia otorga un “plus” a la hora del reconocimiento de la Guarda de Hecho.**

## 2.- La condición de “presunto incapaz” del Guardado

Este extremo hay que acreditarlo mediante la exhibición de los correspondientes certificados médicos expresivos del padecimiento psíquico (discapacidad intelectual, demencia, trastorno o anomalía mental) y su incidencia en la capacidad de decisión que se ve notablemente mermada o anulada por dicho padecimiento.

## **5.- LA GUARDA DE HECHO PERSONAL**

Es lo más frecuente. Generalmente son los familiares cercanos (padres, hermanos, etc..) los que cuidan al familiar necesitado de protección.

En otras ocasiones son allegados (vecinos, amigos)

En estos casos la Guarda personal puede ser unipersonal (llevada a cabo por una sola persona) o conjunta (por varias)

En los casos de Guarda conjunta (Ej: Varios hermanos respecto del padre, madre u otro hermano) si surgen discrepancias sobre asuntos relevantes es frecuente que se termine acudiendo a la Fiscalía o al Juzgado para dirimir la controversia.

## **6.- LA GUARDA DE HECHO INSTITUCIONAL: PRIVADA Y PÚBLICA**

Se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un Centro (Residencia para Personas con Discapacidad, Residencias para Personas Mayores, Casas-Hogar, etc.

Ya sean estos Centros de naturaleza privada o pública, es la Dirección de los mismos la que asume, de modo “automático”, la guarda de la persona necesitada de protección y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que les son debidos.

Esta obligación surge tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado generalmente con el Guardador de Hecho), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el Centro.

En estos casos la intervención judicial debe limitarse, en principio, al control del internamiento de acuerdo con lo establecido en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En los casos en que la persona vulnerable sea visitada con regularidad por familiares o allegados, estaremos ante un supuesto de “guarda conjunta personal e institucional”. En caso de discrepancia entre los guardadores personales y los guardadores institucionales, habrá que acudir al Fiscal o, en su caso, al Juez para dirimir el conflicto.

## F.- ACTUACIONES MÁS FRECUENTES DEMANDADAS POR LOS GUARDADORES DE HECHO

### 1- EN EL ÁMBITO PÚBLICO

#### \*Petición de Intervenciones sanitarias

El problema se plantea con especial crudeza en los casos de personas con trastorno mental grave que presentan resistencia a los tratamientos, que no acuden a las citas programadas, etc...

En estos casos son los guardadores (Familiares, amigos, vecinos, organismos, instituciones, etc...) los que acuden a los recursos para solicitar la intervención sanitaria.

En algunos casos se les niega la legitimación para solicitar esta intervención sobre la base de que el paciente "es mayor de edad".

Lo que se olvida en estos casos es que, a pesar de la mayoría de edad del paciente, la constatación de una enfermedad invalidante, convierte la presunción de capacidad en "presunción de incapacidad", legitimando la actuación del Guardador.

Nuestra legislación otorga derechos a los familiares y allegados cuando se relacionan con el ámbito sanitario a propósito de su familiar o allegado enfermo.

#### Derecho a recibir información

Art 5-3 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.**

REAL DECRETO 1030/2006 de 15 de Septiembre (BOE nº 222 de 16 de Septiembre de 2006) por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización dedica el Apartado 7 del Anexo III a "La atención en salud mental" y establece:

**La atención a la salud mental, que garantizará la necesaria continuación asistencial, incluye:**

**7-7 Información y asesoramiento a las personas vinculadas al paciente, especialmente al cuidador principal**



### Consentimiento por representación

Art. 9-3 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:**

**Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.**

**Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.**

### En caso de haber nombrado interlocutor en documento de instrucciones previas

Art. 11 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**El otorgante del documento puede designar además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o con el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.**

### Derecho a ser consultados aún en caso de urgencia

Art. 9-2 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

**Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:**

...//...

**Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.**

### \* **Peticiones en organismos oficiales**

Peticiones de recursos sociales (pensiones, plazas residenciales, etc.)  
Matriculaciones en Centros de Educación, Formación profesional, etc...  
Licencias  
Etc...

La constatación de la existencia de una situación de Guarda de Hecho debería bastar para que la petición del Guardador fuese atendida. Esto ocurre así en relación con cuestiones de poca trascendencia (pequeñas compras, reclamación de servicios, etc...) pero todo se vuelve más difícil en relación con actos más trascendentes.

Es claro que el principal enemigo de la Guarda de Hecho es EL ESTADO BUROCRÁTICO que constantemente pide "papeles" que acrediten tanto la discapacidad del guardado como la representación del guardador. Ocurre que la Guarda de Hecho es una situación no documentada.

Por ejemplo: El familiar que cuida al abuelo con alzheimer. Esta situación existe y se desarrolla al margen de ningún "documento oficial" pero si la familia solicita a la Administración competente un recurso derivado de la Ley de las Dependencias, entonces se plantea la cuestión de la documentación de dicha situación "de hecho".

Fue precisamente la entrada en vigor de la conocida como "Ley de las Dependencias", la que planteó con toda crudeza lo irracional de nuestro sistema actual de acreditación de la representación y, de paso, ha venido a dar un gran impulso al reconocimiento de esta institución protectora.

El hecho de que fuesen cientos de miles las peticiones que llegaron a las Administraciones competentes solicitando el inicio del procedimiento de reconocimiento de la dependencia, hizo pensar a las Autoridades que no tenía ningún sentido incapacitar a cientos de miles de personas para que, tras un procedimiento judicial que bien puede durar un año, designar un tutor para solicitar el inicio del procedimiento de reconocimiento de aquél derecho.

En este momento las Administraciones volvieron los ojos hacia la olvidada y denostada "Guarda de Hecho" y lo que dispone el tantas veces recordado Art. 304 del Código Civil:

**“Los actos realizados por el guardador de hecho en beneficio del presunto incapaz, no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”**

Resultaba evidente que lo que el guardador solicitaba redundaría en beneficio y utilidad de la persona con discapacidad que no contaba con capacidad para decidir por sí misma (presunto incapaz).

De este modo, se elaboraron por los distintos organismos receptores de las solicitudes, distintos modelos de declaración de existencia de "Guarda de Hecho" que, una vez cumplimentados, permitían cursar las peticiones con el objeto de lograr el reconocimiento del derecho y la provisión del correspondiente recurso.

No faltaron funcionarios que, no obstante lo anterior, dieron cuenta a Fiscalía en aplicación de lo dispuesto en el ya comentado Art. 753-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no faltaron Fiscales que interpusieron demandas de incapacitación.

Yendo de lo particular a lo general. La Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad.

Si con ella se proporciona la protección y el apoyo requerido no habrá que dar el paso a medidas más drásticas e invasivas como la incapacitación judicial.

#### **\* Peticiones a las Fuerzas de Seguridad**

- Peticiones de auxilio ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental

- Peticiones de búsqueda y localización en caso de fuga y/o desaparición.

Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado están obligados a prestar esta colaboración de “auxilio” en base a lo dispuesto en:

Ley orgánica 2/1986 de 13 de marzo de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado

Art. 11-1

**“Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones....**

**b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.**

El auxilio y colaboración puede consistir en la localización y contención mínima indispensable para que pueda actuar el dispositivo sanitario.

En funciones de auxilio es legítimo entrar en domicilio

Así lo dispone:

\* Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana

Artículo 15: Entrada y registro en domicilio y edificios de organismos oficiales

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las Leyes.

**2. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.**

...//...

**4. Cuando por las causas previstas en este artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entren en un domicilio particular, remitirán sin dilación el acta o atestado que instruyan a la autoridad judicial competente.**

Resulta muy lamentable que, en muchas ocasiones, la intervención de los Agentes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, termine con la persona con discapacidad o trastorno mental, detenida y sometida a un juicio rápido por presuntos delitos de atentado/resistencia a Agentes de la Autoridad y malos tratos en el ámbito familiar.

La Fiscalía de Córdoba elaboró en el año 2013 una “Encuesta sobre personas con discapacidad y trastorno mental conducidas al Juzgado de Guardia en calidad de detenidas”, que resulta muy elocuente.

Puede consultarse en el siguiente enlace:

<http://fernandosantosaurbaneja.blogspot.com.es/2014/01/n-75-discapacidad-salud-mental-judicial.html>

En ella se señala:

Puede observarse que la mayor parte de los delitos que motivaron su detención son relativos a la violencia familiar y al orden público.

Si consideramos serenamente la cuestión caeremos en la cuenta de que, en la mayor parte de los casos, los altercados familiares se producen en los estados de descompensación por falta de atención sanitaria lo cual provoca la intervención de los Agentes de Policía que, a su vez, pueden ser objeto de amenazas o agresiones al intentar reducir al enfermo.

Así, de una situación de crisis no atendida, sale el enfermo con una doble dependencia judicial por delito contra de violencia familiar y contra el orden público (resistencia – atentado).

Estas situaciones, más que delitos, deberían ser consideradas manifestaciones de la enfermedad y la actuación de los Agentes, realizada en funciones de “auxilio” a los ciudadanos contempladas en los Arts. 5-2 y 11 b) de la Ley Orgánica 2/1986 de 13 de Marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En relación con los delitos de violencia familiar se da una circunstancia añadida que depara gravísimas consecuencias tanto para el enfermo como para su familia.

Por establecerlo imperativamente el Art. 57-2 del Código Penal, en estos delitos habrá de imponerse “en todo caso” como pena accesoria, la prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares (Art. 48-2 C. Penal).

Resulta que, en la mayor parte de los casos, “las víctimas” son los únicos cuidadores del enfermo y, más allá del incidente que motivó la incoación del procedimiento penal, desean seguir cuidando de su familiar y éste acude inmediatamente a ellos dando lugar a la comisión de un nuevo delito, en este caso el de quebrantamiento de condena (Art. 468 C. Penal) dando lugar a una “serie delictiva” que, más pronto que tarde, le conducirá a la prisión.

#### **\* Peticiones al Ministerio Fiscal**

Quien ejerza la Guarda de Hecho de un presunto incapaz puede dirigirse al Fiscal solicitando información o diversas iniciativas (medidas de protección, demanda de incapacitación, etc...)

El Fiscal abrirá las correspondientes Diligencias que concluirán con un Dictamen o un Decreto en los términos ya examinados en la base octava del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad.

## **2 EN EL ÁMBITO PRIVADO**

#### **\* Peticiones a los bancos**

Es frecuente que respecto de personas vulnerables por razón de discapacidad se presente la necesidad de adquirir bienes o servicios cuyo pago hay que hacer con dinero que se encuentra en cuentas corrientes que se encuentran a nombre de la persona desvalida.

Es común esta situación en relación con personas mayores que han de ser ingresadas en residencias y también en caso de víctimas de accidentes (laborales, de tráfico) que como consecuencia de los mismos quedan en estado de coma.

Cuando los familiares acuden a sacar dinero suelen encontrarse con la objeción de que no podrán obtenerlo hasta que la persona no se encuentra judicialmente incapacitada y provista de tutor.

#### **\* Peticiones de servicios asistenciales**

Fundamentalmente plazas en centros residenciales, centros de día, ayudas a domicilio, etc..

En ocasiones, negando/desconociendo la condición de Guardador de Hecho, se exige acreditación de la condición de tutor o, al menos, acreditar que se ha instado el procedimiento de incapacitación.

#### **\* Peticiones de otros servicios**

Por ejemplo, la petición de servicio privado de ambulancia para traslado de la persona con trastorno o anomalía mental a un Centro por razón de ingreso urgente.

Aún se encuentran casos en que la empresa exige la autorización judicial previa, haciendo fracasar el ingreso con las graves consecuencias derivadas de este hecho.

En caso de urgencia la ley, como es obvio, no requiere autorización judicial previa para el ingreso y, por tanto, tampoco para el traslado, sin perjuicio del posterior control judicial en los términos previstos en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### **G.- GUARDA DE HECHO AMPARADA EN RESOLUCIÓN JUDICIAL**

#### **1.- DESCRIPCIÓN**

En ocasiones la situación de Guarda de Hecho llega a conocimiento de la Autoridad Judicial.

El Juez, si lo estima oportuno, puede pedir al Guardador información sobre la situación del Guardado, adoptar medidas de control, otorgarle facultades de actuación, etc..

Dispone el Art. 303 del Código Civil:

**1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.**

**Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.**

En estos casos, la resolución judicial declarando la existencia de una situación de Guarda de Hecho, disipa los temores y objeciones de funcionarios y organismos sobre tal condición.

**No obstante lo anterior, es preciso insistir en la idea de que el Guardador recibe sus facultades de actuación directamente de la ley y que, en caso de que medie resolución judicial al respecto, ésta no es constitutiva (no hace nacer) la institución, sino que declara que existía, al tiempo que puede establecer medidas de control o facultades de actuación en los términos que ya se han señalado.**

Una vez judicializada la situación de Guarda de Hecho, la ley tiende a la equiparación con la institución de la Tutela.

Así, el Art. 306 del Código Civil dispone:

**“Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor”**

(El Art. 220 se refiere al derecho del tutor a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado por los daños y perjuicios que sufra en el desempeño de la función tutelar, sin culpa por su parte)

## 2.- EL EXPEDIENTE JUDICIAL DE GUARDA DE HECHO.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria se ocupa de la “Guarda de Hecho” en el Art. 52 en los siguientes términos:

### **Artículo 52. Requerimiento y medidas de control.**

**1. A instancia del Ministerio Fiscal, del sometido a guarda o de cualquiera que tenga un interés legítimo, el Juez que tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y bienes del menor, de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos.**

**2. El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.**

Señalar también que, conforme a lo que establece el Art. 303 del Código Civil el Juez podrá

**Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores.**

### 3.- CONSTANCIA REGISTRAL

El Art 40 de la Ley 20/2011 de 21 de Julio del Registro Civil -

**1. Las anotaciones registrales son la modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción. Tendrán un valor meramente informativo, salvo los casos en que la Ley les atribuya valor de presunción.**

**2. Las anotaciones registrales se extenderán a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado.**

**3. Pueden ser objeto de anotación los siguientes hechos y actos:**

...//...

**\* Las actuaciones tutelares y de otras figuras tuitivas previstas en la Ley, en los casos que reglamentariamente se determinen.**

**\* La guarda de hecho.**

### 4. GUARDA DE HECHO Y PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Es preciso recordar en este punto la teoría de la “Doble Vía” ya explicada y expuesta (Base novena del sistema de protección) según la cual si con una intervención judicial menor se cumplen los objetivos y necesidades de protección de la Persona con



Discapacidad en ese momento, no hay que acudir a una medida judicial más amplia e inhabilitante como es el procedimiento de incapacitación.

Recordemos con qué claridad aparece expuesta esta idea en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999, sobre “Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”.

La aludida Recomendación hace referencia expresa al “principio de flexibilidad en la respuesta jurídica” sobre las siguientes bases:

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

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

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

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

## **H.- LA NECESIDAD DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL**

Ya hemos visto que tanto los poderes públicos como los funcionarios tienen un especial deber de actuación respecto de las Personas con Discapacidad.

En este sentido, dado que las atenciones son transversales, resulta vital la **coordinación** entre las distintas instituciones implicadas.

En Andalucía, para facilitar la coordinación interinstitucional, se firmó en el año 2015

**“El Protocolo general de colaboración entre la Consejería de Igualdad, salud y Políticas Sociales y la Consejería de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz y el Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI-ANDALUCIA), para la mejora de la coordinación y atención a personas con discapacidad en situaciones de dificultad y apoyo de las mismas en los procesos de incapacitación.**

En el citado Protocolo se contempla la creación de una Comisión Autonómica y una Comisión en cada provincia de la Comunidad presidida por la persona titular de la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, con representantes de las siguientes instituciones:

- \* Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales (ASSDA – Servicio de Gestión de Servicios Sociales)
- \* Diputación Provincial (áreas de drogodependencias y servicios sociales)
- \* Ayuntamiento de la capital de provincia (servicios sociales comunitarios)
- \* Servicio Andaluz de Salud (Programa de Salud Mental)
- \* Fiscalía (Sección de Protección de las Personas con Discapacidad)
- \* Juez Decano
- \* Instituto de Medicina Legal
- \* Fundaciones Tutelares
- \* Fundación Pública Andaluza de Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM)

Estimo que es una experiencia de coordinación “exportable” y que, en aquellos territorios en que aún no existe, acabará imponiéndose más pronto que tarde.

### **I.- EL NECESARIO DIÁLOGO DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA, SOCIAL, JUSTICIA, FUERZAS DE SEGURIDAD CON EL ÁMBITO PRIVADO (FAMILIARES/ALLEGADOS)**

De lo hasta ahora dicho se desprende que la actitud debe ser receptiva, tratando de atender sus peticiones y, en su caso, explicar y orientar sus pasos.

Recordemos que cuando acuden a las distintas Administraciones, Fuerzas de Seguridad, etc..., lo hacen en representación de su familiar o allegado y en su condición de “Guardadores de Hecho” de una persona “presuntamente incapaz”, es decir, que existen razones para pensar que carece de facultad de decisión y de autogobierno.

Como es lógico los familiares/allegados deberán exhibir ante el funcionario o a Agente correspondiente un “principio de prueba”, esto es, documentación médica que revele la discapacidad psíquica, trastorno mental o demencia, cuanto más actualizada mejor.

Así las cosas, surge en los profesionales de la función pública un especial deber de actuación en el marco de sus competencias y en coordinación con otros profesionales, organismos o instituciones implicadas en la respuesta a la petición planteada.

Esta actitud receptiva e interlocución con familiares/allegados, debe hacerse extensiva a los representantes de sus Asociaciones y Federaciones, así como a las Fundaciones Tutelares que trabajan por la promoción de los derechos de las Personas con Discapacidad.

Es de esperar que la coordinación interinstitucional y el diálogo con el ámbito privado permita atender de modo integral cada caso y contribuya a eliminar malas prácticas detectadas, como las siguientes:

- \* Reenvío del asunto a otro órgano o institución sin asumir las propias competencias.
- \* Actuaciones unilaterales sin comunicación ni coordinación con otros sistemas.
- \* Falta de información a familiares/allegados.