



## INTRODUCCIÓN

El colectivo de las personas con discapacidad psíquica abarca una multitud de situaciones. A la discapacidad intelectual hay que añadir los trastornos mentales en sus diversas manifestaciones, así como las demencias.

Se plantean en torno a los mismos cuestiones jurídicas complejas cuya respuesta hay que abordar desde una legislación muy dispersa y descoordinada, lo cual obliga a realizar una laboriosa labor de interpretación.

Los profesionales del ámbito sociosanitario se encuentran ante una maraña de preceptos, opiniones y resoluciones contradictorias, lo cual les genera confusión e inseguridad.

La obligada coordinación interinstitucional en la atención a las personas con discapacidad demanda el compartir una homogénea interpretación de los conceptos jurídicos. A partir de esto se podrán articular los correspondientes protocolos de actuación.

Esta colección de dictámenes tiene por finalidad proporcionar esta interpretación homogénea para poder conseguir un diálogo interinstitucional coherente.

Se ha estructurado el texto en tres partes:

- A.- Conceptos generales.
- B.- Pautas de actuación ante diferentes situaciones.
- C.- Cuestiones jurídicas concretas

## ÍNDICE - DICTÁMENES

### **A.- PRIMERA CATEGORÍA – CONCEPTOS GENERALES**

A-1 CONCEPTOS RELATIVOS A LA CAPACIDAD JURIDICA Y DE DECISIÓN DE LAS PERSONAS

A.-2 NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA.  
LA CONVENCIÓN DE LA ONU DE 2006 SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A-3- LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA: (I) – AUTONOMÍA Y AUTOTUTELA

\* PODERES PREVENTIVOS

\* INSTRUCCIONES PREVIAS

A-4.- LA PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA: (II) PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD - APOYO PRIVADO: (FAMILIARES O ALLEGADOS)

\* LA INSTITUCIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES

\* LA GUARDA DE HECHO.

A-5.- LA PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: (III) PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD - APOYO PÚBLICO – PROFESIONALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.

\* COORDINACIÓN ENTRE EL SISTEMA PÚBLICO

\* RELACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA CON FAMILIARES Y ALLEGADOS.

A-6.- LA PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA: (III) EL MINISTERIO FISCAL

A-7.- LA PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA: (IV) – INTERVENCIONES JUDICIALES

JURISDICCIÓN CIVIL: TEORÍAS DE LA CAUSA Y MOTIVO DE PROTECCIÓN Y DE LA DOBLE VÍA.

PROCEDIMIENTOS CONCRETOS Y ESPECÍFICOS

MEDIDAS CONCRETAS DE PROTECCIÓN

CONTROL DE INGRESOS INVOLUNTARIOS

PROCEDIMIENTO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y APOYOS

PROCEDIMIENTO –PRUEBAS - SENTENCIA

PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

TUTELA

CURATELA

ASISTENCIA

**B.- SEGUNDA CATEGORÍA – PAUTAS DE ACTUACIÓN EN SITUACIONES CONCRETAS**

B-1.- PREVENCIÓN DE LA SALUD; ESPECIALMENTE DE LA SALUD MENTAL

B-2.- SOLICITUD DE INTERVENCIÓN SANITARIA E INGRESO INVOLUNTARIO.

B-3.- SOBRE MODO DE PROCEDER EN CASO DE PACIENTES CON TRASTORNO MENTAL GRAVE QUE REQUIEREN INGRESO HOSPITALARIO.  
EVENTUAL AUXILIO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD.

B-4 SOBRE PROGRAMAS Y EQUIPOS DE TRATAMIENTO ASERTIVO COMUNITARIO.

B-5.- PAUTAS A SEGUIR EN CASO DE PERSONAS MAYORES DESAMPARADAS

B-6 .- SOBRE MODO DE PROCEDER EN CASO DE PERSONAS CON DEPENDENCIA AL ALCOHOL – PAUTAS JURÍDICAS.

**C.- TERCERA CATEGORÍA: CUESTIONES JURÍDICAS CONCRETAS**

C-1.- SOBRE RÉGIMEN DE SALIDAS Y PERMISOS TERAPÉUTICOS RESPECTO DE PACIENTES INGRESADOS INVOLUNTARIAMENTE EN UNIDADES Y CENTROS DE SALUD MENTAL.

C-2.- SOBRE RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN CENTROS DE LOS QUE SON USUARIAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DIVERSIDAD FUNCIONAL.

C-3 – SOBRE POSIBILIDAD DE ESTABLECER VISITAS AL TUTELADO, RESPECTO DE LOS FAMILIARES QUE NO OSTENTAN SU TUTELA



Estudios  
Jurídicos

**PRIMERA CATEGORÍA  
CONCEPTOS GENERALES**

**FISCALÍA PROVINCIAL DE CÓRDOBA  
Sección de Protección de Personas con Discapacidad**

**DICTAMEN A-1**

**CONCEPTOS GENERALES:**

**CAPACIDAD JURÍDICA – CAPACIDAD DE OBRAR – PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD – CONCEPTO Y CLASES DE DISCAPACIDAD – LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA – LA PRESUNCIÓN DE INCAPACIDAD – LA CAPACIDAD DE LA PERSONA PARA DECIDIR POR SÍ MISMA – INCAPACIDAD DECLARADA EN RESOLUCIÓN JUDICIAL – AUTONOMÍA – AUTOGOBIERNO – AUTOTUTELA – DEPENDENCIA – DESAMPARO – POSICIÓN DE GARANTE – OTRAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD**

**DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

Existe una pluralidad de conceptos jurídicos relativos a la capacidad o incapacidad de las personas.

Los profesionales que trabajamos con personas con discapacidad (ámbito sanitario, social, educativo, judicial, fuerzas de seguridad, etc...) debemos compartir el significado de estos conceptos pues, de otro modo, la necesaria coordinación para atender las necesidades de aquéllas se ve enormemente dificultada.

Este dictamen pretende formular los conceptos de modo muy básico, proporcionar la idea esencial, sin entrar ahora en matices ni en detalles, lo cual podrá ser objeto de dictámenes posteriores.

=====

**CONCEPTOS BÁSICOS**

**1.- CAPACIDAD JURIDICA**

Se atribuye a toda persona por el mero hecho de serlo, con independencia de su edad o condición, consecuencia de la dignidad inherente a toda persona.

Toda persona tiene derecho a que sean respetados sus derechos fundamentales y también puede recibir la titularidad de bienes (por herencia, donación, etc...)

## **2.- CAPACIDAD DE OBRAR**

Se atribuye a la persona cuando alcanza la mayoría de edad. En España al cumplir 18 años pues se estima que con esta edad la personas debe contar ya con facultades mínimas para tomar decisiones por si misma.

Esta capacidad se presume (presunción de capacidad) al alcanzar la mayoría de edad. Sin embargo distintas circunstancias (enfermedad, discapacidad) hacen que esto no sea así. Entonces la presunción de capacidad se torna en **“presunción de incapacidad”**

## **3.- PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD**

Como ya se ha señalado la ley atribuye a la persona que cumple 18 años la capacidad “general y difusa” de decidir válidamente sobre cualquier cuestión que en adelante se le presente en cualquier ámbito (patrimonial, sanitario, social, político, etc...)

## **4.- CONCEPTO Y CLASES DE DISCAPACIDAD**

### **CONCEPTO**

La Convención de la ONU de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad dice en Preámbulo que:

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

### **CLASES**

Se suelen mencionar tres grandes grupos:

Discapacidad FÍSICA  
Discapacidad SENSORIAL  
Discapacidad PSÍQUICA

## **5.- LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA**

Afecta al plano del conocimiento de la persona por diversas causas:

Suelen agruparse en cuatro grandes categorías

- \* Déficit intelectual
- \* Anomalía o trastorno mental
- \* Demencias
- \* Trastornos derivados de traumatismos graves.

## **6.- LA PRESUNCIÓN DE INCAPACIDAD**

Es precisamente dentro del colectivo de la discapacidad “psíquica” donde se plantean un buen número de excepciones a la presunción general de capacidad una vez alcanzados los 18 años.

Algunas de estas personas presentan discapacidad intelectual desde el nacimiento otras, por distintas razones, pierden la capacidad intelectual o la ven limitada en un momento posterior a haber alcanzado la mayoría de edad.

**Cuando se constata esta circunstancia la “presunción legal de capacidad” se torna en “presunción de incapacidad”**

El estatuto legal del “presunto incapaz”

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

Así:

- \* Despliega todos sus efectos la “Guarda de Hecho”.
- \* El internamiento involuntario de estas personas en un Centro, Unidad, Residencia, etc... está sometido a control judicial que se ejercerá antes o después del ingreso en atención a la urgencia del mismo (Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

\* Los familiares cercanos están legitimados para promover su declaración judicial de incapacidad (Art. 757-1 LEC) y el Ministerio Fiscal si los familiares no lo hicieren y lo estimare conveniente (Art. 757-2 LEC)

\* En caso de ser demandado en juicio, se le nombraría un defensor judicial (Art. 8 LEC)

\* En caso de desamparo surge en los profesionales de la función pública con competencia en la materia (salud, servicios sociales, fuerzas de seguridad, judicial, etc...) el deber de actuar coordinadamente para proteger los derechos de la persona que se encuentra necesitada de protección.

## **7. LA CAPACIDAD DE LA PERSONA PARA DECIDIR POR SÍ MISMA**

La “presunción de incapacidad”, es solo eso, una presunción, una cautela, una alarma general que obliga a valorar si la persona con discapacidad psíquica, en ese momento concreto, para esa decisión concreta cuenta o no con capacidad suficiente.

Como es obvio, el juicio de capacidad (de competencia) dependerá en primer lugar de la mayor o complejidad de la decisión.

No es lo mismo decidir que quiero ir al cine, que decidir que quiero hacer un plan de pensiones.

La valoración de la capacidad de decisión de una persona con advertencia de discapacidad sobre un asunto concreto (patrimonial, sanitario, jurídico, etc..), no puede ser más compleja.

Sería de gran ayuda contar con un “capacímetro” pero no existe tal instrumento; Un método adecuado y un aceptado protocolo de buenas prácticas es a lo más que se puede acudir para concluir si la persona cuenta o no con capacidad suficiente para ese concreto acto.

Diariamente los notarios, los médicos, los directores de residencias, los directores de entidades bancarias, los jueces, etc..., son destinatarios de peticiones formuladas por personas incluidas en estos colectivos que estamos examinando, peticiones realizadas sobre decisiones trascendentes y a las que tienen que dar una respuesta.

En este dictamen sobre “conceptos generales” debemos dejar solo apuntada la cuestión sin perjuicio de volver a ella en dictámenes futuros.

## **8.- LA INCAPACIDAD DECLARADA EN RESOLUCIÓN JUDICIAL**

En ocasiones la capacidad de decisión de la persona ha sido ya examinada judicialmente y existe un pronunciamiento al respecto.

Esto puede haber ocurrido de dos maneras:

### **1.- Persona que ha sido objeto de **procedimiento de incapacitación****

El procedimiento termina con sentencia en la que se declara si la persona carece de modo total o parcial de autogobierno o si lo conserva.

En el primer caso la sentencia determinará el apoyo total (tutela) o parcial (curatela) que la persona necesita para la realización de los actos que precise su protección.

Este pronunciamiento contenido en la sentencia tiene eficacia de presente y de futuro y a él deberán de atenerse los profesionales que entren en relación con la persona con discapacidad.

### **2.- Persona que ha sido objeto de **expediente de protección****

No siempre se acude al Juzgado para instar un procedimiento de incapacitación. En ocasiones se solicitan autorizaciones para realizar determinados actos (ingreso en residencia o centro de salud mental, transacciones económicas, disposición de fondos en cuentas, etc...).

Estas pretensiones se examinan judicialmente, atendiendo el asunto concreto, a través de expedientes que concluyen no con una sentencia, sino con una resolución llamada "Auto".

Esta resolución solo sirve para el acto concreto y no determina el estado civil de la persona con discapacidad en el futuro.

Por ejemplo: El Auto del Juzgado en que autoriza o ratifica el ingreso involuntario en un Centro no significa que la persona ingresada se encuentre ya judicialmente incapacitada, así como tampoco se le proporciona un tutor o curador para que le represente o apoye en actos futuros.

## **9.- AUTONOMÍA**

El artículo 2 de la Ley Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (conocida como Ley de las Dependencias) dice:

**Se entiende por autonomía, la capacidad de afrontar y tomar por propia iniciativa las decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como a desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.**

**Se fomentará y facilitará hasta donde sea posible el uso de la autonomía personal y la utilización de instrumentos jurídicos de manifestación de la misma, como los poderes preventivos, voluntades anticipadas, etc...**

## **10.- AUTOGOBIERNO**

Es la capacidad de afrontar y resolver los propios asuntos.

Requiere la concurrencia de tres elementos:

### **1.- intelectual**

La persona debe contar en primer lugar con la inteligencia suficiente para tomar “conciencia” de los elementos de la decisión, de las alternativas posibles y de las eventuales consecuencias de ella.

La razonada argumentación de estos procesos por parte de la persona supone un indicio muy relevante de autogobierno.

### **2.- Volitivo**

Para que la decisión sea efectiva tiene que llevarse a la práctica, hay que hacer o no hacer lo que se ha decidido y en esta empresa el papel no le corresponde a la inteligencia, sino a la voluntad.

Las crisis de autogobierno que provocan las carencias de voluntad son generalmente más graves que las que provocan las carencias de inteligencia.

### **3.- Material**

Es preciso además contar con medios materiales o que no existan obstáculos externos que impidan llevar a la práctica lo decidido (barreras físicas, jurídicas, mentales, etc...)

## **11.- AUTOTUTELA**

Es la capacidad de autogestión, de procurarse las atenciones y servicios que requiere.

Es posible también que una persona con capacidad de decisión suficiente, en previsión de que pueda perder esta capacidad en el futuro, deje expresado solemnemente y por escrito tanto su voluntad como la persona que ha de tomar decisiones por ella.

Instrumentos jurídicos de autotutela son:

- \* Los poderes preventivos
- \* Las instrucciones previas en el ámbito sanitario.

## **12.- DEPENDENCIA**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

**“Dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.**

## **13.- DESAMPARO**

Se produce cuando la persona con discapacidad se encuentra privada de la necesaria asistencia, con deterioro grave de su situación personal y material.

## **14.- POSICIÓN DE GARANTE**

Frente a las situaciones de desamparo surgen el deber de actuar (posición de garante) a dos niveles:

## PRIVADO

Los familiares cercanos tienen el deber de socorrer a su familiar necesitado en los términos previstos en los Arts. 142...ss del Código Civil (Institución de alimentos entre parientes)

## PÚBLICO

A falta de familiares o en concurrencia con ellos:

### **1.- Los Poderes Públicos**

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

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

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Andalucía (L.O. 2/2007 de 19 de Marzo) señala

#### **Artículo 19 Personas Mayores**

**Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes.**

#### **Artículo 22 Salud – Pacientes de Salud Mental**

**1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.**

**2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:**

**a) Acceder a todas las prestaciones del sistema.**

**d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico.**

**e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad.**

**3. Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.**

#### **Artículo 24 Personas con discapacidad o dependencia**

**Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.**

#### **2.- Los profesionales de la Función Pública**

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

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

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

En el Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía decida un Capítulo a la “Ética y Servicios Sociales” (Arts. 68 a 70)

## Dispone el Art. 68

“La consejería competente en materia de servicios sociales desarrollará y aprobará **una Estrategia que permita introducir los principios éticos en la políticas sociales y en la provisión de los servicios sociales, facilitando un espacio común basado en valores compartidos entre ciudadanía, profesionales y la propia organización, bajo el enfoque de la corresponsabilidad, la cooperación y la confianza entre todas las personas que estén implicadas en el desarrollo de los servicios sociales**”

## 15.- OTRAS SITUACIONES DE VULNERABILIDAD

Podemos mencionar entre ellas:

### 1.- LAS ADICCIONES

A sustancias

Alcohol  
Estupefacientes, Tóxicos

A conductas

Ludopatías  
Trastornos alimentarios

### 2.-ALGUNOS TRASTORNOS DE LA PERSONALIDAD

### 3.- LA INMADUREZ

### 4.- LA INADAPTACIÓN

Algunos casos rozan el ámbito de la anomalía o trastorno psíquico y demandan respuesta de los profesionales de este ámbito.

No es fácil establecer la frontera para decidir qué situaciones quedan dentro y cuales quedan fuera ni, en su caso, las pautas de actuación.

**FISCALÍA PROVINCIAL DE CÓRDOBA**  
**Sección de Protección de Personas con Discapacidad**

**DICTAMEN A-2**

**NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA.**

**DERECHO VIEJO Y DERECHO NUEVO: LA CONVENCIÓN DE LA ONU DE 2006 SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

**HACE FALTA UN CAMBIO DE MENTALIDAD, UNA NUEVA MIRADA.**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

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

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

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

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

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

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

=====

## PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Código Civil Español data de 1889.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **2.- PROPUESTA DE NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD – NECESIDAD DE OTRA MIRADA**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los autores de la Convención eran conscientes de dos cosas:

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

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

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

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

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

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

Hablando de “ajustes razonables”, resulta esencial para la comprensión de este dictamen, el tener presente que toma en cuenta situaciones muy diversas.

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

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

## **NECESIDAD DE OTRA MIRADA**

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

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

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

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

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

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

Convocados están igualmente los familiares.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Criterio rector de toda la actuación.

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

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

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

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

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

### Protección cualificada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En su Preámbulo igualmente reconoce:

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

Y añade:

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

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

#### 5.- AUTOTUTELA – PODERES PREVENTIVOS

Consecuencia directa de la autonomía es la autotutela.

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

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

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

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

Se han otorgado miles de poderes preventivos (Art. 1732 Código Civil) y se han hecho cientos de designaciones de tutor en documento público (Art. 223-2 Código Civil).

La autotutela, en sus distintos momentos y formas, se muestra como la opción más eficaz y respetuosa con los derechos de la persona con discapacidad.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es frecuente que situaciones de necesidad que exigen una intervención inmediata (personas mayores con demencia, personas con trastorno mental que viven solas y en condiciones deplorables, o en la calle, etc...) se bloqueen y prolonguen hasta casos extremos porque nadie toma decisiones sobre la base de que “no está incapacitado”, “yo no puedo actuar sin autorización judicial”, etc...

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

#### 8.- LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

Existe un desconocimiento grande sobre la institución del Ministerio Fiscal.

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

El Ministerio Fiscal es mucho más.

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

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

Dispone el Artículo 124-1 de la Constitución:

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

Dispone el Artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**Corresponde al Ministerio Fiscal:**

...//...

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

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

### **Decretos**

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

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

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

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

Dispone el Artículo 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

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

...//...

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

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

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

### **Dictámenes**

En ocasiones lo que se plantean son cuestiones estrictamente jurídicas.

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

Como ya se ha examinado anteriormente. en materia de protección de personas vulnerables por razón de discapacidad, el Ministerio Fiscal tiene legalmente encomendado el deber de velar por las mismas al igual que la Autoridad Judicial.

## 9.- INTERVENCIONES JUDICIALES PUNTUALES – DETERMINACIÓN DE APOYOS PUNTUALES

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

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

Para estos casos se propone el examen del asunto a través del procedimiento sencillo que hemos ya descrito y denominado “**De autorización de medidas concretas de apoyo respecto de personas con discapacidad cuya capacidad de decisión no se encuentre judicialmente modificada**”.

## 9.- PROCESO DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE AUTOGOBIERNO Y PROVISIÓN DE APOYOS ADECUADOS

Para supuestos complejos, en los que se advierta la proliferación de barreras de distinto tipo (jurídicas, burocráticas, físicas, mentales, etc...) y la escasa presencia de apoyos se podría plantear el acudir al proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

En estos casos, la figura de apoyo nuclear sería la “curatela” en sus distintas formas: representativa, no representativa, familiar, institucional.

Le sería de aplicación a la curatela, las normas sobre inhabilidad, excusas, remoción, etc, previstas actualmente para la tutela.

### **En suma:**

El nuevo sistema invierte el modo tradicional de actuación.

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

Ahora es la opción última.

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



**DICTAMEN A-3**

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS VULNERABLES  
POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA (I):**

**AUTONOMÍA Y AUTOTUTELA.  
PODERES PREVENTIVOS  
INSTRUCCIONES PREVIAS**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA:**

En la mentalidad de algunos familiares, ciudadanos y profesionales se puede advertir actitudes paternalistas tendentes a favorecer el bienestar de la persona con discapacidad sin contar con su opinión, sobre la base de una presunción de inhabilidad.

Esto no acorde a la realidad legal ni de hecho.

La dignidad de toda persona requiere respetar su autonomía y favorecerla en la medida de lo posible. Ello obliga a preguntar, a escuchar sus respuestas, valorar su capacidad de decisión, en su caso, colaborar en el proceso de formación de la misma.

En ocasiones, personas que se encuentran en plenitud de facultades, dejan expresada su voluntad por escrito para que surta efecto en caso de que lleguen a perderla mediante los apoderamientos preventivos o las instrucciones previas en el ámbito sanitario.

**AUTONOMÍA**

El artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (conocida como Ley de las Dependencias) dice:

**Se entiende por autonomía, la capacidad de afrontar y tomar por propia iniciativa las decisiones personales acerca de cómo vivir, de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como a desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.**

**Se fomentará y facilitará hasta donde sea posible el uso de la autonomía personal y la utilización de instrumentos jurídicos de manifestación de la misma, como los poderes preventivos, voluntades anticipadas, etc...**

Por su parte, la Convención de la ONU de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 3, proclama como primer principio general:

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

En su Preámbulo igualmente reconoce:

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

Y añade:

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

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

En su Preámbulo la Convención define este concepto en los siguientes términos:

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

**AUTOTUTELA**

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

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

Y añade

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

### **A.- LOS PODERES PREVENTIVOS**

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad dio una nueva redacción al Art. 1732 creando una institución de enorme trascendencia en la medida que permite, mientras se conservan las facultades mentales, nombrar un representante para el caso de que lleguen a perderse hecho éste, he aquí la novedad, que no implicaría la revocación del poder.

Se puede evitar de este modo, en caso de pérdida de capacidad, el tener que nombrar un representante (tutor) a través del procedimiento de incapacitación.

Dispone el Art. 1732 del Código Civil:

**“El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevinida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a los dispuesto por éste.**

**En estos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”**

Así las cosas, toda persona mayor de edad puede prevenir las consecuencias de la pérdida de conciencia nombrando un representante.

La utilización de estos poderes se encuentra especialmente indicada en personas mayores de 70 años y, en particular, cuando se adviertan indicios de predemencia.

El Poder debe realizarse ante Notario y tanto se puede nombrar un representante, como varios que actúen mancomunadamente o varios sucesivamente para el caso de que el primer llamado u otro preferente no pueda llevar a cabo su cometido.

## Las ventajas

a) No sólo se cuenta con representación, sino que además es la elegida por el propio afectado evitándose así discrepancias y conflictos, ya no sólo entre los parientes de sangre entre sí, sino entre “parientes de sangre” y “parientes de afecto”, si se nos permite la expresión.

b) Evita además tener que acudir al penoso procedimiento de incapacitación para, una vez constatada esta situación, nombrar u representante (tutor) para que sustituya la voluntad y la iniciativa del tutelado de cara a procurar su bienestar y protección.

## Los inconvenientes

a) Mal uso del poder por el apoderado.

Hay que elegir bien o nombrar más de uno si se quiere buscar más garantías pero ello tiene como contrapartida los problemas de una gestión plural.

No obstante lo anterior, no se han detectado abusos significativos protagonizados por “apoderados”, en cualquier caso en número muy inferior a abusos detectados en “tutores”.

b) Discrepancias sobre si el mandante ha caído en estado de incapacidad o si se ha recobrado de este estado.

Como ya se ha visto, el concepto de capacidad de obrar, de capacidad de la persona para decidir por sí misma es muy complejo sobre todo en casos de afectación parcial de facultades, primeros estadios de las demencias, etc...

Se trata de un juicio de valor realizado por un tercero (el médico, el notario, el banquero, el juez...etc) que resulta muy difícil de establecer.

Un remedio para esta situación es otorgar poderes “de presente y de futuro”, esto es para el momento presente en que el poderdante cuenta con capacidad y para el momento futuro en que pueda perderla.

En caso de que la efectividad del poder quede condicionada a un momento futuro y a un hecho incierto como es el caer en estado incapacidad para decidir (puede producirse o no), es aconsejable objetivar el momento de entrada en vigor del poder, por ejemplo condicionándolo a la certificación de un Médico de confianza (designado por el propio poderdante) que afirme que la persona no cuenta ya con capacidad para decidir por si misma.

### c) La publicidad del poder

No se ha previsto un registro nacional de poderes de modo el otorgamiento de este documento puede pasar inadvertido.

El riesgo es pequeño pues las personas apoderan generalmente a personas muy cercanas que van a poner de manifiesto la existencia del documento en cuanto se requiera su utilización.

### **MODELO DE PODER PREVENTIVO**

Los Notarios han ido elaborando modelos de poderes preventivos, en general muy estereotipados.

Se hace necesario “personalizar” este tipo de documentos y adaptarlos a las circunstancias concretas de cada poderdante, quien tendrá ocasión de determinar y organizar anticipadamente, con la amplitud y detalle que desee, como quiere que sea su vida personal, patrimonial, etc..., para el caso de que llega a perder la capacidad de decidir por sí mismo.

La estructura aconsejable de un Poder Preventivo sería la siguiente:

#### 1.- IDENTIFICACIÓN DEL OTORGANTE

#### 2.- PREÁMBULO – EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Manifestación de principios y valores rectores de su vida.

Esto ayuda mucho a entender y, en su caso, a interpretar lo dispuesto en el poder.

#### 3.- OBJETIVACIÓN DEL MOMENTO DE ENTRADA EN VIGOR

Esto es muy importante para evitar conflictos y discusiones sobre si el momento ha llegado o no.

El artículo 1732 dice que el poderdante podrá expresar el modo y momento de entrada en vigor del poder

**“El mandato se extinguirá también por la incapacidad sobrevinida del mandante, a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a los dispuesto por éste.”**

Como ya se ha dicho, la manera más aconsejable de objetivar el momento de entrada en vigor del poder es la certificación de un Médico de confianza (designado por el propio poderdante) que afirme que la persona no cuenta ya con capacidad para decidir por si misma.

#### 4.- DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS ASPECTOS PERSONALES

Modo de vida, lugar de residencia,

Disposiciones relativas a aspectos médicos (Cabría aquí todo lo que se dirá respecto de las “Instrucciones Previas”

#### 5.- DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS ASPECTOS PATRIMONIALES

#### 6.- DESIGNACIÓN DE APODERADO/S

Previsión, en su caso, de retribución

#### 7.- EN SU CASO, MECANISMOS DE CONTROL

### **B.- LA AUTODETERMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA SALUD**

#### **1.-NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO PARA APLICAR TRATAMIENTOS MÉDICOS Y REALIZACIÓN DE INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS**

Dispone el Art. 2-2, 2-3, y 2-4 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente:

**“Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios.**

**El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley”**

**El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.**

**Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley.  
Su negativa al tratamiento constará por escrito**

Ratificando lo precedente el Art. 8-1 dispone:

**“Toda actuación en ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”**

## 2.- LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

La Ley General de Sanidad de 1986 ya regulaba y reconocía la autonomía del paciente pero siempre que éste lo manifestase al tiempo de producirse la necesidad de la intervención o del tratamiento.

La ley 41/2002 va más allá pues permite manifestar anticipadamente la voluntad para el caso de que se carezca de capacidad de decisión en el momento en que se plantee la necesidad de intervención.

No es más que una modalidad de apoderamiento dirigido a surtir efecto en el ámbito sanitario.

Dispone el Art. 11

**“1.- Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad con objeto de que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.**

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

**...//...**

**5.- Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas comunidades autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”**

A diferencia de los Poderes Preventivos, si se prevé un Registro Nacional de Instrucciones Previas.

**DICTAMEN N° A-4**

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS VULNERABLES  
POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD PSÍQUICA (II):**

**PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD: APOYO PRIVADO  
(FAMILIARES Y ALLEGADOS)**

**LA INSTITUCIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES.**

**LA GUARDA DE HECHO.**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

Los profesionales del ámbito sociosanitario, al igual que el ciudadano medio, perciben que cuando una persona se encuentra en estado de necesidad, sus familiares tienen algún deber de auxiliarlo, más intenso cuando más cercano es el vínculo familiar.

Más allá de esta idea general se suele tener poca precisión sobre el alcance de los deberes y, correlativamente, de los derechos que les son atribuidos precisamente para facilitar el auxilio y protección del familiar necesitado.

Además, en la faceta de auxilio, la ley no solo contempla el deber de determinados familiares, también la contribución (no obligada) de otras personas que auxilian o se ocupan de la persona necesitada por razón de afecto. A estas personas se les denomina jurídicamente “allegados” y se les atribuye también determinadas facultades.

Tanto en caso de “familiares” como de “allegados”, cuando se ocupan de persona presuntamente incapaz por razón de padecer un discapacidad, trastorno o anomalía psíquica sin estar ésta judicialmente incapacitada, se les denomina jurídicamente “Guardadores de Hecho”.

En caso de que la persona guardada se encuentre judicialmente incapacitada se les denominará tutores o curadores.

En cualquier caso los familiares y allegados de una persona vulnerable por razón de discapacidad psíquica, ya ejerzan la “Guarda de Hecho” o la “Tutela” o “Curatela”, junto al deber general de actuación de los ciudadanos ante determinadas situaciones de necesidad, conforman lo que podemos denominar el ámbito del “APOYO PRIVADO”.

## **ARGUMENTACIÓN**

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

### **Analizaremos en este dictamen el apoyo del ÁMBITO PRIVADO**

#### **1.- LA INSTITUCIÓN DE ALIMENTOS ENTRE PARIENTES**

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

Dispone el Art. 142 del Código Civil que:

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

Añade el Art. 143 del Código Civil

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

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

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

El incumplimiento de este deber constituye delito de abandono de familia, castigado en el Art. 226 del C. Penal que dispone:

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

## **2.- EL DEBER GENERAL DE SOCORRO QUE INCUMBE A TODO CIUDADANO**

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

Este deber “ético” se convierte en deber legal en determinadas situaciones, hasta el punto de que su incumplimiento es constitutivo de delito de omisión de socorro.

Dispone el Art. 195 del Código Penal:

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

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

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

### **3-1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES**

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

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

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

Por otro lado, se encuentra aún muy extendida entre los profesionales (Juristas, Médicos, Trabajadores Sociales, etc...) la creencia de que una persona mayor de 18 años solo puede tener dos estatutos civiles:

### A.- Capacidad de obrar plena

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

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

### B.- Capacidad de obrar reducida o anulada en virtud de sentencia judicial de incapacitación

El contenido de la sentencia será el establecido en la Sentencia.

### C.- Lo que no suele tenerse presente es que existe UN TERCER ESTADO CIVIL DE LA PERSONA - LA PRESUNCIÓN DE INCAPACIDAD.

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

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

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

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

Así:

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

## La representación del presunto incapaz – La Guarda de Hecho

Entre el momento en que la persona, por razón de sufrir una trastorno mental, demencia, etc..., pierde la capacidad de decisión y el momento en que, en su caso, se dicte (tras el correspondiente procedimiento) sentencia de incapacitación y se nombre tutor, transcurre necesariamente un periodo de tiempo más o menos prolongado en el que habrá que tomar decisiones por ella, de todo tipo (Médicas, Administrativas, provisión de bienes y servicios, etc...) La persona a quien la ley habilita para actuar en su nombre, asumiendo su representación es al GUARDADOR DE HECHO.

La regulación de la Guarda de Hecho en el Código Civil es muy escueta pero, a nuestro juicio, suficiente:

Es la siguiente:

Art. 303 del Código Civil (Redacción Ley 26/2015 de 28 de Julio)

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

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

**2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.**

**En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.**

El Art. 304 dispone:

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

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

Art. 306 del Código Civil

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

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

**Esta breve regulación otorga una amplia legitimación a los “Guardadores” para actuar en beneficio de sus “Guardados” habilitándoles para la toma de cuantas decisiones e iniciativas redunden en interés y beneficio de éstos. Supone un antídoto contra la tradicional barrera jurídica de exigir la representación formal (nombramiento de tutor tras sentencia judicial)**

### 3- 1-2.- LA GUARDA DE HECHO PERSONAL

Es lo más frecuente. Generalmente son los familiares cercanos (padres, hermanos, etc..) los que cuidan al familiar necesitado de protección. En otras ocasiones son allegados (vecinos, amigos)

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

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

### 3- 1-3.- LA GUARDA DE HECHO INSTITUCIONAL: PRIVADA Y PÚBLICA

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

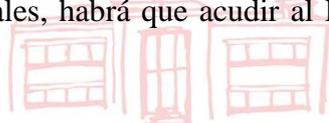
Ya sean estos Centros de naturaleza privada o pública, es la Dirección de los mismos la que asume, de modo “automático”, la guarda de la persona necesitada de protección y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que les son debidos.

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

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

En los casos en que la persona vulnerable sea visitada con regularidad por familiares o allegados, estaremos ante un supuesto de “guarda conjunta personal e institucional”.

En caso de discrepancia entre los guardadores personales y los guardadores institucionales, habrá que acudir al Fiscal o, en su caso, al Juez para dirimir el conflicto.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

**DICTAMEN N° A-5**

**SOBRE PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD EN LA ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD O TRASTORNO MENTAL.**

**GUARDA PRIVADA.**

**GUARDA INSTITUCIONAL - COORDINACIÓN DE SISTEMAS ESPECIAL DEBER DE ACTUACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.**

**RELACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA CON FAMILIARES Y ALLEGADOS**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

Frecuentemente los familiares de las Personas con Discapacidad se ven sometidas a un penoso peregrinaje que les lleva a recorrer distintos organismos e instancias de carácter sanitario, social y judicial.

Entre las malas prácticas detectadas se encuentran tanto la negación de la competencia para actuar con reenvío a otro ámbito o instancia, como la de hacerlo de modo unilateral sin conocimiento y coordinación con otros sistemas.

=====

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

Como hemos visto en el dictamen anterior, respecto de las personas vulnerables (con razón de edad, discapacidad, enfermedad, etc...) nuestro sistema se rige por el principio de co-responsabilidad Privada/Pública.

**ÁMBITO PRIVADO**

**1.- Familiares cercanos**

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

Dispone el Art. 142 del Código Civil que:

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

Dispone el Art. 143 del Código Civil que:

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

**1°.- Los cónyuges.**

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

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

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

#### **Artículo 226**

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

#### **Artículo 229**

**1. El abandono de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.**

**2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.**

**3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.**

## **2.- Allegados**

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

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

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

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

## **3.- Ciudadanía**

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

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

### **Artículo 195:**

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

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

## **ÁMBITO PÚBLICO**

### **Los Poderes Públicos**

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

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

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

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

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

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

En el Anteproyecto de Ley de Servicios Sociales de Andalucía decida un Capítulo a la “Ética y Servicios Sociales” (Arts. 68 a 70)

### **Dispone el Art. 68**

**“La consejería competente en materia de servicios sociales desarrollará y aprobará una Estrategia que permita introducir los principios éticos en la políticas sociales y en la provisión de los servicios sociales, facilitando un espacio común basado en valores compartidos entre ciudadanía, profesionales y la propia organización, bajo el enfoque de la corresponsabilidad, la cooperación y la confianza entre todas las personas que estén implicadas en el desarrollo de los servicios sociales”**

Es frecuente que situaciones de necesidad que exigen una intervención inmediata (personas mayores con demencia, personas con trastorno mental que viven solas y en condiciones deplorables, o en la calle, etc...) se bloqueen y prolonguen hasta casos extremos porque nadie toma decisiones sobre la base de que “no es de mi competencia”; “no está incapacitado”, “yo no puedo actuar sin autorización judicial”, etc...

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

2.- Para facilitar la coordinación interinstitucional en el año 2015 se ha firmado en Andalucía:

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

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

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

3.- Es de esperar que el funcionamiento de las referidas comisiones permita tratar de modo transversal los casos más complejos que se dan en la vida diaria y que contribuyan a eliminar **malas prácticas detectadas**, como las siguientes:

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

### **RELACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA CON FAMILIARES Y ALLEGADOS**

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

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

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

En aquellos casos en que los Guardadores han adquirido la condición de Tutores por haber sido designados en sentencia dictada en proceso de incapacitación, bastará exhibir la resolución judicial

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

### **CONCLUSIONES:**

- 1.- Es imprescindible la coordinación entre instituciones que tienen entre sus competencias la atención a personas vulnerables (Ámbito Público)**
- 2.- Los familiares y allegados (Ámbito privado) han de recibir una respuesta coordinada por parte del ámbito público.**

**FISCALÍA PROVINCIAL DE CÓRDOBA**  
**Sección de Protección de Personas con Discapacidad**

**DICTAMEN N° A-6**

**EL MINISTERIO FISCAL  
CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL COMO INSTITUCIÓN DE  
AMPARO  
OBLIGACIONES EN RELACIÓN LAS PERSONAS VULNERABLES.  
CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE SUS OBLIGACIONES Y  
FACULTADES EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD.  
DECRETOS Y DICTÁMENES DEL MINISTERIO FISCAL**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

Existe un desconocimiento grande sobre la institución del Ministerio Fiscal.

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

El Ministerio Fiscal es mucho más.

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

Las leyes no siempre se cumplen. Cuando un ciudadano medio ve vulnerado un derecho puede acudir a los Tribunales para que le den amparo.

Cuando se trata de personas vulnerables las posibilidades de acudir a los Tribunales es remota. El Estado es consciente de ello por ello proporciona una institución pública que supla su inactividad, que pida por ellos o vele por sus intereses frente a terceros.

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

=====

## **CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL**

Dispone el Artículo 124 de la Constitución:

- 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, 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.**
- 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.**

Dispone el Artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981 de 30 de Diciembre)

**El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad**

### **ORGANIZACIÓN**

Artículo 32 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**La Carrera Fiscal está integrada por las diversas categorías de Fiscales que forman un Cuerpo único, organizado jerárquicamente.**

Artículo 33 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**Los miembros de la Carrera Fiscal están equiparados en honores, categorías y retribuciones a los de la Carrera Judicial.**

Artículo 34 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**Las categorías de la Carrera Fiscal serán las siguientes:**

- 1.ª Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, equiparados a Magistrados del Alto Tribunal. El Teniente Fiscal del Tribunal Supremo tendrá la consideración de Presidente de Sala.**
- 2.ª Fiscales, equiparados a Magistrados.**
- 3.ª Abogados-Fiscales, equiparados a Jueces.**

**FUNCIONES**

Artículo 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

**Corresponde al Ministerio Fiscal:**

...//...

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

Artículo 4 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

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

...//...

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

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

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

## **OBLIGACIONES Y FACULTADES EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Dispone el Artículo 228 del Código Civil

**Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.**

Dispone el Artículo 232 del Código Civil

**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 menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.**

Dispone el Artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

**1. En los procesos sobre la capacidad de las personas será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes. El Ministerio Fiscal velará durante todo el proceso por la salvaguarda del interés superior de la persona afectada.**

Dispone el Artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

**1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.**

**2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.**

## COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL

Dispone el Artículo 9-2 de la Constitución.

**Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.**

Dispone el Artículo 49 de la Constitución.

**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.**

El deber conjunto de los poderes públicos de actuar en beneficio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, especialmente de los más vulnerables, exigen un actuación coordinada entre ellos para hacerlos efectivos.

Jueces y Fiscales no pueden permanecer ajenos a las iniciativas y espacios de coordinación interinstitucional con las limitaciones propias derivadas de su estatuto legal.

## DECRETOS Y DICTÁMENES DEL MINISTERIO FISCAL

### DECRETOS

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

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

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

## DICTÁMENES

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

Como y ase ha examinado anteriormente. en materia de protección de personas vulnerables por razón de discapacidad, el Ministerio Fiscal tiene legalmente encomendado el deber de velar por las mismas al igual que la Autoridad Judicial.

### **CONCLUSIONES:**

**El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial**

**Jueces y Fiscales, junto al resto de los poderes públicos, tienen el deber de velar por la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.**

**Jueces y Fiscales no pueden permanecer ajenos a las iniciativas y espacios de coordinación interinstitucional con las limitaciones propias derivadas de su estatuto legal.**

**DICTAMEN N° A-7**

**INTERVENCIONES JUDICIALES EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

En el dictamen precedente hemos examinado la institución del Ministerio Fiscal, así como los deberes y facultades de actuación en relación con la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

La función de los Jueces es mucho más conocida y comprendida que la del Ministerio Fiscal, no obstante, en relación con la protección de las personas con discapacidad sigue siendo común la percepción de que lo judicial se limita al procedimiento de incapacitación y el control de la tutela.

Esta visión es muy limitada. Las facultades y posibilidades de actuación en el ámbito judicial son mucho más extensas.

Tal y como venimos manteniendo, el procedimiento de incapacitación y sometimiento a tutela es la medida última y extrema a la que no habrá que acudir si la protección de la persona con discapacidad se puede lograr suficientemente acudiendo a otras vías.

=====

**INSTRUMENTOS JUDICIALES DE PROTECCIÓN: EL PRINCIPIO DE INTROMISIÓN MÍNIMA. LA TEORÍA DE LA DOBLE VÍA**

El principio de proporcionalidad exige acompasar el objeto del procedimiento a las características de éste.

Esto no puede ser más razonable, por ello sucede en todos los órdenes jurisdiccionales. Así el procedimiento para juzgar un hurto por valor de 90 Euros, no es el mismo que para juzgar un homicidio; El procedimiento para examinar una pretensión por impago de 350 Euros no es el mismo que para examinar una demanda en que se reclaman 150.000 de Euros.

Esta reflexión debe trasladarse al campo de la protección judicial de las personas con discapacidad.

Es obvio que el procedimiento de incapacitación es el cauce más amplio, genérico y también, el de consecuencias más severas. No debería acudirse a él cuando el objeto, esto es, la crisis de autogobierno y consiguiente necesidad de apoyo, sea concreta, liviana o pasajera, bastando para ello el examen a través de un procedimiento simple. Es la teoría de la doble vía.

### **PRIMERA VÍA U OPCIÓN: Procedimiento concreto, simple y flexible para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales**

Para necesidades puntuales que requieren “apoyos” puntuales no debería acudirse al procedimiento de incapacitación que provoca declaraciones genéricas de inhabilidad. Estas declaraciones en la mayor parte de los casos son “plenas” y, de hecho, para siempre, pues son muy excepcionales los procesos de recapacitación.

Consecuencia de lo anterior es la provisión de representaciones genéricas, sin delimitación de actos concretos, (tutela o patria potestad rehabilitada). Esta tradicional manera de actuar se presenta como una medida desproporcionada.

Lo razonable sería acudir a un procedimiento más liviano, cuyo objeto se limitase a analizar la capacidad de actuación y, en su caso, necesidad de apoyo para un acto concreto (motivo).

En caso de resultar necesario el apoyo, una vez prestado y rendidas ante el Juez las cuentas de la actuación, se procedería al archivo del expediente.

### INTERVENCIONES JUDICIALES PUNTUALES EXPRESAMENTE PREVISTAS

El análisis y evaluación de una situación concreta, sin tener que acudir al procedimiento general de incapacitación no es una novedad en nuestro ordenamiento.

Vamos a enumerar varios supuestos de intervenciones judiciales puntuales en relación a las personas con discapacidad.

- 1.- Expedientes de control de ingresos involuntarios. Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- 2.- Expedientes de medidas de protección del Artículo 216 en relación con el Art. 158 del Código Civil.
- 3.- Expedientes de reconocimiento de Guarda de Hecho . Art, 303 Código Civil.
- 4.- Expediente de nombramiento de Defensor Judicial para intervenir en juicio - Art. 8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -

5.- Expediente de disposición de bienes gananciales por cónyuge cuando el otro se encuentra impedido para prestar consentimiento – Art. 1377 Código Civil.

Estos expedientes no concluyen en sentencia, sino en una resolución llamada “Auto” y se archivan a su finalización, una vez conseguida la finalidad perseguida, sin que la persona haya sido incapacitada ni provista de tutor.

## **SEGUNDA VÍA U OPCIÓN: Proceso de incapacitación ( de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.**

Para supuestos complejos, en caso de personas con discapacidad que, por sus particulares circunstancias, tengan necesidad de realizar de modo frecuente actos jurídicos para los que precisan de apoyo; En casos en que se advierta la proliferación de “motivos” que precisen de modo frecuente la intervención judicial, se podría plantear el acudir al proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

Regulación legal de este proceso.

El proceso de inicia mediante una demanda que precisa de la intervención de Abogado y Procurador.

Artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Competencia.

**Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite.**

Artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Legitimación en los procesos de incapacitación

**1. La declaración de incapacidad puede promoverla 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.**

**2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.**

**3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.**

Artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Personación del demandado.

**El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación.**

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

Artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.

**1. En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.**

**2. Cuando se hubiera solicitado en la demanda de incapacitación el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno.**

**3. Si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.**

Artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Sentencia

**1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.**

**2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.**

**3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.**

Artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación

**1. La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.**

**2. Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.**

**Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.**

**3. En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.**

**La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.**

## **INSTITUCIONES TUTELARES**

### **PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA**

Cuando la persona a quien se ha declarado incapaz en la sentencia es soltera y vive con sus padres, si es menor de edad se prorroga la patria potestad de éstos sobre la misma (patria potestad prorrogada) y si es mayor de edad se rehabilita, como si fuese menor (patria potestad rehabilitada)

### **TUTELA**

Cuando la sentencia estima que para la realización de cualquier acto jurídico o para alguno de ellos, la persona incapacitada “**carece completamente**” de capacidad de decisión se le somete a tutela (salvo que la guarda se encomiende a sus padres, en cuyo caso se prorroga o rehabilita la patria potestad)

La institución de la tutela está regulada de modo extenso en el Código Civil que contempla:

- 1.- Las personas llamadas a desempeñar la tutela (Arts. 234 a 244)
- 2.- Prohibiciones (Art. 245)
- 3.- Causas de inhabilidad (Art. 246)
- 4.- Remoción del tutor (Arts. 247 a 250)
- 5.- Excusa de la tutela (Arts. 251 a 258)
- 6.- Toma de posesión, fianza e inventario (Arts 259 a 266)
- 7.- Derechos y obligaciones del tutor (Art. 268, 270, 274)
- 8.- Deber de rendir anualmente cuentas (Art. 269)
- 8.- Actos para los cuales el tutor necesita autorización judicial (Art. 271)
- 9.- Extinción de la tutela (Arts. 276 a 285)

### **CURATELA**

Cuando la sentencia estima que para la realización de cualquier acto jurídico o para alguno de ellos, la persona incapacitada “**carece relativamente**” de capacidad de decisión, esto es **tiene una capacidad insuficiente que debe ser completada** se le somete a curatela (salvo que la guarda se encomiende a sus padres, en cuyo caso se prorroga o rehabilita la patria potestad para los actos en que su capacidad necesite ser complementada)

La institución de la curatela está regulada en los Arts. 286 a 293 el Código Civil que contempla:

### LA ASISTENCIA

Es una figura recientemente introducida en el Código Civil de Cataluña y, por tanto, aplicable solo en este territorio.

Dispone el Art. 226-1 del Código Civil de Cataluña

**1.- Toda persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido en el presente título, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.**

**2.- La autoridad judicial debe respetar la voluntad de la persona que debe ser asistida en cuanto al nombramiento o exclusión de alguna persona para ejercer la función de asistencia.**



**SEGUNDA CATEGORÍA  
PAUTAS DE ACTUACIÓN EN  
SITUACIONES CONCRETAS**

**FISCALÍA PROVINCIAL DE CÓRDOBA  
Sección de Protección de Personas con Discapacidad**

**DICTAMEN N° B-1**

**PREVENCIÓN DE SALUD.  
ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE LA SALUD  
MENTAL.  
III PLAN INTEGRAL DE SALUD MENTAL DE ANDALUCÍA 2016-2020.**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

Las patologías mentales se multiplican al igual que el número de afectados.  
Las cifras son enormemente preocupantes.  
La pregunta que mucha gente se hace es la siguiente:

**¿Se está haciendo algo para prevenir esta situación?**

=====

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

**1.- A NIVEL GENERAL**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su célebre Declaración de Ottawa – 1986 – señaló como factores de salud:

**“La paz, un techo, la instrucción, el alimento, la remuneración, un ecosistema estable, la continuidad de los recursos, la justicia y la equidad social.  
Todo progreso en el campo de la salud debe estar necesaria y sólidamente vinculado a estos requisitos”**

Trabajar por todo esto, es prevenir la enfermedad.

## **2.- LA PREVENCIÓN EN SALUD MENTAL**

Creo que no es exagerado afirmar que se está haciendo poco en este terreno. Figura en los planes y programas de salud mental pero con pocas medidas de aplicación en la práctica.

Las patologías mentales son multifactoriales y exigirían una implicación de muchos ámbitos unidos por un mismo propósito.

## **3.- III PLAN INTEGRAL DE SALUD MENTAL DE ANDALUCÍA 2016-2020**

El citado Plan contempla un Capítulo (Apartado 5-1; Pags 74 a 81) a la Promoción y Prevención de la Salud Mental de la población en las distintas etapas del ciclo vital.

**FISCALÍA PROVINCIAL DE CÓRDOBA**  
**Sección de Protección de Personas con Discapacidad**

**DICTAMEN Nº B-2**

**SOBRE SOLICITUDES DE INTERVENCIÓN SANITARIA  
REALIZADAS POR TERCEROS RESPECTO DE PERSONAS CON  
TRASTORNO MENTAL**

**ANEXO:  
FORMULARIO MODELO DE SOLICITUD DE INTERVENCIÓN  
SANITARIA**

### **DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

En ocasiones los médicos tienen dudas sobre quién puede solicitar una intervención sanitaria respecto de personas mayores de edad que sufren dolencias mentales.

Es preciso distinguir con claridad entre la solicitud de intervención y la respuesta del sistema sanitario.

Resulta claro que la respuesta que haya de darse a la solicitud es decisión que compete en exclusiva al médico en base a los criterios clínicos aplicables al caso.

En su caso, es preciso distinguir con claridad entre solicitud de intervención sanitaria e indicación por parte del facultativo de un ingreso involuntario hospitalario urgente.

=====

#### A.- SOBRE QUIEN PUEDE SOLICITAR UNA INTERVENCIÓN SANITARIA

Cabe señalar lo siguiente:

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

##### En el ámbito privado

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

Dispone el Art. 142 del Código Civil que:

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

Añade el Art. 143 del Código Civil

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

**1.º Los cónyuges.**

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

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

El incumplimiento de este deber constituye delito de abandono de familia, castigado en el Art. 226 del C. Penal que dispone:

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

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

Este deber “ético” se convierte en deber legal en determinadas situaciones, hasta el punto de que su incumplimiento es constitutivo de delito de omisión de socorro.

Dispone el Art. 195 del Código Penal:

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

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

Los poderes públicos

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

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

Los profesionales de la función pública

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

2.- A efectos de este dictamen debe repararse en varias cuestiones fundamentales:

a) Algunas de estas personas necesitadas de auxilio, aún siendo mayores de edad, se encuentran, de modo transitorio o permanente, privadas de la capacidad de decidir. Si no se encuentran judicialmente incapacitados, en cuyo caso su representación la asume el tutor, su estatuto jurídico es de personas “presuntamente incapaces”.

Si tienen el amparo de familiares, allegados, Instituciones, etc..., estos detentan la “Guarda de Hecho” sobre los mismos.

Esta institución protectora otorga a los Guardadores la facultad de actuar a favor de los mismos y dota de validez a las actuaciones e iniciativas cuya finalidad sea la protección de los Guardados.

Dispone el Art. 304 del Código Civil:

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

b) Los Guardadores (Familiares o Allegados) podrán procurar por sí “sustento, habitación y vestido” pero no asistencia médica. Podrán/deberán solicitarla, pero no prestarla directamente.

c) Cuando las personas que se encuentran privadas, de modo transitorio o permanente de capacidad de decisión, no cuentan con familiares o allegados que se ocupen de ellas, dan lugar a situaciones de grave desvalimiento o desamparo que exigen la actuación de los poderes públicos y de sus respectivos profesionales.

La atención de estas personas demanda la coordinación del sistema Sanitario, Asistencial, Judicial y Fuerzas de Seguridad.

En situaciones de urgencia corresponde actuar en primer lugar al ámbito sanitario.

La noticia de que una persona se encuentra en estado de grave necesidad puede llegarles por distintos medios: Familiares, Allegados, Fuerzas de Seguridad, Organismos, etc....

El Código Penal contempla la omisión de actuación de los profesionales del ámbito sanitario en los siguientes términos:

**El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.**

El Fiscal, puede igualmente solicitar intervenciones sanitarias si tiene conocimiento de situaciones de desamparo o grave necesidad que no están siendo atendidas.

Para llevar a cabo estas intervenciones los profesionales del ámbito sanitario podrán recabar el auxilio y colaboración de las Fuerzas de Seguridad.

En caso de que la intervención haya derivado en un ingreso involuntario, la autoridad judicial, intervendrá posteriormente, a través del expediente incoado a raíz de la comunicación del ingreso realizada por el responsable del Centro o Unidad.

#### B.- DISTINCIÓN ENTRE SOLICITUD DE INTERVENCIÓN Y RESPUESTA SANITARIA

Resulta claro que la respuesta que haya de darse a la solicitud de intervención sanitaria es decisión que compete en exclusiva al médico en base a los criterios clínicos aplicables al caso.

#### C.- DISTINCIÓN ENTRE SOLICITUD DE INTERVENCIÓN E INDICACIÓN DE INGRESO HOSPITALARIO INVOLUNTARIO URGENTE

##### 1.- La solicitud de intervención sanitaria

a) La solicitud de intervención sanitaria va dirigida al facultativo competente para que, examine a la persona y tome la decisión que corresponda según la ciencia médica.

En función de la misma deberá decidir si la persona se encuentra o no estado de competencia, si procede o no tratamiento, si procede o no ingreso, etc...

Estas decisiones corresponden exclusivamente al facultativo.

b) El facultativo deberá dar validez a las solicitudes de intervención sanitaria que le formulen los Guardadores de Hecho, o Instituciones u Organismos entre cuyos fines se encuentre la protección de personas vulnerables por razón de discapacidad, trastorno mental o demencia.

c) La legitimación para solicitar una actuación sanitaria viene de la Ley y no precisa autorización judicial previa alguna.

## 2.- El ingreso hospitalario involuntario urgente

a) Es decisión facultativa.

b) Habrá de llevarse a cabo de modo inmediato.

c) El dispositivo sanitario podrá requerir el auxilio de los miembros de las Fuerzas de Seguridad (Policía Nacional, Policía Local o Guardia Civil) para facilitar la intervención (localización, entrada en domicilio, contención por el tiempo mínimo indispensable)

d) En ningún caso procede solicitar previamente autorización judicial para llevar a cabo la intervención sanitaria. El deber de actuar nace de la Ley, no de una resolución judicial previa.

e) La primera noticia de la intervención habrá de llegar al Juzgado a través de la comunicación que al mismo realice el Director/a del Centro o Unidad Hospitalaria en que el paciente haya sido ingresado.

A raíz de dicha comunicación se procederá a incoar el correspondiente expediente de control del ingreso involuntario urgente.

## **CONCLUSIONES:**

### **A.- SOBRE QUIEN PUEDE SOLICITAR UNA INTERVENCIÓN SANITARIA**

**\* Cualquier familiar o allegado.**

**\* Cualquier ciudadano.**

**\* Trabajadores Sociales.**

**\* El Ministerio Fiscal**

**\* El Juez**

**\* Los Agentes de las distintas Fuerzas de Seguridad.**

**\* Cualquier profesional de la función pública**

Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de actuación de oficio en caso de llegar a tener conocimiento directo de la situación antes que las personas e instituciones anteriormente señaladas.

## **B.- DISTINCIÓN ENTRE SOLICITUD DE INTERVENCIÓN Y RESPUESTA SANITARIA**

La respuesta que haya de darse a la solicitud es decisión que compete en exclusiva al médico en base a los criterios clínicos aplicables al caso.

## **C.- DISTINCIÓN ENTRE SOLICITUD DE INTERVENCIÓN E INDICACIÓN DE INGRESO HOSPITALARIO INVOLUNTARIO URGENTE**

### **1.- La solicitud de intervención sanitaria**

Va dirigida al facultativo competente para que, examine a la persona y tome la decisión que corresponda según la ciencia médica.

En función de la misma deberá decidir si la persona se encuentra o no estado de competencia, si procede o no tratamiento, si procede o no ingreso, etc...

Estas decisiones corresponden exclusivamente al facultativo.

### **2.- El ingreso hospitalario involuntario urgente**

a) Es decisión facultativa.

b) Habrá de llevarse a cabo de modo inmediato.

c) El dispositivo sanitario podrá requerir el auxilio de los miembros de las Fuerzas de Seguridad (Policía Nacional, Policía Local o Guardia Civil) para facilitar la intervención (localización, entrada en domicilio, contención por el tiempo mínimo indispensable)

d) En ningún caso procede solicitar previamente autorización judicial para llevar a cabo la intervención sanitaria. El deber de actuar nace de la Ley, no de una resolución judicial previa.

e) La primera noticia de la intervención habrá de llegar al Juzgado a través de la comunicación que al mismo realice el Director/a del Centro o Unidad Hospitalaria en que el paciente haya sido ingresado.

A raíz de dicha comunicación se procederá a incoar el correspondiente expediente de control del ingreso involuntario urgente.

**ANEXO**

**FORMULARIO MODELO DE  
SOLICITUD DE INTERVENCIÓN SANITARIA**

**SOLICITUD DE INTERVENCIÓN SANITARIA**

**AL SR./SRA. JEFE DEL EQUIPO DE SALUD MENTAL DE**

---

**HECHOS**

1.- Estimo que mi (hijo/a – Hermano/a, etc  
D....., mayor de edad, con DNI n°  
....., con domicilio en  
.....  
.....

....., necesita urgentemente  
asistencia sanitaria debido a su padecimiento psiquiátrico.

Ha venido siendo tratado por el Psiquiatra  
Dr.....  
.....  
del Equipo de Salud Mental  
de.....

También ha sido ingresado.....vez/veces en la Unidad de Salud Mental  
Hospital Provincia, la última con fecha.....  
.....  
.....

En la  
actualidad.....

En mi opinión mi (hijo/a – Hermano/a.....no se encuentra  
en condiciones de decidir por sí mismo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **SOBRE EL DERECHO A LA SALUD**

Art. 43 de la Constitución Española:

- 1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud.**
  
- 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.  
La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.**

Art. 6-1 a) de la Ley 2/1998 de 15 de Junio, de Salud de Andalucía

**“Los ciudadanos, al amparo de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos de Andalucía, de los siguientes derechos:**

- a) A las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva, de conformidad con dispuesto en la normativa vigente.**

### **SOBRE EL DEBER DE REALIZAR LAS PRESTACIONES EN SALUD MENTAL**

Artículo 55-2 del Estatuto de Andalucía.

**Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el Artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población,**

Art. 22 del Estatuto de Andalucía

- 1. Se garantiza el derecho constitucional previsto en el Artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal.**

**3. Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.**

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

Prestaciones

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

**7-1 Actuaciones preventivas y de promoción de la salud mental en coordinación con otros recursos sanitarios y no sanitarios.**

**7-2 Diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales agudos y de las reagudizaciones de trastornos mentales crónicos, comprendiendo el tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales o familiares y la hospitalización cuando se precise**

**7-3 Diagnóstico y tratamiento de trastornos mentales crónicos, incluida la atención integral a la esquizofrenia, abarcando tratamiento ambulatorio, las intervenciones individuales o familiares y la rehabilitación.**

**SOBRE EL DERECHO DE LOS FAMILIARES A RECIBIR INFORMACIÓN**

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

Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

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

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

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

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

**SOBRE EL DERECHO DE LOS FAMILIARES O GUARDADORES A ACTUAR EN REPRESENTACIÓN DEL PACIENTE Y SOLICITAR UNA INTERVENCIÓN SANITARIA**

Art. 304 del Código Civil

**“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz (persona que no puede decidir por sí misma) no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”**

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

Ley Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

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

...//...

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

**SOBRE AUXILIO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD EN LA MATERIALIZACIÓN DEL INGRESO INVOLUNTARIO**

Para el caso de que la intervención sanitaria indicada sea el ingreso en una Unidad de Salud Mental y se estime necesario el auxilio de las Fuerzas de Seguridad para la contención del enfermo, debe procederse conforme a lo dispuesto en la Resolución del Servicio Andaluz de Salud sobre traslado e ingreso de pacientes psiquiátricos y el Acuerdo de la Comisión Provincial de Coordinación de Policía Judicial de fecha 19 de Septiembre de 2000 y el Art. 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana

Extracto de las Recomendaciones de la Comisión Provincial de Coordinación de Policía Judicial de fecha 19 de Septiembre de 2000

...//...

**3.- Tanto en el ingreso programado como en el urgente, como reconoce la Resolución del Servicio Andaluz de Salud, lo deseable es que el traslado lo lleve a cabo la familia por sus propios medios;**

**En el caso de que no pueda efectuarse así, el traslado correrá de cuenta del sistema sanitario, haciendo uso de sus propios recursos (ambulancia), siendo el centro clínico que tramita el ingreso (si es programado) o que lo ha acordado (si es urgente), quien deberá preparar el ingreso, solicitando la ambulancia, la presencia de personal especializado, etcétera.**

**4.- Excepcionalmente y sólo en aquellos casos en que el enfermo se resista al traslado y pueda suponer un peligro tanto para sí mismo como para terceros, el propio dispositivo sanitario deberá solicitar el auxilio de las fuerzas de orden público, sin recurrir en ningún caso al Juzgado de Guardia o al de Primera Instancia, salvo que el paciente hubiera cometido una infracción penal.**

**La intervención policial se referirá a la reducción y custodia del enfermo, pero el traslado no deberá efectuarse en ningún caso en el coche policial, sino en la ambulancia, con las medidas de custodia o escolta que las fuerzas de seguridad estimen precisas en cada caso.**

Extracto de la Resolución de la Consejería de Salud 261/2002 de 26 de Diciembre sobre Atención de Urgencias, Traslados e Ingresos de Pacientes Psiquiátricos. (Sustituye a la precedente Resolución 19/1990 de 18 de Abril)

## Artículo décimosegundo: Traslado del paciente

**1.- En general, el traslado del paciente se realizará, siempre que ello sea posible, con los medios propios de que disponga su familia o personas a él allegadas que gocen de buena ascendencia sobre el paciente, por ser las más idóneas para solventar las circunstancias que concurren en el traslado de un paciente debidamente tratado.**

**2.- Cuando no sea posible la utilización de medios propios y/o las circunstancias clínicas así lo aconsejen, el traslado del paciente se llevará a cabo en la ambulancia que el Distrito Sanitario o Área de referencia utilicen como medio de transporte habitual, para lo cual, todos los dispositivos contarán con una relación detallada de los puntos de localización de dichos transportes.**

**3.- Cualquiera que sea el dispositivo que solicite un medio de transporte para trasladar al paciente, señalará previamente expresamente si la ambulancia que deba realizar dicho servicio ha de ser normalizada o asistida con personal sanitario, debiendo limitarse ésta última posibilidad a los casos de especial dificultad.**

## Artículo Décimotercero – El requerimiento de auxilio a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad

**1.- El facultativo del dispositivo que atienda a un paciente requerirá el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional, Policía Local, Guardia Civil) cuando sea necesario y de conformidad con lo previsto en su normativa específica, para que éstas con su intervención, procedan a reducir al paciente en los casos en que la manifiesta oposición de éste a ser asistido y trasladado provoque una alteración del orden público o ponga en peligro la integridad física de las personas y la conservación de bienes materiales.**

**En ese sentido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad prestarán el auxilio demandado, como establece el artículo 11-1 b de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que les atribuye las funciones de auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa, funciones que para las Policías Locales establece específicamente el artículo 53-1: Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello”**

**2.- En estos supuestos, se actuará en estrecha colaboración con dichas Fuerzas de Seguridad y tan pronto el paciente haya sido reducido, el personal sanitario intervendrá aplicando las medidas terapéuticas oportunas.**

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

Art. 11-1

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

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

Art. 53-1

**“Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones:**

**i) Cooperar en la resolución de conflictos privados cuando sean requeridos para ello.**

Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana

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

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

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

**...//...**

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

(Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad actúen en funciones de auxilio de una intervención sanitaria, el Juez competente para recibir el acta será el Juez de Primera Instancia a quien corresponda el control del ingreso involuntario)

Córdoba,

Fdo.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

**DICTAMEN N° B-3**

**SOBRE MODO DE PROCEDER EN CASO DE PACIENTES CON TRASTORNO MENTAL QUE REQUIEREN INGRESO HOSPITALARIO URGENTE. EVENTUAL AUXILIO DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD.**

**PAUTAS JURÍDICAS**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

En algunos casos, los facultativos (Médicos de Cabecera, Psiquiatras), ante situaciones provocadas por pacientes con trastorno mental que requieren la realización de un ingreso involuntario urgente, manifiestan a quienes les solicitan la intervención sanitaria (Familiares, Trabajadores Sociales, etc.), que para ello necesitan **una orden o autorización judicial previa**, remitiendo a los mismos al Juzgado.

Igualmente, en algunos casos, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (Guardia Civil, Policía Nacional, Policía Local), cuando es requerida su intervención para colaborar en la resolución de las situaciones generadas por este tipo de pacientes, alegan no poder hacerlo **sin orden o autorización judicial previa**.

=====  
La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

1.- El control de las privaciones de libertad no consentidas se encomienda a los jueces.

2.- Uno de los casos de privación de libertad no consentida se presenta en los ingresos involuntarios de personas que, por padecer una discapacidad psíquica o trastorno mental, no se encuentran en condiciones de decidir por sí mismas.

3.- En todo caso la indicación de ingreso, como es obvio, debe proceder de facultativo competente.

La garantía judicial estriba en comprobar que dicha indicación ha tenido una finalidad terapéutica y no otra.

**4.- El procedimiento de control judicial de los ingresos involuntarios es distinto según nos encontremos o no en una situación de urgencia:**

**a) En situaciones de urgencia, el control es posterior al ingreso (Ratificación)**

Si el facultativo estima que concurre indicación de ingreso deberá materializarse de modo inmediato.

El Director del Centro o Unidad de ingreso deberá dar cuenta de modo inmediato al Juez del lugar donde radique el Centro en que el paciente haya sido ingresado (que puede ser distinto del Juez del lugar de donde procede el paciente) y en todo caso, en el plazo máximo de 24 horas, del hecho del ingreso a efectos de incoación del correspondiente expediente de ratificación del mismo.

Así lo dispone el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando dice:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, **salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida.** En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

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

b) **Cuando no estemos ante una situación de urgencia,** cuando el ingreso pueda demorarse sin riesgo ni perjuicio, propio o de terceros, el tiempo que ordinariamente dura la tramitación del expediente y la práctica de las pruebas legalmente establecidas (examen y dictamen por el Médico Forense – examen personal por parte del Juez – informe del Ministerio Fiscal), entonces cabría acudir al Juzgado antes de materializar el ingreso.

En estos casos el Juez podrá **“autorizar” o no el ingreso** pero **“nunca ordenarlo”**, no es ésta función del Juez civil, que se limita a determinar, si el paciente tiene capacidad para decidir por sí mismo, si la indicación médica tiene finalidad terapéutica y si no existe alternativa menos restrictiva de derechos, para lo cual recabará el informe del Médico Forense y del Ministerio Fiscal.

### **c) Interpretación del término “urgente”**

El concepto sanitario de “urgencia” tiene que ponerse en relación con el plazo medio que los Juzgados invierten en tramitar un expediente de ingreso “no urgente”.

En situaciones normales, con colaboración del paciente, el plazo medio es de un mes.

En situaciones extraordinarias, sin colaboración del paciente y sin apoyos, la experiencia nos enseña que los expedientes fracasan, no llegan a concluir porque aquéllos no acuden al Juzgado ni a la clínica forense para ser evaluados.

De lo anterior se extraen dos claras conclusiones:

1ª.- Para el ámbito médico, a efectos de ingresos involuntarios y en situaciones normales, deberán tener la consideración de “urgentes”, aquéllos que requieran intervención antes de un mes.

2ª.- Para el ámbito médico, a efectos de ingresos involuntarios, en situaciones de falta de colaboración del paciente que hagan presumir que no acudirá voluntariamente al Juzgado para la práctica de pruebas, deberá darse a los mismos la consideración de urgentes.

5.- En caso de que el dispositivo que tiene que materializar el ingreso necesite la colaboración de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, el responsable del mismo podrá requerirla y estos deberán prestarla.

Hay que tener presente que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado dos grandes campos actuación:

a) La prevención o, en su caso, la persecución de los delitos.

b) El auxilio a los ciudadanos que se encuentren en situación de necesidad.

Tan ejercicio de las funciones que la ley encomienda a las fuerzas de seguridad es la persecución de un delincuente, como colaborar en la operación salida de tráfico, la ayuda en unas inundaciones o auxiliar al dispositivo sanitario que necesita materializar un ingreso involuntario urgente.

Así lo dispone:

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

**Art. 11-1**

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

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

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

En funciones de auxilio es legítimo entrar en domicilio

Así lo dispone:

Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana

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

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

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

...//...

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

## **EN CONCLUSIÓN:**

**1.- No es buena práctica que los facultativos, en caso de ingresos involuntarios urgentes dejen de realizarlos sobre la base de que hace falta una orden o autorización judicial.**

**Para el ámbito médico, en caso de ingresos involuntarios, la interpretación del término “urgente” deberá realizarse, tanto en función de los plazos medios de tramitación de los expedientes judiciales de autorización del ingreso (un mes), como de la previsible falta de colaboración del paciente para someterse a las pruebas de este tipo de expedientes (Examen por el Médico Forense, Examen personal por parte del Juez, Informe del Ministerio Fiscal).**

**Así:**

**\* En situaciones de falta de colaboración del paciente que haga presumir que no acudirá voluntariamente al Juzgado de Primera Instancia (Civil) para la práctica de pruebas, deberá darse a los mismos la consideración de “urgentes”, procediéndose a su materialización y posterior comunicación al Juzgado.**

**\* En cualquier caso, deberán tener la consideración de “urgentes”, aquéllos que requieran intervención antes de un mes.**

**2.- No es buena práctica que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ya sea a requerimiento de familiares/allegados o de profesionales del ámbito sanitario, no presten su colaboración en situación de necesidad y riesgo para las personas, sobre la base de que no han cometido un delito o que necesitan una orden o autorización judicial previa.**

**3.- No es buena práctica que en estas situaciones de urgencia los conductores y responsables de ambulancias requieran la existencia de previa orden o autorización judicial para realizar los traslados.**

**Se acuerda notificar el dictamen a:**

Sra. Directora Gerente del Hospital Universitario  
Reina Sofía

Sra. Delegada Territorial de Igualdad,  
Salud y Políticas Sociales

Sra. Directora de la Unidad de Gestión Clínica de Salud Mental  
Hospital Reina Sofía

Sr. Director UGC Salud Mental  
A.G.S. Sur de Córdoba  
Unidad de Hospitalización de Salud Mental  
Hospital Infanta Margarita de Cabra

Ilmo Sr. Subdelegado del Gobierno

Sr. Comisario Jefe de la Policía Nacional

Sres. Comisarios Jefes de la Policía Local de Córdoba y resto de  
municipios.

Sr. Comandante Jefe de la Guardia Civil

Comisión Provincial de Policía Judicial

Otros Organismos e Instituciones con competencia en la materia.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## ANEXO I

**Resolución de la Consejería de Salud 261/2002 de 26 de Diciembre sobre Atención de Urgencias, Traslados e Ingresos de Pacientes Psiquiátricos.**

Artículo décimosegundo: Traslado del paciente

**1.- En general, el traslado del paciente se realizará, siempre que ello sea posible, con los medios propios de que disponga su familia o personas a él allegadas que gocen de buena ascendencia sobre el paciente, por ser las más idóneas para solventar las circunstancias que concurren en el traslado de un paciente debidamente tratado.**

**2.- Cuando no sea posible la utilización de medios propios y/o las circunstancias clínicas así lo aconsejen, el traslado del paciente se llevará a cabo en la ambulancia que el Distrito Sanitario o Área de referencia utilicen como medio de transporte habitual, para lo cual, todos los dispositivos contarán con una relación detallada de los puntos de localización de dichos transportes.**

**3.- Cualquiera que sea el dispositivo que solicite un medio de transporte para trasladar al paciente, señalará previamente expresamente si la ambulancia que deba realizar dicho servicio ha de ser normalizada o asistida con personal sanitario, debiendo limitarse ésta última posibilidad a los casos de especial dificultad.**

Artículo Décimotercero – El requerimiento de auxilio a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad

**1.- El facultativo del dispositivo que atienda a un paciente requerirá el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional, Policía Local, Guardia Civil) cuando sea necesario y de conformidad con lo previsto en su normativa específica, para que éstas con su intervención, procedan a reducir al paciente en los casos en que la manifiesta oposición de éste a ser asistido y trasladado provoque una alteración del orden público o ponga en peligro la integridad física de las personas y la conservación de bienes materiales.**

En ese sentido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad prestarán el auxilio demandado, como establece el artículo 11-1 b de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que les atribuye las funciones de auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa, funciones que para las Policías Locales establece específicamente el artículo 53-1: Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello”

2.- En estos supuestos, se actuará en estrecha colaboración con dichas Fuerzas de Seguridad y tan pronto el paciente haya sido reducido, el personal sanitario intervendrá aplicando las medidas terapéuticas oportunas.

=====

<p><b>Acuerdo de la Comisión Provincial de Coordinación de Policía Judicial de fecha 19 de Septiembre de 2000 y el Art. 21 de la Ley de Seguridad Ciudadana</b></p>
---

Extracto de las Recomendaciones de la Comisión Provincial de Coordinación de Policía Judicial de fecha 19 de Septiembre de 2000

...//...

3.- Tanto en el ingreso programado como en el urgente, como reconoce la Resolución del Servicio Andaluz de Salud, lo deseable es que el traslado lo lleve a cabo la familia por sus propios medios;

En el caso de que no pueda efectuarse así, el traslado correrá de cuenta del sistema sanitario, haciendo uso de sus propios recursos (ambulancia), siendo el centro clínico que tramita el ingreso (si es programado) o que lo ha acordado (si es urgente), quien deberá preparar el ingreso, solicitando la ambulancia, la presencia de personal especializado, etcétera.

4.- Excepcionalmente y sólo en aquellos casos en que el enfermo se resista al traslado y pueda suponer un peligro tanto para sí mismo como para terceros, el propio dispositivo sanitario deberá solicitar el auxilio de las fuerzas de orden público, sin recurrir en ningún caso al Juzgado de Guardia o al de Primera Instancia, salvo que el paciente hubiera cometido una infracción penal.

**La intervención policial se referirá a la reducción y custodia del enfermo, pero el traslado no deberá efectuarse en ningún caso en el coche policial, sino en la ambulancia, con las medidas de custodia o escolta que las fuerzas de seguridad estimen precisas en cada caso.**



## ANEXO II

**MODELO DE PETICIÓN DE AUXILIO/COLABORACIÓN A LOS MIEMBROS DE LOS CUERPOS Y FUERZAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO PARA REALIZACIÓN DE INTERVENCIONES SOCIO SANITARIAS POR PARTE DE PROFESIONALES DE ESTE ÁMBITO (MÉDICOS, TRABAJADORES SOCIALES, ETC..)**

=====

**AL SR (COMANDANTE, COMISARIO JEFE.....  
DE POLICÍA NACIONAL/LOCAL/GUARDIA CIVIL DE.....**

D. //....., en calidad de (Médico, Trabajador Social, etc...) SOLICITO SU AUXILIO/COLABORACION para la realización de INTERVENCIÓN SOCIO SANITARIA (valoración, ingreso, etc....) respecto de D.Dª // con DNI nº // y domicilio en //

La intervención tendrá lugar el día // a las // horas

Datos para contactar con el solicitante u otros intervinientes:

D/ Tfno móvil nº

D/ ..... ""

D/ ..... ""

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**SOBRE EL DERECHO A LA SALUD**

Art. 43 de la Constitución Española:

- 1.- Se reconoce el derecho a la protección de la salud.**
- 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.  
La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.**

Art. 6-1 a) de la Ley 2/1998 de 15 de Junio, de Salud de Andalucía

**“Los ciudadanos, al amparo de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos de Andalucía, de los siguientes derechos:**

**a) A las prestaciones y servicios de salud individual y colectiva, de conformidad con dispuesto en la normativa vigente.**

<b>SOBRE AUXILIO Y COLABORACIÓN DE LAS FUERZAS DE SEGURIDAD</b>
---

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

**Art. 11-1**

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

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

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

En funciones de auxilio es legítimo entrar en domicilio

Así lo dispone:

**\* Ley Orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana**

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

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

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

...//...

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

**\* Extracto de las Recomendaciones de la Comisión Provincial de Coordinación de Policía Judicial de fecha 19 de Septiembre de 2000**

...//...

3.- Tanto en el ingreso programado como en el urgente, como reconoce la Resolución del Servicio Andaluz de Salud, lo deseable es que el traslado lo lleve a cabo la familia por sus propios medios;

En el caso de que no pueda efectuarse así, el traslado correrá de cuenta del sistema sanitario, haciendo uso de sus propios recursos (ambulancia), siendo el centro clínico que tramita el ingreso (si es programado) o que lo ha acordado (si es urgente), quien deberá preparar el ingreso, solicitando la ambulancia, la presencia de personal especializado, etcétera.

4.- Excepcionalmente y sólo en aquellos casos en que el enfermo se resista al traslado y pueda suponer un peligro tanto para sí mismo como para terceros, el propio dispositivo sanitario deberá solicitar el auxilio de las fuerzas de orden público, sin recurrir en ningún caso al Juzgado de Guardia o al de Primera Instancia, salvo que el paciente hubiera cometido una infracción penal.

La intervención policial se referirá a la reducción y custodia del enfermo, pero el traslado no deberá efectuarse en ningún caso en el coche policial, sino en la ambulancia, con las medidas de custodia o escolta que las fuerzas de seguridad estimen precisas en cada caso.

**\* Extracto de la Resolución de la Consejería de Salud 261/2002 de 26 de Diciembre sobre Atención de Urgencias, Traslados e Ingresos de Pacientes Psiquiátricos. (Sustituye a la precedente Resolución 19/1990 de 18 de Abril)**

## Artículo décimosegundo: Traslado del paciente

1.- En general, el traslado del paciente se realizará, siempre que ello sea posible, con los medios propios de que disponga su familia o personas a él allegadas que gocen de buena ascendencia sobre el paciente, por ser las más idóneas para solventar las circunstancias que concurren en el traslado de un paciente debidamente tratado.

2.- Cuando no sea posible la utilización de medios propios y/o las circunstancias clínicas así lo aconsejen, el traslado del paciente se llevará a cabo en la ambulancia que el Distrito Sanitario o Área de referencia utilicen como medio de transporte habitual, para lo cual, todos los dispositivos contarán con una relación detallada de los puntos de localización de dichos transportes.

3.- Cualquiera que sea el dispositivo que solicite un medio de transporte para trasladar al paciente, señalará previamente expresamente si la ambulancia que deba realizar dicho servicio ha de ser normalizada o asistida con personal sanitario, debiendo limitarse ésta última posibilidad a los casos de especial dificultad.

## Artículo Décimotercero – El requerimiento de auxilio a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad

1.- El facultativo del dispositivo que atienda a un paciente requerirá el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Policía Nacional, Policía Local, Guardia Civil) cuando sea necesario y de conformidad con lo previsto en su normativa específica, para que éstas con su intervención, procedan a reducir al paciente en los casos en que la manifiesta oposición de éste a ser asistido y trasladado provoque una alteración del orden público o ponga en peligro la integridad física de las personas y la conservación de bienes materiales.

En ese sentido, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad prestarán el auxilio demandado, como establece el artículo 11-1 b de la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que les atribuye las funciones de auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa, funciones que para las Policías Locales establece específicamente el artículo 53-1: Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello”

**2.- En estos supuestos, se actuará en estrecha colaboración con dichas Fuerzas de Seguridad y tan pronto el paciente haya sido reducido, el personal sanitario intervendrá aplicando las medidas terapéuticas oportunas.**

Lugar y fecha

Fdo.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

**DICTAMEN N° B-4**

**EL SEGUIMIENTO DE LOS PACIENTES. LA CONTINUIDAD DE LOS CUIDADOS**

**PROGRAMAS Y EQUIPOS DE TRATAMIENTO ASERTIVO COMUNITARIO**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

El seguimiento de los pacientes de salud mental y la continuidad de los cuidados es esencial para evitar recaídas y descompensaciones.

Entre los pacientes mentales, unos acuden puntualmente a las citas programadas y otros en modo alguno lo hacen.

Es característico de la enfermedad mental que algunos de sus pacientes carezcan de conciencia de enfermedad por lo que, en coherencia con lo anterior, no van a acudir a los dispositivos de salud.

Otros, aún teniendo conciencia de enfermedad, por distintas razones, se niegan a acudir a los dispositivos de salud mental y, en su caso, a las citas y controles.

El Art. 20 de la Ley General de Sanidad (1986) contempla ambas situaciones.

Es preciso arbitrar, para el colectivo de pacientes que no acuden a los dispositivos, programas de atención y seguimiento.

=====

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

**1.- PREVISIÓN DE LA LEY GENERAL DE SANIDAD – LEY 14/1986 DE 25 DE ABRIL**

**CAPITULO III**  
**De la salud mental**

## Artículo 20

**Sobre la base de la plena integración de las actuaciones relativas a la salud mental en el sistema sanitario general y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas que requieran servicios sanitarios y sociales, las Administraciones Sanitarias competentes adecuarán su actuación a los siguientes principios:**

**1. La atención a los problemas de salud mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel de ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización.**

...//

### **2.- ATENCIÓN DOMICILIARIA**

Quando el paciente de salud se niega a acudir al Centro de Salud, si por parte del dispositivo sanitario de referencia no se acude al domicilio, se producirá un bloqueo, una desatención que, más pronto o más tarde dará lugar a incidencias más o menos graves.

Los protocolos contemplan las situaciones y condiciones en que la visita domiciliaria está indicada.

### **3.- PROGRAMAS Y EQUIPOS DE TRATAMIENTO ASERTIVO COMUNITARIO**

No todos los pacientes de salud mental tienen domicilio o viven con familiares/allegados que pueden solicitar una intervención sanitaria cuando sea precisa. Se encuentran fuera del sistema familiar y social.

Para estos casos, no muy numerosos pero generadores de mucha alarma social, resultan especialmente indicados los “Programas y Equipos de Tratamiento Asertivo Comunitario”.

Ya en el año 2009, la Comisión de Discapacidad del Colegio de Abogados de Córdoba, en ejercicio del derecho fundamental de petición (Art. 29 de la Constitución) dirigió escrito a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía pidiendo la provisión y organización de estos equipos.

La Consejería de Salud elaboró en 2010 un trabajo titulado “DESARROLLO DE PROGRAMAS DE TRATAMIENTO ASERTIVO COMUNITARIO EN ANDALUCIA – DOCUMENTO MARCO.

En dicho Documento se señala, a modo de conclusión:

**1.- La primera y más contundente de ellas, hace mención a que el TAC puede constituir un procedimiento de actuación eficaz para promover una atención sanitaria de calidad a un perfil específico de personas usuarias: pacientes cuyas necesidades especiales pueden ser solo parcialmente atendidas por los servicios de salud mental al uso.**

..//...

**2.- La segunda tiene que ver con nuestra certeza de que estamos ante una intervención de carácter eminentemente sanitario.**

De manera natural el equipo TAC va tener que estar en estrecha coordinación con otras instituciones e instancias que se encuentren dentro de lo que se ha venido a llamar el espacio sociosanitario (servicios sociales comunitarios, FAISEM, servicios de orientación y apoyo al empleo, organizaciones no gubernamentales, asociaciones vecinales, etc...).

Estas instituciones pueden configurarse como un recurso fundamental para dar salida a las necesidades detectadas y han de ser tenidas en cuenta a la hora de que el equipo configure la programación y la respuesta individual concreta a las mismas.

Estamos, a nuestro entender, ante un tipo de actuación que debe instaurarse dentro de la cartera de servicios de las diferentes UUGCSM y que requiere, además, de un nivel formativo y actitudinal elevado en los y en las profesionales.

Son las propias UUGC las que deben seleccionar sobre la base de la idoneidad de perfil, a las personas que terminen por integrarse en estos equipos, garantizando con ello, el que los parámetros de calidad en la atención a la persona usuaria, queden en todo momento optimizados.

...//...

**4.- Una última conclusión tiene que ver con la dotación de recursos y el respaldo institucional que deben tener estos programas para que su continuidad y operatividad real quede garantizada.**

**Se recomienda que las personas responsables de la gestión, pongan especial cuidado a la hora de dotar y mantener a estos equipos con los recursos apropiados, tanto humanos como materiales.**

En la actualidad, pasados ya seis años desde la elaboración de este estudio, los programas y equipos de Tratamiento Asertivo Comunitario aún no se han instaurado con lo que un segmento de pacientes ha quedado “de hecho” fuera de cobertura. Muchos de ellos acaban siendo detenidos y conducidos al Juzgado de Guardia, juzgados en pocas horas a través de un juicio rápido y más pronto que tarde ingresan en prisión.

En el año 2013 la Fiscalía Provincial de Córdoba elaboró una encuesta sobre “Personas con discapacidad intelectual o trastorno mental que son puestas a disposición del Juzgado de Guardia de Córdoba en calidad de detenidos” que resulta muy expresiva en relación con lo que venimos comentando.

#### **CONCLUSIONES:**

**Es preciso arbitrar mecanismos para el seguimiento de los pacientes de salud mental que no acuden a los Centros y Equipos de Salud.**

**La atención domiciliaria y los equipos de tratamiento asertivo comunitario se consideran esenciales a este respecto.**

**Es urgente la provisión y organización de los programas y equipos de tratamiento asertivo comunitario (TAC)**

**DICTAMEN N° B-5**

**PAUTAS DE ACTUACIÓN EN CASO DE PERSONAS MAYORES QUE VIVEN SOLAS EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.**

**MOTIVO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

El envejecimiento de la población en nuestra sociedad es galopante. Las situaciones que pueden encontrarse las personas mayores son variadas. Unas disfrutan de notables dosis de salud y afecto. A otras les ha tocado padecer la soledad y el desamparo. Es corriente que algunas de estas personas hagan crisis de desamparo que demanden intervenciones asistenciales y, en los casos más extremos, el ingreso urgente en un Centro o Residencia. Es preciso articular pautas y protocolos sobre el modo de proceder para materializar el ingreso.

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

**PRIMERO: CONSIDERACIÓN DE INGRESOS “URGENTES”.**

Estos ingresos tendrán siempre la consideración de “urgentes” de modo que no cabe plantearse la obtención de autorización judicial previa.

En estos casos el control judicial será posterior al ingreso, en los términos previstos en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SEGUNDO: PAUTAS DE ACTUACIÓN**

Se proponen las siguientes:

1°.- Una vez detectada la situación de desamparo, el Trabajador/a Social competente deberá elaborar **un informe social** con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la persona mayor se encuentra.

2°.- Con dicho informe deberá dirigirse al Médico/a a quien corresponda atender al mayor (normalmente el de cabecera, el médico de salud mental si el mayor es paciente suyo, etc...) **solicitándole una intervención sanitaria**, limitada en principio, al examen y reconocimiento de la persona.

El Médico/a tiene el deber de atender este requerimiento y llevar a cabo la intervención sanitaria en un plazo de tiempo razonable, en función de las circunstancias de caso, tanto de la persona mayor como de la consulta del Médico/a, quien deberá atender siempre primero lo que considere en cada momento prioritario.

3°.- El Médico/a deberá examinar a la persona mayor **en el lugar en que ésta se encuentre** y dar respuesta a **CUATRO PREGUNTAS**

**Primera:** Si padece algún trastorno psíquico y, en su caso, cuáles son sus características.

**Segunda:** Si la solución más aconsejable para su atención y tratamiento, dadas las circunstancias en que desenvuelve su vida, es el ingreso en una Residencia

**Tercera:** Si la persona mayor está o no en condiciones de decidir por sí misma sobre el ingreso en una residencia.

**Cuarta:** Si la situación requiere una actuación urgente

4°.- En caso de que el Médico/a aprecie la existencia de trastorno psíquico, la conveniencia del ingreso en una residencia, la falta de capacidad del mayor para decidir por sí mismo y la urgencia de la intervención, **DEBERA EXTENDER UN DOCUMENTO EN EL QUE EXPRESE LA NECESIDAD DE PROCEDER AL INGRESO DE MODO URGENTE** por las razones anteriormente señaladas.

5°.- Una vez en posesión del documento con la indicación de ingreso urgente, deberá por parte del Trabajador/a Social solicitar por el medio más rápido a la Institución u Organismo competente que **con carácter prioritario y urgente** se facilite una plaza en Residencia u otro recurso asistencial remitiendo al propio tiempo copia del informe médico y social.

6º.- Una vez obtenida la plaza **se procederá a recoger a la persona mayor en el lugar en que se encuentre y a trasladarla hasta la Residencia o recurso asistencial** facilitado por las autoridades socio-sanitarias competentes.

El traslado de la persona deberá realizarse por dispositivos de carácter socio-sanitario, salvo cuando éstos no fuesen necesarios en atención a la actitud y situación del mayor.

Puede ocurrir que la persona mayor se encuentre en su domicilio y no quiera abrir la puerta o presente alguna oposición al traslado.

En estos casos, si todas las iniciativas de persuasión fracasan, se puede solicitar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad y de los bomberos para entrar en el domicilio.

Normalmente el dispositivo sanitario encargado de realizar el traslado podrá solventar por sí mismo la situación, siempre desgarradora, de sacar a una persona de su domicilio.

Si llegaran a presentarse problemas excepcionales, el dispositivo socio-sanitario puede también solicitar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad para que colaboren en la contención del mayor por el tiempo mínimo imprescindible y procurando la máxima discreción y el menor perjuicio.

Las Fuerzas de Seguridad en estos casos, como fácilmente se puede comprender, no actúan en su faceta de prevención o persecución de delitos, sino en el de prestar su auxilio y colaboración a los ciudadanos en supuestos de grave necesidad.

Así aparece recogido en la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ( Arts 11-1 b y 53-1-i) y regulado de modo concreto en la Ley de Seguridad Ciudadana ( Art. 21-3 )

Es de aplicación aquí lo ya señalado en el DICTAMEN B-3 “Sobre modo de proceder en caso de pacientes con trastorno mental grave que requieren ingreso hospitalario”

### **TERCERO: ACTUACIONES TRAS EL INGRESO URGENTE**

1º.- Una vez realizado el traslado e ingreso de la persona mayor en la Residencia, el Director de la misma a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de Primera Instancia. (Art. 763-2 LEC)

Cuando en el partido judicial exista más de un Juzgado, hay que dirigirse al Juzgado de Primera Instancia Decano.

Cuando en el partido judicial existe un solo Juzgado de Primera Instancia, es a él obviamente a quien hay que dirigirse.

2°.- Una vez que el Juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de internamiento urgente que concluirá con un Auto en el que el Juez, bien aprobará el ingreso, bien declarará que la persona tiene capacidad para decidir al respecto y que habrá que respetar lo que ella decida sobre la permanencia o no en el Centro.

#### **CUARTO: OTRAS CUESTIONES**

##### **1.- SOBRE EL MODO DE PROCEDER EN CASO DE QUE LA PERSONA MAYOR INGRESADA SOLICITE ABANDONAR EL CENTRO**

Hay que distinguir dos situaciones:

###### **a) Si la petición se produce cuando el Juez aún no ha dictado el Auto por el que concluye el expediente de ingreso urgente**

Hay que tener presente que el ingreso se ha producido sobre la base de un dictamen médico que afirma que **la persona carece de capacidad para decidir por sí misma respecto del ingreso**, de ello se desprende que tampoco carece de capacidad para decidir su petición de alta, por lo que no debe darse validez a esta petición.

Hay que distinguir claramente entre la capacidad para pronunciar las palabras que expresan la negativa al ingreso o la petición de alta, de la capacidad de decisión al respecto, juicio éste de valor que emite el facultativo competente.

Si esto no fuese así no podría llevarse a cabo ningún ingreso involuntario (en contra de la voluntad) ni la permanencia involuntaria en un Centro.

###### **b) Si la petición se produce cuando el Juez aún ya ha dictado el Auto por el que concluye el expediente de ingreso urgente**

###### **b-1 Si el Auto aprueba el ingreso por carecer la persona mayor de capacidad de decisión.**

La resolución judicial viene a confirmar el dictamen médico, esto es, que la persona mayor carece de capacidad de decisión, por lo que sus manifestaciones sobre el abandono del Centro carecen de validez.

###### **b-2 Si el Auto declara que la persona mayor conserva capacidad suficiente para decidir por sí misma**

En estos casos habrá que respetar su voluntad, tanto si decide quedarse como si decide abandonar el Centro.

## 2.- INGRESO URGENTE Y DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCAPACIDAD

La garantía judicial de los ingresos involuntarios se cumplen con los expedientes de control de los mismos.

La declaración judicial de incapacidad es otra cosa, como ya hemos visto en dictámenes precedentes.

La decisión de instar demanda de declaración de incapacidad deberá tomarse sobre la base de una ponderada valoración de todas las circunstancias concurrentes y sobre todo, sobre la necesidad y proporcionalidad de la medida.

En caso de duda lo/as Directore/as de los Centros podrán informar al Fiscal para que valore la situación (Art. 757-3 LEC) y el Fiscal, en atención a las circunstancias interpondrá o no la demanda según lo estime o no conveniente (Art. 762 LEC)

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre esta cuestión en Sentencia 34/2016 de 29 de Febrero y Sentencia 132/2016 de 18 de Julio.

El “superior interés de la persona mayor” debe ser el criterio rector de la decisión a adoptar.

Esta cuestión es objeto también de análisis en el DICTAMEN C-4 (Sobre interpretación de la cláusula 9º del modelo de contrato de ingreso para personas mayores en situación de dependencia) y en el DICTAMEN C-6 (¿Puede la dirección de un Centro en que se encuentre ingresada involuntariamente una persona mayor de edad con demencia, rechazar la petición de alta formulada, ya sea por la propia persona mayor, ya sea por terceros – familiares o allegados?)

**DICTAMEN N° B-6**

**SOBRE ACTUACIONES SOCIOSANITARIAS EN CASO DE PERSONAS CON DEPENDENCIA AL ALCOHOL**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

A los Juzgados y a la Fiscalía llegan frecuentemente cartas de vecinos, de Alcaldes, denuncias de la Policía, sobre **incidentes protagonizados por personas que sufren dependencia al alcohol.**

En general todos coinciden en que fuera de estos episodios, estas personas no son conflictivas y que necesitan ayuda para salir de su adicción.

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

- 1.- El consumo abusivo de alcohol da lugar a pérdidas más o menos intensas de conciencia y voluntad que remiten al cabo de unas horas.
- 2.- Cuando no se trata de episódicos aislados, sino de un hábito, se produce situación de dependencia lo que impulsa a la persona a ingerir alcohol lo cual le producen los efectos antes señalados.
- 3.- En estado de embriaguez es común que estas personas protagonicen altercados con la familia, vecinos, etc..., que frecuentemente motivan la intervención de los Agentes de las Fuerzas de Seguridad con los que se reproducen los altercados y la incoación de los correspondientes expedientes sancionadores administrativos o diligencias penales.
- 4.- Fuera de estos episodios, la persona recobra sus facultades y puede incluso hacer crítica de la situación, sentirse avergonzada, etc...
- 5.- El alcoholismo afecta fundamentalmente a la voluntad. El alcohólico sabe lo que la pasa y decide muchas veces dejar de beber pero carece de la suficiente voluntad para llevarlo a cabo.

En general solo la ayuda de profesionales ofrece alguna oportunidad de lograrlo.

El tratamiento de deshabitación comienza con un primer periodo de ingreso y tratamiento severo para ir dando paso a un segundo periodo donde la terapia se alza como factor más relevante.

Existen Centros de deshabitación pero, por concepto, su ingreso y permanencia tiene que ser voluntaria.

No resulta terapéutico mantener en estos programas a nadie en contra de su voluntad.

Ni siquiera el Juez Penal, que tras una sentencia condenatoria ha acordado la imposición de un tratamiento, puede actuar penalmente por quebrantamiento en caso de incumplimiento o abandono.

Así, dispone el Art. 100-3 del Código Penal:

**“No se considerará quebrantamiento de la medida la negativa del sujeto a someterse a tratamiento médico o a continuar un tratamiento médico inicialmente consentido. No obstante, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución del tratamiento inicial o posteriormente rechazado por otra medida de entre las aplicables al supuesto de que se trate”**

6.- En algunos casos, la prolongada adicción al alcohol produce deterioros y alteraciones mentales que se cronifican y se hacen permanentes.

En estos casos procede la valoración por facultativos especialistas en salud mental.

Cabría en estos casos, siempre a criterio médico, indicar un ingreso involuntario en Centros o Unidades de Salud Mental bien para valoración, bien para tratamiento.

En este caso, como se ha dicho, la iniciativa tiene que partir del facultativo.

Dicho ingreso, como todos los ingresos involuntarios, daría lugar a la incoación de un expediente judicial destinado a determinar la existencia de un padecimiento mental, valorar la capacidad de la persona para decidir por sí misma y comprobar si no existe otro modo de tratamiento menos severo y restrictivo de derechos.

Las garantías judiciales de dichos ingresos se encuentran reguladas en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contempla dos modos de control de los ingresos:

Ordinario: Cuando el ingreso se plantea como una medida “de futuro” y se puede esperar las varias semanas que, como término medio, suele durar la tramitación del expediente.

Urgente: Cuando el ingreso en la Unidad de Salud Mental ya se ha producido a instancia del facultativo correspondiente.

En estos casos el Director/Responsable de la Unidad debe comunicar el ingreso al Juzgado de 1ª Instancia correspondiente al lugar donde se encuentra el Centro, de modo inmediato y, en todo caso, en un plazo no superior a 24 horas.

A raíz de la comunicación se incoa el expediente de ingreso involuntario urgente y, tras la práctica de las pruebas previstas en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez dicta Auto en el que aprueba/no aprueba el ingreso realizado.

**Debe quedar claro que el Juez Civil nunca indica, ni mucho menos ordena el ingreso, esta es cuestión de exclusiva competencia de los facultativos. La función del Juez Civil es examinar si el ingreso tiene o ha tenido finalidad terapéutica.**

7.- Otra posible competencia judicial en caso de personas que sufren trastorno mental es valorar si procede su incapacitación judicial.

En este sentido los familiares cercanos pueden interponer demanda de incapacitación (Art. 757 Ley de Enjuiciamiento Civil) o dirigirse al Ministerio Fiscal para que valore la situación y actúe en consecuencia.

En los casos de alcoholismo no está indicada la interposición de demanda de incapacitación y las escasas que se presentan no prosperan dado que la persona, fuera de los episodios agudos de afectación, retorna a estado de relativa normalidad.

Nuestra legislación no dispone aún de instrumentos judiciales eficaces para abordar padecimientos que afectan a la “voluntad”.

Aquí podemos incluir todas las situaciones de adicción, bien a sustancias, bien a conductas.

Es un reto que nuestra sociedad tiene por delante y que deberá debatir en algún momento.

De momento, respecto del alcoholismo y demás adicciones, no existen instrumentos legales eficaces cuando no se cuenta con la voluntad de la persona que las sufre.

Lo peor es que tampoco hay respuesta en el ámbito sanitario ni en el asistencial.

Como ya se ha señalado, es algo que nuestra sociedad deberá debatir en algún momento.

**TERCERA CATEGORÍA  
CUESTIONES JURÍDICAS CONCRETAS**

**FISCALÍA PROVINCIAL DE CÓRDOBA  
Sección de Protección de Personas con Discapacidad**

**DICTAMEN N° C-1**

**SOBRE RÉGIMEN DE SALIDAS Y PERMISOS TERAPEÚTICOS  
RESPECTO DE PACIENTES INGRESADOS INVOLUNTARIAMENTE  
EN UNIDADES Y CENTROS DE SALUD MENTAL**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

SE PREGUNTA POR EL RESPONSABLE DE UNA UNIDAD DE SALUD MENTAL SI UN PACIENTE CON INGRESO INVOLUNTARIO PUEDE PARTICIPAR EN SALIDAS TERAPEÚTICAS Y DISFRUTAR PERMISOS. SE PREGUNTA TAMBIÉN POR EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN CASO DE QUE SURGIESE ALGÚN INCIDENTE EN EL DISFRUTE DE LAS SALIDAS O PERMISOS.

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

1.- El ingreso en un Centro o Unidad de Salud Mental es un acto y decisión médica.

2.- Cuando el ingreso no cuenta con el consentimiento del paciente porque éste no se encuentra en estado de competencia, esto es, de capacidad de decidir por sí válidamente al respecto, este acto médico se somete a control judicial.

En caso de pacientes mentales, normalmente el control será posterior al ingreso a raíz de la comunicación que el responsable del Centro o Unidad de Salud realice al Juzgado y que deberá producirse de modo inmediato a que aquél se produzca o, en todo caso, en un plazo inferior a 24 horas.

3.- Lo que se somete a control judicial es la privación de libertad no consentida, esto es, el pasar de estar en libertad a estar privado de libertad.

**No está sometido a control judicial el pasar de estar privado de libertad a estar en libertad.**

El alta médica es una decisión ajena al Juez, no sometida a revisión judicial. Deberá ser comunicada al Juez para su conocimiento a efectos de archivo del expediente de ingreso involuntario que, dado que ha concluido, no cabe someter a revisión en el plazo legalmente previsto (seis meses)

4.- Lo mismo que ocurre con el alta médica, las eventuales salidas o permisos que el facultativo puede autorizar al paciente, tendrán naturaleza “terapéutica” y se inscribirán en el plan de actuación establecido para su tratamiento, de cara a lograr su mejoría y recuperación.

Dada la naturaleza terapéutica de estas decisiones, no están sujetas a revisión judicial ni deberán ser comunicadas al Juez que tramitó el expediente de ingreso involuntario.

5.- Una vez afirmado el carácter terapéutico de salidas y permisos, el régimen de responsabilidad de los profesionales, en caso de que se produzca un incidente, se rige por los criterios generales de respeto a la “lex artis”; “culpa in vigilando”; “culpa in eligendo” y exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta.

El facultativo deberá valorar si concurren las condiciones para que el paciente pueda participar en salidas y/o disfrutar de permisos y, en caso afirmativo, adoptar las precauciones razonables que el sentido común y el caso concreto hagan preciso, al igual que deberá hacer cualquier otro profesional (enfermería, monitores, etc...) que intervenga en su desarrollo.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Arts 1902 y 1903 del Código Civil

### **CONCLUSIONES**

**1.- Las eventuales salidas o permisos que el facultativo puede autorizar al paciente, tendrán naturaleza “terapéutica” y se inscribirán en el plan de actuación establecido para su tratamiento, de cara a lograr su mejoría y recuperación.**

**Dada la naturaleza terapéutica de estas decisiones, no están sujetas a revisión judicial ni deberán ser comunicadas al Juez que tramitó el expediente de ingreso involuntario.**

**2.- El régimen de responsabilidad de los profesionales, en caso de que se produzca un incidente, se rige por los criterios generales de respeto a la “lex artis”; “culpa in vigilando”; “culpa in eligendo” y exigibilidad o inexigibilidad de otra conducta.**

**El facultativo deberá valorar si concurren las condiciones para que el paciente pueda participar en salidas y/o disfrutar de permisos y, en caso afirmativo, adoptar las precauciones razonables que el sentido común y el caso concreto hagan preciso, al igual que deberá hacer cualquier otro profesional (enfermería, monitores, etc...) que intervenga en su desarrollo.**



**DICTAMEN N° C-2**

**SOBRE RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN CENTROS DE LOS QUE SON  
USUARIAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DIVERSIDAD  
FUNCIONAL**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA:**

UNA ASOCIACIÓN DE PADRES DE CÓRDOBA CON HIJOS USUARIOS DE UN CENTRO RESIDENCIAL DE LA CIUDAD, CONSIDERA QUE NO DEBE DE SER DE APLICACIÓN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO GENERAL A PERSONAS CON DISCAPACIDAD O DIVERSIDAD FUNCIONAL.

La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

- 1.- Afortunadamente las personas con discapacidad o diversidad funcional tienen hoy acceso a centros (educativos, deportivos, etc...) o a participar en distintas asociaciones de distinto tipo.
- 2.- Los Centros suelen tener “Reglamentos de régimen interior” y las Asociaciones “Estatutos” que contemplan una serie de obligaciones y, al propio tiempo, una previsión de sanciones en caso de incumplimiento.
- 3.- La experiencia demuestra que este tipo de Centros o Asociaciones donde conviven o participan personas con y sin discapacidad, no contemplan en sus Reglamentos de Régimen Interior o en sus Estatutos, la circunstancia de la discapacidad o diversidad funcional, como hecho relevante, tanto a efectos de transmitir la información sobre el contenido de Reglamentos/Estatutos, como en su caso, sobre el contenido de eventuales expedientes sancionadores e imposición de sanciones.

4.- Estas personas tienen el derecho y correlativamente los responsables de estos Centros/Asociaciones tienen el deber de hacer accesible a aquéllas la información relativa a:

Normas de convivencia previstas en el reglamento.

En su caso, contenido del expediente sancionador y trámite de audiencia.

En su caso, deberán adaptar las sanciones y hacerlas igualmente comprensibles.

5.- Esto no es más que exigencia de los principios de igualdad y no discriminación, accesibilidad, acceso a la información, audiencia, etc..., recogidos en la Convención de la ONU de 2006, sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y legislación concordante.

Nuestra legislación ya había establecido de modo expreso la obligación de hacer accesible la información en algunos ámbitos como el sanitario.

Así; la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre de Autonomía del Paciente, aborda la cuestión en su Disposición Adicional Cuarta, en los siguientes términos:

#### **DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA.**

##### **Necesidades asociadas a la discapacidad.**

**El Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en esta Ley.**

**6.- Tratándose de la imposición de sanciones la obligatoriedad de hacer accesible la información se cualifica.**

Hay que recordar que todo el régimen sancionador, tanto el administrativo como el penal, se rige por idénticos principios:

El apartado XIV de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, lo proclama con meridiana claridad.

**El título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia.**

Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención.

Entre tales principios destaca el de legalidad o «ratio democrático» en virtud del cual es el poder legislativo el que debe fijar los límites de la actividad sancionadora de la Administración y el de tipicidad, manifestación en este ámbito del de seguridad jurídica, junto a los de presunción de inocencia, información, defensa, responsabilidad, proporcionalidad, interdicción de la analogía, etc.

Todos ellos se consideran básicos al derivar de la Constitución y garantizar a los administrados un tratamiento común ante las Administraciones Públicas, mientras que el establecimiento de los procedimientos materiales concretos es cuestión que afecta a cada Administración Pública en el ejercicio de sus competencias.

El Tribunal Constitucional ha sido sensible a este planteamiento y ya se ha pronunciado al respecto en relación con el acceso a la información por persona con discapacidad en proceso penal, doctrina que es aplicable, por analogía, a todos los supuestos semejantes.

Así la STC 77/2014 DE 22 DE MAYO (BOE 24-Junio-2014)

**“Estima vulneración del derecho a la tutela efectiva por emplazamiento personal al acusado aquejado de una discapacidad mental, insuficiente para concluir que su incomparecencia fuera resultado de una decisión plenamente voluntaria e informada y que no precisara del apoyo al que tienen derecho las personas discapacitadas”**

### FUNDAMENTO JURÍDICO TERCERO

*El deber positivo impuesto por el artículo 24.1 CE de velar por evitar la indefensión que pudiera derivarse para el recurrente de celebrar un juicio oral sin su presencia exigía que el órgano judicial desarrollara las diligencias complementarias que considerara adecuadas.*

*Estas diligencias deberían haber estado orientadas a verificar que esa cierta discapacidad no era un obstáculo para que el acusado comprendiera la relevancia de la citación a juicio y de la advertencia de que podría ser juzgado en su ausencia o a asegurar su presencia en el juicio oral, especialmente tomando en consideración que había sostenido durante la instrucción haber cometido el hecho bajo la amenaza de un tercero y que la discapacidad mental que le afectaba podría tener una eventual influencia sobre su imputabilidad.*

*En otros términos, la mera notificación personal al recurrente de la citación a juicio y de la advertencia de que podría celebrarse en su ausencia cumplía formalmente los mandatos de la ley, pero no era suficiente para despejar las dudas surgidas en la instrucción acerca de la discapacidad del recurrente y, por tanto, acerca de si la incomparecencia era resultado de una decisión plenamente voluntaria e informada y no necesitada del apoyo a que tienen derecho las personas discapacitadas.*

#### **EN CONSECUENCIA:**

##### **En opinión del Fiscal:**

**1.- Existe una obligación por parte de los responsables los Centros de los que son usuarias personas con discapacidad o diversidad funcional, o de las Asociaciones en que se integren, de informarlas de modo adecuado y accesible a sus circunstancias, tanto de las normas de convivencia, como de las sanciones previstas para caso de incumplimiento.**

**2.- En su caso, los encargados de instruir expedientes sancionadores, tienen obligación de dar trámite de audiencia, de modo adecuado y accesible, a la persona con discapacidad o diversidad funcional a quien se ha abierto expediente.**

**3 - La falta de estas “adaptaciones” (ajustes razonables) sería motivo de nulidad del procedimiento sancionador incoado y, en su caso, de la sanción impuesta.**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

\* Arts 9, 10, 14 y 24 de la Constitución Española.

\* Arts. 3, 5, 9, 12, 13, 19 y 21 de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad

\* Título IX de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

**DICTAMEN N° 1/2017**

**SOBRE POSIBILIDAD DE ESTABLECER UN RÉGIMEN DE VISITAS AL TUTELADO RESPECTO DE LOS FAMILIARES QUE NO OSTENTAN SU TUTELA.**

**CASO DESENCADENANTE DE LA CONSULTA**

**Cada vez con más frecuencia los familiares (hijos, hermanos, etc...) de la persona tutelada comunican al Juzgado o a la Fiscalía que el tutor les impide la comunicación y/o las visitas con el familiar que se encuentra judicialmente incapacitado y bajo la tutela, normalmente de otro familiar cercano.**



La cuestión debe ser analizada a la luz de las siguientes consideraciones:

**Primera:-** Del parentesco se deriva un derecho natural de relación que se encuentra legalmente contemplado únicamente en la relación paterno-filial durante la minoría de edad:

Así, el Art. 154 del Código Civil dispone:

**Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.**

**Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:**

**1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.**

**Segunda.-** En caso de crisis matrimonial se reguló el derecho de visitas del progenitor no custodio, ampliándose este derecho a los abuelos en virtud de reforma de la Ley 41/2003 de 21 de Noviembre.

Establece el Art. 94 del Código Civil

**El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.**

**Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor.**

**Tercera.-** El Código Civil no recoge expresamente el derecho de visitas de los familiares/allegados no tutores, si bien puede encuadrarse dentro del deber general de actuación en beneficio del tutelado recogido en el Art. 216 del Código Civil que dispone:

**“Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”**

**Cuarta.-** Si se considera que estamos ante una laguna legal podemos acudir a las normas de interpretación y aplicación por analogía recogidos en los Art. 3-1 y 4 del Código Civil:

Art. 3-1 C. Civil

**Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.**

Art. 4-1 C. Civil

**Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.**

**Quinta** – Resulta claro que entre la situación de un menor que se encuentra bajo custodia de uno de los progenitores y la de una persona vulnerable por razón de discapacidad que se encuentra bajo la tutela de un familiar, existe una “identidad de razón” en la conveniencia y bondad de propiciar la relación con otros familiares entre los que existen lazos de recíproco afecto.

Esta relación podrá tener la forma de “comunicación” (telefónica, videollamada, etc...) o presencial a través de visitas directas.

**Sexta** - Lo normal es que el tutor no ponga dificultad a la relación. Si lo hace, en forma de prohibición, hay que tener presente lo siguiente:

1.- El hecho de que el Código Civil busque que la tutela se ejerza por una sola persona (salvo cuando concurren las excepcionales circunstancias contempladas en el Art. 236) no significa que el tutor deba prescindir del resto de familiares no tutores, ni les informe, ni mucho menos, tome unilateralmente la decisión de prohibir toda comunicación y relación.

2.- Si se dieran excepcionales circunstancias que así lo aconsejaran, será el Juez quien tras valorar la situación, decidiría al respecto.

**Séptima:** En caso de conflicto puede el Juez establecer un régimen de comunicación y visitas adaptado a las circunstancias del caso.

1.- En caso de que la persona tutelada no resida con el tutor

No debe haber ningún problema para que se lleve a cabo el régimen de comunicaciones y visitas.

2.- En caso de que la persona tutelada se encuentre en el domicilio del tutor

No debe haber ningún problema para las comunicaciones telefónicas.

En cuanto a las visitas, si el tutor negase la entrada en su domicilio se podrá designar un lugar o espacio (Parque, Centro, etc...) para que tengan lugar.

En caso de que la persona tutelada no pueda abandonar el domicilio del tutor se podría establecer, en casos muy excepcionales, un régimen de visitas.

## CONCLUSIONES:

- 1.- Del parentesco se deriva un derecho natural de relación.
- 2.- El Código Civil no recoge expresamente el derecho de visitas de los familiares/allegados no tutores, si bien puede encuadrarse dentro del deber general de actuación en beneficio del tutelado recogido en el Art. 216 del Código Civil
- 3.- El tutor carece de facultades para prohibir unilateralmente el régimen de comunicación y visitas del tutelado con otros familiares o allegados.

En caso concurrir circunstancias excepcionales deberá comunicarlo al Juez para que éste decida al respecto.

- 4.- El Juez, por aplicación analógica de la normativa prevista para los familiares no custodios (padres, abuelos) respecto de los menores en casos de crisis matrimoniales, podrá establecer un régimen de comunicaciones y vistas con el tutelado adaptado a las circunstancias del caso.

Este régimen se verá facilitado en los casos en que el tutelado no conviva con el tutor (Residencia, Centro, etc...)

En los casos en que el tutelado conviva con el tutor el régimen de comunicación (telefónica – videollamada) podrá ser amplio, mientras que el régimen de visitas (comunicación presencial) en caso de conflicto severo entre el tutor y los familiares se llevaría a cabo, a ser posible, en un espacio externo, semejante al “punto de encuentro” en caso de menores.

Estudios  
Jurídicos