

2.5 Protección de los derechos de las personas con discapacidad

2.5.1 CUESTIONES GENERALES

El cumplimiento de la misión constitucional que el art. 124 CE atribuye al Ministerio Fiscal, adquiere una singular relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables.

Las Fiscalías actúan conforme al principio de unidad de actuación, siguiendo la doctrina de la Fiscalía General del Estado plasmada en la Instrucción 4/2008 *sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapacitadas*; Instrucción 4/2009, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas* e Instrucción 3/2010, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas*. Últimamente debe destacarse la Circular 2 /2017, *sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores*.

Dando cumplimiento a lo establecido en la Instrucción 4/2009 *sobre organización de las Secciones de lo Civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*, las fiscalías provinciales han creado dentro de la Sección Civil un grupo específico de fiscales encargado del despacho del papel relacionado con la protección de las personas con discapacidad.

Muchas fiscalías reclaman la necesidad de adscribir a la sección un médico forense para efectuar los reconocimientos en las diligencias preprocesales a fin de poder presentar las demandas o solicitar las medidas cautelares oportunas con mayor celeridad y la adscripción a la Fiscalía de trabajadores sociales y policía especializada.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Valencia incoa diligencias de investigación penal en relación a delitos patrimoniales y de malos tratos por parte de cuidadores de personas con discapacidad, parientes no amparados ya por excusa absolutoria desde la modificación del art. 268 del Código Penal por LO 1/2015 o incluso de directores de residencias de personas mayores. Se ha solicitado la declaración de desamparo y asunción de tutela por la Generalitat en varios supuestos en los que se ha constatado situaciones extremas de desprotección, bien por inadecuado ejercicio de la tutela, bien por inexistencia de parientes, con apoyatura legal en los arts. 239 y 216 del Código Civil.

Expone la Sección de la Fiscalía Provincial de Palencia la coordinación que se ha tratado de llevar entre la Fiscalía y la Delegación de Economía y Hacienda de la provincia de Palencia y el Abogado

del Estado en Palencia para sentar criterios unificados de actuación en relación a los fallecimientos de personas discapaces sin haber otorgado testamento y sin familiares a los efectos de controlar los saldos resultantes de las cuentas finales presentadas por los tutores (generalmente fundaciones), averiguación de hipotéticos parientes y en su caso lograr la sucesión a favor del Estado prevista en el art 956 CC.

En cuanto a la figura del guardador de hecho, la Sección de la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife expone que siguen profundizando en su aplicación. Se han elaborado unos formularios que se entregan a los particulares cuando acuden a la Fiscalía para interesar la interposición de la correspondiente demanda para promover la discapacidad de un familiar, cuando lo requieren para aspectos concretos. Se les informa que para esos actos en concreto es suficiente con solicitar del Juzgado el reconocimiento de la condición de guardador de hecho y de esta forma obtener del Juzgado la autorización necesaria sin la declaración de discapacidad.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Alicante ha promovido una actuación de coordinación entre los diferentes agentes implicados con las personas con discapacidad, bienestar social, sanidad, entidades locales, asociaciones de usuarios, unidades de salud mental y atención primaria. Se va a constituir un grupo asesor en el inicio de funcionamiento de la Red de Salud Mental de la *Consellería* de Sanidad universal de la Generalitat Valenciana para establecer líneas de coordinación, y de la que va a formar parte la Fiscalía, habiendo celebrado varias reuniones que se valoran de modo muy positivo.

La Sección de Las Palmas expone las mejoras organizativas tendentes a garantizar el principio de unidad de actuación: se controlan todos los expedientes de protección de personas con discapacidad de la Fiscalía Provincial (incluidos, por tanto, los procedentes de la Sección Territorial y de la Fiscalía de Área) mediante el visado por parte de la Fiscal Decana del decreto de resolución que pone fin al expediente de protección –que ha de ser siempre motivado– y de la demanda o del escrito de promoción del correspondiente procedimiento judicial a que, en su caso, da lugar, junto con un extracto que recoge los aspectos relevantes para facilitar la posterior vista o comparecencia judicial. Cabe destacar asimismo la celebración de reuniones periódicas en las distintas sedes a las que acude la Fiscal.

2.5.2 DILIGENCIAS PREPROCESALES

Tras la recepción en la Fiscalía de la noticia de la existencia de personas con necesidades de apoyo, se procede a la incoación de dili-

gencias preprocesales para llevar a cabo la averiguación de los elementos fácticos necesarios para decidir sobre la interposición de demanda y su contenido.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa en todos los casos de finalización del procedimiento sin interposición de demanda lo notifica al interesado que ha promovido el expediente a los efectos de que pueda tomar conocimiento de su conclusión.

Expone la Sección de la Fiscalía Provincial de Granada que a los efectos de que la información médica sea lo más completa posible, se han abierto cauces de comunicación con los principales hospitales de la capital, diversas residencias geriátricas, y la red de servicios sociales, tanto autonómicos como locales, para que nos remitan toda la documentación médica de que dispongan respecto a la persona a que el expediente se refiere.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Badajoz explica que se pone especial cuidado en evitar situaciones de preterición de parientes de la persona con presunta discapacidad.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Soria expone que para la selección de la persona más idónea para ejercer el cargo de defensor judicial y en su caso de tutor, cuando el caso presenta dudas, realiza entrevistas con los familiares o personas próximas al presunto discapaz, con la finalidad de evitar dilaciones innecesarias una vez que el procedimiento se ha incoado en el Juzgado.

2.5.3 PROCEDIMIENTO

El Ministerio Fiscal está legitimado para presentar la demanda de determinación de la capacidad jurídica y de adopción de los medios de apoyo y salvaguarda que se estimen pertinentes, cuando no lo haga ninguna de las personas mencionadas en el art. 757 LEC, con la única excepción de la incapacitación de los menores de edad, que sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o tutela (art. 757.5 LEC).

En el desarrollo de esta tarea se ha profundizado en la aplicación de los principios de la Convención de Nueva York *para la protección de los derechos de las personas con discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, y en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008, y en el seguimiento de las líneas trazadas por la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, *sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas* así como en la aplicación del *Manual de buenas prácticas del Ministerio*

Fiscal en la protección a las personas con discapacidad siguiendo como principio inspirador que las personas con discapacidad tienen la misma capacidad jurídica que los demás en todos los aspectos de la vida (*ad exemplum*, memorias de las Secciones de Ourense, Tenerife, Sevilla).

Hito importante ha sido la reciente LO 2/2018, de 5 de diciembre, que modifica el artículo 3 de la LOREG suprime los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 y da nueva redacción al punto segundo disponiendo que «2. Toda persona podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlo y con los medios de apoyo que requiera».

Esta modificación ha motivado el oficio de 11 de enero de 2019 del Fiscal de Sala de lo Civil, para que «en los procesos en curso se elimine esta petición, si existiese, y todos los que se inicien desde la entrada en vigor de dicha Ley debe quedar claro que tampoco es posible pedir la privación del derecho de voto».

La Fiscalía de la Comunidad del País Vasco expone que se acordó interesar en todas las demandas de modificación de capacidad, formular petición de suspensión de los poderes que eventualmente hubiera otorgando la persona respecto a la cual se dirige la demanda y subraya que se han instado solicitudes de autorización judicial para realización de determinados actos a guardadores de hecho evitando así procedimientos de modificación de capacidad que se mostraban innecesarios y desproporcionados en los casos concretos.

2.5.4 CONTROL DE TUTELAS

Las diferentes Secciones, cumpliendo con lo prevenido en el Código Civil y con las Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, ponen especial interés en la vigilancia del ejercicio de las tutelas, exigiendo la presentación de inventario, las correspondientes rendiciones de cuentas anuales, los informes de la situación personal de la persona con discapacidad y la rendición de cuenta general en caso de fallecimiento.

Si se aprecia un mal desempeño del cargo de tutor o en aquellos casos que los tutores designados llegan a una situación propia que les incapacita para el ejercicio correcto de dicho cargo, las Secciones especializadas promueven expedientes para el nombramiento de nuevo tutor, o en su caso interponen demanda de juicio ordinario para privación de patria potestad si en la sentencia se rehabilitó la misma.

Algunas Fiscalías mandan en el mes de enero de cada año un oficio a todos los juzgados especificando el número de procedimiento a

fin de que se requiera a los tutores para rendir cuentas anuales y poder controlar anualmente la situación de las personas discapacitadas.

Pone de relieve la Fiscalía de la Comunidad Canaria que, respecto al ejercicio de la curatela, dado que en la mayoría de los casos no se impone la obligación de rendir cuentas por el Juzgado, desde las Secciones especializadas, se procede a realizar una información suplementaria sobre el curador, cuando se tiene noticia de un irregular desempeño de su cargo, actuando en consecuencia.

Mantiene la Fiscalía de Córdoba que no debe darse traslado ni permitirse la personación en los expedientes de tutela a los familiares que no fueron nombrados tutores y mucho menos a los que compitieron con el tutor finalmente nombrado por desempeñar ese cargo. Cuando así ocurre supone un foco continuo de conflictos e impugnaciones que excede con mucho, la función y las posibilidades de «cognitio» del juez y del fiscal que han controlar la tutela. En este sentido la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en lo tocante al trámite de «Rendición de Cuentas» señala claramente el alcance de la rendición de cuenta cuando en el art. 51.5 señala que «en todo caso, la aprobación judicial de las cuentas presentadas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor o curador y al tutelado o sujeto a curatela o a sus causahabientes por razón de la tutela o curatela».

Detecta la Sección de Toledo disparidad a la hora de presentar los inventarios y rendiciones de cuentas por los tutores. A fin de solucionarlo, se han elaborado formularios para los mismos con el objetivo de lograr un correcto control de las tutelas y además asegurar que los datos aportados son los necesarios e imprescindibles, para así evitar igualmente las sucesivas peticiones de diligencias que no hacen otra cosa que dilatar los expedientes.

La Sección de Las Palmas expone que se hace un seguimiento anual de todas las tutelas a través del Registro de Personas con Discapacidad, conforme con las instrucciones del Fiscal de Sala.

La Sección de Asturias considera correcta la remuneración del tutor o curador, cuando este cargo o función es desempeñado por el Principado de Asturias a través de la figura jurídica del Letrado del Anciano. La cuestión fue resuelta por la Audiencia Provincial, que reconoció dicho derecho siempre y cuando existiese capacidad económica del sometido a tutela o curatela.

La Sección de la Fiscalía de Palencia continúa pidiendo ampliación de informes a los tutores en todas aquellas rendiciones de cuentas en las que se omitían referencias a la situación personal del tutelado (art 269.4 CC). Igualmente, la Sección de Gipuzkoa expone que en el seguimiento de los expedientes de tutela se sigue incidiendo en la

necesidad de que el tutor informe de la evolución de su situación personal y de las medidas y acciones destinadas a procurar su máxima integración social y su progresiva mayor autonomía individual. Esta Sección expone también la práctica consistente en la elaboración de planes de tutela, fundamentalmente en aquellos casos en los que el tutelado no ha sido objeto de una incapacitación absoluta, sino que se le ha limitado parcialmente determinadas facultades, sobre todo en el aspecto patrimonial, reconociéndole un mayor o menor grado de autonomía. En estos casos, como complemento de esa delimitación de su capacidad de obrar que en sentencia se hace de modo abierto, estableciendo un marco general de protección personal y patrimonial del sujeto, en el expediente de tutela, junto con el inventario o posteriormente se presenta por el tutor, y se aprueba por el Juzgado mediante auto, un plan de tutela en el que se concretan, de año en año, el alcance del control, de la supervisión y del apoyo que el tutor prestará al tutelado, así como el programa y acciones que se pondrán en marcha en orden a lograr su progresiva mayor autonomía individual, el desarrollo libre de su personalidad y su mejor integración social.

Desde el punto de vista procedural, la Sección de la Fiscalía Provincial de Cuenca expone que tras la entrada en vigor de la LJyV los órganos judiciales se han decantado por hacer uso del art 17 dando traslado para informe por escrito del Ministerio Fiscal. En tales casos solo la oposición a su aprobación por considerarlas no justificadas, daría lugar a la celebración de la comparecencia a los efectos de que pudieran darse las explicaciones oportunas y acreditar la necesidad del gasto efectuado.

La Fiscalía de Burgos en cuanto a los inventarios, expone que se vigila que su formación sea completa y exhaustiva y, si se estima necesario, recaba la aportación de los sustentos documentales relativos a propiedades mobiliarias e inmobiliarias, percepción de pensiones, y extractos de cuentas o depósitos bancarios de los que sea titular la persona con capacidad modificada judicialmente.

Subraya la Sección de Badajoz que los inventarios y rendiciones de cuentas que se presentan siguen variando enormemente en su contenido, desde los más elementales, a los que se insertan, incluso, en formato de contabilidad. En este sentido, en su revisión por la Fiscalía, se toma en consideración el grado de formación del tutor y la entidad del patrimonio del tutelado. Hay que tener en cuenta que, en algunos supuestos, el grado de formación del tutor (a veces único pariente) es bastante escaso y tampoco cabe exigirle la presentación de informes muy elaborados.

La Sección de Salamanca cree deseable una aplicación informática adaptada al ámbito específico de la materia que permitiera un mejor control de las tutelas, específicamente de las rendiciones de cuentas anuales. En este mismo sentido, Sección de Ávila.

2.5.5 INTERNAMIENTOS

Plantea la Sección de la Fiscalía Provincial de Palencia el problema procesal, en expedientes de internamiento en donde el necesitado del mismo se sustrae reiteradamente al examen forense y judicial y cuya solución suele venir dada por la adopción del internamiento como medida cautelar del artículo 762 LEC.

La Sección de Madrid informa que para reforzar las garantías se ha creado por el Colegio de Abogados y por el de Procuradores un turno de oficio para asistir a las personas respecto de las que se interesa el internamiento.

La Sección de Baleares subraya el incremento de internamientos de menores, cuyas patologías han derivado de trastornos alimentarios a trastornos conductuales. La Fiscalía conecta este incremento con el bajo nivel de frustración de la juventud actual.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Lleida informa que de los 545 internamientos incoados en el año 2018, 31 lo fueron a instancia del Ministerio Fiscal, tras observar, bien en las comparecencias realizadas en Fiscalía por los familiares bien de la documentación remitida por los servicios públicos, una evidente descompensación con riesgo para la persona y terceros y existir una imposibilidad de reconocimiento médico al negarse el enfermo a ser visitado, solicitando al Juzgado que acordara la entrada en la vivienda y traslado del enfermo a Centro Psiquiátrico para valoración y una vez en el mismo valorar si procedía o no el internamiento psiquiátrico.

Expone la Sección de la Fiscalía Provincial de Huelva que en las autorizaciones para la continuación de los ingresos no voluntarios de larga estancia en Residencias y Centros, son pocos los Juzgados de la provincia que cada seis meses cumplen el requisito de examinar, a través de los Informes que remiten los facultativos de los Centros y Residencias, si se mantienen las mismas circunstancias que aconsejaron la adopción de la medida de ingreso no voluntario, siendo iniciativa de la Fiscalía la de ponerse en contacto con los Juzgados en cuestión para que, a través de los oficios pertinentes, requieran a las Residencias y Centros para que cumplan con este cometido.

Se detecta por la Sección de la Fiscalía Provincial de Huelva un número significativo de supuestos de personas que viven en situación de

abandono, tanto en sus propias viviendas como en la calle, generalmente estas últimas de extranjeros con falta de arraigo social y familiar, muchos de los cuales padecen alteraciones mentales, que hacen especialmente complicado la tramitación de dichas diligencias, al no tener domicilio conocido, ya que muchos de ellos viven en la calle, lo que complica muchas veces el llevar a cabo su reconocimiento médico; por ello, en el seno de la Comisión Provincial de Coordinación y Atención a las Personas con Discapacidad se propuso por parte de la Coordinadora, la creación de un protocolo de actuación relativo al caso de personas que viven en la calle que presentan patologías mentales. Se ha comenzado a actuar en dichos casos, a través de una permanente comunicación y coordinación entre Fiscalía, Juzgado de Familia y discapacidades y el Hospital Juan Ramón Jiménez, en concreto la Unidad de Agudos, donde se está actuando de la siguiente forma: si hay una persona con patología mental en la calle, se localiza por parte de Policía Local (sin perjuicio de posible intervención de otros cuerpos), se da inmediato aviso al 112, siendo ellos quienes se encargan, si lo estiman conveniente, de su traslado a la unidad de Agudos del Hospital, y una vez ingresados y estabilizados, por parte del psiquiatra responsable del interno, se da inmediato aviso al Juzgado para que antes de emitir el alta, se proceda al reconocimiento judicial y forense, lográndose en numerosas ocasiones, su directo traslado a un centro, lo que está permitiendo ayudar y sacar de la calle a numerosas personas en exclusión social y con importantes problemas mentales.

Constata la Sección de Gipuzkoa un notable descenso del número de internamientos en los últimos años, atribuyéndolo al mayor esfuerzo por lograr una eficaz y adecuada información de derechos al paciente en orden a obtener un consentimiento informado válido cuando la enfermedad mental no merma absolutamente su capacidad de decidir por sí acerca del ingreso o de su continuidad.

La Sección de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa propone igualmente regular con mayor detalle los diversos aspectos procesales y de ejecución del ingreso involuntario, una vez que el tenor literal del art. 763 LEC se ha mostrado insuficiente, generando importantes dudas en cuanto a su aplicación práctica. En particular resulta necesario determinar las facultades de las fuerzas y cuerpos de seguridad y de los profesionales sanitarios tanto a la hora de ejecutar un ingreso involuntario decidido judicialmente como en el caso de ejecución de un ingreso urgente para su posterior ratificación judicial. Con el fin de garantizar los derechos de las personas afectadas por un ingreso involuntario y también con el objeto de dar seguridad jurídica a los profesionales que actúan en estos casos resulta necesario establecer

expresamente en la legislación quiénes, cómo, con qué medios coercitivos y cuándo pueden ejecutar el ingreso involuntario y la forma en que darán cuenta a la autoridad.

Pone también de relieve la Sección de Gipuzkoa la problemática derivada de la dificultad de encontrar alojamiento para personas jóvenes o de mediana edad cuando éstas abandonan los centros médicos en los que se encuentran internados y carecen de una familia que se haga cargo de ellas. En estos supuestos, la situación resultante es la de que, tras el alta médica, no tienen un lugar al que acudir, ninguna persona controla la medicación que deben tomar y se encuentran aislados socialmente. Todo ello hace imposible controlar sus actos, y como consecuencia se produce una rápida descompensación, con la consecuente necesidad de volver a ingresarlas con urgencia, lo que da lugar de nuevo a la misma situación cuando son dados de alta. Es por ello indispensable que los organismos administrativos con competencia en la materia afronten decididamente esta cuestión para lo que será necesario, por ejemplo, la apertura de centros o locales tutelados por la administración en los que exista una persona de referencia tanto para el enfermo que acaba de abandonar el Hospital Psiquiátrico, como para el futuro tutor.

En relación con los internamientos urgentes respecto de menores de edad la Sección de la Fiscalía Provincial de Cádiz expone los enormes problemas que se plantean al carecerse en esta provincia de instalaciones acordes a las características de su edad, no existiendo un espacio infanto-juvenil destinado a este tipo de internamientos que en muchas ocasiones deben llevarse a efecto en el Área pediátrica con el consiguiente riesgo propio y de otros pacientes o en el Área de adultos si bien permitiendo el acompañamiento de su familiares pero sin salvaguardarse las especiales necesidades de protección y cuidados específicos de estos pacientes. La Sección de la Fiscalía Provincial de Castellón considera alarmante el incremento de internamientos urgentes respecto de menores de edad, que bajo la tutela de sus padres padecen trastornos derivados de alteraciones conductuales y situaciones depresivas.

2.5.6 EXPEDIENTES DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL (LEY 41/03)

Las Secciones ponen de manifiesto la escasa acogida de esta institución de protección patrimonial creada en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento*

Civil y de la Normativa Tributaria (en este sentido, por ejemplo, las Secciones de Las Palmas y de Navarra).

La Sección de la Fiscalía de Cantabria expone que, cumplimentando el requerimiento efectuado al Colegio Notarial en relación a la obligación de los Notarios de remitir a la Fiscalía una copia de la escritura de constitución de patrimonio protegido, se remiten puntualmente los nuevos expedientes.

Desarrolla la Sección de la Fiscalía de la Comunidad Foral de Navarra la dinámica de su tramitación y control desde Fiscalía: una vez recibida la pertinente comunicación del Notario de constitución o aportación, en su caso, de patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, se dicta Decreto incoando diligencias preprocesales civiles sobre Patrimonio Protegido. Constatada la aportación de la cantidad y los constituyentes, así como las reglas básicas que han de regir la administración del patrimonio protegido, si se considera que se cumplen los requisitos para su constitución, se acuerda el seguimiento de su administración. Dado que la práctica evidencia que el administrador del Patrimonio Protegido es el constituyente, que de ordinario son los padres del beneficiario, estos están exentos de rendir cuenta anual de la gestión del patrimonio ante la Fiscalía, sin perjuicio de la facultad de exigirles información en cualquier momento respecto de la administración de dicho patrimonio con el fin de conocer su estado o el de sus frutos (art. 7.2 de la Ley 41/2003). Asimismo se interesa que por el Registro Civil correspondiente se remita a la Sección Civil de la Fiscalía el certificado literal de nacimiento de la persona a cuyo favor ha sido constituido el patrimonio protegido para constatar que se ha procedido a inscribir dicho patrimonio en el Libro IV de «Incapacidades, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos» y la anotación correspondiente en el certificado literal de nacimiento, con indicación del número de ese Registro Civil, así como copia simple de la escritura de constitución del referido Patrimonio Protegido.

2.5.7 AUTORIZACIONES DE ESTERILIZACIÓN

Debe recordarse que la LO 1/2015, de 30 de marzo ha dado una nueva redacción al art. 156 CP, introduciendo el principio de excepcionalidad. Conforme al Preámbulo «se da un mejor tratamiento a la esterilización acordada por órgano judicial, que se circumscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. El nuevo art. 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la

forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas afectadas. En tanto se dicte esta nueva normativa, se mantendrá la vigencia de la actual regulación que contempla el Código».

La Disposición Adicional Primera de la citada Ley establece que la esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento.

Ya la Consulta 1/1991, de 31 de enero, consideraba imprescindible la audiencia del Fiscal y exigía que su dictamen tendiera a defender los derechos que toda persona con discapacidad tiene a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad en todas las esferas de la interrelación humana, incluida la de la sexualidad, para que pueda situarse en un plano de igualdad con las demás personas. Desde esta perspectiva, la medida de esterilización cumple su verdadera finalidad. El fiscal se opondrá a que la autorización esterilizadora pueda fundarse en intereses contrarios o distintos a los de la persona con discapacidad. El criterio del mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista.

Da cuenta la Sección de la Fiscalía Provincial de Araba/ Álava de que en el año 2018 se trató el expediente 792/17 ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria-Gasteiz en el curso del cual se dictó auto autorizando la esterilización tubárica (ligadura de trompas) interesada por los progenitores de una discapaz. En el citado procedimiento, el Fiscal se opuso a la esterilización solicitada por entender que el implante subcutáneo anticonceptivo que portaba resultaba suficiente y adecuado.

Expone la Fiscalía Provincial de Valencia que la nueva regulación que ha venido a modificar la anterior regulación de la esterilización en procedimiento de jurisdicción voluntaria, ha suscitado dudas en los diferentes Juzgados de la provincia sobre el procedimiento contradictorio a seguir, resolviéndose finalmente en la mayoría de ellos por la tramitación como juicio verbal y no ordinario. Pero sería deseable la regulación específica. Mayor problemática se suscita cuando la solicitud de esterilización se verifica en la propia demanda de modificación de capacidad por cuanto es dudosa la legitimación del demandante que, salvo casos de menores de edad, no es representante de la persona cuya esterilización se solicita, ya que no se ha procedido judi-

cialmente a la modificación de capacidad y, por tanto, a la designación de tutor o rehabilitación de patria potestad en las personas que podrían ostentar la representación requerida. Urge, asimismo, se proceda a la regulación por las leyes procesales civiles del procedimiento de autorización judicial de esterilización de personas con capacidad judicial modificada, para mayor garantía de las personas afectadas.

2.5.8 FUNDACIONES TUTELARES

La Sección de la Fiscalía Provincial de Segovia considera que sigue siendo constatable el volumen de personas con discapacidad cuyo cuidado asumen las fundaciones. Este gran volumen, unido a la falta de recursos materiales y humanos por parte de estas fundaciones, explica la frecuencia de las solicitudes de retribución por el desempeño del cargo. En cualquier caso, la cuantía de las retribuciones solicitadas debe atender a los parámetros fijados tanto en el art. 274 CC como en el art. 48 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, y podrá concederse solo cuando el patrimonio del tutelado lo permita, debiendo oscilar entre el 4 % y el 20 % del rendimiento líquido de sus bienes. Aunque normalmente no se plantean objeciones por parte del Fiscal a la concesión de retribuciones a las Fundaciones, sin embargo, sí suele atemperarse el importe de las mismas respecto a las solicitadas inicialmente.

Para la Sección de la Fiscalía Provincial de Madrid no debe dejar de mencionarse la carga de trabajo de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, en detrimento de una calidad exigible a los poderes públicos, a la que su nombramiento como tutor le traslada de forma inmediata el conjunto de deberes y obligaciones que el Código Civil le compele. El número de tutelas que tienen encomendadas es cada vez mayor, y sigue aumentando anualmente, por ser la Fiscalía la principal promotora de los procedimientos de modificación de la capacidad de las personas en los que, en defecto de familiares idóneos, se propone a la misma como figura de apoyo. Es cierto que existen fundaciones que entre sus funciones se encuentra el ejercicio de la tutela o curatela, sin embargo, los perfiles de las personas cuya modificación de la capacidad se insta no les permiten asumir el cargo de protección, y en esos casos es la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos la que debe ser nombrada tutora o curadora. Debe no obstante reconocerse el esfuerzo de la Agencia Madrileña en mejorar el desarrollo de su intervención, tanto en el ámbito patrimonial en casos complejos, como en el más importante, el relativo al área personal y de salud, tanto en el comienzo de su intervención, que debe ser lo más inmediata posible, como durante el desarrollo de la misma, aportando

de manera puntual y completa la información correspondiente de la persona tutelada o curatelada.

Da cuenta la Sección de la Fiscalía Provincial de Palencia de la actuación de una fundación pública a nivel autonómico, la *Fundación Acción Social y Tutela de Castilla y León*, referente en la búsqueda de tutor en supuestos en los que no hay familiares disponibles.

Destaca la Sección de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa que, en el año 2018, la Diputación Foral ha intensificado su implicación en el procedimiento de designación de la fundación tutelar que, en su caso, ha de hacerse cargo de la protección de personas adultas en situación de desamparo y de su posterior tutela, lo que ha determinado la necesidad de adaptar el protocolo de actuación de la Fiscalía a la imprescindible coordinación con la Diputación Foral a tal efecto.

2.5.9 TRATAMIENTOS AMBULATORIOS INVOLUNTARIOS

Hace mención la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa a la experiencia que se ha venido desarrollando en el partido judicial de San Sebastián en relación con la imposición judicial de tratamientos ambulatorios involuntarios. Dicha práctica, fruto de la iniciativa de los servicios de salud mental de la provincia y de la titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 6, se ha mantenido, confirmando los positivos resultados obtenidos anteriormente. Si bien es cierto que la imposición judicial del tratamiento ambulatorio se fundamenta en una interpretación amplia de lo dispuesto en los arts. 762 y 763 LEC respecto del internamiento involuntario, fundamento jurídico que por parte de esta Fiscalía se considera suficiente, también es cierto que se constata la necesidad de una reforma legislativa que dote de cobertura legal expresa a dicha práctica judicial, con el fin de disipar las dudas o resistencias que por parte de los operadores jurídicos y sanitarios se suscitan en su desarrollo.

En esta misma línea la Sección de la Fiscalía Provincial de Valencia propone regular específicamente el sometimiento a tratamiento ambulatorio forzoso de personas con enfermedad o trastorno psíquico como supuesto atenuado del internamiento, previo examen del Juez y reconocimiento del médico forense, bien añadiendo un nuevo precepto, el 763 bis o introduciendo un nuevo párrafo en el art. 763 LEC, debiéndose establecer no solo los supuestos sino también su control periódico para dejar sin efecto la medida cuando ya no fuera necesaria.

2.5.10 PERSONAS DISCAPACITADAS EN DESAMPARO

El art. 239 bis CC regula el tratamiento tuitivo de las personas con discapacidad en desamparo. Este precepto fue introducido por el apartado 27 del art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*.

La Sección Civil de la Fiscalía Provincial de Santa Cruz de Tenerife expone que la falta de desarrollo normativo autonómico de este precepto hace bastante complicado salvar las situaciones de desamparo de las personas mayores, tengan o no su capacidad modificada por resolución judicial.

Subraya la Sección Civil de la Fiscalía Provincial de Gipuzkoa la necesidad de que se constituya un servicio público que asuma la tutela de los adultos en los que concurra discapacidad o enfermedad incapacitante y que se encuentren en situación de desamparo, desprotección o vulnerabilidad. Con este fin se han incrementado las reuniones con miembros de la Diputación Foral.

La Sección de Las Palmas expone, en relación con este tema, la preocupación por la falta de determinación de la entidad pública que habría de asumir la protección encomendada judicialmente en los casos de personas que carecen de cualquier tipo de apoyo que pudieran dispensarle otras personas. La Consejería de Políticas Sociales ha mostrado la voluntad clara de regular el modelo de tutela en la nueva Ley de Servicios. En el día a día de la Comisión Tutelar del Mayor Legalmente Incapacitado y de la fundación pública que asume la gestión de las tutelas se han ido produciendo múltiples disfunciones que han impedido la asunción real de las tutelas o curatelas para la inmediata protección de las personas afectadas. Son habituales, en este sentido, los retrasos en la toma de posesión como tutores o curadores o en el ejercicio efectivo de estas figuras de protección a favor de los interesados. Ello ha obligado a la Fiscalía en más de una ocasión a interesar del Juzgado a requerir a la Administración tutelar para que dé cuenta de la gestión realizada o a solicitar en las vistas orales que se requiera en la misma sentencia a la entidad pública tutelar para que informe de sus primeras actuaciones en el periodo inminente posterior a la toma de posesión de tutela o curatela. A la espera de cuál sea el modelo definitivo de tutela que se establezca en la Comunidad Autónoma –pendiente de la aprobación de la Ley de Servicios Sociales–, se ha abierto una posible línea de actuación a través de las Fundaciones Tutelares privadas que se han postulado ante la Fiscalía para la asunción de tutelas y curatelas y que tienen una experiencia demostrada durante años en dicha gestión relacionada fundamentalmente en el

ámbito de la discapacidad intelectual. Es de esperar que a lo largo del año 2019 este pueda ser un cauce en el que derivar tutelas y curatelas como medida igualmente de alivio para la Administración Pública.