9. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES

9.1 Actividad del servicio especializado en la protección de las personas con discapacidad y atención a los mayores

9.1.1 Iniciativas y novedades en la actuación de la unidad coordinadora

9.1.1.1 Atención al ciudadano y accesibilidad universal web fiscal.es

Resulta remarcable el alcance de la actividad que la Unidad ha desarrollado en la atención ciudadana dando contestación a múltiples cuestiones que se reciben a través de la dirección de correo electrónico institucional de la Unidad (fge.discapacidadymayores@fiscal.es), y de la aplicación de gestión integrada de servicios de registro (GEISER). Con 223 entradas de atención ciudadana (el 56% del total del registro de entrada durante 2023 –397–), se ha puesto especial cuidado en contestar todas las consultas y solicitudes de información remitidas por particulares (que han supuesto el 86% del total), así como a las comunicaciones dirigidas por instituciones u otros organismos como la Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS), Ayuntamientos y asociaciones varias (el restante 14%).

Con la pretensión de fomentar y ampliar a todas las áreas de intervención del Ministerio Fiscal la potencialidad de este canal de acceso ciudadano, la Unidad propuso al Fiscal General del Estado llevar a cabo el diseño de un apartado web denominado «Fiscalía Accesible», que contó con su aprobación. El proyecto –acometido con la colaboración de los Ministerios de Derechos Sociales y Agenda 2030 y de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes– aproxima la información del Ministerio Fiscal al ciudadano, facilitando la accesibilidad universal del sitio web www.fiscal.es.

Con el diseño de este apartado, la Fiscalía se alinea con las exigencias legales derivadas del RD 1112/2018, de 7 de septiembre, *sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público*; con la Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, y con el RD 193/2023, de 21 de marzo, *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*.

Unidad de Personas con Discapacidad y Mayores
Fiscalía General del Estado
C. de Ortega y Gasset, 57.
28006. Madrid.

Desarrollar la accesibilidad cognitiva en un servicio público como el de Justicia, junto con la accesibilidad física o la visual, conforma la accesibilidad universal, también llamada «diseño para todas las personas», que es obligatorio contemplar en las páginas webs a tenor de la legislación citada. Según el Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), la accesibilidad cognitiva es «*el derecho a comprender la información que nos proporciona el entorno, a dominar la comunicación que mantenemos con él y a poder hacer con facilidad las actividades que en él se llevan a cabo sin discriminación por razones de edad, de idioma, de estado emocional o de capacidades cognitivas*». Por consiguiente, el diseño del apartado de la web fiscal.es se dirige a un gran colectivo: a las personas con discapacidad sensorial o con discapacidad intelectual o del desarrollo, a las personas vulnerables y, en general, a todas las personas que no conocen bien el sistema judicial.

Las herramientas esenciales para la accesibilidad cognitiva son el lenguaje claro y la lectura fácil. Lenguaje claro es la comunicación cuya redacción, estructura y diseño son tan comprensibles que las personas que reciben la información pueden encontrar fácilmente lo que necesitan, entender lo que encuentran y usar esa información. El lenguaje claro es, por definición, una técnica flexible, cuyo objetivo es generar textos adaptados a las capacidades y condiciones de su público objetivo. Un ejemplo lo encontramos en la página web fiscal.es en el apartado «Preguntas frecuentes».

La lectura fácil, por su parte, se desarrolla siguiendo una metodología precisa que garantiza la accesibilidad del texto o contenido. Dicha técnica, legalmente determinada –Norma UNE 153101:2018 EX–, es posteriormente sometida examen de comprensión o validación a cargo de un grupo de personas con discapacidad intelectual.

En la nueva página y bajo un icono de redireccionamiento al apartado «Fiscalía Accesible», se facilita información en lenguaje sencillo sobre las funciones básicas del Ministerio Fiscal, acercando la institución a las personas con discapacidad, pero también al público en general. Esta información pivota en torno a distintos puntos esenciales:

– Qué es el Ministerio Fiscal.

– Cuáles son sus funciones en el ámbito penal y en el ámbito civil.

– Cómo solicitar medidas de apoyo a la capacidad jurídica.

– Cómo presentar una denuncia si crees ser víctima de un delito.

Unidad de Personas con Discapacidad y Mayores
Fiscalía General del Estado
C. de Ortega y Gasset, 57.
28006. Madrid.

– Conoce tus derechos.

– Contacta con tu fiscalía.

– Otras instituciones de interés.

Descripciones en lenguaje claro y directo, documentos y archivos en lectura fácil, así como vídeos y formularios de acceso acompañan este breve itinerario que pretende contribuir al conocimiento de los derechos de todas las personas y por tanto a garantizar su igualdad ante la Ley.

9.1.1.2 La guarda de hecho como apoyo informal del titular de una cuenta corriente para gastos habituales. Resultados del trabajo desarrollado con las Entidades Bancarias

La demanda de unificación de criterios interpretativos persiste tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, de 2 de junio*, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. Por esta razón, además de las actividades propias de la Unidad especializada en su relación continuada con los y las fiscales delegados/as, o de la participación en foros conjuntos con jueces y magistrados para potenciar el enriquecimiento del debate interpretativo tanto intra como extraprocesal, se consideró que procedía ampliar el campo de relación interinstitucional. De ahí que se conformara un grupo de trabajo con las entidades bancarias, y otro en el seno de la Comisión de patrimonios protegidos, ambos liderados por esta Unidad.

A tal efecto, en septiembre del año 2022 se constituyó un grupo de trabajo con las asesorías jurídicas que agrupan a las diversas entidades bancarias, cajas de ahorro y cooperativas de crédito (AEB, CECA y UNACC), bajo el patrocinio del Departamento de Conducta de Entidades del Banco de España. Las sesiones mensuales de trabajo, prolongadas a lo largo del primer trimestre del año 2023, abordaron la mejora de la autonomía financiera de las personas con discapacidad, así como las exigencias que la legislación de protección de datos y del secreto bancario sugieren para unas prácticas unificadas y respetuosas con los derechos y las necesidades de apoyo, más intensas en quienes no pueden expresar su voluntad, deseos y preferencias y cuentan con una guarda de hecho suficiente y adecuada. A su vez, las nuevas figuras de apoyo constituidas por la Ley 8/21 y el fenómeno desjudicializador, generaron la necesidad de abordar las consiguientes dificultades en su acreditación y reconocimiento funcional.

La consolidación de unos primeros consensos en las discusiones del grupo de trabajo dio paso al desarrollo de un seminario conjunto de representantes de las asesorías de la banca con fiscales delegados de la especialidad –que se desarrolló en el mes de enero en la sede de FGE– con el fin de aproximar el mutuo conocimiento de las dinámicas de ambos sectores profesionales y lograr una confluencia en las líneas interpretativas. Fundamentalmente, las ponencias se centraron en el alcance de los actos previstos en el art. 264, párrafo 3.º CC: aquellos que, careciendo de especial significado o relevancia personal y económica, ayudan al sostenimiento de la vida diaria y para los que existiría una autorización legal del guardador de hecho. El debate contó con la enriquecedora presencia de profesorado de Universidad y representantes de entidades prestadoras de apoyos.

La actividad del grupo de trabajo en los meses subsiguientes alcanzó un importante nivel de eficacia, siendo de mutuo interés la institucionalización de dicha colaboración mediante la firma de un *«Protocolo marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario»*, en fecha 19 de julio de 2023, en el que participó el Banco de España, en calidad de observador, la Fiscalía General del Estado y las tres asociaciones bancarias, como partes del mismo. De esta manera, el grupo de trabajo preexistente quedó formalizado como comisión de seguimiento del protocolo suscrito para proseguir sus actividades sin solución de continuidad.

Este instrumento incluyó entre sus objetivos la elaboración de materiales consensuados que sirviesen a la difusión de pautas interpretativas, así como al diseño de modelos orientativos de formularios y documentación bancaria relacionada con la operativa bancaria de las personas con discapacidad. Al tiempo de la firma se dio difusión al primer documento interpretativo desarrollado por el grupo de trabajo. Bajo el título de «La guarda de hecho en la Ley 8/2021», se abordan cuestiones clave de esta figura, como son su naturaleza de apoyo natural, informal y prevalente de las personas con discapacidad; el carácter legal de la habilitación del guardador de hecho para ejercer sus facultades y la forma de acreditar su condición en el tráfico jurídico; las modalidades de ejercicio de la guarda a través de facultades asistenciales y/o representativas; la delimitación del ámbito de escasa relevancia económica habilitante de la actuación representativa directa del guardador y la propuesta de la fórmula de la «declaración responsable» del guardador ante la entidad bancaria como mecanismo privado de salvaguarda de su adecuado ejercicio.

También se ha abordado por los mismos integrantes del grupo de trabajo, la protocolización de un mecanismo de cooperación para generar un itinerario ágil de derivación por las entidades bancarias a la Fiscalía de los casos de riesgo de abuso patrimonial sobre titulares

vulnerables. La experiencia piloto con dos entidades bancarias realizado por esta Unidad en el año precedente, abonó su necesidad. El volumen de casos (27) puestos en conocimiento de la Unidad en el año 2023 triplicó las cifras alcanzadas en el año 2022.

Este segundo instrumento de cooperación –ratificado en la misma fecha por la Fiscalía General del Estado y las tres asociaciones de la banca– fue denominado *«Protocolo general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad»* y canalizará la colaboración y la trasmisión de información entre las entidades bancarias y el Ministerio Fiscal en estos supuestos. Con este instrumento se desvincula de la Unidad la comunicación de los supuestos de apreciación de indicadores de riesgo patrimonial y se deriva a cada fiscalía territorial, ganando rapidez en la reacción al establecer una comunicación directa con las fiscalías provinciales. La Comisión de seguimiento se mantendrá para la monitorización y evaluación de su cumplimiento, así como para el desarrollo de las líneas de actuación que del mismo se deriven.

9.1.1.3 Dinamización de la comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad y constitución de un nuevo grupo de trabajo para la propuesta de reformas legislativas

La constatación de que la comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad se había reunido tan solo dos veces desde su creación por RD 177/2004, de 30 de enero, determinó que la Fiscal de Sala se dirigiera a su Presidente, el Director General de derechos de las personas con discapacidad, instando su convocatoria.

El 27 de abril, previa nueva designación de las vocalías por parte de todas las instituciones que conforman la comisión, se desarrolló la reunión en la que las representantes del Ministerio Fiscal expusieron sus propuestas –regulatorias y no regulatorias– para dotar de eficacia a la reforma realizada por la Ley 8/2021 en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad* (en adelante, LPP). Asimismo, se transmitió la necesidad de contar con un soporte pericial en aquellos supuestos cuyo examen presente dificultades, ya sea por el volumen o la naturaleza del patrimonio constituido, o por las operaciones practicadas. La actual composición y funcionamiento de la comisión de protección patrimonial (art. 3 RD) no parece prevista para el apoyo puntual y concreto que pudiera demandarse desde las distintas fiscalías territoriales. Resulta necesaria una reforma que concrete de manera práctica sus funciones, prevea los recursos adecuados para

proveerlas y pueda servir como observatorio interdisciplinar de las necesidades de protección patrimonial para las que fue diseñada (apartados g), h), i), j) del art 2 del RD 177/2004.

Se aceptó por todas las instituciones la creación de un grupo de trabajo con el objetivo de analizar las cuestiones expuestas y elaborar un documento de propuestas sobre la regulación y gestión de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad. Se planteó específicamente la necesidad de replantear este instrumento entre todos los agentes involucrados habida cuenta el escaso número de patrimonios protegidos y su exiguo crecimiento anual.

La puesta en marcha del grupo de trabajo, configurado por vocales de las instituciones que conforman la comisión y expertos del ámbito universitario y notarial, se pospuso al mes de septiembre debido a la convocatoria de elecciones generales, llevándose a cabo su primera reunión el 15 de septiembre, bajo el liderazgo de las vocales del Ministerio Fiscal. Tres reuniones presenciales y trabajo por equipos en paralelo en el último trimestre del año han permitido alcanzar interesantes conclusiones, que serán plasmadas en un documento final que ofrezca las propuestas de reforma y facilite la memoria de impacto normativo.

Los puntos de acuerdo alcanzados en los debates giran en torno a: i) la superación del concepto de necesidades vitales del art. 1.3 de la Ley 41/2003 relacionándolas con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la promoción de la vida independiente, más conformes con el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad, extendiendo el concepto más allá del tradicional derecho al sustento, habitación, asistencia médica, o instrucción, asociados tradicionalmente a los alimentos entre parientes (arts. 142 a 153CC); ii) el refuerzo de la atención hacia la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio como expresión de la autonomía personal en el control de sus asuntos económicos, conforme a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (DPCD) (art. 12.5); iii) mejora conceptual de la función supervisora del Ministerio Fiscal, situando en primer lugar la función de garantía del respeto a la autonomía de la persona, y facilitando un soporte técnico-económico para el examen de la documentación presentada, bien mediante periciales ordinarias, o –para aquellos casos de mayor complejidad– a través del auxilio de las unidades técnicas competentes del Ministerio de Hacienda (en este importante aspecto, se ha considerado que el suministro al Ministerio Fiscal de datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración Tributaria se debería articular de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 95.1. f) de la Ley General Tributaria); iv) una propuesta de revisión del tratamiento fiscal para las disposiciones de bienes y/o derechos aportados al patrimonio protegido de las personas con

Unidad de Personas con Discapacidad y Mayores
Fiscalía General del Estado
C. de Ortega y Gasset, 57.
28006. Madrid.

discapacidad que dote de seguridad jurídica a los contribuyentes y evite la obligatoriedad de la permanencia de una concreta aportación durante cuatro años, permitiendo su consumo para la satisfacción de las necesidades vitales de sus beneficiarios en un régimen de desfiscalización.

Ha sido de interés la información transmitida por las fiscalías territoriales a la Unidad especializada relativa al dato de que el incremento en la recepción de escrituras de constitución de patrimonios protegidos ha obedecido en su mayor parte a la inclusión de los constituidos por los progenitores, pues antes estaban exentos de esta fiscalización. En algunos lugares este incremento procede del envío de aquellos que habían sido constituidos en años anteriores de los que no se había dado cuenta al Ministerio Fiscal. Es el caso de Araba, que ha incoado 41 diligencias preprocesales, corresponden solo 4 a patrimonios constituidos en el año.

Esta novedosa fiscalización por parte del Ministerio Fiscal de los patrimonios protegidos constituidos y administrados por los progenitores ha sido recibida con cierto recelo por parte de las familias. Así lo informan las Fiscalías de Palencia, Cantabria o Madrid, que han cuidado de prestar a los administradores convocados a esta rendición de cuentas información suficiente para superar ese desconcierto. Con todo, son estos el mayor número de los patrimonios constituidos notificados al Ministerio Fiscal: el de padres a hijos.

Se ha solicitado la creación de un específico apartado en las aplicaciones informáticas fiscales para el control de estas funciones, pero al no estar todavía implantada, impide ofrecer cifras nacionales. Debemos acudir a la estadística del Consejo General del Notariado, que suma 141 patrimonios protegidos constituidos en el año y 402 escrituras de nuevas aportaciones, lo que sugiere un volumen de 543 actuaciones en el año 2023 por las fiscalías, a las que debe sumarse la progresiva solicitud de informes de cuentas hacia los administradores de los patrimonios constituidos en años anteriores.

9.1.1.4 Actividades de impulso de cooperación internacional en los casos con un elemento transnacional. Derecho internacional privado y derecho interregional

En la memoria de 2022 se abordó como tema de interés específico las cuestiones relacionadas con las necesidades de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de ciudadanos extranjeros en España. En dicho análisis se apuntaba hacia el paulatino incremento de los expedientes que incorporan cuestiones trasnacionales con relevancia

jurídica esencial en relación con la competencia judicial, la ley aplicable y la eficacia de las resoluciones respectivas, más allá de las fronteras del Estado en el que se dictan.

Esta progresión –en cantidad y complejidad– de asuntos trasnacionales determinó que en las jornadas de especialistas del pasado año se abordara el estudio y discusión de los puntos de mayor relevancia, con un doble objetivo: ofrecer pautas interpretativas en relación con los aspectos prácticos de su regulación en derecho internacional privado; de otra parte, analizar las posibilidades de articular fórmulas de coordinación de nuestra actuación con las autoridades de otros Estados mediante las comunicaciones e intercambio de información relevante y las restantes actuaciones de colaboración que cada caso pudiera requerir. Adicionalmente, se abordó el análisis de los supuestos de aplicación de normas de derecho interregional dentro de nuestro propio territorio, así como la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados, como lo es el de residencia habitual.

La necesidad de evaluar la necesidad de apoyo y la suficiencia, en su caso, de los ya existentes es una realidad que, de año en año, afecta a mayor número de ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país. Y comprende, a su vez, situaciones de necesidad de apoyo tan diversas como: i) las generadas por ciudadanos extranjeros que optan por establecer su residencia habitual en España de forma estable y regularizada; ii) las de los ciudadanos extranjeros que permanecen en nuestro territorio tras llegar inmersos en los flujos migratorios no regulares; iii) la de aquellos ciudadanos extranjeros que son recibidos en nuestro país en condición de refugiados, como es el caso de personas con discapacidad procedentes de Ucrania que han sido acogidas en España.

La mayor movilidad geográfica mundial, junto con la libertad de circulación y establecimiento en la UE, hace necesario valorar en qué medida las resoluciones dictadas en esta materia en cada Estado deben ser efectivas y reconocidas en el territorio de otros Estados distintos. Así sucede en la práctica respecto de los Estados a los que la persona precisada de apoyos pueda desplazarse o en los que tenga localizados parte de sus bienes o intereses o, incluso, en el Estado del cual sea nacional, si las medidas no hubieran sido adoptadas por este.

En el concreto contexto europeo, la cuestión es de máximo interés para España, dado su carácter, cada vez más acusado, de Estado receptor de inmigración de edad avanzada. Las cifras se expresan por sí solas, considerando la línea ascendente que discurre desde los 260.000 extranjeros mayores de 65 años residentes en España en 2013, a los más de 640.000 contabilizados en el año 2023. A su vez, la diversidad de las nacionalidades de origen determina la complejidad del tratamiento legal de las cuestiones a abordar.

La Unidad ha iniciado su participación en el proceso de debate público que la Comisión Europea promueve en torno a nuevos proyectos de herramientas normativas para el fortalecimiento de la protección transfronteriza de adultos en el territorio UE, a partir de la publicación el 31 de mayo de los borradores de un nuevo paquete legislativo con dicho contenido específico. Esta novedosa línea de trabajo, se articula esencialmente sobre dos iniciativas complementarias: de una parte, la propuesta para una Decisión del Consejo de la UE dirigida a autorizar a los Estados miembro a ratificar el Convenio de la Haya de 13 de enero de 2000, *de protección de adultos* y, de otra parte, la propuesta para la aprobación por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE de un Reglamento *sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas y cooperación en asuntos relativos a la protección de adultos.*

Las iniciativas comprendidas en este paquete legislativo europeo son de especial trascendencia para la Fiscalía española, al ser la única institución legitimada en nuestro ordenamiento para interesar ante los tribunales la provisión de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica, así como sus salvaguardas respectivas. Adicionalmente, estas iniciativas tienen otra importante repercusión práctica en el ámbito de la coordinación e interlocución de las autoridades competentes españolas con otros Estados, al colmar el vacío actualmente existente en cuanto a instrumentos específicos de cooperación internacional en la materia, debido a la no ratificación, en su día, por parte de España, del Convenio de la Haya de 2000. La actual carencia de instrumentos específicos aboca a que la cooperación en la materia entre autoridades judiciales se desarrolle, actualmente, sobre las bases generales establecidas en la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil.*

La participación de la Unidad en los procedimientos para el desarrollo de estas iniciativas se ha concretado en actividades tales como la cumplimentación de encuestas y estudios circulados por la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, la necesaria interlocución –junto a la Secretaría Técnica– con la Representación Permanente de España ante la Comisión Europea (REPER) y, finalmente, en la intervención en diversos foros de discusión organizados por otras instituciones o en colaboración con estas. Este fue el caso de la mesa de debate sobre «La protección de los adultos vulnerables en situaciones transfronterizas: buscando una solución en Europa», promovida por la iniciativa Jubilare del Colegio de Registradores de España y dirigida por esta Unidad el 5 de junio de 2023 en la sede de la FGE, o la asistencia a la «Conferencia para el fortalecimiento de la protección de adultos en la UE» desarrollada en el Parlamento Europeo en colaboración con el Consejo del Notariado de la UE, y con la participación del Comisario de Justicia de la UE, el 25 de octubre de 2023.

A su vez, la Unidad ha iniciado –junto con la Fiscal de Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la Fiscal designada punto de contacto de la Red Judicial Europea y en coordinación con la Secretaría Técnica– una línea de estudio para analizar las posibilidades, marco jurídico y formas de articulación de iniciativas para dar mayor visibilidad institucional en el plano internacional al rol de la Fiscalía española en materia civil (con especial interés para esta Unidad en materia de protección de adultos), con el fin de alcanzar su debida consideración y reconocimiento en la materia, en el marco de sus competencias, incluyendo los mecanismos de interlocución, directa o indirecta, que sean posibles con sujeción a lo dispuesto en los Convenios, Tratados e instrumentos de Derecho Europeo relevantes.

En cuanto a la concreta colaboración con otras instituciones con funciones de apoyo en otros Estados, la Unidad ha recibido diversas solicitudes, como las del Ministerio Público de Portugal, relativas a la situación de personas requeridas o provistas de apoyo que han movido su residencia habitual entre ambos Estados, así como consultas de autoridades administrativas alemanas, a través del consulado de Hamburgo, en relación con el traslado a territorio español de un nacional ingresado en centro psiquiátrico radicado en la referida localidad alemana. Por su parte, las fiscalías territoriales informan de una fluida colaboración con los consulados al recabar información para evaluar las necesidades de apoyo y salvaguardas de nacionales de otros Estados, tanto cuando residen habitualmente en nuestro país como cuando se encuentran en tránsito temporal, respecto de la adopción de medidas provisionales.

Durante el año 2023 se recibieron diversas visitas de instituciones extranjeras. En marzo, una visita de estudio del Defensor del Pueblo de la República Checa, durante la cual se celebró una jornada de trabajo, compartida con sus representantes, para exponer la nueva regulación sobre la capacidad jurídica establecida en España con la aprobación de la Ley 8/2021, así como sobre las funciones de la Fiscalía y la experiencia práctica desarrollada desde su entrada en vigor. En el mes de abril, la Fiscal de Sala recibió a la magistrada de enlace de Francia en España, con el fin de compartir impresiones respecto de la experiencia española en relación con la supervisión del respeto a la dignidad y derechos de las personas mayores ingresadas en centros residenciales. En abril se recibió una visita de fiscales en prácticas de la Fiscalía de Andorra, que se aprovechó para ilustrarles sobre las funciones de la Unidad y las atribuciones de la Fiscalía española en materia de discapacidad y mayores. Finalmente, en el mes de mayo, la Fiscal de Sala mantuvo una vídeo reunión a solicitud de la Procuradora fiscal y Directora del Departamento de Derechos Humanos y la Unidad de Reinserción de Repatriados del Ministerio Público de la República Dominicana, para intercambiar

experiencias formativas y de coordinación de servicios para personas adultas mayores y con discapacidad.

9.1.1.5 Expedientes de seguimiento tramitados por la Unidad especializada

La Unidad especializada recibe por distintos conductos requerimientos, quejas y solicitudes de intervención o información, remitidas por entidades públicas, asociaciones o particulares. En el caso de que la entrada registrada requiera la intervención coordinadora por parte de esta Unidad, se tramita un expediente de seguimiento. En estos se documenta la intervención y el seguimiento que se resuelva realizar una vez remitidas las actuaciones a la fiscalía territorialmente competente.

En el año 2023, se han incoado un total de 55 expedientes de seguimiento, lo que supone un incremento del +7,8% respecto del año precedente. Estas actuaciones comprenden diversos campos de intervención que se pueden distribuir en los siguientes bloques temáticos:

i) situaciones de abuso o desprotección patrimonial (49%), entre los que destacan los incoados en virtud del protocolo de protección patrimonial de personas vulnerables, suscrito a mitad de año entre la FGE y las entidades bancarias, ya analizadas en apartado específico;

ii) seguimiento de quejas relativas a la situación de personas residentes o ingresadas en recursos sociosanitarios y/o psiquiátricos (23,6%). En este año ninguno de los expedientes estuvo relacionado con la pandemia sufrida. La mayoría responden al uso de contenciones/sujeciones y al dictado de la Instrucción FGE 1/22. También se han analizado conductas de presunto trato degradante, notificadas por los particulares o las propias fiscalías. En este apartado, el 25% son actuaciones referidas a centros y unidades psiquiátricas y el restante 75%, a centros residenciales de personas mayores o con discapacidad.

Una especial atención debe realizarse en relación con los expedientes abiertos en el año tras la recepción de los informes del Defensor del Pueblo en calidad de Alto Comisionado de las Cortes Generales y Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Los informes, resultado de su actividad inspectora en unidades hospitalarias y centros psiquiátricos, son objeto de puntual seguimiento por la Unidad y de actuaciones por parte de la fiscalía territorial competente que desarrolla la actuación precisa, que consiste habitualmente, en la visita al centro en seguimiento de las recomendaciones efectuadas. En este año se recibieron tres informes, en los que se

trasladan ciertas mejoras, corrección de deficiencias e instauración de protocolos. Tales fueron los casos del Centro Residencial de Salud Mental Mentalia en Arévalo (Ávila) y la Unidad de Agudos del Hospital Universitario Marqués de Valdecilla, en Santander. El tercer caso, relativo al Hospital Psiquiátrico de Alicante, fue derivado a la sección de vigilancia penitenciaria de su Fiscalía por afectar a personas que cumplían una medida de seguridad penal.

En el marco de colaboración que sostienen ambas instituciones para mejorar la atención de las personas con discapacidad y detectar posibles vulneraciones de sus derechos, se programó una reunión el 10 de mayo en la sede del Defensor del Pueblo, con la Adjunta Primera, así como con los Directores de las áreas de Seguridad y Justicia y de Sanidad y Política Social de esta Institución, y de la Unidad del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Se prestó especial atención a los protocolos de vigilancia que ambas instituciones aplican en las inspecciones que realizan a residencias y a unidades y centros psiquiátricos, entre otros, así como al control de las sujeciones y contenciones a las que puede someterse en estos entornos a los residentes;

iii) evaluación de necesidades de apoyo a la capacidad jurídica de una persona y coordinación de actuaciones de secciones especializadas en dicha materia: 17,8%;

iv) accesibilidad de la justicia (1,8%);

Resta un 7,27% de una miscelánea de difícil clasificación.

9.1.1.6 Actividades de formación desarrolladas por la Unidad especializada

Las siempre eficaces Jornadas de fiscales especialistas, celebradas en Toledo los días 5 y 6 de octubre, contribuyeron un año más, a mantener el principio de unidad de actuación. El tratamiento de las cuestiones de derecho internacional privado y de derecho interregional que la movilidad de las personas provoca, ocuparon una parte novedosa de las temáticas tratadas. El segundo bloque lo constituyó el análisis de las condiciones de ingreso y permanencia de personas mayores en centros residenciales, bajo la necesaria salvaguarda de la voluntad de la persona, con valoración específica de las experiencias de la Instrucción FGE 1/22 sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en dichos centros y otras unidades psiquiátricas. En materia de apoyos judiciales se debatió sobre el ámbito de la curatela asistencial con la voluntad de darle mayor relevancia y aplicación, atendiendo al reducido espacio que tiene en la práctica, ante el avance de la guarda de hecho

y la curatela representativa. En un bloque final se difundió el Protocolo de protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad, para facilitar la directa comunicación bidireccional entidades-fiscalías. Las conclusiones, validadas por el FGE, son públicas y pueden encontrarse en la página web fiscal.es.

Estas jornadas constituyeron el contexto idóneo de un merecido y sentido homenaje a nuestra compañera fallecida, D.ª Ángeles de la Blanca García, Fiscal de la Fiscalía Provincial de Toledo y asidua asistente a las jornadas de fiscales. La Sala Capitular del Excmo. Ayuntamiento de Toledo y su alcalde acogieron el emocionado recuerdo que le dedicaron sus compañeros de la especialidad, en el que se contó con la participación destacada del Fiscal Superior y el Fiscal Jefe provincial.

La Unidad dirigió, asimismo, el contenido correspondiente dentro del curso de formación inicial de la LXI promoción de fiscales. También condujo un apartado específico en la segunda edición del curso sobre perspectiva de género de FGE, relacionado con la transversalidad de la discapacidad en el ámbito penal. Esta labor de colaboración entre especialidades ha tenido otros exponentes: es el caso de la participación de Fiscales de la Unidad especializada en las Jornadas de los fiscales especialistas de Violencia sobre la Mujer y en las de Víctimas, reclamadas por las respectivas Fiscales de Sala, en claro reflejo de la importancia del abordaje específico de las mujeres y las víctimas con discapacidad para el Ministerio Fiscal.

En el ámbito de la formación continuada de fiscales, se propusieron dos cursos. El primero, en torno a la perspectiva de la discapacidad desde los distintos órdenes jurisdiccionales y, en concreto, en las especialidades de violencia de género, trata de personas o seguridad vial y, el segundo, desarrollado en la modalidad de encuentros, sobre las novedades de la reforma del CC y LEC en el sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Cursos a los que prestamos soporte y en los que participaron con respectivas ponencias los miembros de la Unidad.

Además, los tres Fiscales de la Unidad han desarrollado ponencias e intervenciones en colaboración con otras instituciones y organizaciones. Se destaca la participación de dos miembros de la Unidad en las jornadas desarrolladas en el Senado en balance de la Ley 8/21, los días 15 y 16 de marzo de 2023; o la codirección del curso del CGPJ de encuentro de jueces, notarios y fiscales sobre la Ley 8/21, celebrado en Madrid los días 17 a 29 de abril. La exposición de las líneas de actuación de la Unidad, con especial referencia a la interpretación del ámbito de la guarda de hecho, fueron el objeto de la participación en el

curso del CGPJ desarrollado en Zaragoza el día 14 de marzo; en el I Congreso internacional: derecho, derechos y personas mayores en Valencia los días 19 y 20 de septiembre; en la Convención de asesores jurídicos de la CECA y en la de las Cajas rurales en Madrid en el mes de octubre. Variadas intervenciones se llevaron a cabo en el I Congreso Jurídico sobre discapacidad los días 28 y 29 de septiembre, así como en la jornada celebrada el 15 de junio sobre la primera acción colectiva en defensa de consumidores y usuarios ejercitada por el Ministerio fiscal, al cumplirse 20 años de su ejercicio, ambas actividades desarrolladas en Córdoba; o en el Encuentro de entidades de apoyo promovido por Fundación Hurkoa en Donostia el 24 de noviembre. No faltó nuestra asistencia e intervención en actividades organizadas por diversas instituciones y organizaciones, como el Colegio de abogados de Madrid, la UNED y CEOMA. También se ha mantenido la participación de los miembros de la Unidad en los cursos formativos que tanto el CNP como la Guardia Civil solicitan desde sus unidades especializadas, UFAM y EMUME.

9.1.2 Actuación preprocesal de los y las fiscales

Las diligencias preprocesales –de conformidad con lo dispuesto en el artículo quinto, *in fine*, del EOMF y el artículo 9. 2.º del RMF– constituyen el cauce de tramitación apropiado para desarrollar las actuaciones precisas que tengan por objeto el correcto ejercicio de las diversas funciones que el ordenamiento atribuye al Ministerio Fiscal en esta materia. Entre los objetos específicos de estas diligencias, destacan: las solicitudes y comunicaciones relativas a la valoración de necesidades de apoyo a la capacidad jurídica; solicitudes y comunicaciones respecto de situaciones de abuso, influencia indebida o conflicto de interés en torno a la persona que precisa apoyo; detección y regularización de situaciones de involuntariedad sobrevenida de personas mayores ingresadas en centros residenciales; supervisión de la situación de las personas ingresadas en centros residenciales y en centros y unidades de internamiento psiquiátrico; supervisión del uso de contenciones físicas y farmacológicas; supervisión de la administración de patrimonios protegidos de personas con discapacidad.

A estos campos de actuación más habituales se añade, coyunturalmente, la actividad específicamente dirigida a la revisión de los expedientes anteriores a la Ley 8/2021 que, impulsada por las fiscalías ha requerido en gran parte de los territorios, la incoación y tramitación de diligencias preprocesales para completar y actualizar la información disponible.

En el análisis estadístico nacional se aprecia un claro ascenso del 15,84% en el volumen de incoación de diligencias (16.736) frente a la anualidad pasada. En años anteriores, tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, se recogían descensos porcentuales consecutivos, debidos

a la intensa labor informativa de las fiscalías para aplicar los principios de necesidad y subsidiariedad de los apoyos judiciales y, por otra parte, a la acentuación de la configuración residual de la legitimación del MF frente a familiares legitimados.

El acusado cambio de tendencia registrado responde en su mayor parte, a las diligencias incoadas para articular la iniciativa de las fiscalías en los procedimientos de revisión determinados por la DT.ª 5.ª, supliendo en muchos órganos judiciales la ausencia de actividad revisora de oficio. No obstante, las cifras absolutas se mantienen en niveles inferiores a la entrada en vigor de la nueva legislación.

Debe destacarse el esfuerzo de Fiscalías como Las Palmas, donde han tramitado 2.178 diligencias preprocesales, incrementando su trabajo en +517% respecto del año precedente; Valencia, con la incoación de 1.396 diligencias que ascienden +556% respecto del año anterior; o Barcelona, cuya sección ha incoado 1.808 diligencias (+46,3%). En los informes de los respectivos delegados y delegadas se da cuenta del esfuerzo desplegado para lograr acomodar a la legislación nueva los antiguos procedimientos de incapacitación.

Aun así, son tendencias no homogéneas a nivel nacional, lo que se explica en la diversa sociología de cada circunscripción territorial, los criterios de los órganos judiciales en torno al impulso de oficio de la DT.ª 5.ª y en las diferencias del peso específico que en cada una de ellas tienen el apoyo familiar, los institucionales o los del entorno social y comunitario.

Además, no es posible realizar un análisis desagregado y diferencial, dada la diversidad de objeto de las diligencias preprocesales, –según se refieran, entre otros, a medidas de apoyo, a revisión de sentencias anteriores a la Ley 8/21, a personas mayores o a patrimonios protegidos–, pues la introducción de las innovaciones en las herramientas de gestión procesal ostenta distintas velocidades según los sistemas informáticos autonómicos.

9.1.2.1 Diligencias preprocesales sobre medidas de apoyo

El nuevo paradigma legal de la discapacidad y de los apoyos, establecido en la Ley 8/2021, dio lugar desde su entrada en vigor a un sustancial cambio de enfoque en el esquema de tramitación de las diligencias preprocesales sobre medidas de apoyo. De una parte, por la imperativa aplicación de los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad a la solicitud de medidas judiciales. De otra parte, por la exigencia legal –establecida en el artículo 42 bis a) de la LJV–, de aportación inicial de la prueba documental relativa a la necesidad de

apoyo, así como de los dictámenes periciales de los ámbitos social y sanitario indicadores de las medidas idóneas al caso.

Informan las fiscalías territoriales sobre la aplicación efectiva de este nuevo enfoque, en virtud del cual las diligencias preprocesales no se limitan –a salvo el supuesto de la adopción de medidas cautelares urgentes– a la obtención de la información mínima para que el/la fiscal pueda fijar una posición preliminar como fundamento de su petición inicial. A su contenido tradicional ahora incorporan una auténtica actividad de obtención de las pruebas que serán, junto con la entrevista de la persona con discapacidad, las esenciales en su caso, en el posterior procedimiento judicial.

Así, los expedientes de los fiscales comprenden, entre otras, las diligencias precisas para acreditar la discapacidad y la necesidad de apoyos; la consideración de la voluntad, deseos y preferencias de la persona y las necesidades de ajustes y adaptaciones del procedimiento; los apoyos con los que cuenta en su entorno familiar, social y comunitario, con especial relevancia de la valoración de la eventual guarda de hecho, su adecuación y su suficiencia; finalmente, las necesidades de salvaguardar los apoyos existentes.

La tramitación de las diligencias preprocesales es, en consecuencia, mucho más exhaustiva en cuanto pretende realizar una pormenorizada valoración de cada caso, con el fin de aplicar los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad en la intervención judicial, tanto en relación con la decisión del fiscal sobre la interposición o no de una solicitud de provisión de medidas judiciales como, en caso afirmativo, sobre el contenido concreto de los apoyos que finalmente se soliciten.

Por tanto, a pesar del descenso en la incoación de diligencias preprocesales en comparación con la situación anterior a la entrada en vigor de la ley, se consolida un incremento cualitativo de la carga de trabajo de las fiscalías territoriales que, en algunos casos (Madrid, Comunidad Valenciana o Barcelona) se ve relativamente aliviado con el auxilio de profesionales del trabajo social. La incorporación del trabajo social a las oficinas de las fiscalías facilita la valoración de las circunstancias ambientales y contextuales de cada caso, la adecuación de los recursos de apoyo disponibles, la coordinación con los servicios sociales de base territorialmente competentes y, en especial, la atención ciudadana y a las familias que van a sus oficinas.

Los contrastados beneficios de estas unidades de trabajo social sugieren valorar la conveniencia de impulsar su extensión a todos los territorios, con el respaldo normativo e

institucional necesario en cooperación con las administraciones respectivamente competentes. En tanto no se logre tal objetivo, las restantes fiscalías habrán de perfeccionar los canales de comunicación e intercambio de información con los servicios sociales territoriales. En este aspecto, delegados como los de Valencia o Murcia informan de iniciativas y herramientas para facilitar el acceso digital de las fiscalías a la información relevante sobre reconocimiento de grado de discapacidad y valoraciones de dependencia.

En algunos territorios (A Coruña, Alicante y Valladolid, entre otros) se constata que la exigencia estricta, de algunos juzgados relativa a la aportación de prueba documental y dictámenes periciales junto con la solicitud inicial de provisión de apoyos estaría provocando la derivación a la fiscalía de asuntos en los que, existiendo familiares legitimados, les correspondería a estos dar el impulso inicial del procedimiento. Esta circunstancia explica también cierto repunte de las diligencias preprocesales en estas provincias.

Preocupa que la generalización de esta práctica pueda hacer ilusorio el principio legal de reserva de la acción del MF en defecto de la actuación de familiares legitimados de la persona con discapacidad. Para evitarlo, se llama la atención sobre herramientas procesales que podrían aportar soluciones específicas, como es el caso de las diligencias preliminares que los familiares legitimados podrían solicitar del juzgado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 256.1, 5.º bis y 91 de la LEC, cuya aplicación en los expedientes de jurisdicción voluntaria se sostiene en la supletoriedad de la ley procesal civil básica establecida en el art. 8 de la LJV.

Por otra parte, se constata por algunas fiscalías las dificultades que para los familiares legitimados se derivan de los costes que pudiera generar su obtención cuando no logran su elaboración por los servicios públicos administrativos respectivos. Debe recordarse que la interpretación lógica y sistemática del concepto del dictamen pericial aquí requerido comprende los informes específicos que emitan los profesionales de los servicios públicos de salud y de trabajo social. Para allanar los obstáculos burocráticos en este camino, sería deseable que las normativas autonómicas proporcionaran una base legal específica que incluyera entre sus prestaciones la elaboración de dichos dictámenes, no solo a petición de la fiscalía y de la autoridad judicial, sino también a petición de los familiares legitimados para iniciar el procedimiento.

Las fiscalías territoriales confirman que, en aplicación del principio de subsidiariedad de la intervención judicial, cerca del 50% de las diligencias preprocesales finalizan con un decreto de archivo por constatar la existencia de apoyos voluntarios o guarda de hecho suficiente y

eficaz. En este último supuesto, son muchas fiscalías –Toledo, Cádiz, León, Soria, Baleares, entre otras– las que consolidan la buena práctica de procurar que el decreto de archivo motive suficientemente, con referencia circunstancial detallada, la constatación de la situación de guarda, así como la identidad de la persona identificada como guardador. Incluyen también una fundamentación jurídica expositiva del marco legal básico de la actuación del guardador, sin perjuicio de asegurar que quede personalmente informado del mismo, así como de su correcta comprensión, especialmente en relación con los supuestos de actuación del guardador que requerirían de autorización judicial.

En materia de información y atención ciudadana, además de la generalizada incorporación de documentos informativos en formatos sencillos y en lectura fácil, cabe destacar la buena práctica desarrollada en determinadas fiscalías territoriales. Es el caso, por ejemplo, de la Fiscalía de Alicante que, en colaboración con entidades del tercer sector, extiende las pautas en relación con la accesibilidad cognitiva a todos los actos de comunicación y notificación que deban realizarse durante la tramitación de las diligencias preprocesales y las impulsa también, llegado el caso, en el ulterior procedimiento judicial. Por su parte, la Fiscalía de Las Palmas informa de su participación en una pionera iniciativa del decanato de los juzgados de Arrecife de Lanzarote para la puesta en marcha en su edificio judicial, de un servicio de atención social a las personas con discapacidad. También la Fiscalía de Guadalajara se ha ocupado de solicitar el acondicionamiento de un entorno físico adecuado para la recepción de las personas con discapacidad y sus familias, así como de asegurar que la persona con discapacidad esté acompañada de una persona de su confianza desde el inicio del contacto con la administración de justicia hasta la finalización del procedimiento.

En relación con las diligencias preprocesales en las que hayan concurrido cuestiones jurídicas de carácter trasnacional, destacan las desarrolladas para dar continuidad al seguimiento de la situación, necesidades de apoyo y salvaguardas respecto de los ciudadanos nacionales de Ucrania con discapacidad refugiados en nuestro país y acogidos en centros y recursos residenciales. La Fiscalía de Valladolid llama la atención sobre la necesidad de prever las medidas a adoptar respecto de aquellos que, habiendo sido acogidos siendo menores, vayan a alcanzar la mayoría de edad durante su estancia en España.

9.1.2.2 Diligencias preprocesales para la protección de personas mayores

La evolución demográfica y los cambios sociológicos en el modelo de unidad familiar y núcleo convivencial básico determinan el aumento de casos precisados de intervenir en apoyo y salvaguarda de personas de avanzada edad en situaciones de soledad no deseada.

Por otra parte, la complejidad de los supuestos de personas mayores que rechazan los apoyos requiere una actuación coordinada con los servicios sociales con el objetivo de lograr actuar sin violentar el principio de consideración de su voluntad, deseos y preferencias. Las fiscalías subrayan esta necesidad de coordinar su actuación con los servicios públicos administrativos competentes en salud y prestaciones sociales, así como de establecer pautas conjuntas para la correcta delimitación de los ámbitos de actuación de cada institución. Esta fue una de las cuestiones abordadas en las jornadas anuales, destacando la importancia de encauzar el momento y forma de intervención de la entidad pública administrativa para coordinar servicios y proveer y poner a disposición recursos prestacionales.

Se destaca que –para lograr esa actuación coordinada y eficaz– los recursos prestacionales, incluidos los residenciales, debieran estar identificados y disponibles al tiempo de concluirse las diligencias preprocesales o en su defecto, al iniciarse el procedimiento judicial y, en todo caso, antes del dictado de la resolución correspondiente. Las necesidades y dificultades de coordinación aumentan cuando se trata de situaciones de urgencia o emergencia social, en las que la respuesta ágil y eficaz de las administraciones competentes es indispensable para dar un correcto y adecuado cauce a la tramitación de los procedimientos judiciales.

En otro orden de cosas, las fiscalías territoriales informan del incremento de diligencias preprocesales motivadas por la necesidad de valorar la suficiencia de los apoyos voluntarios notariales otorgados por personas de edad muy avanzada, en momentos próximos al inicio de deterioros cognitivos leves.

Aun cuando son escasos los supuestos, hay fiscalías que reportan incidencias ocasionales que determinaron la necesidad de su intervención, como por ejemplo en asuntos relacionados con la redacción de poderes preventivos sin concretar el mecanismo de determinación del momento de activación del apoyo; poderes de apoyo amplios, para todos los actos y negocios del poderdante, sin indicaciones sobre el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona o, finalmente, poderes con ausencia de mínimas salvaguardas.

Para lograr que los apoyos voluntarios sean en el futuro la fórmula prevalente por ser la más respetuosa con la autonomía personal, deben contar con disposiciones específicas que aseguren preventivamente que la persona otorgante conserva el dominio sobre su situación.

La necesidad de salvaguardas es aún más acusada cuando los apoyos voluntarios, al tiempo que otorgan una representación muy amplia, excluyen, conforme a la ley, la aplicación de las normas de la curatela y la necesidad de recabar autorizaciones judiciales. A falta de esas

salvaguardas en prevención, la intervención ulterior, reactiva a una actuación desviada de un apoderado con amplias facultades, llegaría tarde en relación con la realización de riesgos de difícil o imposible reparación.

El cuadro de situación expuesto, cuando se acreditó, llevó a la fiscalía a promover salvaguardas adicionales al poder otorgado. El respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y el tenor literal del último párrafo del artículo 255 CC determinan preservar la subsistencia del poder, complementándolo con las medidas judiciales procedentes en cada caso.

Resulta imprescindible que todas las instituciones y administraciones con competencias en materia de discapacidad y mayores coadyuven a impulsar la divulgación pedagógica necesaria para un adecuado uso de estos nuevos instrumentos, sumándose a las iniciativas que, hasta ahora, han desarrollado, la Fiscalía y el Consejo General del Notariado, respectivamente en sus ámbitos propios de actuación.

9.1.2.3 Actuaciones ante el abuso patrimonial a personas mayores

Se aprecia el incremento en el número de diligencias preprocesales incoadas a partir de la constancia o noticia de situaciones de abuso, conflicto de intereses o influencia indebida detectadas en el entorno de personas mayores que precisan, en mayor o menor medida, apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El aumento de la detección de estos casos, que se ha podido conocer con carácter temprano en gran parte de los supuestos, se explica en la progresiva implantación del protocolo de prevención firmado con tal objeto entre la Fiscalía y las Entidades Bancarias. Las fiscalías reportan que las principales dificultades prácticas derivan de la falta de medios propios y, ulteriormente, en los propios juzgados, para dar una respuesta ágil y eficaz. En asuntos en que se comunique la existencia de riesgo perentorio de perjuicio patrimonial, se concluye que, obtenidos principios de prueba mínimos, suficientes en orden a acreditar un riesgo cierto e inmediato, la actuación más eficiente por parte de las fiscalías exige una ágil tramitación de las diligencias imprescindibles para fundamentar la interposición, sin dilación, de una solicitud de medidas cautelares de administración urgente, con fundamento en el art. 762 LEC.

En algunos territorios se constata que la resolución sobre estas medidas cautelares se dilata o, incluso, que su finalidad se frustra, cuando el órgano judicial señala una vista con convocatoria de las partes sin adoptar medidas urgentes en un primer momento,

agravándose la vulnerabilidad de la persona mayor carente de entorno adecuado, que se mantiene en el mismo tras notificarse el inicio del procedimiento sin adoptar aún salvaguarda alguna de sus derechos.

Esta problemática demanda una reflexión sobre la necesidad de valorar que cuando el riesgo de perjuicio patrimonial es inmediato, se pueda solicitar de forma motivada en razones de urgencia, la adopción *inaudita parte* de la respectiva medida. Así se desprende del art. 762.3, *a contrario sensu,* de la LEC, sin perjuicio de limitar su alcance a la prevención de perjuicios de imposible o difícil reparación y de asegurar la continuidad de la operativa bancaria precisa para satisfacer las necesidades de la persona con discapacidad, conforme a su voluntad y a su trayectoria vital.

9.1.2.4 Especial referencia a las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito residencial y sobre contenciones físicas y farmacológicas

En el ámbito de la salvaguarda de los derechos de las personas mayores, tienen una especial relevancia las diligencias preprocesales relativas a la supervisión de la situación de aquellas que se encuentren ingresadas en centros residenciales, que se articula sobre cuatro ejes fundamentales:

a) El control de las situaciones de involuntariedad sobrevenida para impulsar la validación judicial de su ingreso, con las debidas garantías, según los criterios establecidos en la Circular 2/2017, de 6 de julio, *sobre el ingreso no voluntario urgente por trastorno psíquico en centros residenciales para ancianos.*

b) La supervisión del respeto al derecho fundamental a su libertad personal e integridad física, mediante el control del uso de contenciones físicas y farmacológicas, en los términos establecidos en la Instrucción 1/22, de 19 de enero, de la Fiscalía General del Estado, *sobre el uso de medios de contención mecánicos o farmacológicos en unidades psiquiátricas o de salud mental y centros residenciales y/o sociosanitarios de personas mayores y/o con discapacidad*.

c) La valoración de la suficiencia y adecuación de los apoyos existentes y la necesidad, en su caso, de establecer salvaguardas o proveer apoyos judiciales.

d) La supervisión del respeto a sus derechos fundamentales y a su dignidad personal, en relación con las demás condiciones de vida y cuidados que se les prestan en los centros.

Las jornadas de especialistas celebradas este año analizaron la diversidad de estrategias de abordaje de estas actuaciones, debido a la gran diferencia de ratio de fiscal por personas mayores ingresadas en residencias que se da en cada demarcación territorial. Es este un marcador que se encuentra incorporado a las herramientas de control de la intranet fiscal.es para permitir el uso de esta variable en el dimensionamiento de las plantillas. En cualquier caso, la cifra global de plazas residenciales en todo el territorio nacional, actualmente superior a las 384.000, pone de manifiesto que la monitorización continua de las condiciones de vida, cuidados y trato a cada residente no puede recaer directa ni exclusivamente sobre la fiscalía.

Las fiscalías territoriales reportan el progreso y consolidación de la imprescindible colaboración con las administraciones competentes a la hora de desarrollar sus funciones en relación con los cuatro aspectos referidos. Los/as delegados/as supervisan e intervienen, generalmente de forma subsiguiente a la actividad de inspección y control de las administraciones respectivas, en lo relativo a los cuidados y condiciones de vida, servicios prestados y control del uso de contenciones y sujeciones.

Así, se ha logrado la identificación de numerosas deficiencias que, en la mayoría de los supuestos se han subsanado y resuelto en el plano administrativo, con aplicación, en su caso, de las oportunas sanciones. Ello sin perjuicio de algunos supuestos que dieron lugar a la derivación de las iniciales diligencias preprocesales civiles, a diligencias de investigación penal, por apreciarse indicios de presuntos delitos de maltrato en el centro residencial, según informan las Fiscalías de Teruel (1), Zaragoza (1), Burgos (1), Alicante (3), Valencia (1), Barcelona (3), Sabadell (1), Villanova y la Geltrú (1), Las Palmas (1), Gipuzkoa (1), Cáceres (4) y Ciudad Real (4).

En relación con la supervisión y regularización judicial de situaciones de involuntariedad sobrevenida de la permanencia en el centro, sigue persistiendo la inercia de algunos órganos judiciales en determinados territorios (A Coruña, Orense, Palencia, Tenerife, Alcobendas, Murcia, entre otros), de vincular necesariamente a la valoración y validación judicial del internamiento, el establecimiento de apoyos judiciales adicionales, denegando incluso la tramitación de la comunicación de la situación de involuntariedad sobrevenida si no va unida a la solicitud de provisión de apoyos.

Esta cuestión también fue abordada en las jornadas anuales de especialistas, subrayándose la vigencia de las conclusiones de la referida Circular 2/2017 –actualizadas en cuanto a sus fundamentos legales específicos, tras la Ley 8/2021–, en el sentido de que la validación judicial del internamiento residencial no conlleva necesariamente la incoación de un

procedimiento de provisión judicial de apoyos cuando ya se constata que la persona cuenta con apoyos suficientes y eficaces. En estos supuestos, las fiscalías informan que la interlocución y coordinación continua con los centros residenciales permite detectar rápidamente los supuestos necesitados de provisión de apoyos o, en su caso, de salvaguardas judiciales relacionadas con los ya existentes.

En cuanto a contenciones, durante el año se han detectado algunos problemas de coordinación entre entes administrativos. Este es el caso de las incidencias constatadas por la Fiscalía de Ávila respecto de la falta de cobertura médica de las sujeciones aplicadas en centros hospitalarios, en el momento del alta para traslado a recursos residenciales que carecen de profesional facultativo permanente. Se da lugar así a una situación de contención física no suficientemente cubierta con prescripción médica, cuya continuidad en el centro residencial debe abordarse por sus profesionales con cierta inseguridad jurídica, cuestión que encontraría solución en la debida protocolización de la sujeción en los traslados. Otras fiscalías territoriales reiteran la preocupación por las dificultades para exigir la cumplimentación de la cobertura de la contención con prescripción médica en aquellos centros que no cuentan con facultativo adscrito a los mismos. Algunas muestran su inquietud acerca de la necesidad de formar criterios para supervisar las contenciones farmacológicas de uso más frecuente (Palencia, Madrid), mediante la respectiva colaboración con los servicios de salud. También varias fiscalías territoriales, como es el caso de Madrid, Ávila o Soria, informan sobre el rechazo ocasional de las familias a la retirada o reducción de sujeciones y contenciones físicas o farmacológicas. Estas incidencias, si persisten tras facilitar la información adecuada, habrían de solventarse en sede judicial mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

Continúa progresando la sensibilización de los profesionales y de los centros para reducir y eliminar las contenciones y sujeciones. En ese sentido, la Fiscalía de Álava informa de la obtención de certificaciones como centros libres de sujeciones de gran parte de los radicados en su territorio, así como de la importante concienciación de los profesionales y del servicio de inspección del Instituto Foral de Bienestar Social. La Fiscalía de Extremadura destaca la mejora de la coordinación con la administración territorial en 2023, y el progreso de muchos centros radicados en su territorio, 21 de los cuales (de 52) iniciaron programas de eliminación total de las sujeciones, habiendo certificado el cumplimiento del referido objetivo. En este territorio se cifra el avance de la cobertura de las contenciones con prescripción facultativa documentada, del 60% en 2022 hasta el 97% constatado en 2023.

La Fiscalía de Navarra incorpora en su memoria un interesante y minucioso estudio de prevalencia que acredita estadísticamente la tendencia descendente de la utilización de contenciones: a fecha 31 de diciembre de 2023, los centros de personas con discapacidad muestran una prevalencia en el uso de contenciones en el 14,38% de los residentes, frente al 16,10% existente en la misma fecha del ejercicio anterior. La cifra se mantiene estable respecto de residencias de personas mayores, en torno al 13% de los residentes, consolidando el sensible descenso obtenido desde el 17,34% constatado en ejercicios anteriores.

Respecto de la supervisión de otras condiciones de vida digna y respeto de otros derechos fundamentales, destaca la iniciativa de la Fiscalía de Pontevedra de incluir en su monitorización la comprobación de las condiciones de respeto a la intimidad personal de los residentes, en relación con los cuidados relativos a su aseo e higiene personal**.** También esta Fiscalía, junto con otras como la de Sevilla, se han preocupado del plano relacional y de inclusión social de los residentes, salvaguardando un régimen de salidas y visitas de familiares y allegados que permita mantener su trayectoria vital anterior y que no incorpore restricciones arbitrarias o injustificadas. En este último sentido, la Fiscalía de Sevilla ha incidido en la situación de los residentes con gran dependencia, a fin de garantizar que su ubicación dentro del propio centro no suponga un trato discriminatorio que limite su bienestar personal, en el marco de los especiales cuidados que requiera su específica condición de salud y ante situaciones de emergencia (evacuación).

9.1.2.5 La colaboración con las entidades de apoyo

La mayor parte de las fiscalías territoriales informan de niveles muy satisfactorios de colaboración y coordinación con las entidades públicas y privadas que prestan apoyos en sus respectivos territorios. Cabe destacar, por ser una reflexión compartida por muchas de las fiscalías provinciales, la necesidad de mejorar la implementación del apoyo urgente a cargo de la entidad pública territorialmente competente, previsto en el art. 253 CC. Se sugiere abordarlo, bien mediante instrumentos normativos, bien protocolizando la necesaria coordinación entre juzgados, fiscalías y administraciones involucradas; preocupación que se encuentra en línea con las conclusiones de las jornadas de fiscales especialistas del pasado año.

Por otra parte, en diversos territorios (Madrid, C. Valencia, Castilla y León y Galicia) las fiscalías aprecian la saturación y riesgo de desbordamiento de algunas de las entidades de apoyo de referencia, requeridas tanto de refuerzo de medios personales como de una

financiación suficiente. En relación con la financiación de los apoyos provistos por resolución judicial a cargo de entidades sin ánimo de lucro, debe destacarse la paulatina extensión del modelo de inclusión de los apoyos para ejercer la capacidad jurídica en los catálogos de servicios de las administraciones prestacionales y, en consecuencia, sufragados total o parcialmente por estas. Las diferencias observadas en cada comunidad autónoma sugieren la conveniencia de que la cuestión se valore en los mecanismos de coordinación territorial de las prestaciones y servicios respectivos.

9.1.3 Actuaciones procesales de las Fiscalías

9.1.3.1 Revisión de procedimientos conforme a la (DT.ª 5.ª)

La entrada en vigor del nuevo sistema de apoyos a la capacidad jurídica establecido por la Ley 8/2021 trajo consigo el mandato legal de revisar la situación de los expedientes anteriores, que amparaban la incapacitación o la modificación de la capacidad jurídica. El régimen transitorio establecido en la nueva ley instauró un procedimiento de revisión con un marco temporal de tres años, que se afrontó careciendo de datos estadísticos sobre el volumen de asuntos afectados. La inminencia del fin del plazo transitorio otorgado para la realización de los procesos de revisión obliga a evaluar la situación.

Según cifras del CGPJ, se constata a fecha 31 de diciembre de 2023:

– 36.116 revisiones finalizadas conforme a la DT.ª 5.ª

– 77.218 procedimientos de revisión pendientes de iniciar.

– 31.407 procedimientos de revisión en tramitación en los juzgados competentes.

La valoración del ejercicio 2023 arroja una dinámica progresiva muy positiva en relación con los ejercicios precedentes. Se ha incrementado el ritmo de revisiones realizadas en un +59,75% respecto del año anterior y se ha conseguido reducir en un –28,83% el volumen de los procedimientos sin revisar.

La disparidad de ritmos y de cargas de trabajo de los distintos juzgados, especializados o no, mixtos o de primera instancia, no permiten realizar una proyección real. En mero cálculo aritmético, manteniendo el nivel global alcanzado en este año, se precisarían exactamente

un total de 3 años y 4 meses para resolver los 119.143 procedimientos que penden de disponer de su correspondiente resolución de acomodo a los principios de la nueva legislación. Algunas fiscalías señalan las enormes dificultades de acceder a conocer incluso la totalidad de casos por revisar, apuntando principalmente a los antiguos procedimientos de rehabilitación o prórroga de la patria potestad, previos a la informatización judicial.

Hemos expuesto en líneas precedentes la asunción por parte de muchas fiscalías territoriales de la iniciativa procesal y el notable incremento de las diligencias preprocesales tramitadas con carácter previo a la iniciativa procesal ante los juzgados de la medida de apoyo más adecuada a la persona con aplicación de los principios reformados. Así ha sucedido en este año, singularmente, en Fiscalías como Madrid, Valencia, Cáceres, Badajoz o Cádiz. Las fiscalías explicitan el valor del impulso de oficio, fundamentalmente realizado por los órganos judiciales especializados, registrándose grandes diferencias respecto del resto de órganos judiciales de primera instancia y mixtos en todo el territorio nacional. No obstante, hay provincias como Araba, cuya Fiscalía resalta la implicación de todos los órganos judiciales afectados. Es de resaltar que cuando se ha nombrado un juez de refuerzo y se ha dedicado exclusivamente a los procesos de revisión, como ha sucedido este año en Barcelona capital, la iniciativa de oficio ha cobrado un protagonismo absoluto.

Con la finalidad de facilitar la citada revisión de procedimientos, se aprobó un programa de actuación para la revisión de medidas en materia de capacidad de las personas por resolución de la Directora General para el Servicio Público de Justicia de 31 de marzo de 2022. Este programa, basado exclusivamente en medidas de auto refuerzo, se ha desarrollado en tres fases sucesivas de seis meses. La segunda fase se desarrolló en el segundo semestre del año 2023. En esta, con el objetivo de dinamizar la iniciativa y participación de los fiscales en los procedimientos de revisión, se aminoraron de manera proporcional las cifras mínimas para la participación, y correlativamente los complementos a percibir, logrando un incremento de +42,81% de actuaciones revisoras realizadas por los fiscales auto reforzados por esta segunda fase del plan, que en la actualidad sigue en vigor hasta junio 2024 exclusivamente para la carrera fiscal.

En general, debemos reiterar que pese a la intensa labor informativa realizada desde las fiscalías y los juzgados, persiste cierto recelo por parte de las familias cuidadoras ante los cambios legales. El reconocimiento de una mayor autonomía de las personas con discapacidad, la activa participación que les reconoce la ley como criterio orientador del ejercicio de los apoyos y una importante opción desjudicializadora, cuando la familia preste los apoyos de manera natural y suficiente, son cambios de tal entidad que han dado lugar a

una situación de expectación en familias y entidades prestadoras de apoyos, a la espera de los criterios interpretativos de juzgados y tribunales.

De ahí que haya sido casi inexistente o testimonial la iniciativa privada para revisar las sentencias que preveía también la DT.ª 5.ª, recayendo exclusivamente en la que se realiza de oficio o a instancia del MF. Es de rigor aludir a la excepcionalidad que se registra en Lleida. De los 609 procedimientos de revisión tramitados en el año, el 16,25% han sido incoados de oficio; el 52% lo han sido a instancia de fiscalía y el 31,7%, a instancia de particulares/fundaciones. Es importante además reseñar que, dentro de esta iniciativa privada, en el 43% se ha formulado por la propia persona con discapacidad. En estos casos se ha tratado de personas que desarrollan un trabajo ocupacional y tienen el apoyo de una fundación. Esta particularidad responde al trabajo extraprocesal desplegado por la Fiscalía acudiendo a centros y fundaciones.

Pese a su enorme interés, se carece de la posibilidad de ofrecer datos estadísticos sobre el sentido de las resoluciones dictadas en estos procedimientos de revisión. Ni las aplicaciones judiciales ni fiscales recogen información acerca del concreto contenido de los autos dictados. La mayor parte de las fiscalías perciben una mayoría de resoluciones de archivo por constar una guarda de hecho suficiente y eficaz. De manera ocasional, alguna transmite la percepción de una mayoría de resoluciones de revisión por medio de curatelas representativas (singularmente en Palencia, Salamanca y Ciudad Real).

La importancia de verificar la percepción y volumen de esa posible tendencia desjudicializadora, nos ha sugerido la oportunidad de ofrecer datos, siquiera de una muestra representativa: un volumen de 16 fiscalías territoriales de manera paciente y manual han ido anotando el sentido de las resoluciones de revisión notificadas. La muestra analizada de 4.327 autos de revisión alcanza el 11,98% de la totalidad de procedimientos que constan revisados en las estadísticas del CGPJ.

En ese bloque de procedimientos de revisión finalizados, cuyas resoluciones han podido ser clasificadas, se dictaron resoluciones de apoyos judiciales (curatela) en el 41,06% de casos y de archivo, por existir una guarda de hecho suficiente y eficaz, en el restante 53,8%. Consta un 5,13% de resoluciones de archivo por otros motivos indeterminados. Se excluyen en esta contabilización aquellos autos de archivo dictados sin mediar procedimiento revisorio debido al fallecimiento de la persona.

La variabilidad porcentual por territorio es muy alta y se observan distintas tendencias provinciales. Con mayoría de apreciación de la existencia de guardas de hecho se encuentran las provincias de Sevilla, donde se constituyen curatelas en el 24,8% de casos revisados, mientras que se archivan, por reconocer una guarda de hecho, en el 71,12% (porcentaje muy similar al malagueño, burgalés o castellonense); en Araba, el porcentaje de guardas de hecho constatadas es del 64,6% frente al 34,55% de curatelas; en Navarra, el porcentaje es de 60,7% de guardas constatadas y 39,3% curatelas; y en Alicante capital, el porcentaje de guardas de hecho es del 57,14% frente al 42,8% de nuevas curatelas.

En tendencia inversa, con una mayoría de transformación en curatelas, se sitúan las provincias de Segovia, en la que casi en su totalidad se han dictado resoluciones de curatela, en el 98,1%, frente a un 1,8% de guardas de hecho; Soria, con un 77% de curatelas o A Coruña, con un 74,5%. Con menor distancia porcentual entre las dos opciones se sitúan las provincias de Albacete y Toledo, con un volumen del 67,8% de autos de curatela dictados en revisión, y Pontevedra, con el 51,59%. Finalmente, restan otras provincias en las que las resoluciones de curatela son mayoritarias, aun cuando porcentualmente sean inferiores al 50%, al convivir con otros supuestos de archivo ignorados. Son los casos de Ávila, con un 43,2% de curatelas y el 9% de guardas de hecho; y finalmente Almería y Guadalajara, con un volumen de 39,4% curatelas frente al 26,27% de archivo por guardas de hecho.

Son excepcionales aquellas fiscalías que dan cuenta de la finalización de la revisión, como Palencia (a salvo de la aparición de algún caso de patria potestad prorrogada no controlado), o que aventuran el cumplimiento del plazo legal, en territorios como Guadalajara, Araba o Almería.

En algún territorio aislado se ha impuesto el criterio judicial de aplicar el cauce procesal del artículo 42 bis c).3 de la LJV a las revisiones dispuestas por la DT.ª 5.ª de la Ley 8/2021, al no prever esta un cauce procesal concreto, interpretando que la oposición de la persona con discapacidad a cualquier apoyo que le pudiera prestar su actual tutor/a determinaba la necesidad de tramitar la revisión –legalmente imperativa–, como procedimiento contencioso. La desestimación de los recursos de apelación interpuestos por la fiscalía contra los autos dictados por los Juzgados de Familia de A Coruña ha llevado a que se deban incoar, en cada caso, las oportunas diligencias preprocesales para la presentación de la oportuna demanda de juicio verbal solicitando la revisión de la sentencia conforme a la DT.ª 5.ª

9.1.3.2 Los procedimientos de provisión de apoyos iniciados con arreglo a la nueva legislación

9.1.3.2.1 El respeto a la voluntad de la persona con discapacidad

Uno de los principales ejes de la nueva legislación sobre apoyos es el principio de consideración de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Al igual que sucedió en 2022, en la inmensa mayoría de los supuestos en los que se optó por solicitar la provisión judicial de apoyos, el procedimiento de jurisdicción voluntaria finalizó sin oposición sustantiva a su establecimiento por parte de la persona con discapacidad. Así, los procedimientos contenciosos de provisión de apoyos tienen un peso relativo mínimo, en algunos territorios prácticamente insignificante. En volumen nacional, las estadísticas judiciales aportan el dato de un 3,21% de casos en que se ha presentado oposición por juicio verbal, con 898 demandas de juicio verbal registradas en el año 2023. Esta cifra supera en el +6% a la registrada en el año precedente.

Se confirma, por lo tanto, el éxito del modelo de procedimiento de jurisdicción voluntaria, el cual –al pivotar sobre la entrevista de la persona con discapacidad y la consideración de su voluntad, deseos y preferencias, junto con la valoración de los profesionales socio sanitarios conocedores del caso y de las circunstancias personales y de su entorno–, permite llegar a fórmulas de apoyo individualizadas y acordadas con la propia persona.

Y a este éxito tampoco es ajeno, en gran número de casos, el trabajo previo realizado por las fiscalías en las diligencias preprocesales ya referido. Destacan las buenas prácticas desarrolladas, entre otras, en la provincia de León, en donde se procura llevar al juzgado una solicitud asentada en la consideración de la voluntad de la propia persona con discapacidad, que ya ha sido escuchada previamente en su oficina.

9.1.3.2.2 La entrevista de la persona con discapacidad en el procedimiento judicial

Sobre la entrevista de la persona con discapacidad –elemento nuclear del procedimiento judicial y cuya omisión o realización sin los ajustes y adaptaciones necesarias generaría un riesgo cierto de indefensión–, muchas fiscalías comunican que se mantienen las dificultades para asegurar la presencia del MF en todos los supuestos. Esta situación se da especialmente en fiscalías medianas y pequeñas, con plantillas reducidas y cuyos integrantes acumulan la cumplimentación de diversos servicios, en las que se requeriría una mayor coordinación con los órganos judiciales para lograr la concentración de señalamientos que compatibilice la agenda judicial con la disponibilidad de los fiscales.

Alertan algunas delegaciones sobre la necesidad de velar por el cumplimiento de la inmediación judicial en la entrevista de la persona con discapacidad, tanto en los procedimientos de provisión de apoyos como en los de revisión, subrayando que la existencia de informes médicos que certifiquen una imposibilidad absoluta de comunicación o de acceso a la voluntad de la persona no obsta a la comprobación directa de la persistencia de dicha situación, también con ocasión de las revisiones periódicas que se sucedan conforme a la nueva ley.

Debe reiterarse la trascendental misión del MF al velar por las garantías en torno a esta diligencia judicial, en orden a asegurar que se celebre en un marco adecuado y en condiciones idóneas para su desarrollo, y que la comunicación con la persona con discapacidad se aborde «en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario» (art. 18.4 LJV).

El año transcurrido no ha supuesto avances significativos en la aportación de medios para la implementación práctica por parte de las administraciones competentes de la figura del facilitador. Debe recordase, una vez más, que, tras su incorporación a la ley como parte integrante del contenido del derecho subjetivo a los ajustes, vinculado al derecho de acceso a la justicia, las personas con discapacidad están habilitadas para exigir que su intervención procesal sea acompañada del mismo, de conformidad con el tenor literal del artículo 7 *bis* 2 c tanto en la LJV como en la LEC.

Subraya la Fiscalía de Alicante la necesidad de que los órganos judiciales adapten los contenidos y forma de las notificaciones y de la documentación judicial, considerando la naturaleza de la discapacidad concurrente en la persona con quien deban de practicarse. Otras fiscalías comunican la necesidad de redoblar esfuerzos en materia de formación del personal al servicio de la Administración de Justicia, con el fin de superar inercias propias de la legislación anterior en cuanto al trato dado a la persona con discapacidad durante la práctica de diligencias judiciales. Subrayan el objetivo, irrenunciable, de que el trato a la persona con discapacidad sea el propio de su consideración como pleno sujeto de derechos procesales, a fin de que se le provea siempre, directamente, o con los apoyos que precise, de la información que proceda en cada caso, y que se le sitúe en espacios adecuados que aseguren sus posibilidades de intervención durante la práctica de las actuaciones de que se trate. En este marco de actuaciones y en relación con el derecho a la accesibilidad universal, la Fiscalía de Soria ha impulsado la pionera iniciativa de solicitar de los órganos judiciales la

habilitación de la conexión del sistema de sonido de las salas de vistas a los audífonos utilizados por personas con discapacidad auditiva.

9.1.3.2.3 El principio de subsidiariedad de la intervención judicial y la guarda de hecho

Las fiscalías territoriales confirman, con carácter general, la consolidación, durante el año 2023, del principio de subsidiariedad de la intervención judicial en la provisión de apoyos. El peso relativo del porcentaje de procedimientos que concluyen con establecimiento de un apoyo judicial debe considerarse a la luz del descenso de incoación de procedimientos judiciales de apoyo que se viene constatando desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Esto se debe, principalmente, a la exhaustividad de las diligencias preprocesales practicadas en fiscalía, que son determinantes para lograr que los casos que cuentan con apoyos voluntarios, o bien con guarda de hecho suficiente y eficaz, o bien con un entorno social y comunitario de apoyo adecuado y bastante, finalicen su recorrido de tramitación con el decreto de archivo del fiscal que así lo constata, sin llegar a judicializarse.

Las estadísticas judiciales confirman esta percepción. Comparativamente, el volumen de procedimientos judiciales instando medidas judiciales de incapacitación en los años previos a la entrada en vigor de la Ley 8/21, en relación con los subsiguientes, confirman la aminoración de procedimientos judiciales, poniendo cifras a la desjudicialización donde claramente residen las situaciones de guarda y/o apoyos voluntarios.

Tomando como referencia las estadísticas de 2019 (desestimando el año 2020), partimos de un volumen de 33.315 procedimientos iniciados ante los juzgados competentes. En el primer año de entrada en vigor de la reforma del CC, año 2021, se produjo una contracción del volumen de solicitudes judiciales del –22,76%, prácticamente un parón en su cuarto trimestre. Con la misma referencia del año 2019, en el ejercicio del año 2022 esta contracción fue del –17,10%; y en el año 2023 –que podemos considerar como de estabilización y consolidación de criterios judiciales interpretativos de la Ley 8/21–, la desjudicialización es del -16,17% (siempre en términos comparativos a la legislación precedente).

Cierto es que se ha registrado un leve repunte en este año en los procedimientos incoados ante los juzgados en un +1,38% (27.926) en relación con el año 2022, poco relevante.

Lamentablemente, la limitación de las estadísticas judiciales y fiscales no permiten la anotación del sentido de las resoluciones dictadas: si disponen medidas de apoyo judiciales o archivan por no ser estas necesarias. Los informes presentados por los fiscales, aportando

datos computados manualmente, no alcanzan una cifra suficiente para aportarlas como muestra relevante. Esta imposibilidad dificulta el análisis completo de la desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad llevada a cabo por la reforma del CC.

Además de la eficacia de este filtro previo de la fiscalía, algunas como Cantabria, subrayan el avance del principio de subsidiariedad de la intervención judicial manifestado, en la opción por el establecimiento de apoyos ocasionales –defensor judicial o concretas autorizaciones al guardador–, sin necesidad de recurrir a un apoyo judicial estable o continuado.

La guarda como fórmula de apoyo natural sigue consolidando su espacio, sin perjuicio de que se sigue constatando, como ya se ha expuesto, cierto rechazo de las familias a esta modalidad de apoyo informal, fundamentalmente por las dificultades que se produjeron en los primeros momentos de aplicación de la nueva legislación, sobre todo en la gestión de la economía doméstica ante las entidades bancarias y en la actuación frente a administraciones públicas, en particular frente a las administraciones prestacionales.

Ese rechazo inicial con que la nueva regulación de la guarda de hecho fue recibida en 2021 es el contexto en el que se desarrollaron durante su primer año de aplicación, dos procedimientos judiciales en los que tras adoptarse medidas judiciales de apoyo, la fiscalía interpuso sendos recursos de casación, desestimados finalmente por STS 1442/2023 y 1443/2023 de 20 de octubre, ambas del Pleno de la Sala Primera, que confirmaron la adopción de medidas judiciales de apoyo acordadas en segunda instancia. Pende por resolver un tercer recurso de casación anunciado por la Fiscalía de Málaga.

Debe subrayarse que en los dos casos referidos se trataba de procedimientos iniciados por familiares legitimados antes de la entrada en vigor de la ley. Las partes actoras contaban –según la legislación vigente al tiempo de interponer las respectivas demandas–, con la legítima expectativa de obtener una resolución judicial de tutela o de curatela, como era habitual hasta esa fecha.

Los tiempos propios de la tramitación de los recursos en segunda instancia y casación determinaron que los hechos y circunstancias del caso fueran valorados por el Alto Tribunal a la luz de unas alegaciones de las partes en relación con las dificultades para el desenvolvimiento de la guarda de hecho que, pudiendo existir entonces, están siendo progresiva y ampliamente superadas en la actualidad.

Por eso debe subrayarse, como enfatizan ambas resoluciones, que sus fundamentos y pronunciamientos se sitúan en el contexto del caso concreto y se enmarcan en las circunstancias del entorno social y comunitario contemporáneo al mismo: la insuficiencia de la guarda se concluyó sobre la situación personal y ambiental de los guardadores, que se veían a sí mismos como imposibilitados para ejercerla en un entorno que aún no había desarrollado los itinerarios y herramientas prácticas para que la guarda fuera suficiente y eficaz.

En la perspectiva dinámica en la que nos hallamos inmersos, se puede afirmar que tras el año 2023, el desenvolvimiento de la guarda se ha ido abriendo camino apoyado en iniciativas para impulsar su aplicación, entre las que destaca la ya expuesta colaboración entre la fiscalía y las entidades bancarias o la Circular informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del notariado, *sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho*. Por consiguiente, no cabría extrapolar conclusiones generalizadas de las sentencias citadas, pues persisten barreras aún por remover.

En el ámbito de la operativa bancaria, la aplicación de los protocolos y de las herramientas diseñadas para facilitar el ejercicio de la guarda de hecho se encuentra en diverso grado de progreso e implantación, tal y como se aprecia en los distintos territorios y entre la pluralidad de las entidades bancarias que conforman el sector en España. Así, desde los importantes progresos que se perciben en Ávila, Cantabria, Cáceres o Madrid, hasta la escasa difusión de estos instrumentos, que se constata por la Fiscalía de Las Palmas en las oficinas bancarias de su territorio, o la necesidad de impulsar su extensión a todas las oficinas bancarias, tanto en zonas urbanas como en entornos rurales, como se demanda por la Fiscalía de Asturias.

Una parte importante de las fiscalías territoriales apuntan interesantes sugerencias para acelerar estos progresos, centradas todas ellas en el impulso de la información sencilla y en formatos accesibles, en particular respecto de la documentación bancaria generada en torno a las declaraciones de responsabilidad, consentimientos y manifestaciones de voluntad que deben acompañar al ejercicio de todo apoyo –y no exclusivamente al del guardador de hecho– en este ámbito.

Algunas fiscalías territoriales plantean también las reticencias de las familias respecto a la figura de la guarda en relación con los apoyos precisos en las decisiones a tomar en materia de salud, a pesar de que en este campo el guardador familiar tiene reconocido un ámbito propio de actuación en la regulación de la información asistencial, consentimiento informado

y acceso a la historia clínica contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica.*

9.1.3.2.4 El alcance e intensidad de los apoyos judiciales acordados conforme a la nueva ley

En cuanto a las fórmulas de apoyo judicial se observa en parte de los territorios la prevalencia de la curatela representativa frente a la asistencial. Sin embargo, debe apreciarse aquí también que el reflejo estadístico simplifica una realidad mucho más compleja. La dicotomía entre el apoyo asistencial o representativo no se acomoda al espíritu de la ley ni a la realidad de la gran mayoría de los supuestos, en los que se requiere un marco de apoyo asistencial, mayoritario, junto con la concreción de ciertas facultades representativas.

De estas facultades representativas, gran parte no se refiere a representaciones sustantivas en el sentido de otorgar al apoyo la capacidad de tomar decisiones en sustitución de la persona con discapacidad. La mayoría de los supuestos en los que se aprecia la necesidad de otorgar facultades representativas van referidos a facultades instrumentales, no decisorias, pero imprescindibles para dar un adecuado seguimiento al apoyo asistencial. Así es el caso de las facultades necesarias para facilitar el acceso a la información administrativa o bancaria, al ejercicio de derechos de protección de datos o –en el plano del apoyo en el cuidado de la salud–, a la información médica asistencial, a la prescripción y dispensación de fármacos o al seguimiento de determinadas terapias o tratamientos.

Se constata la necesidad de avanzar en la conformación de buenas prácticas para facilitar al órgano judicial la laboriosa tarea de especificar en cada caso los ámbitos concretos en los que se debe prestar el apoyo y cuáles de las facultades otorgadas tendrán carácter asistencial y cuáles, cuando sea estrictamente necesario, tendrán carácter representativo.

Un año más, debe señalarse que en una parte importante del territorio con significativo volumen de población –Aragón y Cataluña– se encuentra aún pendiente de aprobación la nueva legislación en materia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. Si bien en Cataluña el Decreto-ley 19/2021, de 31 de agosto, *por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad* abrió un camino transitorio en tanto se tramitaba la reforma legal definitiva, en Aragón no se cuenta aún con instrumento legal actualizado, aunque su actual tramitación en el parlamento autonómico permite vislumbrar una pronta adecuación a los principios convencionales.

9.1.3.2.5 Otras cuestiones sobre el procedimiento judicial de provisión de apoyos

Las memorias de las fiscalías territoriales ponen de manifiesto la diversa aplicación que los juzgados hacen de lo dispuesto en el art. 42 *bis* a) 4 de la LJV, en cuanto establece, de una parte, la posibilidad de que la persona con discapacidad actúe con su propia defensa y representación, al tiempo que, de otra parte, en caso de que no se dé dicha actuación de la persona por sí misma, impone el nombramiento de un defensor judicial que actuará por medio de abogado y procurador.

Se reporta que existen órganos judiciales que, a fin de agilizar los procedimientos, optan por hacer recaer el nombramiento de defensor judicial en la entidad pública de apoyos del respectivo territorio (Albacete o Madrid), la cual se persona directamente en el procedimiento, sin que la persona con discapacidad sea provista de una defensa técnica en sentido estricto, a pesar de existir servicios específicos a tal fin en los respectivos colegios de abogados.

Otras dificultades en torno a la defensa judicial durante la tramitación del procedimiento son las que surgen en relación con el coste de honorarios de abogacía y representación del defensor judicial de la persona con discapacidad, que en determinados territorios no se están interpretando como incluidos en el ámbito del reconocimiento excepcional del derecho a la asistencia jurídica gratuita por razón de discapacidad (art. 5 Ley 1/1996). También se incide en la complejidad y dilación del procedimiento que supone la tramitación del nombramiento de defensor judicial a la hora de resolver sobre autorizaciones judiciales a la actuación de quien ejerce el apoyo.

Las circunstancias y dificultades expuestas invitan a reflexionar sobre posibles remedios para evitar obstáculos adicionales y posibilitar la implementación práctica, según el espíritu de la ley, de un procedimiento concebido sobre el modelo de jurisdicción voluntaria, caracterizado por su sencillez y por su reducción de trámites y costes.

9.1.3.3 Actividades de control de las medidas judiciales de apoyo

El seguimiento y control de las medidas judiciales de apoyo se realiza de forma ordinaria a través de los informes y rendiciones de cuentas que la propia resolución judicial de provisión de apoyos ha establecido previamente. En consecuencia, las fiscalías territoriales velan por que toda provisión judicial de apoyos venga acompañada por medidas de control y salvaguarda suficientes, proporcionadas a las facultades que se atribuyen a quien haya de ejercerlos.

Se siguen hallando excepcionales supuestos en los que los órganos judiciales establecen el apoyo sin acompañarlo de medida de control, por lo que la fiscalía interpuso los correspondientes recursos –hasta en 18 expedientes en el caso de la Fiscalía de Segovia–, o acudió a otros remedios procesales eficaces, mediante peticiones de subsanación o complemento de las respectivas resoluciones, según informa la Fiscalía de Valencia.

El informe de situación personal unido a una rendición de cuentas anual sigue siendo la fórmula de control más frecuente si se establecen curatelas con facultades de representación. Si son asistenciales, se suele limitar a un informe de situación personal. A su vez, respecto de la revisión periódica de los apoyos, la generalidad de los plazos fijados se sitúa en los tres años. Cuando el plazo de revisión es anual o inferior, el informe y rendición de cuentas queda integrado en la propia tramitación de la revisión del expediente.

La intensidad y periodicidad de las fórmulas de control se determina, no obstante, caso por caso, de forma congruente con el plazo fijado para la revisión de los apoyos y con el grado de parentesco entre el apoyo y la persona con discapacidad, así como con la presencia o no de riesgo de surgimiento de conflicto de intereses.

El remplazo del sistema anterior –que generalizaba la rendición de cuentas anual– por el nuevo modelo –en el que cada expediente tiene su propio mecanismo de control periódico y su plazo de revisión individualizado, incluso dependiendo de los diversos contenidos de las medidas de apoyo acordadas– exige modernizar las aplicaciones judiciales para asegurar la automatización de las alertas por el transcurso de los plazos respectivos. En el caso de las aplicaciones fiscales, se ha diseñado por la Unidad una ficha para grabar estos elementos de control temporal, cuya incorporación pende de las administraciones responsables.

9.1.3.4 Internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico

Las fiscalías informan de la falta de adaptación de las aplicaciones informáticas para seguir las prórrogas de los internamientos psiquiátricos, control que ahora pende en exclusiva de la oficina judicial y en cuya tramitación la mayoría de las delegaciones se limitan a emitir el respectivo dictamen cuando reciben el traslado.

No obstante, la generalidad de las fiscalías informa del cumplimiento estricto de los plazos, tanto en los dictámenes para la autorización/ratificación inicial del internamiento como en los emitidos para la aprobación de sus sucesivas prórrogas. Para lograr este objetivo, muchas

establecen turnos de disponibilidad que aseguren el cumplimiento de dicha función en tiempo y forma.

Respecto del uso de contenciones físicas y farmacológicas en unidades psiquiátricas, los delegados resaltan que ya se encontraba protocolizado y documentado, en la mayoría de los supuestos, incluso con anterioridad a la Instrucción 1/2022, por lo que no se han detectado irregularidades significativas en este campo.

Este año destaca la preocupación, subrayada por fiscalías como la de Cantabria, Baleares o la de Badajoz, por el progresivo aumento de los ingresos psiquiátricos de menores y por las deficiencias detectadas por la inexistencia de suficientes plazas y centros dotados para afrontar estos casos. Analiza Baleares la prevalencia del porcentaje de niñas respecto de los niños (franja de edad de 12 a 18 años), siendo la causa más frecuente la ideación autolítica, que dobla en número a los trastornos de conducta alimentaria.

Es reseñable la constatación, por la Fiscalía de Alicante, de la satisfactoria coordinación con la sección de vigilancia penitenciaria respecto de la situación y respeto de la dignidad y derechos de las personas que cumplen medidas de internamiento en centros psiquiátricos penitenciarios, así como de la valoración de sus eventuales necesidades de apoyo.