

MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Conclusiones de las Jornadas de fiscales especialistas celebradas
en Alcalá de Henares el 20 y 21 de septiembre de 2010

Felisa Alcántara Barbany
Angeles de la Blanca García
Cristóbal Fábrega Ruiz
Carlos Ganzenmüller Roig
Gonzalo López Ebri
Nuria López-Mora González
David Mayor Fernández
Fernando Santos Urbaneja



Fundación
Aequitas





MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD



Edición: Marzo, 2011

Edita:© Fundación Aequitas.
Paseo del General Martínez Campos, 46-6º
28010 Madrid
www.aequitas.org

Diseño: Paranota S.L.

Depósito legal:

ÍNDICE

Autores	7
Presentación	9
Prólogo	11
I.- Fase Preprocesal	17
1.- Del acceso del ciudadano a la Fiscalía.....	17
2.- De las diligencias preprocesales	19
3.- El requerimiento de informe médico previo a la presentación de la demanda por el Ministerio Fiscal...	26
II.- Fase Preprocesal	29
1.- Presentación de la demanda	29
2.- Del contenido mínimo de la sentencia.....	34
III.- Fase de vigilancia y control del apoyo determinado	36
1.- En relación a la persona y su inclusión social	36
2.- En relación al patrimonio	38
3.- Patrimonios protegidos. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad	41
IV.- El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 de la LEC y su adecuación a la Convención (procedimiento de ingreso no voluntario)	45
V.- Sobre la protección y garantía de los derechos de las personas mayores.....	61
Porcentaje de mayores por Comunidad Autónoma.....	62
1.- De la actividad del Ministerio Fiscal en la defensa y garantías de los derechos de las personas mayores...	63
2.- Especial consideración al maltrato de las personas con discapacidad	67
VI.- Cuestiones relacionadas con el derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad. art. 13 de la Convención	71
VII.- De las buenas prácticas en relación a la accesibilidad de las personas con discapacidad	75
A modo de conclusión	83

AUTORES

Alcántara Barbany, Felisa P.

- Fiscal especialista, adscrita a la Sección Civil y de protección a las personas con discapacidad de la Fiscalía Provincial de Valencia.
-

Blanca García, Ángeles de la

- Fiscal de la Audiencia Provincial de Toledo, especialista de la Sección de Tutelas y protección de personas con discapacidad.
 - Participa en proyectos culturales y educativos con las asociaciones de personas con discapacidad ASPAYM y APACE.
-

Fábrega Ruiz, Cristóbal

- Fiscal coordinador de la Sección Civil y de protección a personas con discapacidad de la Fiscalía Provincial de Jaén.
 - Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Jaén.
 - Miembro de diversas comisiones sobre discapacidad y autor de trabajos sobre la materia.
-

Ganzenmüller Roig, Carlos

- Fiscal del Tribunal Supremo.
- Coordinador de los Servicios de protección de las personas con discapacidad y apoyos de las Fiscalías Provinciales.
- Fiscal Delegado ante el Foro “Justicia y Discapacidad.”
- Miembro de honor de la Sociedad Española de Psiquiatría Forense.
- Miembro de la Comisión de Expertos de Legislación sobre Discapacidad del Real Patronato sobre Discapacidad.

López Ebri, Gonzalo A.

- Teniente Fiscal de la Fiscalía Superior de la Comunitat Valenciana.
 - Fiscal Coordinador de las secciones civiles y de protección de las personas con discapacidad en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
 - Vocal del Consejo Rector del INDISVA: Instituto Notarial Valenciano para la atención a las personas con discapacidad o riesgo de exclusión social.
 - Coordinador de la Editorial Tirant lo Blanch para los textos jurídicos adaptados a las oposiciones a ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal.
 - Profesor Asociado de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.
-

López-Mora González, Nuria

- Fiscal Decana de la Sección especializada en la protección de personas con discapacidad.
 - Fiscal Delegada de la Fiscalía General del Estado en el Foro “Justicia y Discapacidad.”
 - Patrona de la Fundación Æquitas.
-

Mayor Fernández, David

- Fiscal de la Fiscalía Provincial de Guipúzcoa, con sede en San Sebastián.
 - Coordinador del Servicio de protección de las personas con discapacidad y apoyos.
-

Santos Urbaneja, Fernando

- Responsable de la Sección de Protección de personas con discapacidad de la Fiscalía de Córdoba.
- Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental.
- Miembro de la Comisión de Legislación y Derechos Humanos de la Asociación Española de Neuropsiquiatría
- Miembro de la Comisión de Discapacidad y Dependencias del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba.

PRESENTACIÓN

“No podemos hacer grandes cosas, pero sí cosas pequeñas con un gran amor”

Madre Teresa de Calcuta.

La Fundación Æquitas, ONG del Consejo General del Notariado Español, tiene como fin esencial la prestación de ayuda y colaboración para potenciar el desarrollo y efectividad de los derechos de las personas que, sea por razones de edad o de enfermedad física o psíquica, sea por pertenecer a determinados colectivos socialmente menos favorecidos o vulnerables, están más necesitadas de una especial protección.

Tengo el gusto de presentarles la primera obra de la nueva colección que elaborará la Fundación Æquitas, a la que hemos llamado “ Cuadernos prácticos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, cuya finalidad es elaborar documentos prácticos para hacer más fácil el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad y sus familias a la luz de la Convención.

Con la edición de este primer número se inicia la colección, y como no podía ser de otra manera, empezamos con el Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal, institución que tiene por mandato constitucional la defensa de los derechos de las personas más vulnerables.

He de mostrar mi más profundo agradecimiento a todos y a cada uno de los autores de este libro, personas que están día a día al frente de su función, ejerciendo esa defensa, que se les atribuye en relación con los más vulnerables pero que, además, son un ejemplo claro y viviente de la Convención. Mi más sincera enhorabuena no sólo por la elaboración de este libro sino, fundamentalmente, por esa labor diaria que realizan, ¡gracias de corazón!.

Finalmente deciros que el camino que hoy comenzamos con este primer volumen de la colección continuará con la publicación, entre otros, del Manual de buenas prácticas notariales y, en esta nueva meta que nos planteamos todos y cada uno de los colaboradores de la Fundación, sois absolutamente necesarios, sin vosotros sería imposible hacer efectivo nuestro lema, pues gracias a todos “podemos hacer más”.

Almudena Castro-Girona Martínez

Notario de Barcelona y Directora General de la Fundación Æquitas.

Marzo 2011.

PRÓLOGO

La actividad del Ministerio Fiscal y su encaje constitucional como defensor en los procedimientos relativos a la protección de los derechos humanos de las personas más vulnerables, cobra tras la entrada en vigor el 3 de Mayo de 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, una nueva dimensión, que se proyecta, tanto en la implantación de ésta a nuestro derecho interno, como en el compromiso de la Institución con la eficacia y garantía de su aplicación.

Desde la Fiscalía se ha propiciado la especialización de los compañeros encargados de tan relevante misión que en el área del derecho civil, lejos de ser considerada como residual o anecdótica, ha pasado a ocupar, desde hace varias décadas, una posición preeminente en el ámbito de la protección de las personas más vulnerables, niños y niñas, mujeres, mayores y personas con discapacidad.

El enorme caudal aportado por estos compañeros en los Cursos de Especialistas, dirigidos a los fiscales encargados de la llevanza de las Secciones de Protección de las personas con discapacidad y apoyos, de las Fiscalías Provinciales y de Área, iniciadas en el año 2005, han ido marcando desde su experiencia diaria, el intercambio de soluciones pioneras, estrategias novedosas y sobre todo un encomiable esfuerzo de servicio al ciudadano más desprotegido.

Qué duda cabe que la Convención de Nueva York constituye un antes y un después en la consolidación y garantías de los derechos de las personas con discapacidad, en su confirmación como derechos humanos universales, pero conviene recordar que en aquel antes, y fundamentalmente desde la reforma del CC., de principios de los ochenta, ya la Fiscalía intervino decisivamente con sus instrucciones relativas al control y regularización de los internamientos, entre otras relevantes cuestiones.

El después de la Convención, supone la sustitución sin paliativos del “modelo médico rehabilitador” por “el modelo social de discapacidad”, lo que implica considerar que las causas que originan la discapacidad no son individuales, sino que son preponderantemente sociales, por lo que la discapacidad, nunca puede ser la consecuencia directa de limitaciones individuales, sino más bien de las limitaciones de la sociedad para asegurar convenientemente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. La profundización en el modelo social de discapacidad que se inició en nuestro país, mediante la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal, (LIONDAU), encuentra su aval definitivo a través de la incorporación al Derecho español de la Convención.

En este contexto, la Fiscalía ha pretendido sumarse a su implantación sin recelos ni vacilaciones, interesando su aplicación en todas aquellas intervenciones que requieran un elemento interpretativo o comparativo, tendente a determinar el mejor encaje normativo posible.

Así, desde la divulgación de formularios o modelos de escritos que divulguen la Convención, cual “carta marina” en mares tenebrosos; hasta la actuación de la Fiscalía del Tribunal Supremo ante la Sala Primera, que dio lugar a la sentencia de 29 de abril de 2009, donde por primera vez se abordó la cuestión relativa a: “la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006”.

Es necesario también mencionar la interesante aportación que se ha producido a través de las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas, donde en las últimas, celebradas en Alcalá de Henares, maduró la idea de preparar un Manual de buenas prácticas, que precisamente derivaba de la tardanza en legislar sobre los procedimientos de adecuación de la capacidad y determinación de apoyos.

Hay que resaltar, en todo caso, que la legislación española ha desarrollado una importante normativa de previsión en relación con el tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas, de conformidad con el artículo 49 de la Constitución Española (CE), que atendiendo a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, deben acomodarse a sus postulados. Por ello, el Ministerio Fiscal, en la Instrucción 4/2008: “Sobre control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad”, expresó la oportunidad de abordar diversas reformas legislativas para promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, según el artículo primero de la Convención.

Esta actividad ha tenido su continuidad en las Instrucciones de la Fiscalía 4/2009, “Sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad”, y la de mayor relevancia en razón a su materia, Instrucción 3/2010: “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”.

Son igualmente remarcables, los esfuerzos comunitarios sobre la discapacidad que quedan plasmados en la publicación, en el Diario de la Unión Europea (DOCE), de 20 de noviembre de 2010, de la Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo, relativa a un nuevo marco europeo de la discapacidad, en la que se apoya la aplicación efectiva de la Convención de la ONU por parte de los Estados Miembros y de las Instituciones de la Unión Europea.

Y en lo que respecta al legislador español, la Disposición Final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que modifica la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, demanda la creación de un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los

procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar.

Sin embargo, dada la envergadura de la tarea, que trasciende de las meras cuestiones de procedimiento, a la modificación de importantes instituciones muy consolidadas del Código Civil, y su regulación mediante Ley Orgánica por afectar a derechos fundamentales (como el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000), no parece probable que pueda llevarse a cabo en breve. Sin olvidarnos, además, de la deseable armonización de las legislaciones autonómicas en materia tan sensible, como queda patente desde la entrada en vigor el 1 de enero de 2011 del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la Persona y la Familia, donde se regulan ampliamente los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad.

De este contexto nace la aspiración desde los distintos colectivos profesionales relacionados con las personas con discapacidad y sus familias, de la necesidad de aplicar la Convención con la enorme proyección de derechos y obligaciones que comporta; interpretando y adaptando los mecanismos que proporciona nuestro derecho a sus postulados, incluso en aquellos aspectos más complicados como los derivados de los Arts. 12 y 13 de la Convención.

Esta importante tarea, clave para su consolidación, como expresamente señala su Art. 8, es la que abordan los Fiscales en el presente trabajo, plenamente enmarcado en la citada Resolución del Consejo de la Unión Europea (D.O.C.E. 20 de noviembre de 2010), cuya aplicación supone un reto para todas las Instituciones y especialmente para el Ministerio Fiscal, al ser una de sus funciones constitucionales la de intervenir en los procesos civiles que determine la ley, cuando el interés social lo requiera.

En este Manual de buenas prácticas, se abordan todos los aspectos más relevantes de su intervención:

Desde el acceso del ciudadano a la Fiscalía, hasta su actividad en todas las fases de los distintos procedimientos relacionados con la capacidad de las personas, sin olvidar otras cuestiones de gran trascendencia como la protección y garantía de los derechos de las personas mayores, la especial consideración al maltrato de las personas con discapacidad y las cuestiones relacionadas con el derecho de acceso a justicia de las personas con discapacidad en base al Art. 13 de la Convención, donde se incide en el conocimiento personal y directo de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Queda agradecer a los autores el gran esfuerzo realizado tanto en su trabajo diario al impulsar la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus diferentes ámbitos de responsabilidad, como en su trabajo para crear una obra de lectura comprensible y atractiva para todos, y especialmente pensada para que las personas con discapacidad y sus familias, puedan acceder a las fiscalías, en igual condición que los demás, desde una cumplida información y atención personalizada, que les facilite la comprensión de sus derechos, y el conocimiento de la actividad del Ministerio Fiscal, en la defensa de los mismos en el proceso y fuera de él.

José María Paz Rubio

Fiscal Jefe de Sala de la Fiscalía del Tribunal Supremo

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, configura “el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, a fin de conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

Los operadores jurídicos deben ser conscientes de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garantizan el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Para ello, deberán respetar la diversidad de los seres humanos, “según su edad, etnia, género, condición socioeconómica, orientación sexual y discapacidad”, bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”.

En la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito, destacan una serie de fases o de intervenciones progresivas que es preciso diferenciar:

1. DEL ACCESO DEL CIUDADANO A LA FISCALÍA

Las Secciones de las Fiscalías de toda España especializadas en la protección de personas con discapacidad deben darse a conocer a los ciudadanos, con el fin de que éstos puedan dirigirse de forma directa al fiscal.

Este acceso cobra especial relevancia en todos los supuestos de maltrato personal o económico a la persona con discapacidad, ya que desde el momento en que se proporcione tal información, la Fiscalía procederá a la apertura de las Diligencias Preprocesales correspondientes, y a la promoción de las medidas urgentes de protección, que coordinará con los juzgados para la constitución del apoyo que corresponda y con la urgencia que cada caso requiera.

Especial trascendencia tiene, en este momento, la labor de comunicación e información a la Fiscalía, ya que no en todos los supuestos en los que nos encontramos con una persona con discapacidad, va a ser necesaria la iniciación del procedimiento de determinación de la capacidad y propuesta de apoyos necesarios o específicos que complementen su capacidad natural.

El acceso a la Fiscalía lo tiene cualquier ciudadano, persona física o jurídica, que conociera la existencia de una persona con discapacidad en situación de desprotección, o que carezca de los apoyos necesarios que aseguren su inclusión social. (No obstante, las autoridades o funcionarios públicos que por razón de su profesión tengan conocimiento de la desprotección de una persona con discapacidad, tienen la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal). A tales fines, se tendrá en cuenta:

1. - Las Fiscalías como órganos de servicio de la sociedad.

Como se establece en la Instrucción 4/2009 Fiscalía General del Estado (FGE) sobre la organización de las Secciones de lo Civil y el régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y apoyos; en todas las Fiscalías debe constituirse una sección de lo civil y, dentro de ella, una sección para la protección de las personas con discapacidad, integrada al menos por dos Fiscales, y con dedicación exclusiva cuando el volumen de trabajo lo aconseje. Estas secciones es conveniente que se extiendan a las Fiscalías de Área y a las Adscripciones Territoriales.

El Ministerio Fiscal está configurado en la Constitución y en el Estatuto como un órgano de servicio a la sociedad. Como representante de la misma y defensor de los derechos de los ciudadanos no puede desconocer la voluntad y los intereses de estos. Por ello, se establece legalmente la obligación del Fiscal de asesorar y suplir la pasividad de los particulares, con independencia de las concretas legitimaciones que la ley otorga al Ministerio Público. En la información y apoyo a particulares es de destacar la información dada a las personas con discapacidad, de acuerdo con sus situaciones específicas tal como se establece en el artículo 12.3º de la Convención de la ONU de 2006.

2. - La Fiscalía y su labor de atención, información y asesoramiento a las personas con discapacidad.

Con excepción de las declaraciones de determinación de la capacidad y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil (CC) se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria, donde, tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o de la persona con discapacidad, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

En esta labor es fundamental el que las distintas instituciones y organismos tengan un referente claro de la sección con la que contactar.

Igualmente debe establecerse un sistema de atención a las visitas de particulares y profesionales, (bien un día, un sistema de turnos, gestión de citas etc.) tratando de que el mismo conste como servicio de Fiscalía a todos los efectos. El Fiscal debe ser accesible y cercano para la sociedad, las personas con discapacidad y sus allegados.

Los funcionarios de la Fiscalía encargados del servicio de atención a las personas con discapacidad, recibirán la formación adecuada para atender y orientar a los usuarios del mismo, con la adecuada capacitación especializada que establece el Art. 13.2 de la Convención.

También se deberá contar con los medios de colaboración necesarios en las áreas sanitarias y de servicios sociales, de las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, para que el acceso a la Fiscalía, cuando fuere necesario, pueda hacerse en parámetros de igualdad. En el caso de las personas sordas o con deficiencias en la comunicación, no debe faltar la atención localizada de el/la intérprete de lengua de señas u otros profesionales, según la necesidad.

La falta de accesibilidad a las instalaciones de la Fiscalía deberá ser comunicada al Fiscal jerárquicamente competente, a fin de que se adopten las medidas necesarias para subsanarla.

2. DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES

Es conveniente que se desarrolle el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) para adaptarse a las materias civiles ya que, al tener un origen de carácter penal, a veces, se crean disfunciones. Para ello, es un buen momento para la Reforma del Reglamento Orgánico que se está abordando en la

actualidad en la que debería dedicarse un capítulo a las líneas básicas de estas diligencias preprocesales. A tales efectos, se tendrá en cuenta:

A) Fundamento de las Diligencias Preprocesales

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (MF), Ley 24/2007, de 9 de Octubre, sigue dedicando el Art. 5 a la regulación de las diligencias de investigación en el orden penal, ampliándolas al orden civil, con la expresión residual de: “También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye”, cuya determinación en el orden civil, y en la específica labor de Protección de las personas con discapacidad, deben examinarse desde tres planos: a) el constitucional, b) el estatutario, y c) la legislación de desarrollo.

a) Por lo que al marco constitucional respecta, el Art. 124 Constitución Española (CE) determina la intervención del MF en el ámbito de la protección de las Personas con discapacidad, otorgándole la condición de garante de los derechos fundamentales y del interés público tutelado por la Ley, a lo que añade el Art. 49 CE, que “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

b) Desde la perspectiva estatutaria, entre las funciones que el EOMF nos atribuye están las enumeradas con carácter general en el Art. 1: “El Ministerio Fiscal 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, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y

procurar ante éstos la satisfacción del interés social”. Ello se traduce en este ámbito, en el Art. 3 EOMF, cuando determina:

“Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: ...

6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.

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”.

Del contenido del nº 6 del Art. 3 EOMF se desprende que la legitimación de la intervención del MF por razón del interés público o social no sólo es indubitada sino que, por ineludible, es una de las más nobles razones que fundamentan su intervención.

c) Finalmente, la determinación de las demás funciones, que la legislación de desarrollo civil y procesal, atribuye al MF para utilizar las Diligencias Preprocesales, como uno de los instrumentos para su cumplimiento, se deberán examinar:

- Desde el punto de vista sustantivo, el Código Civil (CC) regula las funciones del Ministerio Fiscal en la materia que nos ocupa al regular en el Libro I, Título X, las instituciones de la tutela, la curatela y la guarda de las personas con discapacidad.
- Desde el marco procesal, vienen estas funciones delimitadas en el Libro IV que contiene la regulación de los procesos especiales, y en particular, sus dos primeros capítulos relativos a las Disposiciones Generales y a los Procesos sobre la Capacidad de las Personas.

B) El objeto de las Diligencias Preprocesales

Sin ánimo exhaustivo, dada la complejidad de la materia, se procederá a la incoación de las Diligencias Preprocesales cuando en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad se requiera:

1. La determinación y valoración de los hechos y situaciones que sirven de base para la presentación de la demanda de incapacidad.
(Art. 757.2 Ley de Enjuiciamiento Civil -LEC-).
2. La determinación y valoración de los hechos y circunstancias determinantes de la solicitud del internamiento ordinario o del internamiento por causa sobrevenida. (Art. 763 LEC).
3. La determinación de los hechos que sirven de base para la solicitud de las medidas cautelares.
(Art. 762.2 LEC).
4. La determinación, concreción y la adveración de los extremos observados en las visitas periódicas a las residencias y que pueden servir de base para la solicitud de cualesquiera medidas de protección personal y/o patrimonial de las personas internadas.
(Art. 4º.2 EOMF).
5. La determinación de los hechos que sirven de base para el control del guardador de hecho, así como para la solicitud de las medidas de control y vigilancia sobre el mismo. (Art. 303 CC)
6. La determinación y valoración de los hechos que sirven de base para la recapacitación.
(Art. 761.1, 2 LEC)
7. La determinación y valoración de la persona o Institución que en la demanda de determinación de la capacidad va a ser propuesta como tutor, curador o apoyo. (Arts. 759 y 760 LEC)

8. La determinación y valoración de los hechos y circunstancias que sirvan de base para presentar la solicitud de remoción del tutor, curador o apoyo.

(Art. 248 CC)

9. Y, en general, cualquier otra de naturaleza similar a las anteriores.

C) Contenido de las Diligencias Preprocesales

En cada caso el Fiscal examinará las circunstancias concurrentes y valorará cada situación, atendiendo fundamentalmente “al interés de la persona con discapacidad”, de modo que si ésta cuenta con los apoyos necesarios para asegurar su protección y participación social, archivará las diligencias por ser innecesario en estos casos la iniciación de un procedimiento para el complemento de su capacidad.

En estas diligencias se determinará la situación personal, patrimonial y social de la persona, siendo necesario especificar la CAUSA (deficiencia física, psíquica, intelectual o sensorial, grave y de carácter persistente) y el MOTIVO (situación de desprotección que le impida gobernarse por sí mismo).

La determinación de las relaciones de la persona con discapacidad con las de su entorno cotidiano, ya sean familiares o no, son importantes para que el Fiscal pueda concretar en la demanda la **propuesta de la persona de apoyo**.

Establecido el interés superior de la persona con discapacidad como eje fundamental de actuación, ningún conflicto entre parientes o dependencia emocional debe de pasar inadvertido, por ello los informes psico-sociales son también vitales en este período, ya que aportan una perspectiva panorámica y objetiva sobre la vida de cada persona, determinantes para el estudio de cada caso.

Cuando existiere **Conflicto de intereses** entre los familiares de la persona con discapacidad, el Fiscal puede encauzar su acceso a la **Mediación**, figura que si bien en el ámbito del Derecho de familia tiene mayor difusión, no deja de ofrecer al ciudadano una vía concreta de solución de sus problemas en el reparto de las tareas, ya sean de gestión patrimonial, ya de cuidado personal, para el cuidado de su pariente con discapacidad.

D) La tramitación de las Diligencias Preprocesales

Del Decreto de Incoación. La iniciación de las Diligencias Preprocesales se realizará mediante el Decreto o Acuerdo de Incoación acompañado de la documentación soporte de la noticia que ha servido de base para su iniciación, y que servirá de cauce para su tramitación bajo los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.

Contenido individualizado. Consecuencia de la prohibición de la acumulación subjetiva en los procedimientos relativos a la capacidad de las personas con base en lo dispuesto en los Art. 72 y 757 LEC, procederá la apertura de Diligencias Preprocesales para cada una de las personas a las que afecte su resolución, con independencia de los vínculos familiares que les unan, siendo obvio que también son distintas las causas de pedir, al ser igualmente diferentes las personas afectadas, las dolencias y extensión de los padecimientos que sufren, no obstante su aparente similitud, y que son la base de las acciones deducidas.

Presunción de autenticidad. Las Diligencias Preprocesales que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozan de presunción de autenticidad. Esta presunción supone que las diligencias gozan del beneficio de la verdad formal, hace fe de la realización efectiva de las diligencias y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido material, quedando siempre sometido a la apreciación judicial.

Control de las Diligencias. El control directo de las Diligencias Preprocesales será responsabilidad de los Fiscales de la Sección que las dirigen, correspondiéndoles su impulso para evitar dilaciones indebidas con lesión del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de la colaboración que deba prestar el personal auxiliar. Se deberá, por tanto, evitar trámites y diligencias innecesarios, ya que dada la naturaleza de los derechos a los que se refiere y la vulnerabilidad de las personas a las que afecta, de cualquier irregular dilación o deficiente actuación se pueden derivar graves y perjudiciales consecuencias, tanto personales como patrimoniales.

Decreto de Conclusión. La redacción del Decreto de Conclusión deberá adecuarse a la Instrucción 1/2005 y al Oficio recordatorio de la Inspección Fiscal, de 16 de noviembre de 2007. En este sentido, el Decreto de Conclusión de las Diligencias Preprocesales deberá ser siempre motivado, y por tanto, “suficiente y razonable”, acorde con las exigencias constitucionales de concreción en el fondo y claridad en la forma.

Notificación del Decreto de Conclusión. Con la reserva y cautelas que exigen las Diligencias Preprocesales en este tipo de procedimientos en los términos establecidos en el Art. 754 LEC, deberá ser notificado, cuando sea posible, a aquellas personas a quienes les afecte, y siempre a aquellos que, haciendo uso del deber/mandato contenido en el Art. 757.3 LEC, pusieron en conocimiento de la Fiscalía los hechos que dieron lugar a su incoación, debiéndose acreditar la recepción por su destinatario.

En la tramitación de las Diligencias Preprocesales encaminadas a la averiguación de la necesidad o no de protección de las personas con discapacidad, el Ministerio Fiscal podrá contar en el ejercicio de las atribuciones a él encomendadas por su Estatuto Orgánico, además de los Médicos Forenses, con la debida colaboración de los médicos de la Seguridad Social que presten sus servicios tanto en salud mental como en atención primaria, recabando de los mismos los informes médicos que fueran precisos.

Igualmente podrá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad de su ámbito territorial autonómico o local, sin perjuicio de acudir si fuere preciso, a otras instituciones.

En definitiva, el Fiscal cuenta con los medios de investigación oportunos para averiguar tanto el área personal, fundamentalmente la relativa a su salud (comunicaciones u órdenes de valoración dirigidos a los Centros de Salud Mental, Hospitales, y demás servicios públicos que puedan conocer de su situación), como económica de la persona con discapacidad (la comunicación a la Delegación de Hacienda informa al fiscal de cualquier bien o valor que figure a su nombre). Esta información servirá de base a la Fiscalía para concretar exactamente los apoyos a articular judicialmente.

3. EL REQUERIMIENTO DE INFORME MÉDICO PREVIO A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL MINISTERIO FISCAL

En todas las Diligencias Preprocesales relativas a los procedimientos de determinación de la capacidad (salvo que por los antecedentes, o por la información médica recibida, se conociere cumplidamente su situación sanitaria y alcance de sus habilidades), se **requerirá el correspondiente informe médico, previo a la presentación de la demanda, cuyo CONTENIDO MÍNIMO, deberá referirse:**

- a)** Enfermedad o deficiencia psíquica que le afecta, determinando la clase de la misma y pronóstico.
- b)** Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad de la persona presuntamente discapacitada, para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta, y referidos, principalmente, a las siguientes áreas:

1. Habilidades de la vida independiente:

Autocuidado: Aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento etc.

Instrumentales cotidianas: Comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda etc.

2. Habilidades económico-jurídico-administrativas:

Conocimiento de su situación económica.

Capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos etc.

Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros.

Capacidad para realizar disposiciones testamentarias.

Capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.

3. Habilidades sobre la salud:

Manejo de medicamentos.

Seguimiento de pautas alimenticias.

Autocuidado: cuidado de heridas, úlceras etc.

Consentimiento del tratamiento.

4. Habilidades para el transporte y manejo de armas:

Capacidad para la conducción de vehículos.

Capacidad para el uso de armas.

5. Habilidades en relación con este procedimiento:

Conoce el objeto del procedimiento.

Conoce sus consecuencias.

6. Capacidad contractual:

Conoce el alcance de: Préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial.

1. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

Son muchos los supuestos en los que se requiere por los padres, familiares o allegados de la persona con discapacidad, que por parte del Ministerio Fiscal se presente la demanda de incapacidad (en la terminología antigua), con un gran sufrimiento personal, sin estar plenamente convencidos de que ese paso es necesario e inevitable, y sin que quede acreditada la conveniencia de su iniciación y la eficacia de la resolución que se vaya a dictar en su día.

Frecuentemente se inician sólo para resolver temas muy puntuales, tales como:

1. Personas que no pueden vivir solas.
2. Personas que no tienen o no conservan los hábitos necesarios de higiene y alimentación.
3. Personas que no quieren irse a vivir a una residencia.
4. Personas que no tienen liquidez o disponibilidad económica para contratar personas, servicios u otro tipo de ayudas que completen sus limitaciones o falta de habilidades para vivir de forma totalmente independiente.
5. Personas que, en un futuro más o menos próximo, pueden llegar a no ser conscientes de su verdadero estado de salud, y colocarse por ello en una situación que les impida dar un verdadero consentimiento informado a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico.
6. Personas que con la evolución de su enfermedad pueden colocarse en situación de no saber o comprender operaciones o actuaciones complejas: contratos, operaciones crediticias, administración del patrimonio, etc.

A la luz de la Convención, entendemos que iniciar un procedimiento de determinación de la capacidad para conseguir alguna o algunas de las finalidades anteriores u otras de igual naturaleza, no es sólo dar una finalidad contraria al espíritu de proteger el interés de la persona con discapacidad, sino ignorar la finalidad del mismo en los términos de la Convención.

Lo que no significa que no haya que subvenir a las necesidades arriba descritas y resolverlas con celeridad y eficacia, pero a través de procedimientos e instituciones diferentes contempladas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Una gran mayoría de las demandas dirigidas a la constitución de los apoyos de las personas con discapacidad se inician por la Fiscalía. Por lo tanto, hasta que en nuestro derecho interno se realice la esperada adecuación a la Convención, es necesario introducir “*de facto*”, en estos procedimientos, la exigencia de que se especifique con claridad en la demanda cuál es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que ha llevado a interponerla.

Ello permitiría analizar la capacidad actual de la persona en relación con un solo acto o negocio jurídico, el que importa, y puede ser evaluable con alguna precisión. De modo que quien sostenga la falta de capacidad de la persona en relación a ese acto concreto deberá explicar qué pretende con dicha declaración y en qué medida declarar esa inhabilidad va a suponer un beneficio para aquélla.

Cada demanda tendrá un diseño específico de apoyos, adecuado a la persona con discapacidad a la que se refiere. La propuesta dirigida al juzgado debe de tener en cuenta el tipo de discapacidad de cada persona, y prever incluso la posibilidad de establecer mecanismos de revisión tras la finalización del procedimiento judicial, ya que la discapacidad es cambiante y dinámica, y el deber del Fiscal es tener en cuenta también estas situaciones.

Se procurará durante la tramitación del procedimiento que el juzgado reciba toda la información necesaria para que el sistema de apoyos de la persona a que se refiere sea real y efectivo, siendo aplicables las pautas señaladas en la fase preprocesal sobre los criterios de actuación de la Fiscalía en esta fase en la que el procedimiento ya ha comenzado.

La finalidad probatoria debe de encaminarse no sólo al diseño ya explicado de los apoyos que cada persona necesita, sino, también, al nombramiento de quien ha de apoyarle: dicho **“apoyo”** será el que complemente la capacidad para lograr la plena y efectiva participación en la sociedad y goce de sus derechos y libertades.

La elección de la persona o institución de apoyo, normalmente propuesta por el Fiscal en la demanda, será objeto principal de la prueba en esta fase procesal, pudiendo ser evaluada su idoneidad a través de los informes psico-sociales que sirven de apoyo a los juzgados. Precisamente, el contenido de su misión debe de quedar concretado en la sentencia, y conforme al mismo habrá de ejercitar su cargo teniendo en cuenta el interés superior de la persona con discapacidad, y siempre bajo la supervisión del juzgado y del Ministerio Fiscal.

Su designación, dependerá de cada caso concreto¹ (pág. 32), y en el supuesto en el que no existan familiares o personas idóneas cercanas, el Fiscal habrá de proponer y el juez nombrar a la institución que más se adecue al perfil de la discapacidad probada, sin olvidar que en el ámbito fundacional existe una pequeña pero valiosísima oferta de organizaciones dedicadas a garantizar tal apoyo.

Por ello, deberán promoverse y fomentarse las diferentes tipologías de apoyo que den respuesta a las diferentes necesidades de las personas con discapacidad y que permitan la elección personal entre diferentes opciones. Factores como edad, género, cultura, preferencias religiosas, así como otros similares factores

deben tenerse en cuenta, así como las necesidades expresadas por las personas con diferentes tipos de discapacidad.² (pág. 33)

La distinta tipología de apoyo, la contempla la Convención bajo una perspectiva abierta, por lo que en nuestra legislación actual tiene un difícil encaje, pero en el derecho comparado se reconocen expresamente a modo de ejemplo: las redes de apoyo, el administrador patrimonial, los servicios comunitarios, el apoyo mutuo, el asistente personal, y la planificación anticipada mediante la autotutela. (Así se regula en el nuevo Código Civil de Cataluña).

¹ Ver SENTENCIA de 27 de abril de 2010 de Carmen María Simón Rodríguez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° QUINCE de Las Palmas de Gran Canaria.

Conforme dispone el Art. 760 debe determinarse el régimen de protección a que debe quedar sometido la demandada así como la persona que, con arreglo a la ley, ha de asistirle en aquellos ámbitos en que presenta el déficit.

En atención a las circunstancias fácticas antes reseñadas, resulta procedente constituir en este supuesto un régimen de curatela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que realmente incide la deficiencia (STS 31-12-1991 y 30-06-2004).

Por lo que al curador se refiere, no suple la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia y protección en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial.

En cuanto a la persona que ha de asumir dicho cargo, de las pruebas practicadas y las propuestas que hacen las partes incluido el Ministerio Fiscal para dicho cargo, procede acordar como medida de apoyo el nombrar como curador de doña Teresita, a don Octavio, quien asistirá a su hermana para aquellas actividades ya mencionadas, y en la que se aprecia su mayor déficit.

Aún cuando sería posible en este supuesto que dicha función fuera asumida por los actores, padres de la demandada y con quien esta convive, de modo similar a lo establecido en el artículo 171 del CC -patria potestad rehabilitada- en atención a las circunstancias personales y de edad de los progenitores resulta aconsejable la designación como curador del antes citado don Octavio.

Esta función se ejercerá con sujeción a lo establecido en los artículos 259 y s. del CC. y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en noviembre de 2007, y entrada en vigor en Mayo de 2008. En concreto, y en aplicación del Art. 12 de la misma, se recuerda al curador que entre sus obligaciones, esta el intentar en la medida de lo posible que la demandada, vaya recuperando la capacidad solicitando, en su caso, mediante vía judicial su rehabilitación, total o parcial.

El papel de las Instituciones Tutelares será muy importante, en la labor de asesoramiento para la determinación de los apoyos a las personas con discapacidad, como pone de manifiesto el Art. 4. de la Convención, pues, como se ha avanzado, sus conocimientos y experiencias, serán un punto de partida y garantía del nuevo sistema.

Mención especial hay que hacer respecto de la Tutela institucional o automática, pieza fundamental de nuestro actual sistema, que entendemos compatible con la Convención cuando sea necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse ocasionalmente o de forma continuada, siendo aconsejable en todo caso, la individualización de las funciones o actividades prestadas, en orden a su eficacia, preservando íntegramente “el interés de la persona con discapacidad”, frente a cualquier otro.

En este supuesto, las funciones de vigilancia y control de la Tutela no deberán omitirse ni relajarse.

² Finalmente, debemos tener en consideración la recientísima Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (B O E. Núm. 203, Sábado 21 de agosto de 2010 Sec. I. Pág. 73429), se dispone en su Preámbulo que: “La principal característica del título II es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad.”

La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español. En particular, las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal.

Por razones obvias, no podemos detenernos en los comentarios de esta nueva regulación, solo avanzaremos que se consolida jurídicamente el “apoyo del asistente”, lo que consideramos un avance importante, en la necesaria adecuación de nuestro derecho interno a la Convención.

2. DEL CONTENIDO MÍNIMO DE LA SENTENCIA

Se deberá dar una efectiva aplicación al contenido del Art. 760 LEC, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona a la que se refiere, se precisará con total individualización:

- a) El régimen de apoyos y salvaguardias.
- b) Persona o personas, o Institución en quien recaiga el nombramiento.
- c) Los mecanismos de control para su desarrollo.
- d) La duración temporal de los apoyos y su revisión, cuando así proceda.
- e) El plan de actuación del apoyo designado, cuando éste sea “el más intenso”, y se confiera al apoyo de hecho, la representación del tutelado.
- f) Preservación del derecho al voto³. Deberá interpretarse la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, y así, con el fin de respetar, en la mayor medi-

³ **En cuanto al derecho de sufragio**, cuya privación se interesó en la demanda, no resulta procedente. La interpretación de la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exige respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, en cuanto que ello supondría un retroceso en la necesaria integración social que se propugna al respecto. En el concreto supuesto enjuiciado no se ha acreditado esa especial incapacidad de doña Teresita para poder elegir una determinada opción y ejercitar su derecho al voto, pues dicho ejercicio sólo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona.

Ver SENTENCIA de 27 de abril de 2010 de Carmen María Simón Rodríguez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° QUINCE de Las Palmas de Gran Canaria.

da posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, no podrá privarse del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, y siempre de manera motivada.

g) Privación de los permisos de armas o de conducir cuando constituyan un riesgo para la propia persona, familiares o terceros.

En materia de recursos, deberá tenerse presente la interposición del “incidente de nulidad de actuaciones” formulado al amparo del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de derechos fundamentales, como supuesto previo e ineludible de la interposición del recurso de amparo.

En la nueva regulación, el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, debiendo el recurrente alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo, en razón de su especial trascendencia constitucional (nueva redacción del Art. 50 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional -LOT-). Para poder acceder al recurso de amparo, se debe agotar la vía judicial ordinaria, ya no sólo los recursos, sino todos los “medios de impugnación”, lo que incluye los recursos extraordinarios. El afectado debe denunciar formalmente en el proceso la vulneración del derecho constitucional, posibilitando su resolución por el orden judicial ordinario mediante el incidente de nulidad de las actuaciones.



FASE DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL APOYO DETERMINADO

1. EN RELACIÓN A LA PERSONA Y SU INCLUSIÓN SOCIAL

Incide la Convención en el apartado n° 4 del Art. 12, regulando las salvaguardias que debe tener en cuenta la autoridad judicial, en la importancia de la vigilancia y control efectivo del apoyo establecido, bajo el principio de temporalidad y conocimiento puntual de la persona, de su patrimonio, inclusión social y vida independiente.

La Instrucción n° 4/2008, de 30 de Julio de 2008, “Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces”, impone a los Fiscales la obligación de solicitar anualmente de los Juzgados correspondientes, que se requiera a todos los tutores para que informen de forma amplia y razonada sobre la situación de la persona con discapacidad a su cuidado, así como sobre su patrimonio, procurando adecuar los dictámenes e informes al contenido de la presente Instrucción.

El tutor está obligado a velar por el tutelado en los términos expresados en el Art. 269 CC, en cuyo punto 4, impone a aquel la obligación de informar al Juez cada año de la situación personal del apoyado, lo que no obsta a la posibilidad de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 232 CC o en el último inciso del Art. 233 CC, respectivamente, exigir del tutor que informe sobre la situación personal o patrimonial y del estado de la administración.

Esta obligación genérica, debería concretarse judicialmente cuando el apoyo acordado sea “el más intenso”, es decir, cuando el complemento que debe prestarse a la capacidad de ejercicio de la persona que carece de autonomía de voluntad, incluya actividades representativas y excepcionalmente sustitutivas.

En este caso, deberá estudiarse la implantación de un “Plan de protección individualizado”, que comprenda, además de los deberes legales que hemos denominado generales, los específicos y particulares adaptados a las necesidades del caso, con pleno respeto a los derechos, a la voluntad y preferencias de la persona apoyada, preservando su interés superior.

Los Fiscales deberían propugnar la configuración de dichos “planes” a fin de determinar y controlar la efectividad de los apoyos nombrados.

Una vez incoado el expediente de seguimiento del instrumento tutelar, ya sea tutela o curatela, el responsable de velar por la persona y bienes del apoyado, deberá de presentar dicho plan de seguimiento de la tutela, y en relación con el mismo informará al Juzgado con ocasión de la presentación de rendición de cuentas anuales.

La persona apoyada, cuando fuere posible, será oída en el Juzgado sobre cualquier cuestión relativa al plan de seguimiento, su cumplimiento o posible revisión o modificación.

Contenido del plan de tutela. Actualmente, con arreglo a los términos del articulado del Código Civil, el tutor está obligado a presentar inicialmente el inventario, y anualmente, el informe de rendición de cuentas y el informe sobre la situación personal.

Con arreglo al modelo que proponemos, el Plan de Tutela que debe exigirse al tutor como parte de una buena práctica en el seguimiento del expediente de tutela deberá incluir, además de los contenidos anteriormente referidos:

- Informe sobre el estado de salud del interesado en el momento inicial.
- Previsión de evolución favorable o desfavorable.
- Instrumentos de rehabilitación en relación con su discapacidad.

- Instrumentos para la plena integración en la vida laboral, si es posible, y en todo caso en la vida social y cultural.
- Presupuesto de ingresos y gastos previstos.
- Parámetros de la gestión del patrimonio.
- Criterios de conservación e inversión de los activos disponibles, preferentemente en valores seguros, debiendo evitarse las inversiones en valores sujetos a cotización en mercados bursátiles y las inversiones en fondos o productos financieros en los que no esté garantizado el capital inicial.
- Cuantías dinerarias de las que podrá disponer por sí mismo el tutelado, periodicidad y concreción del modo de disposición (p. ej.: entrega por el tutor, tarjeta de débito limitada, etc.).
- Concreción de los niveles de contratación para la adquisición de bienes y servicios que podrá realizar el tutelado por sí mismo (p. ej.: contratación de servicios de telefonía, compra diaria, compras extraordinarias con indicación de un límite máximo de gasto, mensual o anual, en su caso.)

Posteriormente y como mínimo de año en año, con ocasión de la rendición anual de cuentas, deberá presentarse un informe de cumplimiento del plan, junto con las propuestas de eventuales modificaciones, para su aprobación judicial.

Tanto en la aprobación inicial del plan de tutela como en los informes anuales y eventuales revisiones o modificaciones, se respetará el derecho de audiencia.

2. EN RELACIÓN AL PATRIMONIO

Paralelamente a lo señalado, deberá igualmente establecer la vigilancia sobre el patrimonio del tutelado durante el ejercicio de la tutela, estableciendo el Código Civil, las cautelas de protección patrimonial, que el tutor debe desarrollar para, de un lado, determinar cuál es la situación patrimonial inicial de la persona some-

tida a tutela -la formación del inventario-, así como para asegurar aquellos bienes de extraordinario valor que no deben quedar en poder del tutor -el depósito-, y finalmente, garantizar la conservación del patrimonio durante el ejercicio de la tutela mediante la rendición de cuentas con carácter anual, sin perjuicio de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento exigir del tutor que informe del estado de la administración. En virtud de las expresadas funciones de vigilancia atribuidas al Ministerio Fiscal, es preciso establecer las pautas necesarias para controlar las operaciones realizadas, y tratar de conseguir, no sólo la conservación del patrimonio del tutelado, sino, en la medida de lo posible, una adecuada y prudente rentabilidad.

Pautas para el adecuado cumplimiento de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 4/2008.

1. En general:

- a) En todas las Fiscalías del territorio, y de manera ineludible, deberá llevarse un fichero informatizado en el que se registren todos los expedientes sobre tutelas e incapacidades.
- b) El registro de tutelas deberá ser actualizado, al menos, semestralmente.
- c) Se recuerda la obligación de registro y control de los patrimonios protegidos en los términos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- d) Así como el cumplimiento del oficio del Excmo. Fiscal de Sala Jefe de lo Civil, de 26 de septiembre de 2006, por el que semestralmente se debe remitir a la Fiscalía General del Estado listado de las tutelas habidas en las Fiscalías del territorio.

2. En particular referencia a la persona apoyada:

e) Se deberá poner especial atención en el trámite de inventario en los términos del Art. 262 CC, debiéndose examinar que contenga, en todo caso y sin excepción, los extremos expresados en la Instrucción 4/2008.

Debe partirse siempre de que el contenido del inventario será el punto inicial y de referencia para las sucesivas rendiciones anuales de cuentas en los términos del Art. 269.4º CC.

Asimismo, cuando se desprenda de las actuaciones procesales previas la existencia de conflicto entre los familiares de la persona con discapacidad, será conveniente, con la finalidad de evitar ulteriores impugnaciones, que se les dé traslado del inventario con anterioridad a su aprobación.

f) Al inventario, cuando del caudal de la persona sometida a tutela así se desprende, se deberá unir copia de la última declaración de renta, dado el valor descriptivo de la situación económica, patrimonial mobiliaria e inmobiliaria del tutelado, que de ella se desprende.

g) Se recuerda la necesidad de autorización judicial para que por parte del tutor se proceda a la enajenación de valores mobiliarios, en los términos que exige el Art. 271. 2º CC.

h) Los actos realizados contraviniendo la necesidad de autorización judicial en los términos prevenidos en el Art. 271 CC, son nulos en los términos del Art. 6.3 CC, al ser contrarios a una norma imperativa, lo que comportará, cuando así proceda, que por el Ministerio Fiscal se inste la acción de nulidad y la correspondiente restitución en los términos prevenidos en los Art. 1.303 y 1.304 CC.

i) Asimismo, se deberá prestar especial cuidado a los movimientos bancarios que denoten un gasto desacompañado con las necesidades de la persona sometida a tutela y su propia realidad social.

j) Finalmente, no hay que olvidar las responsabilidades civiles que se pudieran derivar por los perjuicios sufridos por las personas sometidas a tutela como consecuencia del incumplimiento del mandato del Art. 232 CC que establece: “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

3. PATRIMONIOS PROTEGIDOS. LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, “DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”

Hay que tener también en cuenta, sobre la importancia de estas actuaciones, que la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, señala, que “uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”.

Y de conformidad con el Art. 5 de dicha Ley, la administración del patrimonio protegido puede estar encomendada a persona distinta del tutor, estableciendo el Art. 7.1 que “la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza”.

A estos efectos se tendrá en cuenta la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley, de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad, donde se atribuye “legitimación” al Ministerio Fiscal y a los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.

En el Art. 7 de la Ley de Patrimonio Protegido,⁴ “como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita actualmente al Ministerio de Sanidad y en la que participarán, en todo caso, el Ministerio Fiscal y represen-

⁴ La Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

La Comisión ofrecerá apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal en todas las funciones de supervisión encomendadas al mismo en relación con la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad:

- Aportará su apoyo en cualquier actuación judicial relacionada con el patrimonio protegido.

- Asesorará al Ministerio Fiscal a la hora de rendir cuentas por parte del administrador de la gestión del patrimonio protegido, en lo referente a la relación de la gestión y al inventario de los bienes y derechos del mencionado patrimonio.

- Colaborará con el Ministerio Fiscal en las peticiones al administrador de documentación adicional sobre el patrimonio que considere necesarias

- Emitirá los informes en cuantos asuntos le requiera el Ministerio Fiscal sobre la administración del patrimonio y auxiliará a este Ministerio en sus funciones recabando el asesoramiento de los servicios técnicos que estime necesarios.

- Elaborará una memoria anual que enviará al Consejo Nacional de la Discapacidad.

- Propondrá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos sobre la legislación relacionada con el patrimonio de los discapacitados y responderá a las consultas sobre cualquier iniciativa normativa que tenga relación con la protección patrimonial.

- Efectuará estudios e investigaciones que sirvan para mejorar los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y propondrá actuaciones para la promoción de estos instrumentos, haciendo las propuestas que considere convenientes al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

tantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad”.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente.

El Ministerio Fiscal interviene en la citada comisión a través del Fiscal de Sala de lo Civil.

En la citada Ley se establece que “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al Fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada.

Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El Fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico. (El Fiscal de Sala de lo Civil).

IV

EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO DEL ART. 763 DE LA LEC. Y SU ADECUACIÓN A LA CONVENCION. (PROCEDIMIENTO DE INGRESO NO VOLUNTARIO).

Constituye el procedimiento de mayor aplicación en nuestra labor diaria y su práctica, alcanza a otros procedimientos directa o indirectamente relacionados, y a los ingresos en centros residenciales, lo que determina su gran relevancia.^{4 (Bis)} A dichos efectos, se tendrá en cuenta:

Denominación. Se propone el abandono de la denominación peyorativa de “INTERNAMIENTO”, sustituyéndola por la de “INGRESO”, habida cuenta que el procedimiento para la autorización o aprobación judicial del ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico no es una sanción, sino que por el contrario, es el instrumento jurídico que pretende resolver el conflicto de intereses entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de las personas. De donde se desprende que la falta de equilibrio y ponderación en la actuación de los poderes públicos y de los particulares puede provocar una lesión de los derechos cuya protección se persigue, tanto por exceso (limitación injustificada de la libertad), como por defecto (desprotección de la integridad física y moral).

^{4 (Bis)} **Efectos derivados de la declaración de inconstitucionalidad de los párrafos primero y segundo del art. 763.1 LEC**

La reciente STC 132/2010 ha declarado la inconstitucionalidad parcial de los párrafos primero y segundo del art. 763.1 LEC, en cuanto posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues al tratarse de una medida de privación de libertad incluida dentro de los casos y formas mencionados en el art. 17.1 CE en relación con el art. 5.1.e) Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), su regulación debía realizarse mediante Ley Orgánica (art. 81 CE).

En realidad, la doctrina establecida en dicha sentencia no constituye una verdadera novedad pues ya la STC 129/1999, que resolvió una cuestión planteada en relación con el art. 211, párrafo segundo, del CC, en su redacción dada por Ley 13/1983,

había establecido la necesidad de regulación mediante Ley Orgánica, aunque no declaró la inconstitucionalidad del precepto cuestionado al entender que su contenido se refería a las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento cuya habilitación se contenía en el párrafo primero del mencionado art. 211 CC (FJ 2). Doctrina reiterada recientemente en la STC 131/2010 que declara la inconstitucionalidad de la Disposición Final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, en cuanto atribuye, con infracción de lo dispuesto en los arts. 17.1 y 81.1 CE, carácter de Ley ordinaria a la Disposición final duodécima de la referida Ley por la que se dio nueva redacción al párrafo primero del art. 211 CC –ya derogado–, dado que tenía por objeto una materia –la medida de autorización judicial de internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos– incluida en el ámbito de la reserva de Ley Orgánica.

En todo caso, la STC 132/2010 se encarga de advertir que la declaración de inconstitucionalidad no conlleva, en el presente caso, la nulidad del precepto legal cuestionado pues ello generaría una situación de vacío normativo no deseable, más cuando el contenido material del precepto no había sido cuestionado (FJ 3). Por tanto, la inconstitucionalidad declarada se desvincula de la nulidad del precepto legal haciendo aplicación de una doctrina establecida por el propio TC y aplicada en anteriores pronunciamientos que interpreta y matiza la proclamación contenida en el art. 39.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad (diferida) no lleva aparejada, en el presente caso, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pues está continuará desplegando sus efectos mientras el legislador no proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley Orgánica. Lo contrario generaría una situación de facto contraria a las propias exigencias de protección que dimanen del art. 49 CE.

Como consecuencia de lo anterior, la declaración de inconstitucionalidad no impide que el art. 763 LEC pueda continuar aplicándose y siga ofreciendo la adecuada cobertura normativa a los internamientos psiquiátricos no voluntarios, de tal modo, que éstos sigan estando sometidos al mismo sistema de control judicial, bien con carácter previo bien, en casos de urgencia, a posteriori.

Por ello, los Fiscales, en ejercicio de la misión constitucional que tienen asignada (art. 124 CE), deberán continuar instando la autorización judicial de internamiento no voluntario o su convalidación judicial, en los términos previstos en el art. 763 LEC, cuando se cumplan los presupuestos y requisitos legalmente exigidos.

Finalidad. Se pretende un riguroso control judicial para todos los ingresos no voluntarios, ya que es ésta la única forma de garantizar el derecho a la libertad de aquellos que, por razón de trastorno psíquico, no están en condiciones de decidir por sí. Lo que significa que, el ingreso no voluntario que contempla el Art. 763 LEC, está protegiendo el derecho a la libertad de todos aquellos que lo precisan, por tener alteradas sus facultades psíquicas. La aplicación, control y duración de los no voluntarios, deberá efectuarse con sometimiento estricto a la Convención.

Naturaleza jurídica. El Art. 763 LEC constituye una norma procesal que, prevista para un supuesto concreto, no puede reconducirse a una categoría única, pues encierra en sí misma, un conjunto de actividades heterogéneas *-presupuestos, competencia, actividad probatoria, resolución y control de continuación-* conducentes a un único fin, cual es, que el ingreso no voluntario se realice “regularmente”, es decir, sin menoscabo de las garantías contempladas en el precepto, y con respeto a los derechos fundamentales que allí se protegen.

Discapacidad intelectual e ingreso involuntario. Discapacidad e ingreso no voluntario son situaciones jurídicas distintas, independientes, autónomas, que no se exigen mutuamente. Sin que esto signifique que sean instituciones que se excluyen. Por un lado, el ingreso no voluntario puede ser una medida cautelar adoptada en un procedimiento de modificación de la capacidad, así, el Art. 760 LEC, en sede del procedimiento de determinación de la capacidad, señala expresamente que la sentencia se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad del internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 763 LEC. Y por otro, el Art. 763 LEC permite iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad, pues conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del Art. 757 LEC (legitimación en los procesos de determinación de la capacidad): cualquier persona está facultada y las autoridades y funcionarios deben poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la modificación de la capacidad de una persona. Lo que comporta que, en la prácti-

ca, son las diligencias practicadas antes, durante y después de la autorización de ingreso no voluntario, las que sirven de base para la presentación de la demanda de determinación de la capacidad.

Competencia funcional. La competencia para conocer los procesos relativos a la autorización de los ingresos no voluntarios, debe recaer en juzgados especializados, con competencia en uno o más partidos judiciales. Con ello, se podría optimizar al máximo, los escasos medios materiales y personales destinados al efecto: Institutos de Medicina Legal, jueces y fiscales especialistas, psiquiatras, áreas de salud mental, trabajadores sociales, etc.

Competencia territorial del ingreso no voluntario “ordinario” y “urgente”. La interpretación que debe darse al Art. 763 LEC, es la de determinar la competencia siempre a favor del lugar de residencia de la persona a la que se refiera la autorización de ingreso no voluntario que se solicite, siendo una excepción, y sin que se produzca el efecto prevenido en el Art. 411 LEC de la *perpetuatio iurisdictionis*.

Sentir éste, establecido por el Tribunal Supremo en el Acta de la Reunión del Pleno de la Sala Primera para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales (Art. 264 LOPJ), celebrada el 16 de diciembre de 2008, estableciendo que por lo que a las acciones comprendidas en el Art. 756 LEC, por razones de inmediación y de eficacia será Tribunal competente el del lugar en que en cada momento resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.

En el ingreso urgente, la competencia territorial le corresponde al Juez del lugar en que radique el centro en el que se vaya a practicar el ingreso (Art. 763.1, par. 2º LEC).

Transformación del ingreso voluntario en involuntario. En el ingreso originariamente voluntario que se transforma en involuntario con el transcurso del tiempo, debido a que la persona ingresada por un progresivo deterioro de las facultades cognitivas ya no está en condiciones de poder decidir por sí misma, la competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique la residencia, centro o piso tutelado en que se ingresa.

Legitimación activa en los ingresos no voluntarios ordinarios.

La legitimación activa en los ingresos ordinarios la tienen:

- a) El presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz (Art. 757.1 LEC); y en el caso de los menores de edad, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (Art. 757.4 LEC);
- b) El Ministerio Fiscal (Arts. 757.2, 749 y 758 LEC).

No obstante, se debe tener en cuenta, que, además de las personas referidas en el Art. 757 LEC, deben considerarse como personas legitimadas para instar el ingreso no voluntario:

- a) La persona designada como tutor en el testamento de los padres de la persona con discapacidad (Art. 223 CC).
- b) Se debería reconocer legitimación a las organizaciones representativas de las personas con distintos tipos de discapacidad.
- c) También se debería incluir entre las personas legitimadas, a entidades designadas por la Administración Autónoma para representación y defensa de las personas con discapacidad.

- d) A todas aquellas personas que, de hecho o de derecho, acrediten que ostentan la condición de apoyo de la persona con discapacidad.

Legitimación activa del ingreso no voluntario urgente. La legitimación activa en los ingresos urgentes, teniendo en cuenta sus especiales características derivadas de la condición de “*urgente*”, la ostentará y estará facultada para promoverlo, cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos que puedan ser base para que se proceda al ingreso urgente, sea o no familiar y esté o no entre las enumeradas en el Art. 757 LEC, y será el facultativo quien, una vez reconocido el enfermo, si así lo estima, ordenará el ingreso.

Legitimación pasiva. La legitimación pasiva la ostentan aquellos que reúnan los requisitos exigidos por el Art. 763. LEC, del que se desprende que sujeto pasivo del ingreso no voluntario, aquella persona que reúna los siguientes requisitos:

- a) Que esté afectado por un trastorno psíquico,
- b) Que para el ejercicio del derecho constitucional a su salud (Art. 43 CE) sea necesario su ingreso en un centro adecuado, por incidir riesgo para su persona o para terceros, y
- c) Que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma.

Ingresos asistenciales. Los ingresos asistenciales no voluntarios de personas de avanzada edad, en centros o residencias, precisan de la autorización judicial prevista en el Art. 763 LEC, pretendiéndose de este modo garantizar y armonizar el derecho a la libertad (Art. 17 CE) con el derecho a la salud (Art. 43 CE), en aquellos casos en que la protección de ésta requiere una limitación del derecho a la libertad, mediante el ingreso y tratamiento en un centro adecuado.

Representación y defensa. No obstante no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en esta clase de procedimientos, la LEC, en el Art. 763.3, la permite cuando establece que *“En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el Art. 758 de la presente Ley”*. Se puede y se debe presumir inicialmente, que la persona con discapacidad a la que va a afectar el procedimiento, no está en condiciones de comprender la demanda y las consecuencias que le puede deparar la tramitación y resolución que en su día se dicte. De este modo, para dar efectivo cumplimiento al Art. 13 de la Convención, sería deseable la obligatoria asistencia jurídica a la persona con discapacidad contra la que se dirija el procedimiento, por lo que el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia transferidas, y los Colegios de Abogados, deberían plantearse la necesidad de crear un “turno de oficio” específico para personas con discapacidad, como ya ocurre, por ejemplo, en materia de Violencia de Género, Extranjería o Penitenciario.

Gratuidad. Asimismo, se aplicará la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, siempre que fuere posible, con los criterios más favorables a los intereses de las personas con discapacidad, cuando se trate de litigar sobre los derechos reconocidos en la Convención.

Intervención del Ministerio Fiscal. Con carácter general, el Ministerio Fiscal no asumirá la defensa en los procedimientos de ingresos no voluntarios, ya que interviene en calidad de “dictaminador”.

De las medidas cautelares. Cuando se trate de ingresos asistenciales siempre, dado que su duración lo es de por vida generalmente, y en los demás casos, cuando las circunstancias así lo aconsejen, es de trascendental importancia el determinar la situación patrimonial de la persona cuyo ingreso no voluntario se pretende, para proteger la integridad patrimonial de la persona

con discapacidad. Junto con la demanda, se deberá acompañar o acreditar de la forma más completa posible, la situación económica de la persona a quien se refiere, a fin de adoptar de forma inmediata las medidas cautelares necesarias para su protección, tales como:

- Medida cautelar de anotación en el Registro Civil de la solicitud de ingreso no voluntario. Art. 18 Ley del Registro Civil (LRC).
- Medida cautelar de intervención y administración patrimonial.
- Medida cautelar de suspensión y/o revocación de poderes.
- Medida cautelar de intervención y administración de las cuentas corrientes, libretas de ahorro y otros depósitos o inversiones bancarios.
- Medida cautelar de control y vigilancia del guardador de hecho.

Control periódico de los ingresos no voluntarios. En el control periódico de los ingresos no voluntarios previsto en el Art. 763.4 LEC, se extremará el contenido y control de los requisitos y plazos legalmente establecidos.

Contenido del control periódico de los ingresos no voluntarios. Reducir el control de la continuación o no del ingreso no voluntario a la recepción de los informes de parte emitidos por los facultativos de la residencia o centro en la que se ha practicado el ingreso, no está en consonancia con lo que exige la importancia e intensidad del derecho que se limita, ni la Convención. Por ello, en el control periódico de la medida de ingreso no voluntario, siempre que sea posible se comprobará:

- a) La audiencia a la persona a quien le afecta la medida, si su situación lo permitiera,
- b) Los informes de los facultativos que atienden a la persona ingresada,

- c) El informe del médico forense o de un facultativo designado por el Juez, distinto e independiente del centro o residencia.

Competencia territorial para el control periódico. La competencia territorial para el control periódico de los ingresos no voluntarios, prevista en el Art. 763.4 LEC, le corresponde a los juzgados de la residencia actual de persona de cuyo ingreso se trate, y no al que originariamente lo autorizó, pues con esa decisión inicial de ingreso no se agota el procedimiento ya que se deberá controlar tal situación y seguir autorizándose o no el mismo, y esa actuación posterior no puede ser calificada de mero incidente o equipararse a una ejecución de sentencia.

Inspección de residencias, centros y pisos tutelados. Para dar adecuado cumplimiento a la facultad-deber que al Ministerio Fiscal le atribuye el Art. 4.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de “Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de nuestro respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información se estime conveniente”, se deberán establecer en cada Fiscalía las pautas de actuación necesarias y encaminadas para que por los Fiscales encargados de la protección de las personas con discapacidad se proceda a la inspección periódica de los centros, residencias o pisos tutelados, actividad que deberá comprender cuanto menos los siguientes extremos:

- a) El control de la regularidad de la estancia de cada uno de los residentes, al tener auto de autorización de ingreso no voluntario que así lo autorice, o solicitud en su caso.
- b) El control de las personas con sentencia de determinación de la capacidad.
- c) El control de los intereses patrimoniales de los ingresados.

- d) El control del funcionamiento de la Residencia, Centro o Piso Tutelado, a través de la posesión de la correspondiente autorización administrativa.
- e) El cumplimiento de los controles periódicos.
- f) La colocación de cámaras dentro de las habitaciones conectadas a un circuito cerrado de televisión se considera una intromisión en el derecho a la intimidad. Cuestión distinta es la instalación en zonas comunes y de tránsito.
- g) Se considera necesaria una normativa específica reguladora de los ingresos de personas mayores en Residencias y Centros psico-geriátricos.
- h) Cualesquiera otras que se desprendan de las anteriores.

Protección de la integridad patrimonial de las personas ingresadas. Es función del Ministerio Fiscal desarrollar toda la actividad necesaria para controlar que los apoyos, tutores, defensores judiciales y guardadores de hecho en el ejercicio de sus funciones, y sobre todo mientras dure el ingreso no voluntario, extremen el celo para conseguir la conservación, y en la medida de lo posible, el incremento del patrimonio de las personas ingresadas de forma no voluntaria que estén bajo su guarda, asegurando que éste sólo se destina a su atención y bienestar, evitándose con ello desviaciones irregulares.

Medidas de protección coetáneas a la solicitud de ingreso no voluntario en residencias, centros o pisos tutelados. El cumplimiento de la Convención en los términos expuestos en el inciso final del Art. 12, implica un nuevo planteamiento en nuestras funciones de vigilancia y control, lo que sin duda acarreará un notable aumento de la carga de trabajo, del esfuerzo y del necesario transcurso del tiempo hasta que se consiga su instauración, pero somos conscientes de que es necesario empezar la marcha al constatarse que más del 80% de las personas ingresadas en las residencias sin su voluntad, carecen de sentencia

que determine su capacidad y que establezca, en su consecuencia, apoyo alguno.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que a los ingresos no voluntarios se refiere, existen dos clases de personas con discapacidad y dos intensidades distintas de protección:

A) Personas que tienen una sentencia que determina su capacidad, lo que les confiere una protección patrimonial integral⁵, ya que el apoyo está totalmente controlado tanto antes de entrar a ejercer el cargo como durante su ejercicio, y al finalizar éste, y

B) Personas que no tienen una sentencia que determina su capacidad. En este supuesto, la personada internada en una residencia, centro o piso tutelado, es evidente que hasta su ingreso tendría y con su ingreso deja:

- a) Una vivienda, en propiedad o en arrendamiento.
- b) Un patrimonio mayor o menor, pero lo tendría.
- c) Una fuente de ingresos.
- d) Unos saldos bancarios.

Lo expuesto, nos lleva a la conclusión de que todas aquellas medidas cautelares que ya estamos acostumbrados a solicitar juntamente con la demanda de determinación de la capacidad

⁵ Tienen nombrado o lo debieran tener, tutor, curador o representante legal, así como los apoyos correspondientes, y que se encuentran protegidas del siguiente modo:

1. Tienen un apoyo legal conocido y nombrado con todas las garantías exigidas y con respeto a las prohibiciones prevenidas en los Art. 234 a 246 CC.

2. A ese apoyo legal se le puede exigir hasta fianza para garantizar la integridad del patrimonio del incapaz. Art. 260 CC.

3. Está obligado a hacer inventario. Art. 262 CC.

4. Viene obligado al informe anual sobre la situación personal de la persona con discapacidad y a la rendición anual de cuentas. Art. 269.4º CC.

5. Y finalmente, al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada. Art. 279 CC.

y apoyos, deberemos empezar a habituarnos a solicitarlas juntamente con la solicitud de los ingresos no voluntarios, bien en base al Art. 762 LEC, o si su urgencia así lo reclama, por el Art. 216 CC. Lo que supone, según los casos:

1. Que se deberá solicitar un informe facultativo igual de expresivo que el que se insta para la determinación de la capacidad y apoyos.
2. Que se deberá conocer la situación patrimonial de la persona a ingresar, así como las personas que quedan al cargo del patrimonio tras el ingreso.
3. Que se deberán de interesar las medidas de protección precisas, tales como:
 - Medida cautelar de anotación en el Registro Civil de la solicitud de ingreso no voluntario. Art. 18 (LRC).
 - Medida cautelar de intervención y administración patrimonial.
 - Medida cautelar de suspensión y/o revocación de poderes.
 - Medida cautelar de intervención y administración de las cuentas corrientes, libretas de ahorro y cualesquiera otros depósitos o inversiones bancarios.
 - Medida cautelar de sometimiento a control y vigilancia del guardador de hecho.

Medidas de protección durante el ingreso. Tras la visita de Inspección a una residencia, centro o piso tutelado, surgen cuestiones tales como:

- Quién tiene las llaves de la vivienda en donde habitaba la persona internada, y en donde se encuentran todos los enseres y objetos que han constituido hasta entonces su esfera patrimonial más íntima y privada.
- Quién custodia el patrimonio que la persona internada deja tras su internamiento, patrimonio que ha sido el resultado de todo su esfuerzo durante su vida activa y consciente.
- Cómo se está usando ese patrimonio y a qué se está dedicando.
- Quién cobra las pensiones que pueda obtener y quién dispone de los saldos existentes en las libretas de ahorro y cuentas corrientes.
- Si existirán algunos poderes generales otorgados por la persona internada, que al no estar incapacitada son susceptibles de ser usados.
- Qué uso se les estará dando.

Siendo evidente que la subsistencia de ese mandato, no obstante no existir sentencia determinando la capacidad y apoyos, es más que dudosa cuando se trate de alguien que ni siquiera puede decidir su internamiento; pues cómo se puede entender que por el contrario si que tiene capacidad para otorgar poderes.

A) Durante las visitas de inspección a las residencias, centros y pisos tutelados, a los efectos expuestos, se tendrá en cuenta:

1. En primer lugar, se deberán realizar todas las actividades necesarias encaminadas a conocer quién o quienes ejercen de guardador de hecho.
2. Cuando se observe que quienes ejercen la guarda de hecho se trata de parientes directos (padres o hijos), como regla general no será aquí donde se requiera una especial vigilancia por parte del Ministerio Fiscal.

3. Cuando el parentesco no exista o bien no sea próximo, se deberán practicar cuantas diligencias preprocesales sean necesarias para averiguar tanto la situación patrimonial como personal de la persona internada, para de este modo tener los datos necesarios acerca de si procede instar la determinación de la capacidad y el nombramiento de tutor, o por el contrario mantener al guardador de hecho con el control judicial del Art. 303 CC.

4. Para el caso de que no proceda instar la determinación de capacidad y apoyos, y la situación requiera adoptar medidas de control en relación al guardador, se instará ante el Juzgado que siga el control del ingreso no voluntario, ya que del examen del Art. 303 CC no puede ser otra la autoridad judicial a quien le corresponda la competencia al no haber otro procedimiento en el que esté incurso el internado.

Y el trámite procesal será el de la jurisdicción voluntaria dentro del procedimiento de ingreso no voluntario o en pieza separada del mismo.

5. Finalmente, como regla general, cuando se tenga conocimiento por el Ministerio Fiscal, al instar una autorización de ingreso no voluntario, de quién o quienes ejercen las funciones de guardador de hecho, todos sus datos deberán ser puestos, mediante otrosí, en conocimiento de la autoridad judicial haciéndole saber que se deberán establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas, y en todo caso, la formación de inventario y la rendición de la cuenta anual de su administración.

Solicitud que, cuando no se haya efectuado con anterioridad, se deberá efectuar cuando se nos dé traslado para informar acerca del internamiento o de la continuación del mismo, en base a lo dispuesto en el Art. 303 CC.

De igual modo, cuando no se tengan los datos que identifiquen a las personas que ejercen la guarda de hecho de las personas ingresadas, se deberá instar a la autoridad judicial para que tras su averiguación y audiencia establezca las medidas de control y vigilancia arriba referidas.

B) A través de los requerimientos a la dirección de las residencias, centros y pisos tutelados, que fueran necesarios.

SOBRE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población de las personas en situación de vulnerabilidad. Según la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) correspondiente al año 2008, (última disponible) se extraen las conclusiones siguientes:

- El número de personas con discapacidad alcanza los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población.
- Un total de 608.000 personas con discapacidad viven solas en su hogar.
- 1,39 millones de personas no pueden realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda.
- 269.000 personas que residen en centros de personas mayores, centros de personas con discapacidad, hospitales psiquiátricos y hospitales geriátricos tienen alguna discapacidad.
- Cuatro de cada 10 personas de seis y más años con discapacidad tienen deficiencias en huesos y articulaciones.

El número total de personas residentes en hogares españoles que declaran tener alguna discapacidad asciende a 3.847.900, lo que supone un 8,5% de la población, según los resultados provisionales de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia del año 2008 (EDAD).

Por sexo, más de 2,30 millones de mujeres afirman tener una discapacidad, frente a 1,55 millones de hombres. Las tasas de discapacidad de las mujeres son más elevadas que las de los hombres en edades superiores a 45 años. En los tramos de edad inferiores a 44 años las tasas de los varones superan a las de las mujeres.

PORCENTAJE DE MAYORES POR COMUNIDAD AUTÓNOMA **2007**

Comunidades Autónomas	Total	65 y más	%
Castilla y León	2.528.417	569.338	22,5
Asturias	1.074.862	235.518	21,9
Galicia	2.772.533	598.283	21,6
Aragón	1.296.655	261.415	20,2
Extremadura	1.089.990	207.018	19,0
Cantabria	572.824	106.383	18,6
País Vasco	2.141.860	397.132	18,5
Rioja	308.968	56.713	18,4
Castilla-La Mancha	1.977.304	361.501	18,3
Navarra	605.876	105.720	17,4
Cataluña	7.210.508	1.183.628	16,4
Valencia	4.885.029	793.917	16,3
Andalucía	8.059.461	1.179.308	14,6
Madrid	6.081.889	875.550	14,4
Murcia	1.392.117	191.432	13,8
Baleares	1.030.650	141.054	13,7
Canarias	2.025.951	251.953	12,4
Ceuta	76.603	8.572	11,2
Melilla	69.440	7.391	10,6
ESPAÑA	45.200.737	7.531.826	16,7

Fuente: INE: INEBASE: Revisión del Padrón municipal 2007. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia. INE, Mayo 2008.

1. DE LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL EN LA DEFENSA Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

El progreso de la medicina y la calidad de vida alargan notablemente la esperanza de vida de los ciudadanos, provocando el aumento del sector de las “Personas Mayores”, y el aumento del colectivo de personas con problemas de dependencia, que demanda cuidados permanentes y costosos, difíciles de atender por las familias, lo que supone el aumento de ingresos de las personas mayores en residencias, ante el acceso al trabajo de la mujer, tradicionalmente cuidadora de aquellos, así como por las nuevas tendencias sociales de nuclearización familiar, y movilidad geográfica.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Ministerio Fiscal, es el órgano constitucional encargado de la protección y garantía de los derechos de las personas especialmente vulnerables, entre las que se encuentran las personas mayores. Función tuitiva consustancial con el Ministerio Público español y que posee una honda raigambre en la historia de la institución; y dentro de esta labor de protección, de conformidad con el artículo 4-2º Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, destaca, en el ejercicio de sus funciones: *“visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”*.

El ejercicio de esta obligación ha sido precisado y completado por las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado 6/1987, de 23 de noviembre, sobre ingresos en establecimientos psiquiátricos y la 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que si bien siguen conservando toda su vigencia deben ser completadas de acuerdo con los importantes retos que se dan en la actualidad profundizando en los principios establecidos en las mismas.

En esa profundización debe pasarse de una cierta anarquía y actitud voluntarista de las fiscalías en la materia a la definición de un sistema que, teniendo en cuenta las especificidades de las diferentes Fiscalías provinciales, institucionalice las visitas, por un lado, dotándolas de contenido y, por otro, dándoles la categoría de servicio de la institución con un nivel igual al resto de los mismos.

Por ello, el grado de civilización y elemento definidor de un estado social de derecho y de una democracia avanzada, están en la actualidad interrelacionados con la dedicación que la sociedad y las instituciones públicas presten al bienestar de sus ancianos.

En los ingresos no voluntarios realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia.

En ningún caso, las visitas deben tener un carácter de “ceremonial institucional” sino que debe dotárseles por la vía de una Instrucción de la FGE de contenido que recoja el “qué” y el “cómo” de las mismas.

En cuanto al “qué” creemos que deben incluirse la revisión de los siguientes aspectos:

- Cumplimiento por el centro de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro dispone de un reglamento de derechos y deberes de los residentes.
- Organización de las visitas a los residentes y de las comunicaciones de éstos con sus familiares y allegados.
- Atención personalizada y respeto a su capacidad de decisión cuando esto es posible.
- Respeto a la intimidad de los internos y al resto de sus derechos fundamentales.

- Atención sanitaria, respetuosa con la autonomía del paciente y en condiciones de igualdad.
- Actividades de ocio.
- Temas de carácter jurídico: incapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc.
- Temas de carácter económico con el fin de evitar los expolios y controlar a los guardadores de hecho.

En el caso que se constaten actividades de tipo fraudulento o una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los ancianos, deberán ejercerse las correspondientes acciones dirigidas a depurar responsabilidades civiles o penales o solucionar el problema.

Para una mejor gestión del control se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva. No tendremos inconveniente que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso puede ser operativo y acorde con el espíritu de las obligaciones legales del Fiscal utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. La utilización de dichos profesionales nos permitirá controlar todos los centros a través de “*visitas indirectas*” realizadas por los mismos, trasladándonos éstos los problemas que detecten, y reservando la intervención de la Fiscalía solo a los casos de mayor trascendencia.

En cuanto al “como” podemos distinguir dos tipos de visitas: las ordinarias y las extraordinarias. En lo que se refiere a estas últimas que surgen por una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía, deberán incoarse Diligencias Informativas del artículo 5 último párrafo EOMF, adoptando acuerdo de apertura, con el fin, de examinar el hecho denunciado. En el mismo, se practicarán las diligencias que se estimen convenientes incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial y entrevistas con residentes y familiares, bien directas bien a través de los fun-

cionarios, de la Inspección. Una vez practicadas las mismas, se acordara lo que proceda, archivándolas o instando los procedimientos pertinentes.

Las visitas ordinarias deben ser programadas anualmente. Esta programación, aprobada luego por el Fiscal Jefe, debe entrar en la agenda de servicios de la Fiscalía con todo lo que ello supone. Por un lado, la obligatoriedad de los fiscales encargados asignados de llevarla a cabo. Por otro, la obligatoriedad de la estructura de la Fiscalía de liberarle esos días previamente determinados de otros servicios para facilitar su cumplimiento. Entendemos que no se trata de visitar todos los centros, sino de hacer una programación siguiendo criterios objetivos (centros más grandes, con mayor incidencia de incapaces, con problemas específicos, etc...) y, según el número de Fiscales del servicio, programar un mínimo de una decena de visitas al año por cada dos fiscales asignados al servicio.

En las visitas ordinarias se deberá poner especial énfasis en aquellos temas que puedan afectar a los derechos y libertades de los ancianos residentes (régimen de visitas y comunicaciones, salidas del centro, alimentación, salud, respeto a la intimidad, entre otros).

De las visitas deberá levantarse acta siguiendo un modelo uniforme con el fin de facilitar su comprensión.

De igual modo, podrán incoarse nuevos expedientes para la comprobación de hechos concretos que se hayan detectado en la visita. Entendemos conveniente la comunicación a la dirección del centro de las irregularidades detectadas para su corrección inmediata, así como instar a la Inspección para el seguimiento de dichas irregularidades y correcciones. Igualmente se iniciarán todos los procedimientos judiciales que se consideren necesarios cuando ello sea preciso para la defensa y protección de los derechos de los ancianos.

Resulta conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros, en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas, las incidencias referentes a las actuaciones que se lleven a cabo.

2. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL MALTRATO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La Convención y los malos tratos a las personas con discapacidad. La Administración Pública y las situaciones de vulnerabilidad próximas a la discapacidad. Síndrome de Diógenes.

La Convención y los malos tratos a las personas con discapacidad.

Se considera “maltrato”, *“todo acto u omisión sufrido por personas de 65 años o más o que se encuentra en una situación de discapacidad, que vulnera la integridad física, psíquica, sexual y económica, el principio de autonomía, o un derecho fundamental del individuo; que es percibido por éste o constatado objetivamente, con independencia de la intencionalidad y del medio donde ocurra (familiar, comunidad e instituciones).”*

La dependencia parece ser un factor de riesgo con especial peso en el abuso económico, puesto que entre los ancianos dependientes la tasa de este tipo de maltrato aumenta desde el 0,2% hasta el 0,9%, superando así incluso la tasa de negligencia y de maltrato psicológico que dicen sufrir las personas mayores con dependencia (Estudio Centro Reina Sofía de Estudios de la Violencia sobre datos de 2006). La Organización Mundial de la Salud (OMS) calcula que un 6% de los ancianos sufre malos tratos y la Red Internacional para la Prevención de los Malos Tratos a las Personas Mayores estima en un 5% las situaciones de violencia dentro del ámbito familiar y en un 10% en las instituciones. Sin embargo, estos datos sólo son estimaciones a la baja dado el alto volumen de casos que ni se detectan, ni se denuncian.

Los malos tratos a los mayores y a las personas con discapacidad es una de las mayores lacras de nuestra sociedad, olvidada muchas veces. Por ello, es necesaria una intervención decidida del Ministerio Fiscal, usando no solo los instrumentos penales, sino también los diferentes mecanismos de carácter civil.

Especial atención debe tenerse en el campo residencial donde se dan numerosos casos de maltrato institucional. Aquí podemos incluir muchos aspectos que se derivan de la actuación descontrolada de los poderes públicos en materia de ancianidad y de la falta de mecanismos sociales de protección. En las residencias muchas veces las estructuras dan lugar a casos de maltrato institucional que deben ser corregidos. Esencial para perseguir este maltrato es el desarrollo la Fiscalía, de acuerdo con sus posibilidades, de programas de visita a centros y de control del patrimonio del anciano, sobre todo, cuando este está en manos de guardadores de hecho no parientes o de parentesco lejano. El sistema implantado por la Fiscalía Provincial de Valencia a estos efectos puede servir de referente de una buena praxis. Los artículos 14 a 17 de la Convención suponen un nuevo acicate en esta dirección.

Igualmente requieren especial atención las personas con discapacidad en los establecimientos penitenciarios ya que, por un lado, la pena no puede ser cruel ni degradante y, por otro, no puede suponer un trato desigualitario para los mismos.

El principal problema a contemplar viene motivado fundamentalmente por la circunstancia de que en las prisiones no se cuenta con los programas de tratamiento adecuados para tratar la salud mental de estos internos, sin que la intervención de entidades privadas que están desarrollando programas dentro de las prisiones pueda paliar la deficiente situación. Estos programas llegan a un núcleo reducido de internos, quedando el resto sometidos al cumplimiento ordinario con el consiguiente fracaso del tratamiento. Desde las Fiscalías deben buscarse salidas a es-

tos casos para lo que es imprescindible coordinar las secciones de protección de personas con discapacidad y las de vigilancia penitenciaria.

Las sujeciones y contenciones mecánicas pueden afectar directamente a derechos fundamentales de las personas con discapacidad, por ello, sólo deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente. Al menos deben realizarse siguiendo un estricto protocolo de garantías y, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés de la persona con discapacidad y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida. La utilización de estos procedimientos de forma incorrecta atentan directamente contra la dignidad, la integridad e incluso la vida de la persona afectada.

Existen, en la actualidad, realidades nuevas que colocan a la persona en una situación de riesgo como consecuencia de su falta de autogobierno entendida esta, no sólo como falta de capacidad propiamente dicha, sino también como falta de control o inexistencia de medios del afectado para actuar eliminando el posible riesgo que ello comporta.

El derecho no puede dejar de actuar en los casos en que se provoque un riesgo irrazonable para personas que carecen de los mecanismos biopsicosociales que le permitan autoprotegerse de estos riesgos por lo que, los mecanismos jurídicos dirigidos a proteger a las personas sin autogobierno o con autogobierno limitado pueden utilizarse en estos casos cuando de las circunstancias se deduzca que nos encontramos ante una verdadera falta de autogobierno.

Al tener el Ministerio Fiscal encomendada la protección de las personas carentes de la posibilidad de gobernarse a sí mismos tiene también encomendada la protección en estos casos que, en principio, pueden no parecer encuadrados en las situaciones en que el Ministerio Público debe actuar. Ejemplos concretos de ello pueden ser los casos de manipulación mental sectaria, los trastornos alimentarios, las adicciones, determinados trastornos de la personalidad, la capacidad intelectual límite o el síndrome de Diógenes.

La filosofía que debe inspirarnos es la de que la persona con discapacidad debe permanecer el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Para ello la sociedad debe dotarse de mecanismos de apoyo en el domicilio que no siempre existen, ni llegan a todos los rincones de nuestro país.

El ingreso en un Centro, sobre todo el no voluntario, debe ser excepcional y sólo cuando sea estrictamente necesario, por existir un riesgo grave para el paciente, o si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en el estado del paciente o impida que este reciba el tratamiento adecuado.

En el caso de que el internamiento no sea procedente se solicitar del Juzgado el control de los servicios sociales comunitarios para comprobar que prestan a la persona con discapacidad la atención necesaria en su domicilio, no siendo correcto dejar a la libre voluntad de estos el llevar a cabo dicha actividad asistencial.

CUESTIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ART. 13 DE LA CONVENCIÓN

La Convención, configura “el Acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten, sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás, mediante los apoyos de personas o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

El acceso a la justicia supone garantizar a las personas con discapacidad y su entorno, la posibilidad de acudir en igualdad de condiciones que los demás, a hacer valer ante la “autoridad judicial”, sus derechos.

A tales propósitos se concluye:

La necesidad de la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nuevos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para que los ciudadanos lleguen a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles.)

La persona con discapacidad ante el proceso exige que la Administración de Justicia adopte el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permitan sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás.

El aseguramiento del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad implica más concretamente: en orden al derecho de información, que sea debidamente informada desde

el inicio del proceso, por parte de todas las autoridades correspondientes, de la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sean requeridos, explicando de forma clara y sencilla el objetivo y el posible resultado de la intervención.

En función de cada discapacidad habrá de hacerse efectivo este derecho (discapacidad cognitiva: lenguaje sencillo, discapacidad auditiva: intérpretes, discapacidad visual: dispositivos auditivos...etc.).

Especialmente exigible a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal es que la práctica de la prueba en el proceso se realice asegurando la proximidad y la comunicación con la persona con discapacidad.

El derecho a la intimidad y a la propia imagen exige que en el proceso tanto la autoridad judicial como el fiscal controlen que en ningún momento pueda lesionarse, a través de publicaciones, exposiciones o reproducciones.

Cuestión de vital importancia será la coordinación con los juzgados para la celebración de vistas y la utilización de medios técnicos de transmisión de la imagen y del sonido.

Para una buena dedicación a estos asuntos es imprescindible la asistencia a las vistas lo que, dada la precariedad de medios personales, solo es posible con una buena coordinación de señalamientos. La legislación nos aporta ya mecanismos (Art. 182 LEC, Art. 13 Reglamento del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) Aspectos accesorios 15-9-2005, etc.) para que esta coordinación se lleve a cabo lo que debe intentarse por las Jefatura. La Fiscalía debe agotar todas las posibilidades de organización de trabajo y servicios y de coordinación con los órganos judiciales para asistir activamente en todos los procesos civiles en los que somos parte. Si ello no fuera posible, deberá priorizarse los que no puedan celebrarse sin la presencia del Fiscal (por ser demandante) y aquellos en que los intereses de menores o

personas con discapacidad puedan verse más afectados. Igualmente, deberá explotarse las posibilidades que nos dan las nuevas tecnologías como la videoconferencia o sistemas similares de comunicación bidireccional. (Art. 229 LOPJ ó 3 EOMF).

La capacitación del personal de la Administración de Justicia que los poderes públicos promoverán, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 13.2 de la Convención, implica que las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal, y el personal de apoyo a cargo del proceso, deberán recibir la debida formación, mediante el diseño de programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad.

Esta formación especializada se extenderá a la Escuela Judicial, Centro de Estudios Jurídicos, Universidades, Colegios de Abogados y Procuradores, Academias de formación de Policías, etc., a fin de que reciban la formación adecuada en orden al trato que deben dispensar a las personas con discapacidad y conozcan los mecanismos legales para evitar cualquier causa de victimización secundaria.

Por ello, se diseñarán, programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia.

Resulta por tanto imprescindible promover la especialización de los fiscales encargados de la protección de las personas con discapacidad (Art. 13.2 Convención), asegurando la necesaria unificación de criterios, mediante:

- La convocatoria de Juntas provinciales de los fiscales encargados de los Servicios de Protección, con la participación del fiscal jefe con el fin de dar valor a los acuerdos.

- Reuniones autonómicas para la unificación de actuación en materia de legislación y de administración autonómica.
- Reuniones nacionales con la adopción de acuerdos.
- Elaboración anual del Plan de Actuación de cada fiscalía, que con el visto bueno del fiscal jefe, pueden marcar la disponibilidad del servicio.

Cuando la policía judicial o los servicios sociales cumplan funciones de instrucción o de colaboración judicial, procurarán que la atención de los casos se ajuste a lo dispuesto en los puntos comprendidos en estas directrices.

Además, debe proveerse de la capacitación necesaria y suficiente de los funcionarios, en general, para que aborden los casos de manera adecuada y profesional, en aras de cumplir con los objetivos anteriormente propuestos.

Finalmente es conveniente el estudio por parte de los Poderes Públicos de los Estados firmantes de la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de la necesidad de incrementar los Centros de Atención especializada para el control y tratamiento, en régimen de internamiento o ambulatorio, de las personas con discapacidad.

La Convención de Nueva York obliga a los operadores jurídicos a concienciarse de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Para ello deberán respetar la diversidad de los seres humanos, “según su edad, etnia, género, condición socioeconómica, orientación sexual y discapacidad, bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”.

A estos fines, se tendrá en cuenta:

En relación a la movilidad. Los problemas de movilidad son los que afectan al movimiento de las personas, al coger o manipular objetos, andar, correr o cambiar su cuerpo de posición. Pueden ser debidos a la carencia de algún miembro, alteraciones nerviosas que afectan a la funcionalidad de los mismos o a cualquier otra causa que implique limitaciones en la movilidad.

Criterios de accesibilidad:

- Eliminación de barreras urbanísticas como bordillos, escalones, pendientes pronunciadas.
- Eliminación de barreras arquitectónicas como rampas de acceso, ascensores con botonera adecuada en altura, espacio suficiente de giro.
- Colocación de letrero, carteles y demás elementos de información y señalización a una altura que permita su lectura por personas que se desplacen en silla de ruedas, así como la colocación de timbres o mecanismos de encendido/apagado a dicha altura.

- Facilitar las nuevas tecnologías de la información y comunicación como videoconferencia o fax.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Ajustar nuestro paso al suyo.
- Evitar posibles empujones.
- Ayudarle, si la persona nos lo requiere, a transportar objetos o paquetes.
- Dirigirse a la persona y no a su acompañante.
- Al hablar, situarnos de frente y, si es posible, a la misma altura.
- Asegurar la existencia de instrumentos y dispositivos para una adecuada actuación (micrófonos).

En relación a la visión. La discapacidad visual supone cualquier alteración del sentido de la vista, pudiéndose distinguir entre ceguera, en aquellas personas que no ven en absoluto o sólo pueden distinguir una ligera percepción de la luz (pueden distinguir entre luz y oscuridad pero no la forma de los objetos) y deficiencia visual, cuando se pueden ver o distinguir, algunos objetos y a una distancia muy corta.

Criterios de accesibilidad:

- Utilización de perros-guía.
- Itinerarios con referencias.
- Instrumentos electrónicos de lectura y acceso a la información como Braille, Zoom Text y otros dispositivos y programas de ampliación de la imagen.
- Eliminación de barreras urbanísticas y arquitectónicas, bordillos, pendientes y semáforos sin señal acústica.

- Accesibilidad a la información, a través de contrastes de color, espaciado suficiente entre los caracteres, alineación del texto a la izquierda, letra de tamaño mayor.
- Aparatos de grabación o reproducción.
- Transcripción a Braille o grabación sonora.
- Rotuladores especiales para remarcar textos.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Al dirigirnos a ellas nos identificaremos primero.
- Si se le ofrece o indica alguna cosa, aclararle de qué se trata y en qué lugar exacto se encuentra.
- Si precisa ayuda, preguntarle si lo necesita, ofrecerle el brazo, según sea zurdo o diestro, es mejor que sea ella quien nos coja a nosotros y mejor del codo, que del hombro o del antebrazo. Debemos caminar ligeramente adelantados.
- Advertirle de posibles obstáculos que se encuentren a su paso, bordillos, escaleras, así como, de la distribución del espacio.
- Si nos alejamos o dejamos solo, le avisaremos.
- Adverbios de lugar “aquí, allí”, usar otras referencias como “a tu derecha”, “en la pared de tu izquierda”.
- Si se les ofrece algo hay que ponérselo en la mano, indicando lo que es o dejarlo en un sitio bien indicado.

En relación a la audición. Según la Confederación Española de Familias de Personas Sordas, la sordera implica la pérdida o anomalía de una función fisiológica o anatómica del sistema auditivo, lo que conlleva una disparidad para oír y que va a implicar un déficit en el acceso al lenguaje oral.

Criterios de accesibilidad:

- Presencia de intérprete de signos.
- Colocación de bucles magnéticos en el entorno.
- Incorporación de subtítulos en los medios audiovisuales que se utilicen.
- Disposición de señales de emergencia luminosas y de paneles informativos.
- Colocación adecuada para facilitar la lectura labial.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Hablar siempre cara a cara, nunca de espaldas. Mirarle al hablar, ya que se puede apoyar en la lectura de los labios.
- Evitar agentes obstaculizadores como columnas o personas que se crucen.
- Hablar despacio y de forma clara para que pueda leer nuestros labios.
- Se puede llamar su atención tocándole levemente en el hombro y no se debe empezar a hablar hasta asegurarse de que está mirando.
- Hablar despacio, pero con normalidad, construyendo frases cortas.
- Ayudarse con un gesto o escribir las palabras puede ser adecuado.

En relación al lenguaje, voz y habla. Estas dificultades se refieren a alteraciones que afectan tanto a los órganos o estructuras, nariz, boca, laringe, faringe, como a las funciones del lenguaje y del habla, voz, articulación, fluidez o ritmo.

Criterios de accesibilidad:

- Adaptaciones informáticas y sistemas alternativos de comunicación.
- Intérpretes de signos, paneles de signos lectura labial.
- Adaptación de tiempos, actitudes pacientes y adaptadas al ritmo o comunicación. actitudes de respeto, escucha y comprensión.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Procurar no ponernos nerviosos creyendo que no le vamos a entender.
- Si no le entendemos, se lo haremos saber.
- Le podemos pedir que utilice otra manera para comunicarse, no es una falta de respeto, su mayor interés es comunicarse.
- No decir que hemos entendido si no es cierto.
- Si no logramos entendernos, pedir disculpas y buscar un intermediario que nos ayude a comunicarnos.

En relación a la aplicación del conocimiento y enfermedades mentales. Estas personas pueden presentar dificultades en actividades de la vida diaria relacionadas con: experiencias sensoriales (mirar, escuchar, apreciar estímulos), aprendizajes básicos (aprender a leer, a calcular, adquirir habilidades), aplicación del conocimiento (centrar la atención, pensar, leer, escribir, toma de decisiones, resolver problemas) y actividades instrumentales (vida en la comunidad).

Criterios de accesibilidad:

- Uso de un lenguaje sencillo, adaptado a sus características, comprobando la comprensión por parte de la persona.
- Edición de información y textos en “lectura fácil”.
- Adaptación de tiempos.
- Acompañamiento en las actividades en las que se requiera apoyo.
- Secuenciación de las actividades que se vayan a llevar a cabo.
- Creación de ambientes estructurados y estables.
- Facilitación de información por anticipado.
- Escucha, toma en consideración y respeto hacia sus preferencias o intereses.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Ser naturales en la forma de hablar.
- Dirigirse directamente a la persona y no al acompañante.
- La ayuda debe limitarse a lo imprescindible, procurando que se desenvuelva sola.
- Evitar la infantilización como con el uso de diminutivos.
- Escuchar sus preferencias u opiniones.
- Mostrar a la persona no sólo como receptora de información sino con capacidad para aportar cosas.
- Evitar una posible percepción de superioridad, se les debe proponer, no imponer.
- Hay que saber escuchar y estar atentos a nuevas formas de comunicación como la no verbal.

- Responder a sus preguntas y asegurarnos que nos ha entendido.
- Preguntar de forma clara y precisa.
- Evitar las discusiones y situaciones violentas.

Bibliografía: Guía de Buenas Prácticas en el acceso y atención a las personas con discapacidad en el sector sanitario privado español. Colecciones Cermi.es

BUENAS PRÁCTICAS EN LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS URBANÍSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS.

- Deben ser accesibles los itinerarios desde las paradas de transporte público y las zonas de aparcamiento hasta las puertas de entrada, con rebajes adecuados en las aceras, zonas de parking reservadas, cercanas al centro y la no existencia de obstáculos en el trayecto de acceso al mismo.
- Facilitar el uso de transportes adaptados, bien mediante la información de los servicios existentes o la creación de un servicio propio.
- Las rutas hacia el edificio deben estar correctamente indicadas mediante señales y paneles exteriores.
- La entrada principal, áreas y mostradores de recepción, las puertas interiores, los pasillos y las dependencias del edificio deben ser accesibles, no pudiendo ser por “puertas traseras”.
- Que los dispositivos de alarma sean visibles y audibles, incluso táctiles, si pudiera ser.
- Las vías de evacuación deben disponer de señales luminosas que indiquen el camino hacia la salida.
- En plantas altas se deberán tener en cuenta rampas, ascensores o elevadores especiales.

- Ascensores accesibles y con botonera adecuada en altura. Las cabinas deben contener información sonora y visual de las paradas y movimientos (sube, baja) y han de disponer de un intercomunicador accesible conectado con el departamento adecuado.
- Las estancias, habitaciones y aseos serán accesibles, con espacio suficiente de giro o maniobra.
- Mobiliario e instalaciones cómodas, funcionales y de fácil manejo, sin patas que sobresalgan ni aristas, teniendo en cuenta la ubicación de tiradores, interruptores, enchufes y termostatos.
- Los letreros, carteles y demás elementos de información, se colocarán a una altura que permita su lectura por personas que se desplazan en silla de ruedas. La colocación de timbres y mecanismos eléctricos de encendido/apagado se realizará de la misma forma.
- Habrá asientos reservados o preferentes para personas con discapacidad.

Bibliografía: Guía de Buenas Prácticas en el acceso y atención a las personas con discapacidad en el sector sanitario privado español. Colecciones Cermi.es

A MODO DE CONCLUSIÓN

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad es un instrumento básico en la guía de nuestra intervención en los procesos de capacidad y resulta de extraordinaria ayuda en la comprensión de los problemas que se suscitan en el día a día de las personas con discapacidad, su entorno familiar y asociaciones que los apoyan en el logro de una vida participativa, independiente e igualitaria.

Su lectura serena nos demuestra que sus mentores son profundos conocedores de la situación en que se encuentran las personas con discapacidad, sus problemas cotidianos, sus necesidades más apremiantes,...pero también su sensibilidad, sus valores, sus aspiraciones, desde una perspectiva de extraordinaria practicidad.

La Convención, que se origina en la creencia de que la sociedad internacional tiene “una deuda pendiente” con las personas con discapacidad, cuyos derechos no están suficientemente garantizados, no sólo va dirigida a “Los Estados Partes” o a los directamente interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad.

Y muy especialmente se dirige, a los que desde la Administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se incluyan y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática. En este empeño, estaremos siempre comprometidos.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad es un instrumento básico en la guía de nuestra intervención en los procesos de capacidad y resulta de extraordinaria ayuda en la comprensión de los problemas que se suscitan en el día a día de las personas con discapacidad, su entorno familiar y asociaciones que los apoyan en el logro de una vida participativa, independiente e igualitaria.

Su lectura serena nos demuestra que sus mentores son profundos conocedores de la situación en que se encuentran las personas con discapacidad, sus problemas cotidianos, sus necesidades más apremiantes,...pero también su sensibilidad, sus valores, sus aspiraciones, desde una perspectiva de extraordinaria practicidad.

La Convención, que se origina en la creencia de que la sociedad internacional tiene “una deuda pendiente” con las personas con discapacidad, cuyos derechos no están suficientemente garantizados, no sólo va dirigida a “Los Estados Partes” o a los directamente interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad.

Y muy especialmente se dirige, a los que desde la Administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se incluyan y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática.

En este empeño, estaremos siempre comprometidos.

Fundación Æquitas

Pº General Martínez Campos 46-6º

28010 Madrid

www.aequitas.org

info@aequitas.org

