

## PROGRAMA DE FORMACION CONTINUA 2009

# **“INCAPACITACIÓN Y TUTELA DE LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. Aspectos jurídicos y Sociales”**



---

**JCCM**  
**CONSEJERIA DE SALUD Y BIENESTAR SOCIAL**  
Servicio de Programas de Atención a Mayores

---

## INDICE GENERAL

<b>CONTENIDOS</b>	<b>páginas</b>
<b>INTRODUCCIÓN. MARCO CONCEPTUAL Y TÉCNICO SOBRE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES</b>  Pedro Llanos Quintana, Psicólogo. Fundación Madre.	3-23
<b>LA COMISIÓN DE TUTELA DE CASTILLA LA MANCHA</b>  Brígida García Gómez, Abogada. J. Sec. Régimen Jurídico. Servicio de Asesoramiento y de la Comisión de Tutela. Consejería de Salud y B.S	24-43
<b>EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO</b>  Javier Pallarés Neila, Director del Departamento de Tutela y Protección Legal. Fundación Manantial (Madrid).	44-62
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	63
<b>ANEXOS</b>	
<b>TEMAS JURÍDICOS Y ÉTICOS RELACIONADOS CON LAS PERSONAS MAYORES.</b> Antonio Martínez Maroto, Abogado. Jefe del Área del Plan Gerontológico Estatal. IMSERSO	65-102
<b>MEDIDAS DE PROTECCIÓN LEGAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL.</b> <b>Fundación Tutelar de Castilla La Mancha (FUTUCAM).</b> BOE nº 73, 26-03-09. Ley 1/2009, de 25 de Marzo, de reforma de la Ley de 8 de Junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.	

## **INTRODUCCIÓN.**

# **MARCO CONCEPTUAL Y TÉCNICO SOBRE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES**

**Pedro Llanos Quintana**, Psicólogo. Fundación Madre.

## **INTRODUCCIÓN.**

# **MARCO CONCEPTUAL Y TÉCNICO SOBRE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES**

### **INDICE**

- CUESTIONES SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS
- ¿QUÉ ES LA COMISIÓN REGIONAL DE TUTELAS DE CASTILLA LA MANCHA Y POR QUIÉN ESTÁ FORMADA?
- LA FUNDACIÓN MADRE (Servicios que presta y distinción entre los cargos tutelares que ejerce)

## CUESTIONES SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

### INTRODUCCIÓN

El procedimiento de incapacidad es un proceso constitutivo en el que el órgano judicial crea una nueva situación (*la de incapacidad de una persona*) o modifica la ya existente de incapacidad, acentuándola, disminuyéndola o extinguiéndola, como en el caso de reintegro de la capacidad.

Está regulado en la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 748 y siguientes.

La capacidad de obrar de cada persona entendida como la aptitud e idoneidad para realizar eficaz y validamente actos jurídicos se presume siempre. Es decir, en nuestro Derecho las incapacidades y las limitaciones a la capacidad de obrar tienen carácter excepcional, deben estar establecidas por la ley y ha de probarse que concurren en esa persona.

Desde una perspectiva jurídica es distinta la "*incapacidad natural*" para obrar validamente y la "*incapacidad judicialmente declarada*"; en el primer caso, la persona afectada por una enfermedad o deficiencia física o psíquica no ha sido incapacitada por un Juez, y si realiza un acto con trascendencia jurídica dicho acto en principio es válido, en tanto no se demuestre que la persona carecía de las condiciones psíquicas de entendimiento y voluntad; y en el segundo, la persona ha sido declarada, a través de una Sentencia, judicialmente incapaz por concurrir causas que le impiden gobernarse por sí misma.

### CAUSAS DE INCAPACITACIÓN

El art.200 del Código Civil, establece que "*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*".

Por tanto, han de concurrir los siguientes requisitos:

- a) *Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico.*

Un ejemplo de incapacidad por enfermedad física sería el coma, parálisis cerebral...

Como enfermedad psíquica, la esquizofrenia es uno de los trastornos más frecuentes por el grado de manifestación, frecuencia de las crisis y posibilidad de tratamiento. Otro caso es la demencia senil y la enfermedad de Alzheimer, cuando afectan gravemente al autogobierno.

- b) *Persistente*, se requiere un mínimo de duración o continuidad de la incapacidad natural (*no significa que tenga que ser incurable*) pero sí, se ha de prolongar en el tiempo o que la enfermedad o deficiencia tenga una cierta permanencia, quedando excluidas las enfermedades transitorias o de corta duración. No obstante, una enfermedad mental con fases cíclicas y crisis graves cumple el requisito de la persistencia si valorada en su conjunto impide a una persona gobernarse por sí misma.

c) *Impide el autogobierno*, es decir que la facultad de discernimiento y de querer o entender se encuentran mermadas gravemente; no bastan las meras extravagancias o la simplicidad, sería los casos en los que un sujeto no se encuentra en condiciones de regir su persona, administrar sus bienes y llevar una mínima vida en relación.

### LEGITIMACIÓN ACTIVA

1º) La declaración de incapacidad la "*pueden*" promover:

- el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable
- los descendientes
- ascendientes
- o hermanos del presunto incapaz

2º) El Ministerio Fiscal "*deberá*" promover la incapacitación si las personas mencionadas anteriormente no existieran o no lo hubieran solicitado.

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

### LEGITIMACIÓN PASIVA

Es la persona presuntamente incapaz. Puede ir asistido de Abogado y Procurador. Cuando no quiera o no pueda designar Abogado y Procurador, será representado en el proceso por el Ministerio Fiscal, si no es el que ha iniciado el proceso. Si ha iniciado el proceso el Ministerio Fiscal le asistirá un defensor judicial.

El Defensor Judicial es la persona que ampara y representa al presunto incapaz en el procedimiento judicial de incapacidad. Es un cargo que desempeña con carácter temporal y supletorio, con las atribuciones que en cada caso le haya conferido el Juez. Puede ser Defensor judicial cualquier persona que el Juez estime idónea, no tiene porqué ser Abogado, sino que puede ser un familiar, un profesional o una entidad jurídica, como ocurre en Castilla La Mancha, pues respecto de las personas que no tienen familiares o no pueden ejercer ese cargo, se designa a la Comisión Regional de Tutelas como Defensor Judicial.

### JUZGADO COMPETENTE

Es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que reside el presunto incapaz.

### DEMANDA

La demanda ante el Juzgado la interpone bien el Ministerio Fiscal o el Abogado y Procurador de los familiares que están legitimados para iniciar el procedimiento de incapacidad.

Presentada la demanda, se da traslado de dicha demanda al demandado (presunto incapaz) para que conteste en un plazo de 20 días, y puede ocurrir que:

a) Conteste a la demanda:

-Si ha interpuesto la demanda el Ministerio Fiscal, y se le ha nombrado un Defensor Judicial, contestará éste oponiéndose en un principio a dicha demanda salvo prueba en contrario.

-Si ha interpuesto la demanda el Abogado de los familiares, contestará el Ministerio Fiscal, oponiéndose también y en un principio a dicha demanda.

b) NO conteste a la demanda, en cuyo caso se le declarará en rebeldía y seguirá el proceso en su ausencia.

### PRUEBAS

El Juez debe realizar al menos las siguientes pruebas preceptivas, además de las que pueda acordar de oficio:

- Oír a los parientes más próximos.
- Examinar al presunto incapaz por sí mismo.
- Practicar los dictámenes periciales que fuesen necesarios para determinar la incapacidad o no del demandado.

Nunca se decidirá la incapacidad sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal.

### SENTENCIA

La Sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapaz, nombrando en la misma sentencia la persona o personas que designe como tutor o curador según el grado de incapacidad.

### REINTEGRACIÓN/MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

Si sobrevienen nuevas circunstancias se puede pedir la reintegración o modificación de la capacidad.

¿Quiénes pueden iniciarlo?

- El cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz.
- El que ejerce algún cargo tutelar (Tutor, Curador o Guardador de hecho).
- El Ministerio Fiscal
- O el propio incapaz

Se llevará a cabo a través de un nuevo procedimiento judicial en el que se practicaran las pruebas pertinentes buscando demostrar la variación de las nuevas circunstancias.

## ¿QUÉ ES LA COMISIÓN REGIONAL DE TUTELAS DE CASTILLA LA MANCHA Y POR QUIÉN ESTÁ FORMADA?

Es un órgano interdepartamental dependiente de la Consejería de Bienestar Social. Es la **Ley 5/1995 de 23 de marzo de Solidaridad de Castilla La Mancha** la que en su artículo 32 establece que se crea la Comisión Regional de Tutelas para el ejercicio de las mismas que en su caso pueda corresponder a la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. Si bien hasta 1997, a través del **Decreto 71/1997 de 17 de junio**, no se desarrolla reglamentariamente dicha Ley.

En este Decreto se regula la composición de dicha Comisión así como las funciones de la misma, destacando el ejercicio inexcusable de la tutela, curatela, administración legal del patrimonio de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente y residentes en Castilla La Mancha. Además la Comisión ha de fomentar y realizar las acciones que sean necesarias para procurar la integración de los tutelados en el medio social, facilitando recursos sociales, la atención personal del incapaz, sus cuidados...

Dicho Decreto, permite a la Comisión establecer Convenios de Colaboración para el ejercicio de las referidas funciones, con instituciones privadas entre cuyos fines figure la protección del incapaz y no tenga ánimo de lucro.

Dentro de esas Fundaciones está:

- *FUNDACIÓN MADRE*, la cual tiene como ámbito de actuación las Personas con Enfermo Mental residentes en Castilla la Mancha.
- *FUTUCAM*, para personas incapacitadas por su retraso mental.
- *FUNDACIÓN MAYORES*, para personas mayores de 65 años incapacitadas sin especificar diagnóstico.
- *FUNDACIÓN FAMILIA*, también para personas con enfermedad mental pero residentes únicamente en Albacete.
- *FUNDACE*, Fundación de daño cerebral sobrevenido de Castilla la Mancha.



## LA FUNDACIÓN MADRE

La Fundación Madre se constituye legalmente en escritura pública en noviembre de 1996. Surge por iniciativa de la Asociación AFAUS pro salud mental de la URR de Alcohete; se reúnen la mayoría de Asociaciones de Enfermos Mentales de Castilla La Mancha siendo Patronos de la Fundación representantes de estas Asociaciones así como otros técnicos que trabajan con el colectivo, como Psiquiatras, Trabajadores Sociales...

El **Patronato** es el órgano de gobierno de la Fundación, está formado por un Presidente, Vicepresidente, un Secretario y el resto son Vocales.

**Fines** de la Fundación:

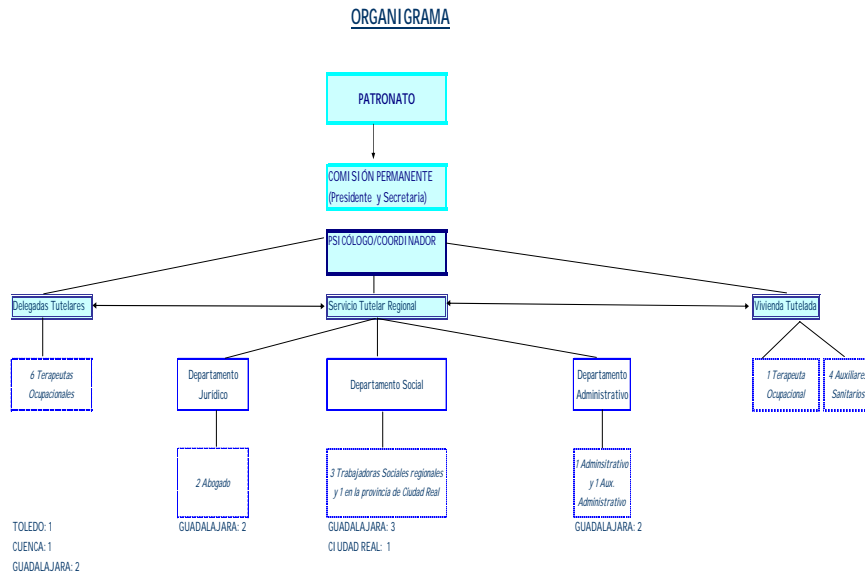
- Protección de los Enfermos Mentales residentes en Castilla La Mancha
- Asesoramiento a sus familiares y usuarios
- Asumir la tutela de aquellos enfermos mentales que lo necesiten, asumiendo los cargos y ejercitando los derechos y facultades que el Ordenamiento Jurídico establezca.
- Crear Residencias, centros de acogida y rehabilitación y cualquier otro dispositivo necesario para ese fin...

**Ámbito geográfico de actuación:** Territorio de Castilla La Mancha

**Financiación:** La Fundación mantiene desde 1998 un Convenio Económico de Colaboración con la Consejería de Salud y Bienestar Social para el ejercicio de la tutela de enfermos mentales en Castilla La Mancha.

**Servicios que presta la Fundación:**

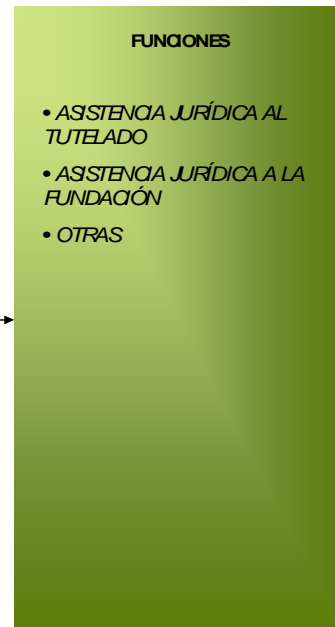
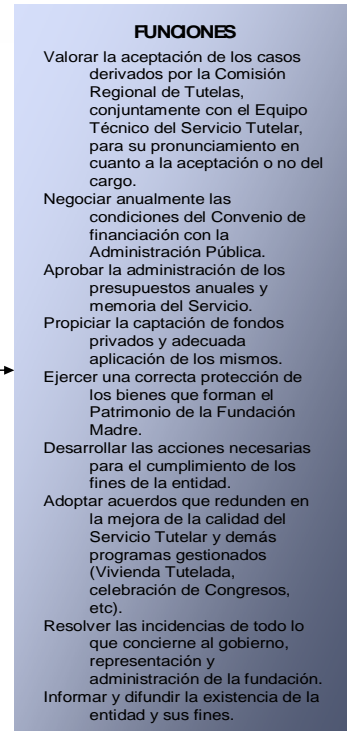
- Servicio tutelar sobre personas incapacitadas judicialmente residentes en Castilla La Mancha
- Vivienda Tutelada
- Información, asesoramiento, orientación y asistencia a familiares, tutores, profesionales y usuarios.



## **SERVICIO TUTELAR.-**

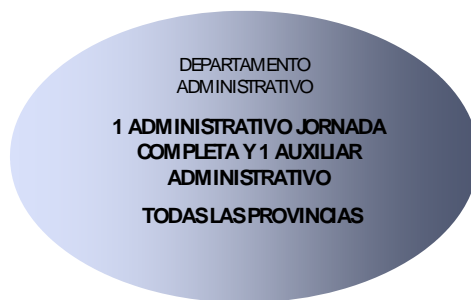
**El procedimiento a través del cual un cargo tutelar recae en la Fundación, es el siguiente:** cuando en un Juzgado hay un expediente carente de Tutor bien porque no existen familiares o bien porque existiendo no aceptan el cargo excusándose debidamente o han sido considerados no idóneos por el Juez, éste requiere a la Comisión Regional de Tutelas para que proponga la Fundación adecuada para el ejercicio del cargo en función del diagnóstico del incapaz; nos remite el expediente, la Fundación estudia el caso, valorando si cumple los requisitos para ser susceptible de ser tutelado por la Fundación, es decir que sea enfermo mental y residente en Castilla La Mancha, si efectivamente los reúne, comunicamos a la Comisión nuestra decisión y es ésta la que informa al Juzgado de nuestra aceptación para que ya sea el Juzgado quien nos requiera a efectos de tomar posesión del cargo.

## Equipo Fundación Madre





- FUNIONES**
- **INVESTIGACIÓN Y VALORACIÓN. ESTUDIO Y ANÁLISIS DE ANTECEDENTES Y NECESIDADES OBJETO DE INTERVENCIÓN Y SITUACIÓN DEL TUTELADO**
  - **ASISTENCIAL, DE ATENCIÓN DIRECTA AL TUTELADO:**
  - **ASISTENCIA PRIMARIA O DE EMERGENCIA**
  - **PLANIFICACIÓN DEL PROCESO DE INTERVENCIÓN Y REHABILITACIÓN DEL TUTELADO, TENIENDO EN CUENTA LOS RECURSOS MATERIALES, ECONÓMICOS Y HUMANOS**
  - **EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE INTERVENCIÓN PROGRAMADAS**
  - **ATENCIÓN PERSONAL CONTINUADA, PROMOTOR DEL DESARROLLO INTEGRAL DEL TUTELADO.**
  - **PROMOTOR DE CAMBIO Y DESARROLLO SOCIAL DEL TUTELADO Y SU ENTORNO**
  - **EVALUACIÓN CONTINUA**



- FUNIONES**
- **GESTIÓN ADMINISTRATIVA GLOBAL DE LA ENTIDAD**
  - **GESTIÓN ADMINISTRATIVA GLOBAL DEL TUTELADO**
  - **TRAMITACIONES VARIAS**



- FUNCIONES**
- REALIZACIÓN DE EVALUACIONES GLOBALES DE CADA TUTELADO DE LAS ÁREAS OCUPACIONALES, COMPONENTES DE EJECUCIÓN Y CONTEXTO DE EJECUCIÓN.
  - PLANIFICACIÓN Y ELABORACIÓN DE PROGRAMAS TERAPÉUTICOS Y/O REHABILITADORES INDIVIDUALES
  - INTERVENCIÓN EN LAS ÁREAS DE EJECUCIÓN: AUTOCUIDADO, PRODUCTIVIDAD, OCIO Y TIEMPO LIBRE
  - INTERVENCIÓN EN COMPONENTES Y CONTEXTOS DE EJECUCIÓN.
  - COORDINACIÓN CON OTROS PROFESIONALES
  - EDUCACIÓN Y FORMACIÓN
  - INVESTIGACIÓN CONTINUA



- FUNCIONES**
- ASESORAMIENTO
  - EVALUACIÓN CASOS
  - PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN
  - GESTIÓN
  - CONTROL DE EVOLUCIÓN
  - RELACIÓN CON INSTITUCIONES Y ENTIDADES
  - RELACIÓN CON PATRONATO

## LA TUTELA

*Es la situación en la que se encuentra una persona que ha sido privada de su capacidad tanto para administrar sus bienes como para regir su persona porque adolezca de alguna enfermedad persistente de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma.*

La incapacitación siempre ha de ser declarada mediante Sentencia Judicial.

La Tutela se ejerce bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal y siempre en beneficio del incapaz.

Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1º Cónyuge que conviva con el tutelado

2º A los padres

3ª Persona designada por éstos en disposiciones de última voluntad

4º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez.

Este orden puede ser variado por el Juez siempre mediante resolución motivada, y por tanto, podrá nombrar tutor a una persona jurídica (Art.242 C.C) cuando lo considere idóneo y siempre y cuando ésta no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores o incapaces.

En líneas generales las **OBLIGACIONES DEL TUTOR** son las siguientes:

**-Ha de procurarle alimentos**, entendiéndose por procurar alimentos, hacer las diligencias debidas para conseguirlos, gestionando las pensiones o prestaciones a las que pudiera tener derecho, o gestionando sus propias rentas que pudieran darle mayores rendimientos,...Lo cual *no significa que se los deba dar el tutor de su patrimonio, sino que ha de gestionarlos en la medida de lo posible.*

**-Ha de procurarle una formación integral**

**-Promover la adquisición de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad**

**-Ha de informar anualmente al Juez sobre su estado y rendir la cuenta anual de su administración.**

Por tanto, en lo que se refiere a la persona, el tutor:

- Le procura sus cuidados más básicos (alimentación, higiene,..)
- Le ofrece recursos residenciales dignos
- Potencia su rehabilitación psicosocial, actividades ocupacionales y de ocio
- Fomenta su integración socio-laboral.

En lo que se refiere a sus **bienes**:

- Formar Inventario de bienes (muebles e inmuebles)
- Administrar y gestionar su economía
- Solicitar las pensiones y ayudas que le correspondan
- Cumplimiento de sus obligaciones fiscales y civiles
- Velar por sus derechos patrimoniales

El tutor necesita autorización judicial para ciertos actos, son los relacionados en el artículo 271 del C.C, como por ejemplo:

- Para internar al tutelado en un establecimiento de Salud Mental
- Para enajenar o gravar bienes inmuebles
- Para hacer gastos extraordinarios en los bienes
- Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela
- Para celebrar contratos de arrendamiento por tiempo superior a 6 años...

La partición de herencia y/o la división de cosa común realizada por el tutor no requiere autorización judicial, pero una vez practicada, se solicitará la aprobación judicial.

En caso de fallecimiento del tutelado, se extingue la tutela y el tutor deberá rendir cuenta general justificada, en el plazo de tres meses (artículo 279 Código Civil).

## **B) LA CURATELA.-**

Consiste en una privación parcial de capacidad, reducida al aspecto patrimonial o económico. La sentencia determinará para qué actos necesita la intervención del curador, y si no lo hace, se entiende que requiere la asistencia del curador para los actos relacionados en el art.271, es decir, aquéllos en los que el tutor necesita autorización judicial.

El curador más que representar al incapaz como ocurre en la tutela, lo que hace es asistirle, completar su capacidad.

No obstante, hemos observado que la persona curatelada generalmente necesita una asistencia, un apoyo para esos actos y para los más elementales como pueda ser, administrar la pensión, control de ingresos y gastos, etc...

Por ello, además la Fundación le apoya en aspectos relacionados con su persona como pueda ser procurarle una vivienda digna, rehabilitación de la misma a través de adecuación de su vivienda con recursos propios o mediante solicitud de las oportunas ayudas públicas, seguimiento del tratamiento médico y si lo precisa acompañamiento, ayuda a domicilio, le procura una rehabilitación psicosocial,... puesto que la incapacidad para administrarse va unida a una situación deficitaria a nivel personal.

Se informa anualmente al Juez acerca de su estado y se presenta una rendición de cuentas anual.

## **C) ADMINISTRACIÓN PROVISIONAL DE BIENES.-**

Se nos nombra administradores de bienes cuando ante la existencia de un presunto incapaz, se ha iniciado el procedimiento para su incapacitación, y observando que el referido tiene un patrimonio considerable se aprecia la necesidad de que sea apoyado en su administración en tanto en cuanto recaiga en su caso una sentencia de incapacitación total, deviniendo en tutela, o parcial, curatela.

Al finalizar el cargo, se ha de rendir cuenta general de su administración.

Normalmente, cuando nos nombran administradores provisionales de bienes, ya se presume que esa persona se le va a incapacitar, y que para el ejercicio de la tutela o curatela será propuesta la Fundación, por lo que aparte, de trabajar el aspecto patrimonial, nos vamos implicando en el aspecto personal a nivel de vivienda, recurso residencial, solicitud de prestaciones o ayudas, seguimiento médico,... entablando una relación tuitiva-afectiva que va a favorecer sin duda la futura relación tutelar.

En resumen, podemos clasificar el ejercicio tutelar (tutela, curatela, administración provisional de bienes) en 3 áreas:

### **1.- JURÍDICA**, comprende:

- Intervención y representación en procedimientos judiciales
- Cumplimiento obligaciones fiscales y civiles
- Solicitud de autorizaciones judiciales
- Inventarios de Bienes
- Rendiciones anuales y finales de cuentas de los tutelados
- Defensa y ejercicio de sus derechos
- Administración y gestión de su economía

### **2.-ECONÓMICO/ADMINISTRATIVA:**

- Contabilizar y gestionar su patrimonio
- Control saldos y movimientos bancarios
- Registro documentos y archivo
- Apoyo en la justificación de ayudas económicas
- Declaraciones anuales de ingresos de beneficiarios de pensiones
- Demás funciones administrativas

### **3.-SOCIAL.-**

#### **3.1. Trabajador Social, interviene en las siguientes áreas:**

- Sanitaria/Psicopatológica
- Residencial
- Socio/familiar y afectiva
- Económica y Patrimonial

**3.2. Delegado Tutelar**, es un profesional con categoría de Terapeuta Ocupacional y que se ha implantado recientemente en las provincias de Ciudad Real, Toledo y Cuenca, cuyas funciones entre otras son:

- Estrechar la relación afectiva/tuitiva con el tutelado de su provincia
- Intervención directa, cercana y continuada con el tutelado
- Entrenamiento en las H.V.D. e instrumentales
- Programación de actividades de Ocio y Tiempo Libre,...



## **VIVIENDA TUTELADA.-**

Recurso de alojamiento donde la Persona con Enfermedad Mental (**tutelada por la Fundación**) vive en una casa, integrada en una Comunidad totalmente normalizada con un grupo de personas y con el apoyo continuado de personal preparado para ello, con el fin de cubrir periodos de tiempo y situaciones de emergencia que estén subyaciendo al desarrollo de la tutela.

Ubicación: en Guadalajara capital.

Número de plazas: 10 plazas

Beneficiarios: personas sobre las que la Fundación ejerce algún cargo tutelar.

Objetivos:

- Evitar procesos de cronificación y/o institucionalización de usuarios sin apoyo familiar o social.
- Evitar procesos de deterioro, abandono y marginación.
- Cubrir los Déficits existentes actualmente ante la carencia de recursos residenciales y rehabilitadores para enfermos mentales.
- Ofrecer una atención integral temporal y rehabilitadora a las personas con enfermedad mental teniendo en cuenta sus diferentes necesidades para mejorar su calidad de vida.
- Facilitar su posterior integración en otros recursos donde necesiten menos apoyos.

## VISIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD ADAPTADA A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

- La Constitución española de 1978, aborda el tratamiento de las personas con discapacidad desde dos perspectivas:
  1. Considera a las personas con discapacidad como titulares de los mismos **derechos fundamentales** reconocidos en todas las personas.
  2. Por otro lado, como miembros de un **colectivo que requiere una especial protección** para el disfrute de los mismos.
- Sin embargo, la norma constitucional **no establece en qué forma y en qué medida** las personas con discapacidad pueden ejercer y disfrutar de los derechos que sus normas les reconocen, adoleciendo en este ámbito de una **falta de concreción que puede redundar en perjuicio** de la equiparación real de este colectivo.
- Concepción de la DISCAPACIDAD desde el llamado MODELO MÉDICO O REHABILITADOR.
- Art. 49 de la Constitución española: *los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*
- MODELO SOCIAL de la DISCAPACIDAD (Convención de las Naciones Unidas), se entiende que las personas con discapacidad son iguales a la ley sin que "puede prevalecer discriminación alguna" debida a su condición personal y social.
- La discapacidad según este modelo, es el resultado de la interacción de la diversidad funcional con diversas barreras sociales, por lo tanto, adquiere un sentido más integral.
- La *previsión* de la discapacidad no sólo implica evitar las causas que dan origen a la deficiencia, sino que también exige actuar sobre los factores sociales que se revelan discapacitantes.
- Medidas de concienciación, dirigidas a evitar barreras actitudinales, tan graves y susceptibles de provocar exclusión como las barreras físicas.
- La cuestión de **tratamiento de la discapacidad** no debe entenderse únicamente desde el modelo médico, terapéutico o asistencial.

- El **tratamiento jurídico y social de la discapacidad** ocupa en este contexto un prioridad en lo referido, a que destinar las políticas que tratan el fenómeno de la discapacidad de *forma exclusiva desde políticas sanitarias o de seguridad social*, sino que se ha de tratar la discapacidad como una **CUESTIÓN DE DERECHOS**.
- La cuestión de "rehabilitación", no ha de considerarse únicamente con la recuperación de la salud, sino que hay que manejar conceptos más amplios: el ámbito del empleo, la educación y los servicios sociales.
- Vinculación de la **rehabilitación con la habilitación** de las personas con discapacidad. Es decir, *proceso orientando a que la persona logre desarrollar al máximo sus capacidades y habilidades en aras de poder vivir con la mayor independencia y autonomía posible*.
- La **sociedad no solo no debe discapacitar sino que ha de hacer todo lo posible por habilitar a las personas con discapacidad para que pueden desarrollar libremente sus planes de vida**.
- **CONEXIÓN ENTRE LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA OCUPACION COMO HERRAMIENTA PARA HABILITAR A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**.
- El termino "integración" es sustituido en la Convención, por el término de "**INCLUSIÓN**" plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad en igualdad de oportunidades. Es decir, la persona con discapacidad no ha de "adaptarse" o "amoldarse" para poder "ser integrada", sino que desde **el modelo social se propone que las personas con discapacidad, participen en el diseño de una sociedad adaptada a las necesidades de todos**.
- Por tanto, no es la PcD la que tiene que adaptarse a la sociedad, sino la sociedad la que tiene que incluir.

## CONCLUSIONES

- La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales.
- Las condiciones de incapacitación jurídica han de valorarse en cada situación.
- Las medidas de apoyo (tutela y curatela) han de respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas.
- Deben evitar conflictos de intereses y la influencia indebida.
- Deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas.
- Deben ser sometidas a exámenes periódicos.

- Ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

## UN MODELO DE INTERVENCIÓN

- Fundación Madre toma posesión del cargo mediante acta de nombramiento judicial de Tutor o Curador y tras establecer contacto telefónico con profesionales y familiares que han intervenido o pueden aportar información sobre el caso, se programa la **VISITA INICIAL, generalmente conjunta Delegado tutelar y Trabajador social u otros profesionales con el objeto de:**

**Establecer contacto con todos los profesionales y agentes sociales posibles,** de la zona de pertenencia o lugar de residencia del incapaz (Trabajador social, medico de familia, Psiquiatra, familiares, vecino...) tanto para informarles de nuestra existencia y función otorgada, como para recabar mayor información actual sobre la situación personal, funcional y patrimonial del Tutelado y solicitar su colaboración e implicación en el proceso de intervención.

**Conocer al Tutelado y el entorno donde reside.** Este último va a ser determinante en el futuro ( programa y propuestas de intervención inmediatas) estando íntimamente relacionado con sus necesidades y el nivel de cobertura de las mismas.

En el primer contacto con el tutelado se intenta explicarle quienes somos y cómo a partir de ese momento puede contar con nuestro apoyo y asesoramiento para cualquiera de sus asuntos. Generalmente, y en la mayoría de los casos, el paciente se muestra receptivo y acepta nuestro propósito de ayuda o al menos de visitas, que en el transcurso del tiempo y con la continuidad de la intervención se van traduciendo en un vínculo y espacio de escucha de sus demandas y de alternativas a sus necesidades tanto sentidas como reales en la medida de lo posible, en un consenso y apoyo en las decisiones a adoptar respecto de su tratamiento, su economía, su vivienda, sus actividades diarias...

Otro de los asuntos importantes en esa visita inicial consiste en visualizar todos los aspectos carenciales posibles, estilo de vida y necesidades en todas las AREAS:

- **AREA SANITARIA Y SITUACIÓN PSICOPATOLÓGICA** Inicio y evolución de la enfermedad. Periodicidad de ingresos hospitalarios. Si acude a consultas de revisión psiquiátrica y si toma el tratamiento pautado, pauta actual de tratamiento, próxima revisión. Conciencia de enfermedad y adherencia al tratamiento.
- **AREA FUNCIONAL** Nivel de autonomía para el desempeño de las AVD. Déficit más significativos y habilidades a potenciar..
- **AREA RESIDENCIAL** Si reside en centro: tipo de institución, equipo terapéutico, programa de actividades de rehabilitación en las que participa... Y si reside en su domicilio, nivel de adecuación y habitabilidad de mismo, régimen (propiedad o alquiler) si convive con alguien más o solo. Ubicación del domicilio, bien zona rural o zona urbana, recursos sociales, médicos y servicios de la zona bien comunitarios o específicos.

- **AREA SOCIO FAMILIAR Y AFECTIVA** Si cuenta con algún familiar y tipo de vínculo en cuanto a visitas y apoyo que le presta. Si existe vínculo patológico de sobreprotección o total desatención. Si se relaciona con vecinos y acude a algún centro para ocio (hogar jubilados, bares) y cómo utiliza los mismos. Si tiene a quién recurrir y es capaz de pedir ayuda ante una situación de emergencia. Si mantiene una constante demanda de servicios y prestaciones ante todos y todo. Si existe posibilidad de restablecer vínculos afectivos con familiares.
- **AREA ECONÓMICA Y PATRIMONIAL** Si dispone de ingresos mensuales, tipo de pensión y cuantía. Ahorros bancarios. Uso y destino del dinero. Que otros bienes rústicos y urbanos posee y en qué estado se encuentran.
- Una vez recogida la información relativa a las áreas expuesta se elabora el **DIAGNÓSTICO SOCIAL INICIAL Y EL INVENTARIO DE BIENES.**
- Se reúne todo el Equipo técnico de la Fundación para el estudio y valoración de los diversos aspectos carenciales y las posibles intervenciones, elaborándose el **PROGRAMA DE INTERVENCIÓN INDIVIDUAL**

## **PERFIL TUTELADOS**

Varón de edad media, entre 30-50 años, diagnosticado de Esquizofrenia crónica desde los 18 años con baja conciencia de enfermedad y escasa adherencia al tratamiento farmacológico. Con seguimiento en Unidad de Salud Mental ambulatoria pero sin asistencia periódica a las citas de revisión, toma el tratamiento farmacológico aunque de forma anárquica, con periodos de abandono que cursan con reagudización psicopatológica y reiterados ingresos hospitalarios.

Reside solo en su domicilio, en una localidad rural, sin apoyo de familiares por relación deteriorada o por residir fuera y distante de la localidad. El domicilio no reúne las condiciones dignas de habitabilidad, equipamiento mínimo y falta de higiene.

Semiautónomo para las actividades de la vida diaria, realización y desempeño de tareas domésticas básicas. Frecuenta habitualmente bares de la localidad donde juega la partida de cartas y se relaciona con un pequeño círculo de asiduos al local. Gran sentimiento de arraigo a su localidad de origen. Sin problemas de convivencia significativos, no existe rechazo social.

Perceptor de pensión no contributiva con dificultades para la adecuada administración económica por lo que contrae pequeñas deudas en tiendas de alimentación y bares.

La localidad cuenta con Centro de Salud, Centro Social, vivienda tutelada de mayores y otros servicios comunitarios.

Se toma contacto inicial con el tutelado y se muestra abordable, aceptando las propuestas de ayuda y cambio de su situación. Los profesionales de zona también receptivos a colaborar en el caso.

**INFORMACIÓN, ORIENTACIÓN, ASESORAMIENTO Y ASISTENCIA A  
FAMILIARES, TUTORES, PROFESIONALES Y USUARIOS.-**

-Vía telefónica:

*Temas Jurídicos:* Tfno. 949 20 51

*Temas Sociales:* Tfno.: 949 20 23 43

-Entrevista personalizada en Centro de Trabajo:

C/Constitución nº 24 1ºA y B

19004-Guadalajara-

[www.fundacionmadre.org](http://www.fundacionmadre.org)

**fmadre@fundacionmadre.org**



1

### ***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

#### **GUIÓN**

1. PRESENTACIÓN COMISIÓN DE TUTELA DE CASTILLA-LA MANCHA.
2. REFERENCIA NORMATIVA.
3. GESTIÓN DE LA COMISIÓN DE TUTELA DE CASTILLA-LA MANCHA.
4. FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE TUTELA DE CASTILLA-LA MANCHA.
5. PROTECCIÓN A LOS PRESUNTOS INCAPACES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN Y CON POSTERIORIDAD HASTA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR. JURISPRUDENCIA.
6. ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN DE TUTELA DE CASTILLA-LA MANCHA.
7. FUNDACIONES TUTELARES.
8. MEMORIA DE GESTIÓN.
9. CONSIDERACIONES FINALES.

2



### Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha

#### **1. PRESENTACIÓN**

- **CREACIÓN:**

Órgano interdepartamental, bajo la dependencia de la Consejería de Salud y Bienestar Social, creado por el art. 32 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad de Castilla-La Mancha.

- **REGULACIÓN:**

Decreto 71/1997, de 17 de junio, de la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha.

- **OBJETO:**

- 1.- Ejercicio de la tutela de adultos incapacitados por sentencia judicial.
- 2.- Ejercicio de la administración legal del patrimonio de los menores tutelados en situación de desamparo.

- **RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO:**

La Comisión de Tutela, como órgano colegiado, ajustará su funcionamiento a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

1

### Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha

- **MIEMBROS:** (Art. 4 del Decreto 71/1997, de 17 de junio, de la Comisión de Tutela).

- **Presidente:** El Consejero de Salud y Bienestar Social.

- **Vocales:** 13 vocales:

- La persona titular de la Dirección General de Servicios Sociales.
- La persona titular de la Secretaría General de la Consejería de Salud y Bienestar Social (art. 1 k) de la Orden de 07-10-2008, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, sobre delegación de competencias en los órganos directivos y de apoyo de la Consejería de Salud y Bienestar Social).
- La persona titular de la Dirección General de Salud Pública.
- La persona titular del Servicio de Atención a Personas con Discapacidad.
- La persona titular del Servicio de Atención Sanitaria.
- La persona titular del Servicio de Atención a Personas Mayores.
- La persona titular del Servicio de Menores
- 5 personas designadas por el Presidente, entre los representantes de las Fundaciones Tutelares existentes en Castilla-La Mancha.

- **Secretario:**

- Funcionario de la Consejería de Salud y Bienestar Social, del Grupo A, Licenciado en Derecho, que designado por el Presidente de la Comisión de Tutela, recae sobre la Jefa del Servicio de Asesoramiento y de la Comisión de Tutela.
- Actúa con voz pero sin voto.

4

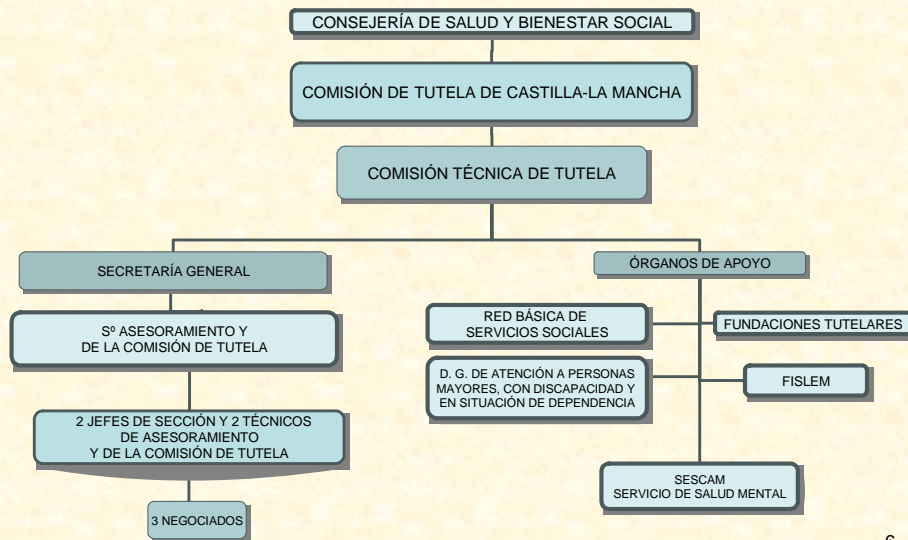
### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **2. REFERENCIA NORMATIVA**

- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela (Títulos IX y X del Libro I del Código Civil).
- Ley 3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales de la Comunidad de Castilla-La Mancha.
- Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad de Castilla-La Mancha.
- 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 con esta finalidad.
- Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos.
- Decreto 71/1997, de 17 de junio, de la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha (modificado por Decreto 52/1999, de 11 de mayo).
- Decreto 131/1996, de 22 de octubre, de régimen jurídico y del sistema de ingreso en las plazas de los Centros Residenciales de Mayores de la Red Pública de Castilla-La Mancha.
- Decreto 13/1999, de 16 de febrero, por el que se regula el procedimiento de acceso a Centros de Atención a Personas con Discapacidad Psíquica.
- Decreto 281/2004, de 10 de diciembre, por el que se establece el régimen jurídico de los Centros de Atención a Personas con Discapacidad Física de Castilla-La Mancha, y el procedimiento de acceso a los mismos.
- Decreto 307/2007, de 18 de diciembre, relativo al procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, y de la composición y funciones de los órganos de coordinación de atención y valoración de la situación de dependencia.

### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **3. GESTIÓN DE LA COMISIÓN DE TUTELA**





**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

**4 . FUNCIONES**

Son las establecidas en el artículo 2 del Decreto 71/1997, de 17 de junio:

1. Ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Castilla-La Mancha, cuando así lo determine la autoridad judicial competente.
2. Administración legal del patrimonio de los menores tutelados por situación de desamparo.
3. Integración y normalización de los tutelados en su propio medio social, por medio de la Comisión o de la autoridad judicial.
4. Información, orientación, asesoramiento y asistencia a padres, familiares y otros tutores.
5. Ejecución de las actuaciones que determine la autoridad judicial como medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo.

7

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

**5. PROTECCIÓN DE LOS PRESUNTOS INCAPACES DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL PROCESO DE INCAPACITACIÓN Y CON POSTERIORIDAD HASTA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR**

**A) INSTITUCIONES PARA PROTECCIÓN DEL PRESUNTO INCAPAZ O INCAPAZ:**

- Patria potestad
- Defensor Judicial
- Guarda de hecho
- Tutela
- Curatela

**B) MEDIDAS PROVISIONALES DE DEFENSA Y PROTECCIÓN PERSONAL Y PATRIMONIAL DE LOS PRESUNTOS INCAPACES O INCAPACITADOS (Artículo 2, letra f) del Decreto 71/1997, de 17 de junio, de la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha).**

- **OBJETO:** Adoptar medidas urgentes para la protección de la persona presuntamente incapaz y/o de sus bienes.

- **TRAMITACIÓN:** A instancia judicial o a instancia de parte, se tramitan en cualquier momento del procedimiento de incapacitación, incluso antes de que se haya dictado la sentencia, o bien en un proceso accesorio al procedimiento de incapacitación como medida cautelar.

8

### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **- TIPOS O CLASES:**

##### **1) De protección de la persona:**

- Internamiento voluntario o involuntario en Centros.
- Tratamiento médico adecuado a su patología.
- Tratamiento ambulatorio.
- Atención en Centros de Día y Centros de Rehabilitación Psico-social y Laboral.
- Apoyo social a través del Servicio de ayuda a domicilio y Teleasistencia.

##### **2) De protección de los bienes:**

- Nombramiento de administrador provisional de los bienes del presunto incapaz.
- Indisponibilidad de las cuentas bancarias.
- Depósito de los bienes muebles o valores mobiliarios.
- Anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.
- Gestión de ayudas patrimoniales (PNC, pensiones de invalidez, prestaciones económicas a favor de personas con discapacidad y mayores) .

- **VIGENCIA:** Mientras se decide el procedimiento de incapacitación.

- **EXTINCIÓN:** Una vez concluido el proceso, la sentencia deberá pronunciarse sobre el mantenimiento o extinción de estas medidas cautelares, o bien su sustitución por otras más oportunas.

9

### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **C) OTROS DISPOSITIVOS DE PROTECCIÓN**

##### **DIRECCIÓN GENERAL DE ATENCIÓN A PERSONAS MAYORES, CON DISCAPACIDAD Y EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA**

##### **A) SERVICIO DE GESTIÓN DE CENTROS RESIDENCIALES:**

- 1) Residencias de Mayores
- 2) Viviendas de Mayores
- 3) Centros de Día de Mayores

##### **B) SERVICIO DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD:**

- 1) Centros de Desarrollo Infantil y Atención Temprana (CDIAT)
- 2) Centros Base y E. T. V.
- 3) Centros Residenciales de Atención a Personas con Discapacidad Intelectual:
  - a) Viviendas Tuteladas
  - b) Residencias Comunitarias
  - c) Centros Integrales de Atención a Personas con Discapacidad Intelectual Gravemente Afectadas
- 4) Centros de Día de Atención a Personas con Discapacidad Intelectual.
- 5) Centros Ocupacionales
- 6) Centros de Atención a Personas con Discapacidad Física:
  - a) Centros de Día.
  - b) Residencias para personas con discapacidad gravemente afectadas
  - c) Viviendas de Apoyo.

10



### ***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

#### **DIRECCIÓN GENERAL DE LA FAMILIA**

##### **A) SERVICIO DE INFANCIA:**

- 1) Centros de Atención a la Infancia (0 a 3 años)

##### **B) SERVICIO MENORES:**

- 1) Centros de primera acogida y valoración.
- 2) Centros de media estancia.
- 3) Centros de larga estancia.
- 4) Pisos de autonomía.
- 5) Centros destinados a menores en conflicto social.
- 6) Centros terapéuticos.

11

### ***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

#### **SERVICIO DE SALUD MENTAL DEL SESCAM:**

La Unidad de Salud Mental (USM) es el dispositivo central ambulatorio de la red asistencial de salud mental y la base de la atención especializada a la salud mental, integrada por los siguientes recursos:

**1. Unidad de Hospitalización Breve (UHB):** Dispositivo hospitalario para tratamiento psiquiátrico en régimen de internamiento de corta duración (inferior a un mes), para el tratamiento de procesos agudos.

**2. Unidad de Media Estancia (UME):** Dispositivo sanitario para la asistencia en régimen de ingreso completo, de duración no superior a un año, para pacientes cuya patología sobrepasa el marco de actuación de la UHB y que precisan de entornos estructurados residenciales, con abordajes de tipo rehabilitador y asistencial sanitario.

**3. Unidad Residencial Rehabilitadora (URR):** Centros de internamiento de larga estancia, en período de transformación para su cierre.

**4. Unidad de Atención Especial:** Ubicada en Alcohete (Guadalajara) se dirigirá a la atención de adultos con trastornos mentales graves que requieren intervenciones específicas y/o de más larga duración.

**5. Hospital de Día (HD):** Dispositivo ambulatorio de tratamiento intensivo de la enfermedad mental, como alternativa a la hospitalización y complemento al tratamiento ambulatorio de la USM en casos más graves.

12

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**6. Unidad de Conductas Adictivas (UCA):** Tratamiento ambulatorio de los trastornos adictivos para todo tipo de consumos de drogas, incluido alcohol y tabaco, y conductas adictivas sin sustancias; existe una UCA en cada Área de Salud.

**7. Centros de Rehabilitación Psicosocial y Laboral (CRPSL):** Dispositivo ambulatorio de atención al enfermo mental crónico, en el que se realizan programas individuales de rehabilitación de habilidades psicosociales, laborales y de psicoeducación y de integración comunitaria.

**8. Alternativas Residenciales:** Su objeto es atender las dificultades que tienen muchas personas con enfermedad mental, relativas a alojamiento, convivencia y soporte, y son de 3 tipos:

- a) Viviendas supervisadas
- b) Minirresidencias
- c) Residencial externo: Plazas en pensiones y apoyo domiciliario.

13

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**D) JURISPRUDENCIA :**

Algunos de los pronunciamientos judiciales más interesantes en esta materia son los relacionados con las medidas de protección del presunto incapaz o ya incapacitado como la necesidad de precisión en la guarda del incapacitado, el internamiento involuntario, rehabilitación de la patria potestad, reintegración de la capacidad, trastorno alcohólico como causa de incapacitación, etc.

14



### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **6. ACTUACIÓN DE LA COMISIÓN DE TUTELA UNA VEZ DICTADA LA SENTENCIA DE INCAPACITACIÓN**

- **REQUERIMIENTO JUDICIAL A LA COMISIÓN:** Se pone en conocimiento de la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha, vía judicial o extrajudicial, la sentencia de incapacitación, requiriéndose en la misma a esta Comisión para efectuar la propuesta de Fundación Tutelar idónea.
- **ESTUDIO DE LA SENTENCIA POR LA COMISIÓN:** Aspectos a valorar (tutela o curatela, características del incapacitado, edad, patologías, características personales y/o sociales, existencia de parientes o familiares).
- **FORMACIÓN DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE TUTELA:**
  - Completo: Se continúa con la tramitación.
  - Incompleto: > Solicitar el expediente al Juzgado.
    - > Solicitar informes a diferentes organismos: Centros Base, Hospitales, Servicios Sociales.
- **DERIVACIÓN A UNA FUNDACIÓN TUTELAR MÁS IDÓNEA**
- **ACEPTACIÓN DEL CASO POR LA CORRESPONDIENTE FUNDACIÓN TUTELAR**
- **COMUNICACIÓN AL JUZGADO, EN CALIDAD DE PROPUESTA, DE LA ACEPTACIÓN DEL CARGO TUTELAR POR LA FUNDACIÓN DESIGNADA.**
- **AUTO DE NOMBRAMIENTO DEL TUTOR/CURADOR Y ACEPTACIÓN JUDICIAL DEL CARGO POR LA FUNDACIÓN.**

15

### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **7. FUNDACIONES TUTELARES**

- **ORIGEN:** (Art. 3 Decreto 71/1997, de 17 de junio).

La Consejería de Salud y Bienestar Social, a propuesta de la Comisión de Tutela, podrá suscribir Convenios de colaboración con Instituciones públicas o privadas, para el cumplimiento de los fines que ésta tiene encomendados.

- **REGULACIÓN JURÍDICA:**

- Art. 34 de la Constitución Española.
- Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

- **CONCEPTO:** (Art. 1º de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

Organizaciones constituidas sin fin de lucro, que tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general.

- **FINES:** (Art. 3º de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

Fines de interés general.

16

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

**• FUNDACIONES TUTELARES Y PROBLEMAS EN LA GESTIÓN DE LOS CARGOS TUTELARES:**

La Consejería de Salud y Bienestar Social ha suscrito cinco Convenios de colaboración con las siguientes Fundaciones Tutelares:

**FUNDACIÓN TUTELAR DE CASTILLA-LA MANCHA (FUTUCAM).**

- Objeto: tutela de personas con discapacidad intelectual.
- Ámbito: regional
- Dirección: Plaza República Dominicana, 2 - 1º B izda. 45004 Toledo
- Teléfono y fax: 925 25 50 39

**FUNDACIÓN MADRE:**

- Objeto: tutela de personas con enfermedad mental.
- Ámbito: regional.
- Dirección: C/ Vicente Aleixandre, 2 - Bajo, 19004 Guadalajara
- Teléfono: 949 20 20 51 / 949 20 23 43 Fax: 949 20 30 55

**FUNDACIÓN FAMILIA:**

- Objeto: tutela de personas con enfermedad mental.
- Ámbito: Albacete.
- Dirección: Travesía de la Igualdad, 3 - Edificio AFAEPS, 02006 Albacete
- Teléfono: 967 21 00 11 Fax: 967 21 03 53

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

**FUNDACIÓN MAYORES:**

- Objeto: tutela de personas mayores de 65 años.
- Ámbito: regional.
- Dirección: Avda. del Rey Santo, 8 - portal izdo. 4º E, 13001 Ciudad Real
- Teléfono: 926 21 73 42 Fax: 926 21 04 61

**FUNDACIÓN DE DAÑO CEREBRAL SOBREVENIDO (FUNDACE):**

- Objeto: tutela de personas con daño cerebral sobrevenido.
- Ámbito: regional.
- Dirección: C/ Plazuela, 1, 45122 Argés (Toledo)
- Teléfono: 925 37 62 55 Fax: 925 29 36 41 / 925 37 69 69



***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**A) PROBLEMAS SURGIDOS ANTES DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO TUTELAR POR LAS FUNDACIONES TUTELARES**

**1) Correcta prevención de situaciones de desamparo de personas presuntamente incapaces:**

Los Servicios Sociales Básicos, como pieza fundamental del engranaje asistencial, han de detectar las situaciones de desamparo de personas presuntamente incapaces, situaciones que, en su caso, pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal.

No obstante, estas situaciones han de ser valoradas correctamente, y previamente a la incapacitación se han de haber articulado por los Servicios Sociales otras medidas de apoyo para intentar proteger a esas personas, de modo que solo en el caso de que no surtieran efecto sería aconsejable poner en conocimiento del Fiscal esa presunta incapacidad.

**2) La excusa de los parientes más cercanos para el nombramiento de tutores o curadores:**

El nombramiento por parte del juez de las fundaciones tutelares como tutores suele obedecer a dos motivos, bien a la ausencia de parientes cercanos idóneos o el criterio del juez en beneficio del incapaz.

Por otra parte, la falta de compromiso de los familiares para asumir los cargos tutelares puede venir motivada bien por el desconocimiento de la figura de la tutela (la entienden como medio de resolver otras cuestiones p. ej. obtención de plaza en residencia, herencias, etc), o bien por las dificultades que encuentran en la atención y convivencia diaria con el enfermo por la carencia de recursos socio-sanitarios o de la insuficiente coordinación entre el ámbito judicial y sanitario a la hora de gestionar esos recursos.

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**A) PROBLEMAS SURGIDOS ANTES DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO TUTELAR POR LAS FUNDACIONES TUTELARES**

**3) Derivación de expedientes incompletos por los Juzgados:**

En muchos casos la información aportada es insuficiente para conocer a la persona incapacitada, tanto desde el punto de vista clínico, como socio-sanitario e incluso datos personales identificativos, como el lugar de residencia.

**4) Falta de agilidad por parte de la Administración de Justicia a la hora de requerir a los representantes legales de las Fundaciones Tutelares para la toma de posesión de los cargos tutelares.**

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**B) PROBLEMAS SURGIDOS DESPUÉS DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO TUTELAR POR LAS FUNDACIONES TUTELARES**

**1) Escasez de recursos adecuados para hacer frente a la rehabilitación psicosocial del enfermo:**

Falta de la adecuada coordinación entre el ámbito judicial y sanitario para la puesta en marcha de distintos dispositivos, ya sea por la carencia de cobertura legal para la realización práctica de los mismos (tratamiento ambulatorio involuntario), ya sea por el número limitado de plazas residenciales de la red pública socio-sanitaria.

Destaca la ausencia de centros de carácter semiabierto o controlado, cuya necesidad se ha puesto de manifiesto en la práctica, como una alternativa necesaria para la propia rehabilitación de personas con conductas de riesgo específicas con trastorno mental grave o crónico, alternativa que debería ser combinada con otros dispositivos adecuados para el tratamiento y reinserción.

**2) Obstáculos a la hora de desarrollar sus funciones en las relaciones con los encargados de los distintos dispositivos residenciales, en su calidad de guardadores de hecho.**

21

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**3) Dificultades a la hora de realizar un internamiento involuntario**, así como de encontrar el dispositivo residencial adecuado a las necesidades del incapaz, y las medidas a tomar con el enfermo una vez se ha producido el internamiento.

**4) Complejidad para llevar a cabo un tratamiento ambulatorio involuntario**, como opción terapéutica y rehabilitadora, con la necesidad de aumentar en medios humanos, técnicos, materiales, etc. además de concretar quien debe llevar a cabo la coordinación de dicho tratamiento.

22



***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**B) PROBLEMAS SURGIDOS DESPUÉS DE LA TOMA DE POSESIÓN DEL CARGO TUTELAR POR LAS FUNDACIONES TUTELARES**

**5) Responsabilidad en el ejercicio de la acción tutelar ante la Administración de Justicia:**

Esa acción viene marcada por el principio de la diligencia debida en beneficio de los intereses personales y patrimoniales de los incapaces, de modo que para una asistencia de calidad y una adecuada rehabilitación es necesaria una mayor disposición de recursos públicos y privados, para lo cual se necesita el compromiso de todas las entidades implicadas.

Dificultad para revisar la sentencia de incapacitación, sobre todo si el objetivo es pasar de tutela a curatela o la reintegración de la capacidad, o para articular una efectiva protección en determinadas curatelas.

**6) Dificultades en la administración del patrimonio de los tutelados:**

El trastorno psíquico de los tutelados ha supuesto en muchos casos que antes de la incapacitación de los mismos, familiares y personas de su entorno, se valieran de su situación para sacar provecho de su patrimonio, con los consiguientes problemas para las fundaciones tutelares que en la mayoría de los casos recurren a la vía judicial para la defensa de sus intereses.

Para la protección de su patrimonio, sería conveniente la puesta en marcha de un registro de incapacitados, relativo a la adquisición-venta de bienes, solicitud de créditos, etc.

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**C) PROBLEMAS SURGIDOS EN TORNO A LOS DISTINTOS COLECTIVOS TUTELADOS**

**1) Personas con enfermedad mental grave, cuya atención ambulatoria o internamiento involuntarios presentan serios problemas de solución:**

En ambos casos se necesita una coordinación de las distintas instancias socio-sanitarias con los tribunales de justicia.

**2) Personas con enfermedad mental asociada a una conducta adictiva (patología dual) o a una discapacidad psíquica:**

Se trata de un colectivo muy específico, en el que las soluciones a abordar son complicadas, pues mientras que la discapacidad psíquica es irreversible, y también algunas de las enfermedades mentales, si son curables o recuperables algunas de esas enfermedades mentales y muchas de las adicciones que dan lugar a una patología dual.

**3) Personas mayores de 65 años con enfermedad mental:**

No existe ningún psicogeriatrico en toda Castilla-La Mancha, y los pocos que existen en España sólo admiten a pacientes que tengan su enfermedad mental perfectamente controlada.

### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

#### **• FUNCIONES DE LAS FUNDACIONES TUTELARES:**

Las actividades a realizar por las Fundaciones Tutelares en relación con la Comisión de Tutela se desarrollan en cuatro áreas, que a su vez están interrelacionadas:

#### **A) ÁREA DE INTERVENCIÓN SOCIAL.**

- Conocimiento y evaluación de las características psicológicas, médicas y sociales de cada una de las personas tuteladas.
- Diseño y ejecución del plan individual de intervención de cada una de las personas tuteladas, desarrollado conforme a la metodología de planificación centrada en la persona.
- Planificación y obtención, en su caso, de los recursos y prestaciones que pudieran necesitar cada uno de los tutelados en función del plan individualizado.
- Implementación de las intervenciones técnicas de los profesionales del equipo de trabajo de la fundación que sean necesarias en función del plan individual.
- Colaboración con la iniciativa social con el objetivo de cubrir las necesidades afectivas y de integración social de todas las personas incapacitadas o en proceso de incapacitación.

25

### **Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

- Prestar el apoyo y la orientación a padres, familiares, así como otras personas, físicas o jurídicas, sobre aspectos sociales relacionados con la incapacitación y la tutela.
- Búsqueda, formación y seguimiento del Tutor Delegado, entendiéndose como tal, quien por delegación de la Fundación vela por el ejercicio de la tutela de cada persona de forma individualizada, bajo el control y supervisión de la Fundación.

26



**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

**B) ÁREA JURÍDICA.**

- Actuaciones en los procedimientos de incapacitación y tutela, así como en aquellas otras piezas que pudieran abrirse para acordar medidas cautelares de protección personal y/o patrimonial en relación con el presunto incapaz.
- Intervención y defensa en aquellos asuntos en los que los intereses y derechos de los tutelados estén afectados.
- Asesoramiento e información en aquellas cuestiones jurídicas que pudieran suscitarse en el ejercicio de los cargos tutelares.

**C) ÁREA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA.**

- Planificación, gestión y administración de los patrimonios mobiliarios e inmobiliarios de las personas tuteladas por la Fundación.
- Realización de aquellas actuaciones de carácter patrimonial acordadas jurídicamente en medidas cautelares, como medida de protección de presuntos incapaces.
- Conformación de inventarios y rendiciones de cuentas para su presentación ante la autoridad judicial competente como garantía del desempeño de la función tutelar.
- Información y asesoramiento sobre recursos económicos y administración patrimonial a aquellas personas que lo requieran.
- Asegurar la responsabilidad civil del tutelado.

27

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**

**D) OTRAS ACTUACIONES O GESTIONES.**

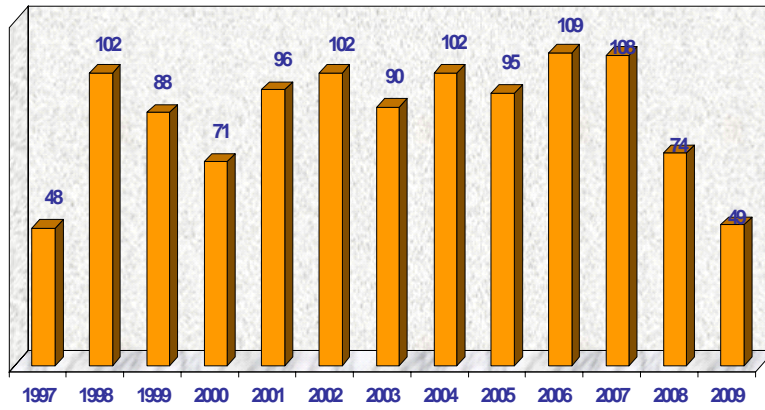
- Colaboración con las instancias sociales, institucionales y judiciales.
- Edición de publicaciones, estudios e investigación sobre la protección legal de las personas con enfermedad mental/discapacidad intelectual.
- Organización de actividades de sensibilización ciudadana sobre los derechos de las personas con enfermedad mental/discapacidad intelectual.
- Posibilitar las pruebas médicas y psicosociales de valoración, diagnóstico, determinación de tratamiento y régimen de vida, llevando a cabo los tratamientos especializados precisos (médico-quirúrgicos u otros), previa la autorización judicial normativamente establecida.

28

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**8. MEMORIA DE GESTIÓN.**

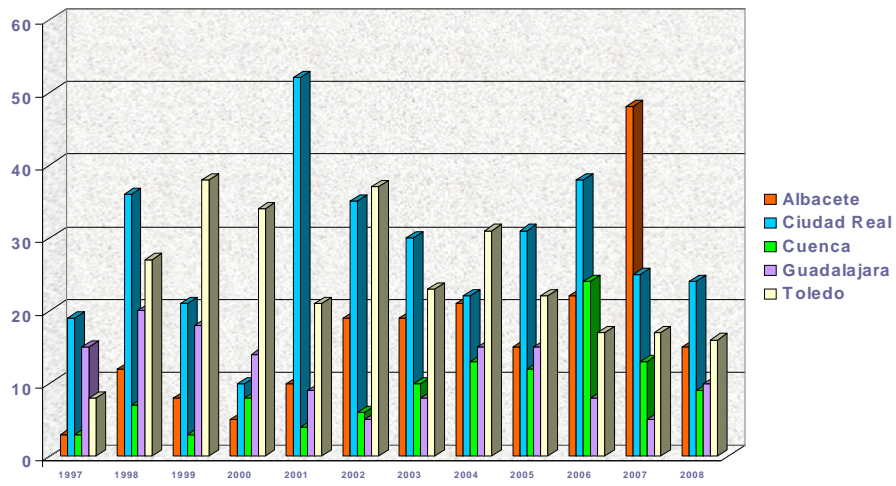
**NÚMERO DE ALTAS ANUALES**



29

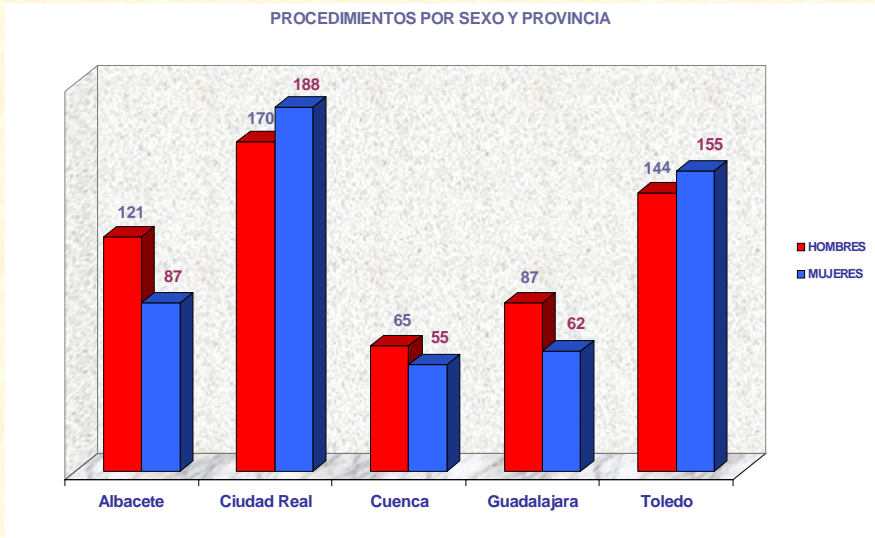
***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**NÚMERO DE ALTAS ANUALES POR PROVINCIA**



30

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**



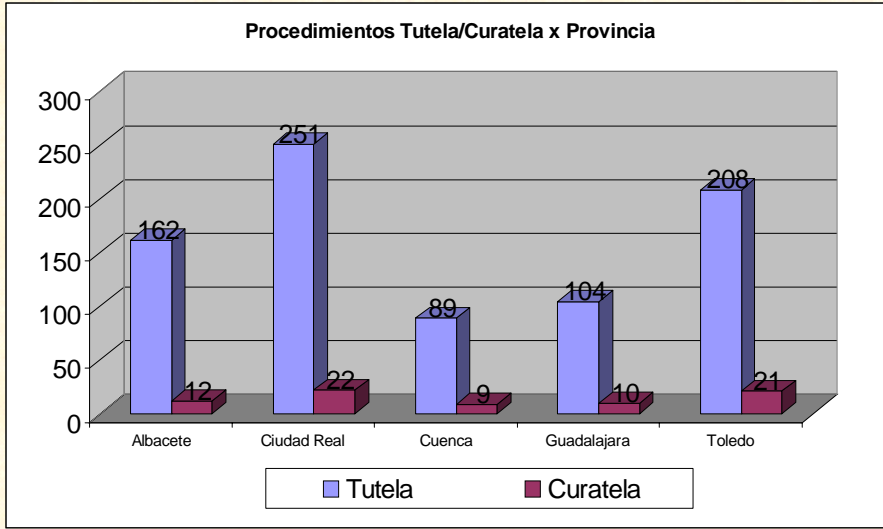
31

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**



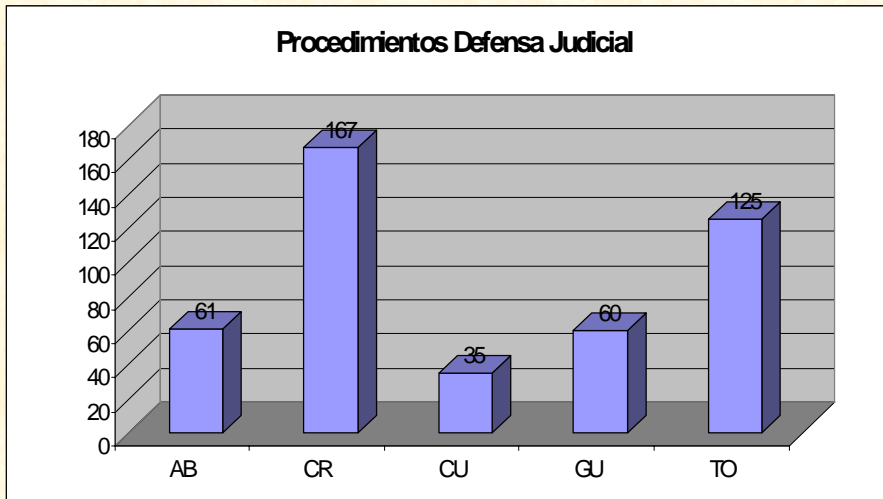
32

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**



33

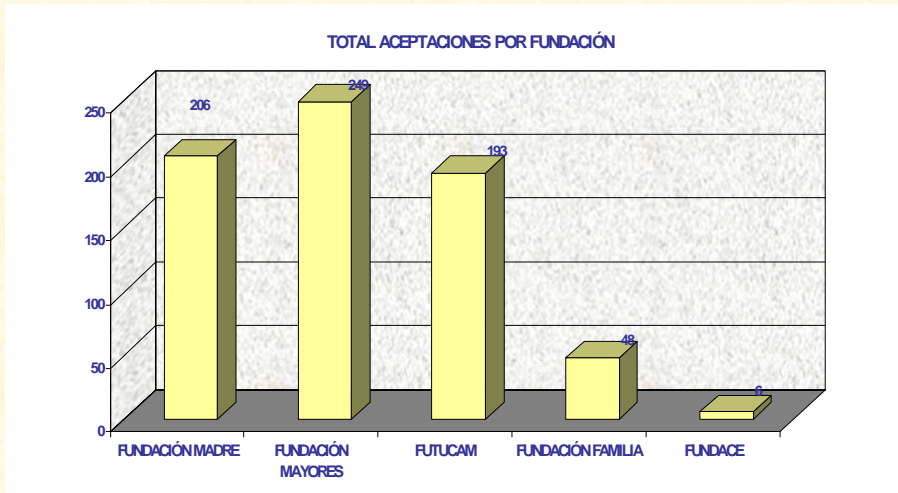
**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**



34

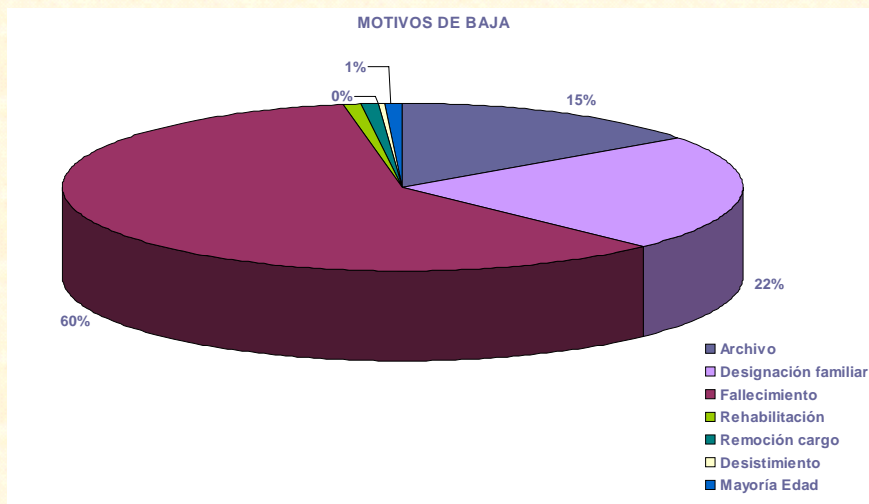


**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**



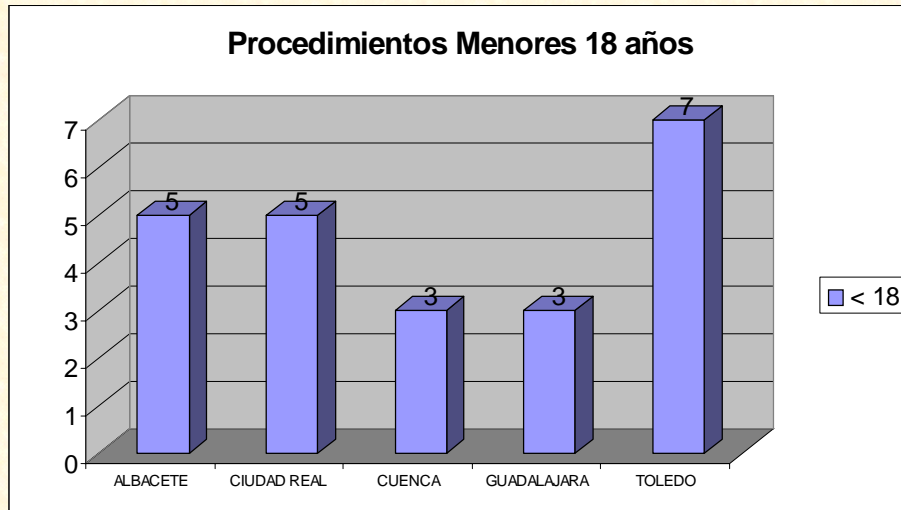
35

**Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha**



36

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***



37

***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

**9. CONSIDERACIONES FINALES**

- La incapacitación, siempre vista como medida de protección, únicamente la declara el Juez mediante sentencia firme.
- Es difícil adecuar, en una sentencia judicial, situaciones en que se concilie el respeto a los derechos fundamentales de la persona con la necesaria protección a los incapaces.
- Falta de adecuada coordinación entre el ámbito judicial y sanitario y necesaria creación de un mayor número de recursos socio-sanitarios.
- Complejidad para llevar a cabo un tratamiento ambulatorio involuntario, como opción terapéutica y rehabilitadora, con la necesidad de aumentar en medios humanos, técnicos, materiales, etc. además de concretar quien debe llevar a cabo la coordinación de dicho tratamiento.

38

### ***Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha***

- La escasa conciencia de enfermedad genera un círculo vicioso y lleva a una constante puerta giratoria ingreso-salida-ingreso en unidades psiquiátricas. Además de la dificultad para llevar a cabo la tutela de quien no se considera enfermo ni desprotegido.
- Complicación para atender a las personas parcialmente incapaces en la figura del curador. Al sólo poder asistirles, aconsejarles, orientarles, reforzarles ..., imposibilita en muchos casos una efectiva protección y obliga a solicitar y esperar la intervención del Juez.
- Necesidad de empatía y afectividad en la atención directa con las personas incapacitadas, como derecho y herramienta de trabajo que permita la obtención en mayor medida de los objetivos para la mejora de su calidad de vida.
- Dificultades de los familiares en la atención y convivencia diaria con el enfermo mental por la falta de recursos intermedios.
- Posibilidad de mayor apoyo y protección económica a los discapacitados, con la opción de crear un patrimonio protegido a su favor; que puede ser administrado por entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de personas incapacitadas.
- Fundamental es que, dado que la incapacidad es una medida de protección para las personas con enfermedad persistente e irreversible que les impide valerse por sí mismas, todos debemos trabajar para conseguir el MEJOR BENEFICIO PARA ESTAS PERSONAS.

# EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

**Javier Pallarés Neila**

Director del Departamento de Tutela y Protección legal de la Fundación Manantial  
Abogado

## INTRODUCCIÓN.-

Para el diccionario de la Real Academia Española, internar es “Disponer o realizar el ingreso de alguien en un establecimiento, como un hospital, una clínica, una prisión, etc”<sup>1</sup>.

Aún cuando en la definición, como no podía ser de otra forma, no se entra a valorar el aspecto subjetivo o la intencionalidad del sujeto, un examen más detallado nos muestra que ya en el académico se encontraba la idea de que el ingreso puede realizarlo el propio sujeto, por sí, o acordarse por otro como lo demuestra la utilización de los verbos “disponer o realizar”.

De esta forma, el verbo internar podría fácilmente conjugarse con otros dos:

- ➡ Acceder: Definido por el mismo diccionario como “Entrar en un lugar o pasar a él”
- ➡ Detener, en su acepción de “privación provisional de la libertad, ordenada por una autoridad competente”.

Pues bien, es evidente que en esta ponencia conjugaremos el verbo internar, analizaremos su naturaleza, objeto y requisitos, partiendo de la persona no como sujeto activo, sino pasivo; es decir cuando alguien *dispone* el ingreso de otra persona sin contar con su consentimiento o en contra de su voluntad.

Planteado el objeto, debemos enmarcarlo, como no podía ser de otra forma en un estado social y democrático del derecho<sup>2</sup>, en el texto constitucional y partir así de dos premisas fundamentales:

La primera, en pleno respeto a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución:

---

<sup>1</sup> DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición

<sup>2</sup> Artículo 1 de la Constitución Española.

“1.- La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La segunda, por lo dispuesto en el artículo 17 del mismo texto:

1. “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la [Ley](#)”.

#### ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.-

La primera norma que reguló de forma expresa el internamiento fue el Real Decreto de 12 de mayo de 1885, bajo el llamativo título de “Reglamento orgánico para el régimen y gobierno interior del manicomio de Santa Isabel de Leganés” y el Real Decreto de 19 de mayo de 1885, éste como norma ya de carácter general aplicable a todos los “hospitales de dementes” y no sólo a aquél.

Estas normas institucionalizaron un tipo de internamiento que podíamos calificar como “judicial” en tanto quedaba sometido al control del juez; sistema que perduraría hasta la siguiente norma promulgada durante la 2ª República: el Decreto de 3 de julio de 1931 sobre la asistencia a los enfermos mentales.

En éste, vigente con varias reformas hasta 1983, se vendría a consagrar un tipo de internamiento que podríamos calificar como de “administrativo”, ya que junto con el acordado judicialmente, convivían el ordenado por el médico, por la autoridad gubernativa, jefe de policía y por el alcalde, que eran los de más frecuente utilización, atribuyéndose además funciones de control del ingreso al gobernador civil de la provincia.

La promulgación de la Constitución en 1978 hizo necesaria adecuar la normativa reguladora a los principios y derechos que recogía.

Era ya imprescindible una norma que recogiera con todas las garantías esa situación peculiar que afecta, entre otros derechos, a la libertad de la persona, a su libertad de residencia y a la obtención de la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión<sup>3</sup>.

Ello no obstante, tuvimos que esperar hasta 1983, año en el cual se produce una importante modificación del código Civil<sup>4</sup>.

Con la nueva normativa se pasó de un sistema administrativo a otro judicial, en el que será el Juez, como garante de la salvaguarda de la integridad de los derechos fundamentales, quien tenga la potestad exclusiva en el control del internamiento.

Pese a l indudable avance en relación con la regulación anterior, su mayor pecado fue su ubicación, dentro de una norma de carácter material, el Código Civil y dentro de la normativa reguladora de la incapacidad civil.

Esto provocó la confusión entre incapacidad e internamiento, justificada por otra parte, ya que el artículo utilizaba la expresión de "presunto incapaz".

Así en su redacción original el artículo 211 del Código Civil (C.C.) establecía:

"El internamiento de un presunto incapaz, requerirá la previa autorización judicial, ...

Esta redacción se vio modificada por la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, quedando redactado definitivamente como sigue

#### Artículo 211

"El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá

---

<sup>3</sup> Derechos fundamentales recogidos en los artículos 17, 19 y 24 de la Constitución.

<sup>4</sup> Ley 13/1983 de 24 de octubre.

autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269.4., el Juez, de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.”

La nueva redacción, ya muy próxima a la actual, se incluye la expresión de “trastorno psíquico”, rechazándose la anterior de “presunto incapaz” e incorporando unos mecanismo de control que venían siendo exigidas por la legislación europea y la doctrina constitucional, tal y como veremos a continuación.

Dicho artículo ha estado vigente hasta el año 2000, fecha de promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>5</sup>, que derogará el artículo 211 e incluirá en su articulado el artículo 763 dedicado a la materia que estudiamos.

## REGULACIÓN ACTUAL

Como decíamos, la regulación actual es respetuosa con la doctrina jurisprudencial tanto europea como de nuestro Tribunal Constitucional.

En cuanto a la primera, la privación de libertad ambulatoria que subyace en un internamiento ha sido objeto de numerosas decisiones adoptadas por el Tribunal

---

<sup>5</sup> Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil.



Europeo de Derechos Humanos, en interpretación de lo dispuesto en el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.<sup>6</sup>

Los requisitos mínimos que este alto tribunal exige, para que aquél sea conforme a derecho son los siguientes<sup>7</sup>:

1. El internamiento de una persona enajenada debe ser considerado una privación de libertad.
2. Salvo en casos de urgencia debe haberse probado de manera convincente la enajenación mental del internado; es decir demostrarse ante la autoridad competente por medio de un dictamen pericial médico objetivo.
3. El trastorno mental deber revestir un carácter o una amplitud que legitima el internamiento.
4. El internamiento no puede prolongarse válidamente sin que persista dicho trastorno.
5. El artículo 5 del convenio debe ser interpretado con carácter restrictivo y como tal debe interpretarse el término de enajenado.
6. Debe existir un control judicial periódico.

En nuestra legislación no es del todo cierto que la regulación relativa al internamiento la encontremos en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo LEC), ya que a mi juicio, éste no es una medida de carácter jurídico.

Frente a una persona con un brote psicótico prevalecen ante todo razones médicas que aconsejan la intervención inmediata, ya que la propia dinámica de la patología no haría más que empeorar sin intervención alguna a lo largo del tiempo; pero además razones éticas, ya que la persona encerrada en sus delirios tiene un enorme sufrimiento, que de no ponerse fin, podría degenerar en un grave riesgo para su persona.

---

<sup>6</sup> Este artículo recoge como supuestos legítimos de privación de libertad: la condena penal, detención preventiva, prisión provisional, internamiento de menores, internamiento de enfermos contagiosos, drogadictos, enajenados y vagabundos, internamiento de extranjeros en situación ilegal, detención por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por ley.

<sup>7</sup> Por todas: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 1970, Casos Winterwerp; 5 de noviembre de 1981, caso X contra Reino Unido y de 23 de febrero de 1984, caso Luberti.

Desde este punto de vista debemos entender que el fundamento del internamiento es siempre terapéutico y que la privación de libertad es su desgraciada consecuencia.

Con esto cambiamos la perspectiva y así, deberíamos distinguir entre la regulación material que lo ampara y la adjetiva que regula su ejecución y control:

La legislación material que terapéuticamente la sustenta, la encontramos en dos normas:

1. El Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.
2. El Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina y 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 y

Pues bien, en el artículo 7 del Convenio de Oviedo se afirma lo siguiente:

“Artículo 7

(Protección de las personas que sufran trastornos mentales)

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos.”

En pleno respeto a este convenio y por necesidad inmediata de su desarrollo se promulgo en España la denominada Ley de Autonomía del Paciente, en cuyo articulado también se contiene referencia al tratamiento involuntario.

Así, tras exponer en su artículo 2 que:

"Artículo 2. Principios básicos.

2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley."

En su artículo 9, bajo la rúbrica de "Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación", se afirma:

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

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

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

¿Y como se practica dicha intervención involuntaria?

La respuesta la tenemos, como se ha dicho anteriormente, en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo contenido literal es el siguiente:

"Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

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

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

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al

tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente."

## TIPOS DE INTERNAMIENTO.

Existen diversas formas en la que una persona con trastorno mental puede ingresar en un centro psiquiátrico: de forma voluntaria e involuntaria.

Dentro de ésta última, cabe distinguir entre los internamientos penales y los civiles; y dentro de los civiles podemos distinguir entre dos clases: ordinarios y de urgencia.

### 1.- Internamientos voluntarios:

Tienen lugar cuando una persona, mayor de edad, presuntamente capaz, presta su consentimiento expreso, bien solicitando el ingreso por su propia iniciativa, bien a petición del psiquiatra.

El internamiento debe tener una finalidad terapéutica, por lo que se exige la existencia de una enfermedad mental que justifique la medida.

Parece que este tipo de ingresos no están sujetos al artículo 763 y no requieren por lo tanto autorización judicial. Sin embargo no es esta una cuestión pacífica.

La Fiscalía general del estado declaró con ocasión del antiguo artículo. 211 que el CC no se refería a este tipo de internamientos<sup>8</sup>), pero posteriormente se observa cierta evolución en su criterio<sup>9</sup>.

## 2.- Internamiento involuntario.-

A la vista del artículo 763, descubrimos la existencia de dos tipos o dos formas de internamiento: el ordinario y el urgente.

La diferencia entre uno y otra se encuentra en el momento en que el Juez, homologa el cumplimiento de todos los requisitos legales.

En el ordinario, primero se acude al Juez, quien a la vista y con cumplimiento de los requisitos señalados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, acuerda el traslado a centro adecuado a fin de que los facultativos valoren la necesidad o no del ingreso.

Por el contrario, el urgente se realiza sin una homologación judicial previa. El facultativo por propia autoridad acuerda y ejecuta el ingreso, con la única obligación de ponerlo en conocimiento del juzgado lo antes posible y en todo caso en un plazo máximo de 24 horas, a fin de que el Juez supervise su adecuación a derecho.

Obsérvese que en ambos casos, no hablamos de autorización judicial, ni de órdenes judiciales. En nuestro derecho actual, la decisión de internamiento, al margen del ámbito penal, no es propiamente judicial sino estrictamente médica.

El ingreso involuntario no lo ordena ningún juez, sino el facultativo. El órgano jurisdiccional como garante de nuestros derechos fundamentales, lo único que hace es

---

<sup>8</sup> Memoria de 1985.

<sup>9</sup> El Defensor del Pueblo y la Asociación Española de Psiquiatría, considera el internamiento voluntario como un acto perteneciente a la esfera privada amparada, amparada por el derecho a la intimidad personal.

comprobar que se cumplen todos los requisitos legales que legitiman esta privación de libertad.

Véase a este respecto lo que se afirma en el último párrafo del artículo 763, aplicable desde luego a cualquier forma de ingreso:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”

1. a).- Internamiento ordinario:

En contraposición al urgente, sería aquél que necesita autorización judicial previa.

Están legitimados activamente para promoverlo, las mismas personas que pueden iniciar un proceso de revisión de la capacidad, así como el Ministerio Fiscal, a iniciativa propia o a iniciativa de cualquier persona.

La legitimación pasiva, la ostenta aquél que reúne dos requisitos:

- Que adolezca de un trastorno psíquico.
- Que no esté en condiciones de decidir por sí.

Mención especial requiere la atención de dos sujetos: los menores de edad y las personas incapacitadas.

En cuanto a los primeros, si bien en la redacción original del antiguo artículo 211, no quedaban sometidos a control, con posterioridad se les sometió a idénticos mecanismos, requisitos que hoy recoge el artículo que estudiamos.

“1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela,

requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

.../...

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

En cuanto a las personas incapacitadas, ya que su internamiento debe ser siempre considerado como involuntario y obligatoriamente sometido al control del Juez de la Tutela en aplicación de lo dispuesto en el artículo 271 del CC, conforme al cual:

“El tutor necesitará autorización judicial para:

1. Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

La competencia para resolver acerca de la medida la tiene el órgano jurisdiccional del lugar donde resida la persona que puede ser ingresada.

En cuanto al procedimiento, el actual artículo 763, a diferencia de la regulación anterior, contempla la forma de ejecutarlo.

Así, solicitado mediante escrito por las personas legitimadas o mediante comparecencia en el Juzgado o Fiscalía, el Juez está obligado a:

- ➔ Dar audiencia a la persona afectada.
- ➔ Oír al Ministerio Fiscal.
- ➔ A cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.

Además, y sin perjuicio de que pueda practicarse cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el Juez deberá practicar con carácter obligatorio dos:

1. Examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate.
2. Oír el dictamen de un facultativo por él designado.



## 2.a) Internamiento de Urgencia.-

### Competencia:

En este caso, el Juez competente para ratificar el ingreso será el del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento.

### Procedimiento:

El responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

### Requisitos:

Antes de ratificar la medida, el Juez debe:

- ➔ Dar audiencia a la persona afectada.
- ➔ Oír al Ministerio Fiscal.
- ➔ A cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida.

Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el Juez deberá practicar con carácter obligatorio dos:

1. Examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate.
2. Oír el dictamen de un facultativo por él designado.

Por lo tanto, como vemos los requisitos son idénticos en uno u otro tipo.

Por último, en plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal, el Juez deberá ratificarlo.

## 2.c) Elementos comunes del internamiento ordinario y el de urgencia:

Participando ambos de una misma naturaleza jurídica, ambos internamientos:

- ➡ Están sometidos a unos mismos mecanismos de control.
- ➡ Concluyen de igual forma.

Los mecanismos de control son fundamentalmente tres:

- a. El deber de información periódica al Juez, que tienen los facultativos que atienden a la persona –con un mínimo periodo de seis meses-
- b. La información adicional que el Juez va a poder requerir en cualquier momento.
- c. El derecho que tiene la persona afectada por el internamiento de interponer recurso de apelación; es decir de recurrir a un tribunal superior.

Por último, ambos internamientos, como hemos estudiado, concluyen de forma idéntica:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.”

Lo que una vez más viene a ratificar que la medida estudiada tiene dos protagonistas: el médico que ordena y el juez que controla.

## SUPUESTOS PRÁCTICOS 1

ALICIA es una anciana de 82 años que desde que se quedó viuda vive sola.

El año pasado se rompió la cadera y desde entonces no levanta cabeza. Ayer se mareo y se cayó, es la tercera vez.

Le han diagnosticado un ictus isquémico. Sus hijos le dicen que así no puede seguir y le han buscado una residencia privada que están dispuestos a sufragar, pero ella no quiere ir.

¿Pueden los hijos ingresar a su madre en una residencia de ancianos?

En caso de respuesta afirmativa: ¿Necesitan de autorización judicial?

### EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

## SUPUESTOS PRÁCTICOS 2

JUAN tiene esquizofrenia paranoide. Desde hace tiempo está bastante estable, acude al Centro de Salud y toma puntualmente la medicación.

Hace una semana falleció su madre y desde entonces no se encuentra bien, ha vuelto a oír voces y piensa que los vecinos le están envenenando, ayer por la noche se decide y acude él solo al hospital.

¿Es competente el hospital para acordar el ingreso o debe ser su psiquiatra de referencia?

En caso de respuesta afirmativa: ¿Necesita el hospital de autorización judicial?

Aún cuando no la necesitara ¿debe comunicarlo al Juzgado?

### EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

### SUPUESTOS PRÁCTICOS 3

El Presidente de la Comunidad de Propietarios de la calle del pez nº 7, acude a los servicios sociales para denunciar la situación que están viviendo en su casa.

Según parece, ANTONIO, el vecino del 3º D se pasa la noche dando gritos y golpes en la paredes, además de su casa sale un olor nauseabundo.

¿Que puede hacer la Trabajadora Social?

¿Puede solicitar su internamiento involuntario?

#### EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

### SUPUESTOS PRÁCTICOS 4

MARÍA, está tutelada por la FUNDACIÓN MANANTIAL. El pasado día 1 tenía que haber acudido al CSM a ponerse el depot, pero no lo hizo.

El profesional de referencia de la Fundación le ve muy delirante, cree que está sufriendo un brote psicótico y que hay que ingresarla. Finalmente le convence y acuden ambos al hospital y finalmente queda ingresada

¿Ha actuado correctamente el tutor ?

¿Puede el psiquiatra de guardia acordar su ingreso?

¿ Hay algo más que el psiquiatra deba hacer?

#### EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

## SUPUESTOS PRÁCTICOS 5

MARÍA, está tutelada por la FUNDACIÓN MANANTIAL. El pasado día 1 tenía que haber acudido al CSM a ponerse el depot, pero no lo hizo.

El profesional de referencia de la Fundación le ve muy delirante, cree que está sufriendo un brote psicótico y que hay que ingresarla. NO la logra convencer.

¿Qué puede hacer el tutor?

¿Puede el psiquiatra de guardia acordar su ingreso?

¿hay algo más que el psiquiatra deba hacer?

### EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

## SUPUESTOS PRÁCTICOS 6

BLAS, está tutelado por su hermana. Tiene esquizofrenia residual.

Después de muchos años ha conseguido una plaza de larga estancia en Santa Teresa de Arévalo. Llegado el día acuden juntos e ingresa a Blas.

¿Ha actuado correctamente?

¿Necesita autorización judicial?

### EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

## **BIBLIOGRAFIA.-**

- Martin Knapp; David McDaid; Elias Mossialos; Graham Thornicroft (2007). Salud mental en Europa: políticas y prácticas. Líneas futuras en salud mental. 2007 Ministerio de Sanidad y Consumo
- Manual de Recursos de la OMS sobre Salud Mental. (2006) Organización Mundial de la Salud 2006.
- Xavier O'Callaghan Muñoz (1986). Compendio de derecho civil. Tomo I, Parte General. Xavier O'Callaghan Muñoz. Madrid 1986.
- Paloma García-Lubén Barthe (1999). El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas. Madrid, 1999.
- Lucía García García (2000). Marco jurídico de la enfermedad mental. Incapacitación e internamiento. Valencia, 2000.
- Jesús Sánchez-Caro y Javier Sánchez-Caro (2002). El consentimiento informado en psiquiatría. Madrid, 2002.
- Narcís Nadal i Oller (1999). La incapacitación. Barcelona 1999.
- Julio Cesar Galán Cortés (2001). Responsabilidad médica y consentimiento informado. Madrid, 2001.
- Tomás Ortiz Valero y Javier Ladrón de Guevara y Guerrero (1998). Lecciones de Psiquiatría forense. Granada, 1998
- Carlos Ganzenmüller Roig, 2007. El internamiento Involuntario. Los derechos de las personas con discapacidad. Volumen I. Aspectos Jurídicos. Dirigidos por D. Javier Laorden. Coordinados por D. José Luis Terreros. Consejo General del Poder Judicial 2007.



## **BIBLIOGRAFÍA SOBRE INCAPACITACIÓN Y TUTELA**

*BOE 96 21 ABRIL DE 2008, ARTÍCULO 6063. "INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN, SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, HECHO EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006".*

CÓDIGO CIVIL: REAL DECRETO DE 24 DE JULIO DE 1.889. REFORMA EN MATERIA DE TUTELA INTRODUCIDA POR LA LEY 13/83, DE 24 DE OCTUBRE.

LA REGULACIÓN LIBRO I (DE LAS PERSONAS), TÍTULOS IX (DE LA INCAPACITACIÓN) Y X (DE LA TUTELA, DE LA CURATELA Y DE LA GUARDA DE LOS MENORES O INCAPACITADOS).

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: DE 27 DE DICIEMBRE DE 1.978. TÍTULO PRELIMINAR Y EL TÍTULO I (DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES).

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: DE 13 DE DICIEMBRE DE 2.006. RATIFICADA POR ESPAÑA EL 30 DE MARZO DE 2.007, ENTRANDO EN VIGOR EL 3 DE MAYO DE 2.008.

*COUTO GALVEZ, R. (1999): PROBLEMAS LEGALES MÁS FRECUENTES SOBRE LA TUTELA, ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DE PERSONAS MAYORES. MADRID: PUBLICACIONES UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS.*

*DE LA CUESTA Y AGUILAR, J. (1999): LA TUTELA FAMILIAR Y DISPOSICIÓN A FAVOR DEL MENOR E INCAPAZ. BARCELONA: BOSCH.*

*INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS, BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, UNIVERSIDAD CARLOS III. "LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU IMPACTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL".*

*LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007): LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES. MADRID: TECNOS.*

*LÓPEZ CHAPA, S. (2007): AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y LIBERTAD TERAPÉUTICA. BARCELONA: BOSCH.*

*PÉREZ BUENO, L (2008): "LA RECEPCIÓN DE LA CONVENCIÓN DE LA ONU EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: AJUSTES NECESARIOS". SIGLO CERO, REVISTA ESPAÑOLA SOBRE DISCAPACIDAD INTELECTUAL, VOLUMÉN 39 (4) NÚMERO 228, 2008, 62-71.*

*PÉREZ MADERA, D. (2003): "LOS PROBLEMAS LEGALES MÁS FRECUENTES SOBRE LA TUTELA, ASISTENCIA Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES". REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Nº 45*

*VARIOS AUTORES. (2005): PLAN DE SALUD MENTAL DE CASTILLA LA MANCHA 2005-2010. TOLEDO: JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA LA MANCHA.*

# ANEXOS

## **TEMAS JURÍDICOS Y ÉTICOS RELACIONADOS CON LAS PERSONAS MAYORES**

**Antonio Martínez Maroto.-**

### **INDICE**

- 1.- Breve introducción a las ciencias jurídicas y diferencias con la Bioética
- 2.- Protección General de los derechos de las personas mayores.
- 3.- La persona. Capacidad jurídica y Capacidad de obrar. Incapacitación.
- 4.-Instituciones Tutelares.
- 5.-Internamientos involuntarios en Centros Residenciales para mayores. Cuidados especiales en torno al internamiento de las personas mayores demenciadas.
- 6.-Responsabilidades y mutua ayuda entre parientes. El derecho de alimentos.
- 7.-Testamento civil y Testamento Vital.

## **1.- Breve introducción a las ciencias jurídicas y diferencias generales con la Bioética.-**

El contenido de este módulo está compuesto por diferentes temas, unos de tipo jurídico y otros de contenido eminentemente ético y por lo tanto relacionado con las ciencias de la vida. De ahí que sea importante hacer una pequeña introducción que tenga por objeto diferenciar, aunque sólo sea mínimamente, los contenidos éticos de los contenidos jurídicos.

Algunas de las cuestiones que se van a exponer pertenecen al mundo de la Bioética. La Bioética es un término compuesto por dos palabras de origen griego, bios, que hace referencia a la vida, y ethos, que tiene que ver genéricamente con la moral o la costumbre. La Moral no es sino un imperativo de conducta individualmente asumido por una persona, que se acepta o se cumple porque el individuo, singularmente, en su propia convicción, así lo considera oportuno o bueno. Por Ética se entiende la parte de la filosofía que reflexiona sobre los comportamientos morales de una persona en un tiempo determinado y por último, al hablar de Bioética hacemos referencia al estudio sistemático de las dimensiones morales de las ciencias de la vida. Estudio que se hace desde un contexto multidisciplinario y usando una diversidad de metodologías éticas. Diferenciamos así, aunque estén directamente relacionadas lo que es la Moral, lo que es la Ética y lo que tratamos de estudiar y conocer a través de la Bioética.

De lo dicho se deduce que al hablar de temas éticos estaremos haciendo referencia a temas cuyas características principales van a ser: la intimidad, la autoelección e imposición, la autobenevolencia y el contenido trascendente.

Los temas éticos afectan fundamentalmente a nuestra intimidad, a nuestro modo de ser interno, a nuestros comportamientos y reacciones internos. Por otro lado son temas que emanan de nuestra forma de ser, de nuestra personalidad y al mismo tiempo, son autoelegibles, autoimpuestos.

Cada persona desde su propia intimidad piensa que son buenas para él y se las impone como código de conducta propio. También son autobenevolentes, se asumen porque cada persona entiende que van a ser buenas para él, que le van a llevar a conseguir la armonía que todo ser humano busca. Y por último suelen tener un contenido trascendente. Se hacen porque creemos que se nos dictan o se nos imponen por un ser superior al que debemos nuestra existencia y nuestra vida. Algunas veces se busca una recompensa posterior, una situación que nos dará satisfacción para siempre. Esta última característica puede tener un espectro más mucho más amplio y discutible, pero suele, también, obedecer a este pequeño esquema expuesto en la moral que deriva de las religiones monoteístas asumidas en occidente.

En los temas bioéticos, se ve, por tanto, que existe un componente personal de asunción de los mismos muy alto. El adquirir un determinado modo de conducta está relacionado con nuestra propia forma de ser y con aquello hacia

lo que queremos llegar en atención a nuestros valores. La importancia de los temas tiene una relevancia objetiva, pero cada persona va a asumirlos en su código de conducta, por propia voluntad y por entender que ése y no otro debe ser su modo de actuar, y esto lo hace porque espera su propia autorrealización y un reconocimiento a su modo de comportarse.

Por otro lado se van a desarrollar temas estrictamente jurídicos y para ello debemos saber que el Derecho es un conjunto de normas que regulan las conductas humanas en una comunidad concreta y cuyo cumplimiento puede ser exigido coactivamente.

A diferencia de los temas de bioética, la temática jurídica se va a caracterizar por lo siguiente: la imposición, el contexto relacional, la coactividad y el posible choque con las normas éticas asumidas libremente por cada persona.

Las normas jurídicas nos vienen impuestas, aunque bien es verdad que no de forma arbitraria. Las normas que se nos imponen, porque han llegado a constituirse como legislación vigente, tienen un alto índice de asentimiento popular o ciudadano. Son los representantes del pueblo, de los ciudadanos, los que deciden con sus propuestas y sus votos qué es lo que se convertirá en norma jurídica y qué otras cosas no. Tienen las normas, por tanto, un mayoritario consenso ciudadano y un sustrato ético fundamental que obedece a la manera de ser de los ciudadanos.

El derecho, además, es eminentemente ciudadano, nace de un contexto de relación y precisamente por esa relación. El derecho es en tanto en cuanto se vive en sociedad, se vive en relación con otras personas. Si se viviera de forma aislada, de forma solitaria, no haría falta regular los comportamientos humanos. Si existen normas es porque vivimos en constante relación y de ahí surgen o pueden surgir problemas.

El derecho es coactivo y coercitivo, lo que quiere decir que obliga a su cumplimiento y que de su incumplimiento se deriva una penalización. La coactividad y la coercibilidad son notas características del derecho, ya que éste trata de regular las relaciones humanas, por un lado, y por otro, de dirimir los conflictos que puedan surgir, dando la razón a unos y quitándosela a otros, que, en ocasiones, pueden resultar perjudicados con una penalización.

Por último, la norma jurídica puede chocar con la norma moral que cada uno tiene asumida y por lo tanto puede existir conflicto. No obstante, no hay que olvidar que la norma jurídica es obligatoria y si se entiende que no se puede cumplir porque repugne directamente a nuestro comportamiento moral, existe, en determinadas ocasiones, la objeción de conciencia.

Lo anteriormente dicho, debe servir para poder diferenciar claramente aquello que entra de lleno en el mundo del comportamiento moral y aquellas otras cuestiones que pertenecen al mundo jurídico y que difícilmente pueden ser eludidas.

## **2.- Protección general de los derechos de las personas mayores.-**

La protección general de las personas mayores requiere un pequeño análisis de la legislación existente para examinar su alcance.

Así de la Constitución española de 1978 se derivan una serie de leyes o preceptos normativos que con mayor especificidad y concreción desarrollan la mencionada protección.

Conviene dejar bien claro que la constitución española tiene una parte dogmática que concierne plenamente a todos los ciudadanos con independencia de cual sea su edad. Estos derechos fundamentales recogidos en el título primero de la Carta Magna tienen una titularidad aplicable a cualquier persona por el mero hecho de serlo. Por lo tanto no es a estos derechos a los que nos vamos a referir aquí de inmediato, sino a grupos de derechos genéricos, que afectan especialmente al colectivo de personas mayores.

El artículo 50 de la Constitución dice textualmente: "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio."

La mayor parte de la desprotección jurídica del mayor no viene, aunque también, por temas de servicios sociales e incluso por temas de pensiones, sino por la vulneración relativamente frecuente de los derechos que están recogidos en el título primero y que son de común y general aplicación para todos los ciudadanos.

El artículo 50 de la Constitución tiene dos mandatos o preceptos significativos, a saber: la suficiencia de las pensiones y el establecimiento de una red de servicios sociales.

El primer mandato parecer estar en vías de cumplimiento, sobre todo en los últimos años. Las pensiones se han universalizado y su revalorización está garantizada. Cuestión diferente es la suficiencia de su cuantía. De cualquier manera los compromisos políticos de última hora también ayudan a pensar que se van a introducir mejoras significativas más allá de lo que signifique no perder poder adquisitivo.

Con relación al segundo precepto constitucional, se hace referencia a la garantía de un sistema universal de servicios sociales que tienda a conseguir las mayores cotas de bienestar en la población de personas mayores.

El desarrollo de este precepto no ha sido simultáneo en todas las Comunidades Autónomas ni tiene el mismo grado de contenido o extensión.

Aquí es preciso señalar que el camino que queda por recorrer es aún muy amplio. Indudablemente el avance ha sido significativo pero existen todavía



infinidad de demandas sociales sin atender y aunque la mayor parte de los servicios están configurados e implantados, su grado de desarrollo es todavía poco significativo, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas y suele estar muy por debajo de la media europea.

Conviene también dejar claro en relación con el tema constitucional que no hay que olvidar que existe una referencia clara al papel de la familia en la atención a las personas mayores. A mi entender, cuestión ésta de suma importancia y que comporta unos planteamientos jurídicos bien diferentes de aquellos que procedería tener si dicha referencia no existiese. Y cuestión sobre la que existe una tremenda ignorancia.

Por otro lado el código civil no tiene un sistema de protección establecido, que sea realmente importante y estructurado. Voces acreditadas, que reclaman mayor seguridad jurídica para este colectivo de personas, se dejan oír frecuentemente para temas puntuales. Así se pone de manifiesto que existen verdaderas lagunas en esta materia en temas que son de fundamental trascendencia para los mayores. Aún siendo conscientes de que la reforma de 1983 trajo adelantos en los temas de incapacitación y tutela, así como en el de internamientos involuntarios, tenemos que reconocer, no obstante que hay suficientes razones que aconsejan determinadas reformas urgentes, como de hecho acaban de realizarse en algunos campos. Así, la incapacitación y la tutela, en tanto en cuanto figuras jurídicas de protección tienen que ser configuradas con ese carácter.

La regulación de la autotutela, ha supuesto un avance importantísimo, cuestión que ya estaba configurada en el código de familia catalán.

La nueva regulación de los internamientos involuntarios, hecha a través de la ley de Enjuiciamiento civil ha traído también claridad a un tema que tenía muchas dudas abiertas.

La creación de un registro de tutelas es una cuestión pendiente de resolver, que traería mayor seguridad jurídica y mejores medidas efectivas de protección a los incapaces. También habría que regular adecuadamente los contratos de renta vitalicia. Revisar y regular toda una serie de contratos atípicos que tienen como finalidad comprometer el patrimonio de las personas mayores a cambio de una seguridad en los cuidados permanentes o "de por vida", para ellos.

Sería conveniente, también, una nueva regulación del derecho de alimentos como instrumento adecuado para supuestos en que falla estrepitosamente el principio de mutua ayuda y solidaridad entre parientes que inspira el derecho de familia del código civil español.

El código penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 tiene muy pocas referencias directas al tema de la vejez. Puntualmente se observan las siguientes:

La referencia del artículo 92, a la concesión de libertad para el penado mayor de 70 años. También los preceptos relativos a los incapaces (muchas personas mayores pueden serlo). El delito de abandono de familia hace referencia

también a los ascendientes y no podemos olvidar que aunque en muy contadas ocasiones, pero pueden las personas mayores verse inmersas en situaciones de este tipo.

Otras referencias son escasas e insuficientes. No obstante lo anterior hay una serie de delitos y faltas tipificados en el código penal que sin hacer mención expresa a las personas mayores están señalando, en cierto modo, determinadas conductas constitutivas de delito o falta y que por su reiteración o especial aplicación a las personas mayores estarían dentro del epígrafe genérico de maltrato.

Las referencias suelen ser siempre indirectas y no van a facilitar la defensa del colectivo como tal, ni van a tener en cuenta las discriminaciones por la edad que con tanta frecuencia empiezan a reiterarse y que no tienen tendencia a disminuir.

En la legislación laboral se ha venido pidiendo y se acaba de conseguir que se tengan en cuenta a las personas que cuidan a los mayores. La ley de conciliación de la vida familiar y laboral introduce una serie de medidas que aunque puedan parecer insuficientes no deja de ser meritorio que se hayan tenido en cuenta y sobre todo que se hayan tratado de forma globalizada dentro del contexto familiar.

En cuanto a las pensiones, las últimas reformas y las posibilidades que se abren con las nuevas promesas electorales tienden a la elevación de las pensiones mínimas y a frenar el aumento de las pensiones máximas. En el campo de la bioética, muy relacionada con el derecho y de indudable consideración, dado su incremento, en los últimos tiempos, hay materias en las que las personas mayores siguen demandando mayores cotas de protección, como el consentimiento informado, sobre lo que tanto se ha escrito y sobre lo que tanto falta por conseguir; el principio de autonomía personal, la lucha contra la mala práctica de discriminación por la edad "etaísmo" o "ageísmo"; la distribución de los recursos cuando éstos son escasos; el entorno de los cuidados paliativos, enfermos terminales; el testamento vital, y otras cuestiones relacionadas con el final de la vida.

Estas cuestiones están muy ligadas a la protección de las personas mayores y tienen mucho que ver con los derechos fundamentales de cualquier persona.

La reseña efectuada sobre la protección general de los derechos de las personas mayores, requiere un análisis más completo, que haremos a continuación en alguno de los temas señalados, pero esto debe servir para apuntar que con independencia del menoscabo que algunas personas mayores tienen respecto a los derechos fundamentales en general, y ello dada su fragilidad, existen algunas parcelas de las normas de carácter general que merecen especial atención, porque suelen ser zonas de efectiva discriminación en relación con ellos.

### **3.- La persona. La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La incapacitación.-**

La incapacitación, institución jurídica, de la que vamos a hablar aquí, así como la tutela, tienen un constructo jurídico relativamente desfasado, si tenemos en cuenta las situaciones a las que se está aplicando, que crea no pocos problemas a la hora de su aplicación concreta y actual. Y ello a pesar de los esfuerzos hechos con las revisiones efectuadas al respecto. Cuando se formalizaron estas instituciones dentro del código civil se hicieron pensando en enfermedades mentales de personas jóvenes, principalmente, y no en determinados síndromes invalidantes muy frecuentes actualmente, ni en determinado tipo de demencias, tan reiterativas en estos días y que son producto, sobre todo, de la edad avanzada de las personas. A finales del siglo XIX las personas vivían muchos menos años y muy pocos se demenciaban por patologías que tuvieran relación con la edad avanzada. Asimismo se estaba pensando en aquellos que dilapidaban su fortuna, los pródigos.

El código civil no ha cambiado sustancialmente su filosofía. De ahí la importancia de la precisión que acabo de hacer, por otra parte bastante común. No obstante han existido cambios significativos que han ido adaptando la institución y su filosofía primitiva a las situaciones concretas de los cambios sociales operados.

Vamos a profundizar en la utilidad o conveniencia de usar la incapacitación como apoyo protector de las personas con determinados problemas invalidantes, más allá de la obligación jurídica de su aplicación y teniendo en cuenta determinados factores éticos.

El carácter tuitivo de la incapacitación no puede ponerse en duda. Estamos ante una institución de protección a la persona, de ahí que todo el proceso de incapacitación y la posterior designación de tutor se debe hacer sin perder de vista este carácter protector a la persona. Incapacitar a una persona significa dotarla de unos medios de protección, de los que aparentemente carece y ello en razón de propiciar el cumplimiento de los derechos que le son inherentes. El respeto a la dignidad humana y el cumplimiento de los derechos fundamentales otorgados por la Constitución está en el sentido finalista de una buena aplicación de la norma del Código Civil.

### **LA PERSONA. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR. LOS ESTADOS DE SEMICAPACIDAD.-**

El concepto persona tiene diferentes perspectivas y diferentes modos de entenderse. Con suficiente reiteración los especialistas en la materia han hablado de un concepto vulgar, otro filosófico y otro jurídico. A nosotros nos interesa este último fundamentalmente. La persona no deja de ser una realidad natural, dice Ramos Chaparro, de fuerte connotación ética, constatada históricamente, previa al concepto jurídico, con existencia propia y determinante de la posterior conceptualización jurídica.

A lo largo de la historia se han ido forjando una serie de conceptualizaciones de la persona que han tenido lógicamente mucho que ver con las corrientes filosóficas imperantes. Concretamente y por citar solo un momento concreto, en las revoluciones liberales, con una valoración individualista predominante y con una configuración del modelo antropológico-jurídico, la persona es el imperativo sujeto de derechos. De ahí se derivan todas las declaraciones universales de derechos humanos. Pero esto es solamente un ejemplo de las muchas formas de ver la persona de acuerdo a las diferentes corrientes de pensamiento.

Con independencia de las diferentes realidades conceptuales de persona, en las que no voy a entrar por no ser ni el momento oportuno, ni el objeto de este trabajo, sí es conveniente remarcar la idea de que no siempre se ha tenido el mismo concepto de persona. A modo de resumen o colofón podemos decir que **Persona es el ser humano reconocido como sujeto de derechos**. Pero no sólo el ser humano es persona a título individual, sino que también puede serlo a título colectivo. Así, hablamos de personas físicas, en tanto en cuanto hombre o mujer en su estricta individualidad y de personas jurídicas en tanto en cuanto colectividad de seres humanos.

Para las personas físicas, el nacimiento determina la personalidad, pero existe una riquísima doctrina jurídica en relación con el concebido no nacido.

Esta teoría sobre el "nasciturus" se basa en el propio art. 29, párrafo 2º, que prescribe que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. 30 del C. c.

La extinción o término de la persona física se produce con la muerte, de acuerdo a lo indicado en el art. 32 del C. c.

Por el mero hecho de ser persona se adquieren los derechos inherentes a la personalidad, que pertenecen a la persona física, al ser humano, desde que tiene 24 horas hasta su muerte. Se denominan derechos de la personalidad, derechos de primer grado o derechos fundamentales, y son derechos subjetivos que tienen como prioridad la protección de la propia persona. Son derechos absolutos que se ejercen "erga omnes", imprescriptibles e inherentes a la persona. Entre ellos se pueden señalar como más significativos los siguientes: derecho a la vida y a la integridad física, derecho a la libertad, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la no discriminación, derecho a la información, y derecho a la tutela de los jueces, entre otros.

La persona en cuanto tal y jurídicamente hablando tiene dos cualidades jurídicas principales que se compendian en la **capacidad jurídica** y capacidad de obrar. La capacidad jurídica no se otorga por el ordenamiento jurídico sino que se reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo. Puede definirse como la **aptitud que el ordenamiento jurídico reconoce a todas las personas y que no es otra cosa que la idoneidad para ser sujeto en las relaciones de derecho**. La capacidad jurídica es la misma durante toda la vida, uniforme, inmune a gradualidades o modificaciones, es la expresión de la igualdad y de la dignidad de la persona que se resalta en la Constitución, como muy bien dice el magistrado Gullón Ballesteros.

Toda persona tiene capacidad jurídica, pero no toda persona tiene capacidad de obrar. **La capacidad de obrar es la posibilidad real del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones.**

Lógicamente no toda persona puede ejercer sus derechos o cumplir sus obligaciones en plenitud. Existen personas con limitaciones ostensibles, de hecho. La capacidad de obrar determina la mayoría de edad. Así se especifica en el art. 322 del C. c. "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código". El art. 315 del mismo texto legal determina que la mayoría de edad empieza en el Estado Español a los 18 años. La capacidad de obrar se presume en toda persona mayor de edad, de tal modo que toda persona con independencia de su aparente capacidad para razonar o de su estado mental o psíquico es persona capaz civilmente hablando, con capacidad jurídica, que le es inherente a la propia personalidad y capacidad de obrar, que se le presume. La capacidad de obrar es susceptible, como veremos después, de restringirse, limitarse o anularse, pero esto debe hacerlo solamente un juez, con competencia en el caso. Así pues, mientras que eso (la posibilidad de restricción, limitación o anulación) no suceda la persona es capaz plenamente y, como mucho, se puede hablar de un presunto incapaz, cuando haya muestras inequívocas de imposibilidad real de autogobierno, y entonces, como presunto incapaz tendrá un estatuto jurídico diferente del incapaz. Así, si entendemos que realmente la persona en cuestión no está habilitada para tomar sus propias decisiones, estaremos ante un presunto incapaz que, vuelvo a reiterar, tiene un estatuto jurídico diferente al incapaz y por supuesto diferente al capaz. Las situaciones en las que puede encontrarse una persona en relación a su capacidad de obrar tienen que quedar meridianamente claras y son estas tres:

**1ª.- Persona capaz.-** Persona mayor de edad que está en pleno ejercicio de su capacidad de obrar. No tiene sentencia de incapacitación ni las causas que señala el art. 200 del C.c. ( enfermedad o deficiencia, de carácter físico o psíquico, persistente, que impide el autogobierno ) y por lo tanto está en el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones.

**2ª.-Persona Incapaz.-** Mayor o menor de edad que tiene una sentencia judicial de incapacitación. ( la sentencia explica los límites de la incapacidad). A este tipo de incapacidad, sin saber por qué, hay quienes se empeñan en llamarla "incapacidad legal", como si hubiera otra incapacidad que no fuera legal. Realmente con llamarla incapacidad es suficiente, se entiende que estamos hablando de incapacidad legal, porque a la no legal (entendiendo como tal la "de hecho") hay que llamarla "presunta incapacidad" o "presunción de incapacidad", porque nadie tiene la facultad, atribuida por ninguna norma, de reconocerla, salvo el juez competente y por unas causas específicas. Como mucho, lo que algunos profesionales pueden hacer es "señalarla como posible", "apreciarla como probable" y comunicarla al Ministerio Fiscal, pero no pueden "reconocerla legalmente", por lo que, si hablamos con propiedad legal, tendremos que hablar, a mi entender, de incapacidad presunta, o presunta incapacidad, que además es como la llama el Código civil, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina.

La situación del menor de edad, es equiparable a efectos prácticos con la situación de incapacidad. No obstante, esa situación tiene un tratamiento especial en el Código civil, se denomina "patria potestad" y son los padres, generalmente los que la ejercen por él, excepto en contadas excepciones, que le permite decidir u opinar al menor de edad y que analizaremos, con posterioridad , en parte.

**3ª.- Presunto Incapaz.-** Persona mayor o en raras ocasiones un menor de edad, previamente emancipado, que reúne los cuatro condicionantes que se expresan en el art. 200 del Código Civil, pero que no tiene dictada sobre su persona una sentencia de incapacitación. Para las relaciones jurídicas y concretamente para la toma de decisiones, el presunto incapaz tiene un camino jurídico bien diferenciado al capaz y al incapaz. De ahí la enorme ventaja de no confundir estas tres situaciones.

La persona, cualquier persona tiene necesariamente que encontrarse en una de ellas.

Con independencia de lo anterior existen determinadas actuaciones en las relaciones jurídicas que suponen excepciones a lo referenciado en las tres situaciones descritas. Las cosas en la vida real no son tan tajantes ni tan diferenciadas. Hay situaciones intermedias reconocidas por el propio derecho.

Estas situaciones están perfectamente delimitadas en el Código civil y no son ampliables, suponen un estatus de "númerus clausus". (Así el menor de edad, a efectos prácticos ostenta una situación equiparable a la incapacidad, ya que sus padres, generalmente, ejercen la "capacidad de obrar" por el menor, con el nombre de patria potestad, pero si éste tiene más de 14 años y quiere elegir entre dos nacionalidades posibles, tiene la capacidad de hacerlo, reconocida por el propio Código civil). En este supuesto, excepcional, recogido en el Código civil, se observa, de acuerdo al esquema propuesto que aún dentro de una situación equiparable a la incapacidad, se estaría actuando como capaz, porque la ley le permite ejercer de forma real este derecho, pero eso no nos da pie para pensar que también podría tomar otro tipo de decisiones, jurídicamente válidas. Así no podría, en absoluto, vender una finca de la que es propietario, ni podría decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de disponer sobre partes de su cuerpo, ni formalizar un contrato de trabajo como una persona mayor de edad.

Dando un paso adelante, conviene señalar que la capacidad de obrar que es algo que se presume en toda persona viva, mayor de edad, tiene unas limitaciones fundamentales, que más que limitaciones son suspensiones completas, anulaciones absolutas de la capacidad de obrar, unas que se desprenden de su propia definición y otras que se imponen. Así: La Minoría de edad, la incapacidad y determinadas prohibiciones legales (pródigo o quebrado).

Aparte de estas limitaciones o anulaciones de la capacidad de obrar, en ella existen grados que conviene tener muy en cuenta y de los que ya hemos hablado anteriormente como situaciones intermedias entre la capacidad plena



o capacidad de obrar y la falta de la misma o incapacidad. Estos grados pueden hacer referencia a actuaciones de tipo personal, familiar o patrimonial y se encuentran recogidos en la ley. A título de ejemplo se citan las siguientes:

Capacidad para consentir en materia de intimidad y propia imagen, capacidad para ser emancipado, y capacidad para optar por una u otra nacionalidad. También, capacidad para ser adoptado, capacidad para contraer matrimonio con dispensa, capacidad para reconocer hijos, capacidad administrativa plena y parcialmente dispositiva para emancipación o capacidad para hacer testamento notarial.

Esta relación no es una lista completa de todo lo que la legislación permite hacer de forma gradual, pero permite hacerse una idea más o menos completa de que se trata de una enumeración que está en distintas normas y que afecta a las tres áreas anteriormente relacionadas: actuaciones relativas a derechos personales, a derechos de tipo familiar y a cuestiones patrimoniales.

**La incapacitación no es otra cosa que la disminución o anulación de la capacidad de obrar. Su declaración corresponde al juez competente en cada caso y lo debe hacer a través de sentencia judicial y por unas causas predeterminadas y establecidas.**

Señala el artículo 199 del Código Civil que nadie puede ser declarado incapaz sino es por sentencia judicial y por las causas establecidas en la ley.

La necesaria presencia del juez confiere a la incapacitación una relevancia jurídica preeminente, en aras a conseguir una seguridad jurídica necesaria ante un tema de tanta importancia y trascendencia.

Las causas de incapacitación están recogidas en el art. 200 del reseñado cuerpo legal y hacen referencia a enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La necesidad de la persistencia ha sido una nota características en toda la jurisprudencia y lógicamente que dicha enfermedad o deficiencia impida el autogobierno, término que deja muy a la interpretación judicial el alcance de determinadas conductas como constitutivas o no de incapacitación.

Así se habla de capacidad general del sujeto ante la vida social, o de posibilidad de conducirse rectamente en el ejercicio de los derechos civiles, que en definitiva no dejan de ser expresiones con infinidad de connotaciones subjetivas. En los procesos de menores de edad se añade, además, que se prevea razonablemente que la imposibilidad de autogobierno va a permanecer más allá de la mayoría de edad del presunto incapaz.

El cumplimiento de los cuatro requisitos básicos para ser declarado incapaz tienen un presupuesto básico, y éste no es otro que el último de los referenciados requisitos, así el hecho de que "la persona no pueda gobernarse por sí misma" es básico o finalista para todos los demás. Lo que se busca es no dejar sin protección a alguien que no tiene capacidad de autogobierno. No obstante, este requisito básico o esencial no constituye un presupuesto

matemático absolutamente objetivable, antes al contrario es susceptible de gradación y uno puede tener disminuida su capacidad de autogobierno para unas actividades y no para otras.

Hay que hacer notar que determinadas enfermedades o deficiencias a las que se les reconocía como totalmente invalidantes años atrás, actualmente tienen otra catalogación en base a los adelantos producidos en la rehabilitación y adaptación social. Ello obliga a tener que recurrir necesariamente a un examen individualizado y exhaustivo del presunto incapaz, y no dejarse guiar tanto por la patología determinante de la que dimana la imposibilidad de autogobierno.

Si aquilatar el significado exacto del primer requisito analizado es difícil y complicado, no lo es menos el del segundo (primero en la norma) "enfermedad o deficiencia". Sobre ambos conceptos hay cientos de definiciones, pero es preciso insistir en que no hay una definición homologada de ninguno de los dos. La deficiencia parece estar relacionada con la pérdida o merma efectiva de una función orgánica, y que afecta a la parte física o psíquica del sujeto en cuestión. Pero yo no estoy muy seguro de que las personas que redactaron el artículo fueran conscientes, de manera exhaustiva, de las diferencias existentes entre deficiencia, discapacidad o minusvalía, porque este debate se ha mantenido y se mantiene mucho tiempo después. Por ello conviene quedarse con la idea de déficit o merma de función. Si nos referimos al concepto enfermedad sucede igual. El concepto puede fluctuar desde los que dicen que enfermedad es la ausencia de salud real o percibida por el enfermo a los que se pierden en definiciones inacabables, de muy difícil delimitación. Se entiende a efectos de este artículo que estaríamos hablando de estados carenciales de salud delimitables objetivamente. De cualquier forma ya hemos comentado que las enfermedades o deficiencias no son más que los vehículos que producen el efecto "imposibilidad de autogobierno" que es lo que realmente interesaba al legislador.

Si lo anterior es dificultoso de delimitar, el siguiente requisito: "de carácter físico o psíquico" es cuando menos intrascendente, porque evidentemente, toda enfermedad o deficiencia puede ser susceptible de dividirse en física o psíquica, con lo que se está añadiendo muy poco a los requisitos exigibles. Si los legisladores quisieron poner de manifiesto que la imposibilidad de autogobierno, también puede provenir de enfermedades físicas, y no sólo de las psíquicas, tendremos que convenir que es una aclaración innecesaria y que realmente añade muy poco. Hubiera sido más interesante el haber insistido en las deficiencias sensoriales, tan nefastamente tratadas en el código hasta fechas muy recientes. Pero al no haberlas nombrado, hay que dar por supuesto que se encuentran incluidas en las deficiencias físicas (Referencia concretamente a las personas con deficiencias auditivas, especialmente las habidas desde el nacimiento o en los primeros años de vida).

Por último el requisito de "persistencia" es muy conveniente y acertado, ya que la institución tutelar protectora de la persona no pretende una tución momentánea y para un determinado acto sino que en su misma esencia existe la idea de continuidad y de ahí, que el juez tenga que constatar que la enfermedad que propicia el estado de imposibilidad de autogobierno es una enfermedad o deficiencia persistente, con vocación duradera y que seguirá

produciendo los mismos efectos. De ahí que determinadas enfermedades mentales tengan que tener un período de observación para ver cuales van a ser los efectos a lo largo del tiempo. La idea de permanencia no es óbice para que la persona pueda tener lo que se denomina intervalos lúcidos, ni éstos son obstáculo para declarar la incapacitación, siempre que el estado general de la persona sea de falta de posibilidad de autogobierno. La quiebra de este requisito es lo que permite revisar la incapacitación y propiciar la restauración en su plena capacidad a la persona declarada previamente incapaz, de acuerdo al artículo 761 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil.

El procedimiento legal de una incapacitación ha sufrido notables cambios desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil.

Desde la entrada en vigor de esta ley todas las normas relativas al procedimiento se encuentran recogidas en el mismo texto legal, lo que no deja de ser una buena noticia. Así su regulación se desarrolla a través de los artículos 756 al 763, del capítulo II, del Título I, del Libro IV del referenciado texto legal.

Muchas de las normas aquí recogidas a partir de esta Ley, han sido anuladas de la parte dispositiva del Código civil y en ocasiones tienen un tratamiento distinto al que tenía en este cuerpo legal. Dada la finalidad del módulo que estamos tratando parece poco adecuado adentrarnos en el estudio detallado de este procedimiento judicial, ya que éste es un tema demasiado técnico.

Es imprescindible, no obstante, recordar que la declaración de incapacitación debe hacerse por sentencia judicial motivada, y que quedan unificados en el mismo juicio, la incapacitación y el nombramiento de tutor o curador. En otro orden de cosas ha pasado a ser un juicio verbal de los regulados entre los artículos 437 a 447 de la LEC.

#### **4.- Las Instituciones tutelares: Tutela y curatela. Conceptos Generales.**

Las instituciones tutelares son una consecuencia lógica de la incapacitación. Han tenido siempre una gran importancia, pero en la última reforma del Código se les ha atribuido una característica singular: el paso del control tutelar al órgano judicial, pasando así a ser una institución eminentemente judicializada, en vez de una institución de carácter familiar, como era anteriormente. Queda, por tanto, en desuso la tutela familiar más acorde con anteriores modelos sociológicos. La tutela es la conclusión lógica del proceso de incapacitación y supone una situación de protección a favor de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas. La finalidad de esta institución jurídica no es otra que la protección de una persona civilmente frágil, para evitar abusos en relación principalmente con sus derechos. Esto es así en todas las legislaciones, es algo sobre lo que el derecho internacional tiene, con independencia de los nombres, que suelen variar, un criterio bastante unificado.

Como norma general la tutela se constituye como un deber. Se ejerce en beneficio del tutelado, bajo la autoridad judicial y tiene por objeto la guarda y

protección de la persona y los bienes o solamente de la persona o de los bienes del incapacitado.

Actualmente es cada vez más frecuente que el juez elija como tutor a la persona que tiene mayores contactos con el tutelado y que a su juicio entiende que va a realizar dicha tarea de la mejor manera, no obstante el código civil establece que deben ser tutores el cónyuge, los ascendientes o descendientes y los hermanos.

Sin entrar al estudio detenido de las obligaciones del tutor, si es preciso resaltar que debe actuar siempre de buena fe y velando por los intereses de su protegido. De su gestión tiene que dar cuenta al juez al menos una vez al año y tiene que pedirle autorización siempre que haya que realizar un acto jurídico de relativa importancia. Se ve por lo tanto el fuerte control que el juez ejerce sobre el tutor.

El tutor puede no aceptar el ejercicio de la tutela, pero tiene que justificarlo suficientemente, y siempre está sujeto a la decisión posterior del juez. Asimismo puede ser removido de su cargo de tutor.

Existe, por último, la posibilidad de que el juez, ante el ejercicio de una tutela complicada, de la que se deriva una fuerte carga de trabajo, establezca el cobro de una cantidad compensatoria, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita.

### **La Curatela.-**

La curatela es una institución complementaria de la tutela que proporciona a los no plenamente capaces de obrar, el cuidado y atención de otra persona para un número determinado de actos. El curador deberá prestar asistencia en aquellos casos que específicamente se determinen en la sentencia. La curatela de los incapacitados tiene por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido, y si no se hubieran especificado dichos actos en la sentencia, según dice Díez-Picazo y Gullón, se entenderá que se extienden a los mismos en que los tutores necesitan la autorización judicial, lo cual se desprende también del articulado del código civil.

Los actos realizados sin la intervención del curador, cuando dicha intervención sea necesaria, son anulables. Así pues, en principio producen efectos hasta que se invaliden, porque no son nulos de pleno derecho. Todas las normas aplicables a los tutores son de aplicación a los curadores, en relación con el nombramiento, excusa, remoción, etcétera.

### **La tutela institucional**

La designación de tutor puede recaer en el Director de un Centro de Mayores, y de hecho así sucede, con relativa frecuencia y en cualquier caso con mayor frecuencia de la que cabría esperar. No parece una buena práctica, salvo en casos muy restrictivos porque, entre otras razones, actualmente se está exigiendo un riguroso control en relación con los actos del tutelado, y pueden

los directores incurrir en graves responsabilidades, no por mala fe, sino por dejación de funciones, ante la imposibilidad de prestar una adecuada atención.

Entre las funciones de un director no está la de tutorizar a las personas que viven en su residencia, ni tiene apoyos ni infraestructura para la salvaguarda de estos derechos. Se critica duramente este tipo de decisiones judiciales dado que frecuentemente el número de tutelados va aumentando y las posibilidades reales del ejercicio de las obligaciones que la tutela conlleva son mínimas, por falta de medios, lógicamente. Parece más oportuno articular la tutela en torno a otras personas, incluso personas jurídicas, (Instituciones tutelares) si se quiere ir avanzando. Parece que esta designación irá poco a poco dejando de hacerse ya que muchas veces los jueces recurrían a ella por pura comodidad. Actualmente con la creación de Fundaciones tutelares, dependientes de Comunidades Autónomas o de Organizaciones no Gubernamentales empieza a ser más fácil recurrir a este sistema en detrimento de la tutela institucional.

### **La Autotutela.-**

Recientemente en la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre de protección del patrimonio de las personas con discapacidad se ha reconocido a nivel estatal la figura de la autotutela, que ya la tenía recogida el código de familia catalán desde 1995.

Mediante la autotutela cualquier persona con capacidad natural de obrar, a juicio del notario, que es quien debe formalizar el documento, puede designar la persona en quien quiere que recaiga la designación de su tutoría, si ésta llegara a producirse, por imposibilidad manifiesta de autogobierno de su vida.

Hasta ahora eso no era posible, cualquier persona podía a través de su testamento nombrar tutor para sus hijos, pero no se podía hacer dicho nombramiento para uno mismo. Actualmente esa designación es posible.

La edad desde la que se puede formalizar este documento, con independencia de la diversidad de opiniones existentes al respecto, lo cifra la mayor parte de la doctrina en los 14 años, que es la edad en la que se puede testar. La ley exige que se haga en documento público, por lo que hay que recurrir al notario para realizarlo. Admite la posibilidad de formalizarse mancomunadamente y recíprocamente.

El documento es enviado por el notario al Registro civil y se inscribe al lado de la partida de nacimiento, debiendo requerirla en su momento el juez instructor del expediente de incapacitación. El fundamento de la autotutela no es otro que el afianzamiento del principio de autonomía y de la voluntad de la persona, pudiéndola proyectar más allá del momento presente. Supone un importante avance en la consideración y el auge de la voluntad de la persona, sobre lo que pudiéramos llamar paternalismo o voluntarismo de los demás que deben decidir sobre asuntos que nos conciernen directamente.

### **La Guarda de hecho**

La reforma del código civil de 1983 trajo de nuevo al mismo la guarda de hecho, que anteriormente había sido conocida como "tutela de hecho". La Guarda de

hecho es el reconocimiento legal de una situación fáctica, que en cuanto reconocida deja de ser "de hecho" para convertirse en "de derecho".

La podríamos definir como una tutela "sui generis", de carácter provisional, que exige proteger los actos realizados en beneficio del presunto incapaz. Los actos realizados por el guardador de hecho no pueden ser impugnados, si benefician al presunto incapaz; sin embargo el guardador es responsable de los daños que haya podido causarle por la mala gestión patrimonial y está sujeto al pago de posibles indemnizaciones. A contrario, también el guardador de hecho puede resarcirse de los perjuicios que haya tenido en el desempeño de su actividad, cuando oportunamente lo reconozca el juez.

Esta protección, obviamente de hecho, a la persona mayor, presunto incapaz, se procura con relativa frecuencia, por lo que es preciso tener las ideas claras respecto a responsabilidades posibles y asumir que gran parte de los objetivos finales de la institución (guarda de hecho) tienden a la simplificación y agilización de determinadas actuaciones jurídicoadministrativas que interesan sobremanera al mayor, presunto incapaz. Por ello la guarda de hecho es eficaz para muchas situaciones de protección familiar o solidaria sin necesidad de recurrir a procedimientos de incapacitación.

Hay que advertir, no obstante, que esta institución de hecho, pero reconocida en el código civil proporciona al que la ejerce todas las desventajas de un tutor y ninguno de sus beneficios, ya que no tiene el asesoramiento judicial. A pesar de esto la mayor parte de las personas mayores que se ven afectadas por una patología que les inhabilita para el autogobierno están siendo de hecho protegidas por un guardador de hecho y es preciso reconocer que es, asimismo, y para muchas situaciones, la mejor forma de protección.

## **6.- EL INTERNAMIENTO EN UN CENTRO.- CUIDADOS ESPECIALES EN TORNO AL INTERNAMIENTO DE LAS PERSONAS MAYORES DEMENCIADAS.-**

### **Importancia de diferenciar el internamiento voluntario del involuntario.**

Internar a una persona mayor y especialmente el internamiento de una personas mayor demenciada, con enfermedad de Alzheimer u otra demencia en un centro residencial o de rehabilitación es una cuestión de suma importancia que exige tener en cuenta muchos factores. Pero antes de llegar a ello debe quedar clara la diferenciación entre lo que es un internamiento voluntario de aquel que es involuntario. Aunque esta distinción es a priori sumamente sencilla, en la práctica la confusión es relativamente frecuente.

Ante un internamiento en un centro realizado por persona capaz, que decide libremente sus actuaciones vitales, no se puede encontrar problema jurídico alguno. Cada uno es libre de escoger la residencia que mejor le parezca, de acuerdo a las apreciaciones o valores que crea más convenientes.

**Aquí de lo que vamos a hablar es del internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma,** cuestión ésta muy frecuente entre las personas mayores.

Hay que tener en cuenta también que en este grupo de personas, al que nos vamos a referir aquí, hay dos subgrupos claros, los incapacitados (aquellos que han pasado por un juicio de incapacitación y tienen nombrado tutor o curador) y los presuntos incapaces (aquellos que no tienen capacidad de decidir pero no han pasado por un juicio de incapacitación y no tienen tutor o curador nombrado. Estas personas probablemente tengan un guardador de hecho. También puede suceder que no tengan a nadie que les preste un especial cuidado; no debemos olvidar que existe un gran número de personas que se encuentran en situación de abandono libremente manifestado o simplemente encubierto.

Una persona, ante la eventualidad, incluso, de lesionar su salud o integridad, derecho recogido en la Constitución española de 1978, en el artículo 15, puede decidir ingresar en un centro de atención geriátrica, donde evidentemente se supone que este fundamental derecho va a estar salvaguardado; pero, y aquí está el matiz de la cuestión, la salvaguarda o previsión ejercida sobre este derecho no puede vulnerar otro, no menos importante, el derecho a la libertad. Y dentro de esta libertad está la de elegir el lugar y modo de vida que cada uno quiera, de acuerdo a sus posibilidades, para los últimos días de su vida. De ahí que con el pretexto de defender el primero no pueden los hijos o familiares de una persona mayor conculcar el segundo, ya que la libertad tiene connotaciones sumamente importantes en la actualidad, incluso por encima del otros derecho.

La voluntariedad en el ingreso es requisito que debe ser tenido en cuenta escrupulosamente por los responsables del centro. Nadie debe decidir por otro cuestiones tan importantes. La restricción de derechos y el acatamiento de determinados estatutos por los que se rigen los centros, requiere un acto de voluntad claro y manifiesto del que va a ingresar en la institución.

### **Marco legal vigente.**

La normativa legal vigente para este tema la constituye el artículo 763 de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero). Esta materia se encontraba regulada en el artículo 211 del Código Civil, que ha sido derogado por la ley anteriormente referenciada.

El artículo 763 recoge prácticamente la totalidad de lo que se decía en el artículo 211 del Código Civil con algunas innovaciones.

En principio, todo internamiento, por razón de trastorno psíquico, de persona que no pueda decidirlo por sí, debe autorizarlo el juez. Este es en síntesis el precepto normativo, que, aunque lacónico, no deja de ser imperativo y categórico. De ahí la enorme importancia que le debemos dar y el esfuerzo que necesitamos hacer para que se tenga en cuenta y se cumpla.

El internamiento ordinario lo autoriza el juez del lugar en el que se halle el domicilio del que va a ser internado y en el internamiento urgente tendrá competencia el juez del lugar en donde se halle el centro de internamiento.

La intervención del juez y del ministerio fiscal garantizan que el internamiento tenga la suficiente legalidad, aunque bien es verdad que gran parte de la decisión de continuar con el internamiento se basa en razones que el juez observa y que por muy objetivas que sean, no dejan de tener cierta carga de



subjetividad, lo que tampoco es malo, aunque hubiera sido mejor que fueran causas expresamente determinadas.

Existe la obligación de comunicar al juez el internamiento urgente, como máximo en el plazo de 24 horas, obligación que pesa sobre el director del centro. El juez, una vez conocido el internamiento de una persona, tiene que manifestarse sobre su oportunidad en el plazo de 72 horas. Además el juez tiene la obligación de poner el caso en conocimiento del ministerio fiscal para que éste proceda al inicio de un expediente de incapacitación.

Cuando el juez ratifique la continuidad del internamiento, se requerirá la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada para que informen al juez de la oportunidad de continuar con el internamiento. Esta información debe darse al juez como mínimo cada seis meses, con independencia de los informes específicos que quiera pedir el juez.

La incorporación del artículo 763 de la LEC mejora el contenido del artículo 211 del Código Civil, aunque tienen un contenido similar.

Veamos algunas preguntas que surgen en relación con este tema:

### **¿Quién está autorizado para solicitar un internamiento de este tipo?**

Hay que distinguir necesariamente el internamiento ordinario, sujeto a autorización judicial, del internamiento urgente, sujeto a aprobación judicial con posterioridad al ingreso.

A.- Si la persona (enferma de Alzheimer) está incapacitada.- En este supuesto debe pedir la autorización del internamiento el tutor o curador nombrado por el juez. Dejamos a un lado el tema de los menores de edad por no corresponder al contenido de este libro. También lo puede pedir el ministerio fiscal.

B.- Si la persona no se encuentra incapacitada, pero es ostensible que no puede decidir por sí misma. – Lo deben pedir el cónyuge, los descendientes, ascendientes y en defecto de los anteriores, otros familiares unidos a la persona por parentesco. Finalmente, puede pedirlo el ministerio fiscal.

Estas personas deben recurrir al asesoramiento de un abogado, el cual tramitará la solicitud de autorización ante el juzgado del domicilio de la persona que va a ser internada.

En el procedimiento de incapacitación también se puede pedir el internamiento de una persona en un centro adecuado, como medida cautelar durante el procedimiento.

Si el internamiento se realiza por procedimiento de urgencia, será el director del centro en el que se ingrese el que está legitimado para pedir la autorización judicial.

C.- Si se trata de una persona capaz (y no presunto incapaz), debe decidirlo por sí misma. Lógicamente, no le es de aplicación este artículo a la mayor parte de las personas con enfermedad de Alzheimer; simplemente lo recogemos aquí, para dejar manifiestamente claro que un capaz debe decidirlo él, aunque pida los asesoramientos que crea convenientes y oportunos.

### **Sobre el lugar del internamiento.-**

Las dudas al respecto han existido con el anterior artículo 211 del Código civil y con el actual 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Deben quedar fuera de esta regulación algunos internamientos, en los que siempre hay acuerdo, por la doctrina y por la jurisprudencia, como son los efectuados en centros educativos y los internamientos estrictamente sanitarios. En esto parece que no hay mayores problemas. Tampoco hay problemas en entender que afecta directamente a cualquier internamiento psiquiátrico o psicogeriátrico. Pero surge la duda, y la doctrina está dividida, respecto a si afecta a las personas que están en residencias de mayores. Si bien es verdad que no toda la doctrina coincide en esto, también es cierto que una gran mayoría están de acuerdo en precisar que el art. 211 del Código civil afectaba plenamente al internamiento de personas mayores en Centros de Atención Gerontológica.

La nueva redacción no ha traído mucha luz a esta cuestión, pero si hacemos caso a lo que piensa la oficina del Defensor del Pueblo, también tenemos que convenir que efectivamente esta regulación tiene aplicación al tema de las residencias, aunque existan algunas sentencias que no sigan esta línea. Y parece oportuno que así sea, vuelvo a repetir, porque está en juego la posible lesión a determinados derechos fundamentales.

Parecería mucho más adecuado que existiera una ley especial que regulara a nivel estatal el internamiento de enfermos de Alzheimer o con otras demencias, y de personas mayores en general en un centro residencial. Y ello porque es un lugar en el que "pueden" (y ejemplos hay de ello) vulnerarse algunos de los derechos fundamentales de estas personas. Pensemos en la libertad (a veces se prohíbe recibir determinadas llamadas o hacer algunas salidas) y en la intimidad personal y, sobre todo, en la existencia de abusos o tratos inadecuados para estas personas que se encuentran en inferioridad respecto a sus posibilidades de defensa, ya que por diferentes razones son especialmente vulnerables.

Pero mientras esto sucede, hay que entender que el contenido del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene aplicación a estos temas y ello por la defensa de los intereses de estas personas.

### **Juzgado competente.-**

La competencia en la resolución de estos expedientes la tiene el Juez de 1ª Instancia. Para el ingreso ordinario es competente el juez del domicilio habitual de la persona que va a ser ingresada.

Para todos los problemas que se puedan presentar después del internamiento, el juzgado competente es el del lugar donde está el centro residencial, dado que así puede hacer un seguimiento más adecuado de dicho internamiento. En los internamientos urgentes queda más claro que la competencia está en manos del juez de primera instancia del lugar en donde se encuentra el centro.

## **Conclusión.**

Es preciso señalar la enorme relevancia que tiene este tema para los directores de Centros Residenciales de personas mayores y sobre todo de personas con enfermedad de Alzheimer y demencias afines. Es, asimismo, imprescindible reconocer que la situación previa a la actual, regulada por el Código Civil a partir de la reforma de la Ley 13/1983, era, lógicamente, mucho mejor que lo que existía anteriormente.

La reforma actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero aunque ha sido un paso adelante, no termina de resolver todos los problemas.

¿Qué pasa con el patrimonio, cuando existe, de un presunto incapaz ingresado en un centro? ¿Qué hay sobre control de tratamientos? ¿Qué hacemos con las situaciones de abusos que reiteradamente saltan a las primeras páginas de la prensa?

Es importante seguir pidiendo una ley especial para regular el estatuto jurídico de los internados en una residencia, que contemple todas las situaciones que actualmente quedan sin resolver.

Es conveniente, sin embargo, terminar resaltando la absoluta necesidad de conocer el texto de este artículo para todas aquellas personas que tengan responsabilidades directivas en estos centros.

## **7.- RESPONSABILIDADES Y MUTUA AYUDA ENTRE PARIENTES: EI DERECHO DE ALIMENTOS.-**

El derecho de alimentos no es otra cosa que el **derecho que se reconoce a una persona, en estado de necesidad, de reclamar a determinados parientes lo que se considera indispensable para una vida digna**. Se entiende necesario para una vida digna aquello que se precisa para el sustento, la habitación o vivienda, el vestido y la asistencia médica.

Se fundamenta este derecho en la dignidad de la persona, en la necesidad que de que toda persona viva dignamente. Hay que entender que todo lo concerniente a la dignidad personal se encuentra regulado en la Constitución en lugar preferente. Así el desarrollo de los derechos que le atañen son considerados como prioritarios.

La nueva estructura familiar ha hecho perder gran parte de la vigencia práctica de este derecho. A ello, últimamente, ha contribuido también la concesión de pensiones no contributivas, por cuya causa no existen, al menos teóricamente, personas sin recursos y en estado de necesidad grave. Eso al menos teóricamente, ya que la práctica es otra, aún reconociendo que la situación ha mejorado notabilísimamente. Este derecho lo tienen los hijos en relación a los padres o abuelos , pero también al revés, los abuelos en relación con los hijos o nietos.

Las características que delimitan este derecho son:

- La relación de parentesco. No se puede exigir sino es entre personas que ostenten esta relación. Así en los casos que nos ocupan, padres a hijos o nietos o hermanos etc...
- El alimentista debe estar en estado de necesidad. Ya que si no existe la necesidad no se genera el problema. La cuestión no deja de ser subjetiva, pero en caso de duda, lo determinará el juez.
- El obligado a pagar alimentos debe tener posibilidades reales de poderlos pagar. Esto también es una cuestión evidente, quien no tiene no puede dar.

Con independencia de las anteriores connotaciones, el derecho de alimentos, es un derecho personalísimo, irrenunciable, imprescriptible, recíproco y graduable, y es especialmente importante dentro del entorno de las personas mayores dado que posibilita entenderlo como complementario de otros pequeños ingresos.

Este derecho puede exigirse al cónyuge, después a los descendientes, en tercer lugar a los ascendientes y por último los hermanos.

Para cuantificar el derecho no se tienen normas precisas o preestablecidas previamente. Se trata de establecer una cuantía que venga determinada por los siguientes dos parámetros, el estado de necesidad del alimentista, y el nivel patrimonial, salarial o de vida del obligado a prestarlos, aunque está mucho más en consonancia con el primero que con el segundo.

Se puede optar, en lugar de pagar una pensión alimenticia, por acoger al alimentista en casa y sufragarle los gastos elementales para una vida digna, o, como sucede a veces, puede satisfacerse a través de una tercera persona, o institución, en este caso Residencia, que atenderá al alimentista en toda la extensión que exige el derecho.

Así las personas mayores o sus representantes legales pueden tener esto en cuenta, a la hora de ingresar a sus familiares en una residencia, especialmente aquellos que no tengan una pensión suficiente para pagar la totalidad de los gastos que genera una residencia y recurrir a este sistema de reparto entre hijos o hermanos, que no es otra cosa que el pago del derecho de alimentos.

La reclamación de este derecho, al ser un derecho denominado personalísimo, sólo puede ser hecha por la persona interesada o su representante legal. Ninguna otra persona puede hacerlo. Esta cuestión dificulta enormemente la mayor parte de las reclamaciones a las que pudiera haber lugar, dado que las personas mayores encuentran siempre razones de todo tipo para no formular una reclamación contra un hijo o un nieto por muy injusta que sea la situación en la que se encuentren.

### **13.- El testamento. Concepto. Clases. La oportunidad de su formalización.**

Resulta relativamente frecuente -y suele estar en el ánimo de las personas mayores, y de quienes, no siendo mayores, padecen una enfermedad grave- la preocupación por el destino final de todo o parte de su patrimonio. Y así suelen expresarlo. Es, también, relativamente usual que el destino final del supuesto

patrimonio no vaya por los cauces que hubiera deseado su propietario. Determinadas razones han ido demorando la formalización de un testamento, y al final, la legalidad ha conducido el patrimonio de la persona mayor por derroteros diferentes a los que él deseaba.

Aunque la forma evolutiva de las demencias y más concretamente la enfermedad de Alzheimer pueda impedir al individuo tener una capacidad de previsión respecto a sus pertenencias, me ha parecido interesante desarrollar brevemente este capítulo por la trascendencia, sobre todo familiar, del mismo. Suele ser frecuente que cuando se diagnostica la enfermedad de Alzheimer, la persona ya no se encuentra en posibilidad de formalizar una adecuada disposición de bienes.

En este contexto, es conveniente tener claridad mental respecto a unos pocos conceptos muy aprovechables a la hora de aconsejar a un familiar que empieza a tener la enfermedad de Alzheimer y con el que convivimos.

La fundamentación de las sucesiones es sencilla y se basa en los siguientes dos hechos: el primero es el reconocimiento de la propiedad privada, por el que determinadas personas son dueñas de determinadas cosas, al menos de forma relativa, En segundo lugar, las sucesiones están impregnadas por el principio de autonomía personal por el que cada uno libremente puede disponer de lo que le pertenece.

Teniendo en cuenta estos dos fundamentos, a la muerte de una persona, pueden ocurrir dos cosas:

-Sucesión testada. Un testamento señala el camino por el que va a discurrir la herencia de la persona fallecida.

-Sucesión legítima o intestada, que tiene lugar cuando no existe testamento y es la ley la que establece, con su carácter general y en base a los familiares existentes, cuál es el destino de los bienes, que a veces y la falta de terminados parientes pueden acabar en las arcas del Estado.

La disposición de los bienes en vida es vista con normalidad, pero no ocurre lo mismo, por distintas razones, con la disponibilidad de los bienes para después de la muerte. Siempre existe cierto temor a dejar cerrados documentos que tengan que ver con esta disposición de bienes y hay incluso quien ve en ellas hasta un determinado signo catastrofista.

Y nada más lejos de la realidad. Los problemas que suele haber por no dejar formalizado un testamento son bastante importantes y el principal, y sobre todo para quien no tiene herederos forzosos, es que el curso que sigue el patrimonio que se ha dejado, no sea el que hubiéramos deseado.

La información precisa y adecuada a los familiares, piezas fundamentales en el cuidado de sus mayores o enfermos de Alzheimer, y el consejo de los profesionales, evitará después muchos inconvenientes.

De ahí la necesidad de tener claros algunos conceptos en relación con la materia.

**El artículo 667 del Código civil nos dice que “testamento es el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos”.**

Es preciso tener en cuenta que un testamento vale para otras cosas diferentes y no sólo para distribuir los bienes. Por ello, es válido un testamento aunque no tenga contenido patrimonial. Así, se pueden hacer recomendaciones que tengan que ver con la forma del enterramiento o el modo en que quiera ser recordado, por ejemplo.

También pueden introducirse determinadas obligaciones o condiciones para aquellos que hereden nuestros bienes. Hay que tener, no obstante, en cuenta que la herencia no es de “obligado recibo” y por lo tanto puede no aceptarse dicha herencia o puede aceptarse a beneficio de inventario (temas que trataremos en el capítulo siguiente).

Asimismo, hay que precisar que son solamente las personas físicas las que tienen capacidad para testar, no pueden formalizar testamento las personas jurídicas. Las personas físicas pueden testar siempre que la ley no lo prohíba expresamente.

Vamos a analizar aquí los distintos tipos de testamento y su conexión con la sucesión, que será el tema del capítulo siguiente, advirtiendo que para mayor información en estas cuestiones puede perfectamente recurrirse al Título III del Libro III del Código Civil.

La incapacidad en el sujeto hace nulo su testamento. Por ello, hay que tener en cuenta la plena capacidad de la persona para que el testamento sea válido, así como la voluntariedad y ausencia de coacción.

Conviene tomar nota de una advertencia: lo que se dice en este capítulo y en el siguiente está sometido al criterio de la territorialidad. Por lo tanto todo lo referido aquí tiene aplicación en el territorio común del Estado Español, pero existen jurisdicciones especiales en estas materias que no podemos olvidar y que afectan a quienes residan en Cataluña, Navarra, Aragón, Baleares, Galicia, Vizcaya y el Fuero de Ayala. Estas especialidades cambian en todo o en parte la legislación general.

#### **Clases de testamento.-**

El testamento puede ser común y especial. Los testamentos especiales hacen referencia a situaciones asimismo excepcionales, entre los que destaca el marítimo, el militar y el realizado en peligro inminente de muerte.

Dentro de los denominados comunes está el ológrafo, el abierto y el cerrado.

## **Testamento abierto ante notario**

Se denomina abierto un testamento, dice el Código Civil, siempre que el testador manifieste su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.

Dicho de otro modo, es el que se hace ante notario, que es quien lo autoriza. Es redactado por el mismo notario, el cual lo da a leer y lo lee en voz alta ante el testador, para que éste manifieste su conformidad. El testamento tiene que tener el lugar, año, mes y día de su otorgamiento.

Se pueden señalar como ventajas del mismo:

### **Testamentos comunes:**

***Abierto,  
Cerrado,  
Ológrafo.***

### **Testamentos**

- la garantía notarial
- que es el único que pueden hacer los que no pueden leer o escribir

Entre los inconvenientes se señalan:

- el exceso de formalidades
- puede ser poco discreto, sobre todo en lugares de reducido número de habitantes. Si queremos la máxima discreción, cualquiera de los otros dos suelen garantizarla mucho mejor.

El notario debe cerciorarse sobradamente de que el testador tiene, a su juicio, capacidad para otorgar testamento, y de que su identidad no esté falseada. Los requisitos formales serán estudiados inmediatamente después.

### **Testamento Cerrado**

Se llama testamento cerrado aquel en el que el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a la persona que ha de autorizar el acto. El testador lleva a la notaría el sobre cerrado con el contenido de su voluntad y manifiesta al notario que allí se halla su testamento. El notario formaliza una serie de actuaciones para dar validez a este tipo de testamento, pero sin abrir el sobre y sin enterarse de su contenido.

Lógicamente el testamento cerrado habrá de ser necesariamente escrito y puede hacerse por medios mecánicos (máquina de escribir, ordenador u otros).

### **Testamento ológrafo**

Es ológrafo el testamento escrito por el propio testador de acuerdo a los requisitos que señala el Código Civil.



Necesita unas formalizaciones mínimas, como es la expresión completa de la fecha y la redacción entera, de puño y letra. Asimismo, debe estar hecho y firmado por el testador.

La nota característica de este testamento es que sólo interviene en él el propio testador, así que estamos ante un tipo o clase de testamento donde parece que la discreción está salvada. Aparte de la discreción, la sencillez es fundamental en este testamento.

Con independencia de las enormes ventajas que este testamento ofrece, no podemos olvidar su gran inconveniente, y es que al hacerse de forma secreta y normalmente sin ningún tipo de asesoramiento, es frecuente que el contenido no sea claro o que, aún siéndolo, sea contrario a norma y por lo tanto sea ineficaz y pueda anularse. Si las personas en un estado de enfermedad avanzada optaran por esta modalidad de testamento, es recomendable la búsqueda de asesoramiento.

## **TESTAMENTO OLÓGRAFO**

**Es un testamento:**

- \_ **Muy discreto.**
- \_ **Muy barato para el que lo hace.**
- \_ **Sencillo.**
- \_ **Más susceptible de cambio que cualquier otro.**

Tiene dos grandes inconvenientes:

-Se puede incurrir en algún defecto de forma o de fondo más fácilmente que en los otros y por lo tanto podría ser anulado.

-Se puede perder con relativa facilidad. O, más fácilmente, se puede no encontrar, ya que el testador lo hace y lo guarda sin decírselo a nadie y puede pasar el tiempo de validez para presentarlo ante el juzgado.

### **Algunos supuestos especiales**

Téngase en cuenta, que además de los testamentos expresados, existen otros que, simplemente, vamos a enumerar sin entrar en su análisis, pero que es necesario, al menos tener en cuenta.

Una forma especial de hacer testamento es el realizado en peligro inminente de muerte, que debe hacerse de acuerdo a unas formalidades descritas en el Código Civil. Especial también es el testamento en lengua extranjera, el otorgado en caso de epidemia, el realizado por sordos que no saben leer ni escribir, etc. etc. La rareza de este tipo de testamentos hace que no hagamos sino nombrarlos, y quien quiera profundizar más en su contenido y forma de hacerlos puede perfectamente buscar un asesoramiento complementario a este libro. Asesoramiento que, por otro lado, se recomienda para todas estas cuestiones tan difícilmente sintetizables en unas breves líneas, dada la enorme cantidad de matices, excepciones y variantes que tienen.

### **Recomendaciones.-**

De entre los testamentos enumerados, si tuviéramos que recomendar alguno que fuera más adecuado a las personas mayores o personas con una grave enfermedad (siempre que no estén en situación de incapacidad), nos inclinaremos por el testamento abierto ante notario, pues en definitiva es el que puede inducir a menor error, ya que la persona recibe una indudable ayuda del notario.

El testamento ológrafo es más adecuado para personas que tengan fácil capacidad de expresión escrita y estén en posesión de determinados conocimientos mínimos. Por último conviene no perder de vista el formalizado en inminente peligro de muerte, que también puede ser de aplicación, aunque quizás no de manera normalizada y frecuente.

### **Cuestiones comunes y características especiales de los diferentes tipos de testamento.-**

#### *Capacidad para hacer testamento.-*

Pueden hacer testamento todos aquéllos a quienes la ley no se lo prohíbe expresamente, dice el art. 662 del Código Civil. Pues bien, la ley prohíbe expresamente que hagan testamento los menores de 14 años y los que habitualmente no se hallen en su cabal juicio.

El tema de la capacidad es muy importante. De ahí que, muchas personas que demoran la realización del testamento, llegan a la situación en que ya no lo pueden hacer, porque no tienen capacidad para ello. Entre los enfermos de Alzheimer es muy conveniente tener esto en cuenta. Las personas que no tengan testamento y quieran formalizarlo, deberían, si fuese factible, claro está, hacerlo en los primeros indicios de su enfermedad, ya que después será imposible que el notario acepte la validez del testamento, y será cuestionable la validez de un testamento ológrafo. Cabe resaltar expresamente que, en los supuestos de enfermedad de Alzheimer, se cuestiona que puedan hacerlo incluso en esos primeros momentos, ya que como hemos dicho a lo largo de este libro, la enfermedad de Alzheimer tiene un mal diagnóstico previo y suele conocerse cuando ya realmente se está padeciendo. Existen sentencias que invalidan testamentos hechos por presuntos incapaces, o sea, por personas todavía no incapacitadas y a las que el notario había concedido la validez del testamento.

#### **Requisitos formales a tener en cuenta.-**

##### **Testamento abierto.-**

Ha de hacerse ante notario hábil, y el testador puede formalizar su voluntad de forma escrita u oral. El notario pasará después a darle la forma adecuada. El notario asegurará la identidad del testador y acreditará su capacidad y, si lo cree conveniente, pedirá la presencia de dos testigos. Los testigos serán siempre necesarios si el testador es ciego, y si no sabe o no puede firmar. Por

último, aunque el notario lo tendrá en cuenta, no debe olvidarse la firma del testamento y el lugar, día, mes, año y, si se quiere, también la hora en que se hace el testamento.

### **Testamento cerrado.-**

Es un documento que contiene la voluntad del testador y puede hacerse escrito de puño y letra, o por medios mecánicos.

Debe firmarse en todas las páginas y al final. Se salvará cualquier tachadura o enmienda que tenga. Hecho esto, se le entrega al notario, el cual debe dar fe de que allí se encuentra la última voluntad del testador (hasta ese momento y salvo cambio posterior). El sobre debe tener un sello de seguridad para que nadie puede abrirlo hasta que llegue el momento oportuno. El notario levanta un acta y según voluntad del testador puede llevarse el testamento y copia del acta a su casa o al lugar seguro en el que pretenda guardarlo, o puede pedirle al notario que lo guarde en la notaría. Si el testamento se queda en la notaría, el testador se lleva un recibo en el que consta este hecho. El notario tiene asimismo que dar fe de que conoce al testador y que según su criterio es persona hábil para realizar el testamento.

### **Testamento ológrafo.-**

Se escribe de puño y letra y se firma por el testador, salvando tachaduras y enmiendas, de tal modo que no haya lugar a ninguna duda. El texto debe ser claro y preciso, exactamente igual que en el testamento cerrado ya que nadie lo va a supervisar.

La verdadera validez del testamento viene con la protocolización. La protocolización la constituyen una serie de actos que son los que le van a dar la adecuada validez.

Así, una vez fallecida la persona y con el conocimiento de que hizo un testamento ológrafo, que se aporta, se presenta en el juzgado de primera instancia del último domicilio del testador en el plazo de cinco años desde el día del fallecimiento. No obstante, el depositario del testamento tiene la obligación de hacerlo en diez días y será responsable de los daños que se puedan ocasionar por no haber cumplido este requisito. Con independencia de esta obligación, la validez del plazo es de cinco años.

El juez tiene que constatar una serie de hechos tales como la autenticidad del testamento y que realmente corresponde al fallecido. Pedirá pruebas periciales o la concurrencia de testigos que le conocieran hasta que esta cuestión la tenga bien clara, y después enviará el testamento al notario autorizando su protocolización. Si no le queda meridianamente claro que el testamento corresponde a la persona fallecida, a quien los familiares lo atribuyen, entonces lo denegará. Siempre existe la posibilidad de recurrir esta decisión.

Por último, el testamento que se hace en peligro inminente de muerte sólo requiere la presencia de cinco testigos. Este tipo de testamento pierde su

validez al cabo de dos meses siempre, lógicamente, que no se haya producido la muerte del testador.

El resto de los testamentos entiendo que no tienen una aplicación directa a las personas con enfermedad de Alzheimer y demencias afines, y por ello no se plantean con un tratamiento más profundo, limitándose simplemente a señalar su existencia.

### **Contenido.-**

En relación al contenido del testamento ya hemos señalado que el testamento es válido aunque no tenga contenido económico o patrimonial.

También es válido aunque el testador no reparta todos sus bienes o aunque el heredero no acepte la herencia.

Existe, asimismo, la posibilidad de que el testador imponga una obligación a los herederos. Ésta es aceptada por el Código Civil siempre que la condición no tenga contenido ilegal o vaya contra las buenas costumbres o sea imposible de realizar.

### **¿Se puede desheredar a un heredero forzoso?**

La respuesta es sí. Y las causas que marca el Código civil para ello son muy variadas, y no vamos a entrar en su análisis porque además son diferentes, según se quiera desheredar a un hijo, a un padre o al cónyuge. En líneas generales, estas causas hacen referencia a los malos tratos que hayan podido infringirse, al hecho de haber negado ayuda o alimentos o cuidados, y en definitiva, tienen que ver con el incumplimiento de los deberes familiares.

### **¿Qué es un albacea testamentario?**

Albacea es la persona designada en el testamento por el testador con la finalidad de hacer cumplir todo lo que en él ha manifestado. Principalmente se nombran para el reparto de liberalidades o de legados que haya podido establecer el testador.

### **¿Se puede revocar un testamento?**

Evidentemente se puede revocar un testamento. Se desprende de todo lo que hemos ido diciendo aquí.

Recogemos no obstante que el art. 737 del Código Civil dice textualmente "Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad de no revocarlas" Es la cualidad principal de las disposiciones testamentarias y, de ahí, que cuando se insiste en la necesidad de formalizar testamento, a renglón seguido, se suele argumentar que, si se cambia de opinión, un testamento posterior anula al anterior.

## ¿Se puede impugnar un testamento?

Por supuesto que se puede impugnar un testamento, como cualquier otro acto jurídico. Hay que tener causa suficiente para ello y demostrarlo. Sobre esta cuestión, no cabe la menor duda, se podría hablar mucho, pero baste recordar aquí, en la línea que venimos haciéndolo, que es un proceso muy lento, que debe realizarse a varias instancias judiciales y por supuesto con el apoyo ineludible de un abogado y procurador. Todo ello hace que los costes sean grandes y que muchas personas se cuestionen la posibilidad de hacerlo, aun conscientes de que tienen razones suficientes para hacerlo. Por ello es de gran importancia formalizar testamento cuando aún no se padece ningún tipo de demencia, que modifica la conducta en la mayor parte de las personas enfermas.

Hasta aquí, lo que puede ser más interesante en relación con las disposiciones testamentarias, consciente de que son bastantes las cosas que pueden quedar en el tintero. Creo, no obstante, que con lo expuesto se cumple el objetivo de facilitar unas ideas generales sobre los testamentos. Son tantos los requisitos y las posibles variantes que siempre es aconsejable pedir un asesoramiento individualizado. Desde luego, en este libro no podemos llegar al fondo de todas las cuestiones. Basten las ideas generales señaladas y sirvan para orientar de manera general a todos aquellos que puedan necesitarlo.

## LA IMPORTANCIA DEL TESTAMENTO VITAL, INSTRUCCIONES PREVIAS, O VOLUNTADES ANTICIPADAS

(Antonio Martínez Maroto, Jurista, Gerontólogo, Máster en Bioética, Coordinador del Grupo de Ética y Legislación de la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología)

La revista sesenta y más abrió una línea de difusión de temas bioéticos que han servido para que algunos especialistas en la materia puedan dar luz sobre temas tan actuales como el conocimiento de la bioética, la confidencialidad en la relación clínica, el secreto profesional, la soledad en las personas mayores etcétera, etcétera. Hoy traemos a estas páginas un tema de la máxima actualidad, como es el del testamento vital, cómo se ha desarrollado teórica y prácticamente en los últimos años, para qué sirve y cómo se formaliza.

Como preámbulo es preciso hacer hincapié en la idea de que lo que se conoce como relación clínica (también la relación sociosanitaria o simplemente relación asistencial en ámbitos sociosanitarios) ha sido objeto de fuertes cambios en las últimas décadas. Muchas son las razones que lo han motivado y éste no es el lugar adecuado para el análisis de las mismas, pero sí es necesario dejar constancia, porque sirve para fundamentar la importancia del testamento vital, que una de las razones más poderosas que animan dicho cambio está en la preponderancia del principio de autonomía. En definitiva, en la hipervaloración que todo ciudadano hace de la necesidad de que se tenga en cuenta su libertad personal a la hora de tomar decisiones relevantes sobre las cosas que le atañen más o menos directamente.

Tener en cuenta el principio de autonomía lleva a cualquier profesional a informar adecuadamente y a aceptar como regla de juego fundamental en la relación con su paciente o cliente la teoría del consentimiento informado.

El consentimiento informado no es sino un proceso de diálogo que exige la participación voluntaria y activa del paciente o cliente en la toma de decisiones.

Supone, desde el punto de vista del profesional, el reconocimiento del otro como igual a mí en importancia a la hora de la deliberación ética y como superior a mí, (porque a él le atañe) en la toma de decisiones. Es algo más complejo que la materialización de un formulario, es todo un cambio de mentalidad y la asunción de un nuevo paradigma relacional.

Como la gran mayoría de los temas éticos, la teoría del consentimiento informado tiene un fuerte calado jurídico. Está en la propia esencia jurídica de las obligaciones y de los contratos. Para la validez de cualquier forma contractual es requisito "sine qua non" tener información suficiente de aquello que se pretende hacer y una aceptación voluntaria de las reglas del juego.

La relación clínica o asistencial pasa así a ser una relación mucho más contractual que paternalista, como ha sido hasta fechas muy recientes. La relación basada en el consentimiento informado, como su propio nombre indica ( consentir = sentire cum) está basada en una búsqueda común de aquello que es más interesante para el que recibe el tratamiento o la prestación de servicios. Es un derecho para el paciente y un deber para el profesional.

Para terminar esta primera parte conviene dejar claro que el cambio referenciado en los párrafos anteriores y que tiene que ver con la relación clínico asistencial no es reversible. No es una moda que vaya a pasar sino algo consolidado y perfectamente estacionado en los debates bioéticos. Desde que empezara a percibirse su inicio, a principios del siglo XX en Estados Unidos, ha ido en creciente aumento y todos los documentos internacionales firmados por la mayor parte de los Estados, entre los que figura el Estado Español, no hacen sino poner de manifiesto, como muy bien explica Sánchez Caro, que nuestras leyes internas han apostado decididamente por la construcción de la relación clínica alrededor del respeto máximo a la voluntad de los ciudadanos.

### **LAS DIRECTRICES PREVIAS (Testamento vital o voluntades anticipadas)**

Antes de entrar directamente en materia, conviene hacer la siguiente precisión terminológica: Ha sido, y sigue siendo, muy variada la terminología que hace referencia a aquello que estamos tratando de exponer aquí. Se le ha llamado Testamento vital, y así le seguimos denominando en este artículo, porque quizás es el referente o localizador más expresivo de aquello a lo que nos queremos referir o al menos el más comúnmente usado, pero también el más inadecuado, porque obviamente no es un testamento, ya que el testamento es un documento que se concibe para que produzca efectos después de la muerte de quien lo formaliza, lo cual no concuerda, al menos totalmente, con el testamento vital, ni es vital en modo alguno, ya que no tiene como finalidad reforzar la idea vida, sino la idea de respeto a la autonomía personal.

No obstante, vuelvo a repetir que suele ser muy identificativa todavía la expresión Testamento vital. Se ha hablado también de Directrices previas o Directrices anticipadas, pero hay quien identifica directriz con normativa europea y tampoco se siente satisfecho con esta decisión. Asimismo se le conoce también como Voluntades Anticipadas.

La propia 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, que es quien las/os ha regulado a nivel estatal por primera vez, habla de Instrucciones Previas, por lo que al menos desde el punto de vista formal, parece que sería la opción más adecuada. Por ello parece aconsejable que ésta y no otra sea la terminología que empleemos a partir de este momento.

El artículo 11 de la referenciada ley dice que es el documento realizado por una persona mayor de edad, capaz y libre, por el que manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento, sigue diciendo el artículo 11, puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

Existen otras muchas definiciones pero todas tienen que ver con la voluntad anticipada de un sujeto que indica, por si llegado el momento no estuviera en posibilidades de hacerlo, qué es lo que quiere que hagan con él, en relación con algunas decisiones importantes y que tienen que ver con cuidados en los momentos finales de su vida.

Este artículo no hace sino reconocer como derecho positivo todo el contenido de las instrucciones previas, legitimándolo jurídicamente y haciendo posible el ejercicio de la autonomía personal. Y por lo tanto y para el caso que nos ocupa puede perfectamente dar a conocer cual es su manera de pensar respecto a determinadas cuestiones de capital importancia, en el entorno del final de la vida, y no sólo eso sino que tal manifestación anticipatoria va a ser vinculante y de obligado cumplimiento para quien le preste atención médica o cuidados terapéuticos o simplemente asistencia general, porque el contenido del mismo puede ser meramente asistencial.

#### REQUISITOS FORMALES QUE DEBEN CUMPLIR LAS INSTRUCCIONES PREVIAS.-

1.- Que la persona sea mayor de edad.- En relación con el colectivo que nos afecta no se crean problemas fundamentales, ya que al tratarse de personas mayores, todos serán mayores de edad. Pero sí en otras edades, a la hora de determinar si es necesaria la mayoría de edad plena, 18 años, o hay situaciones de semicapacidad en las que es plenamente válido este



documento. Sin ánimo de entrar en mayores detalles, la mayor parte de la doctrina al hablar de este tema establece la edad de 14 años como suficiente para formalizar este tipo de documento, dado que es la edad en la que se puede formalizar testamento civil, y también la edad en la que se pide el consentimiento informado al propio sujeto para cualquier tipo de intervención.

2.- Que tenga capacidad suficiente. Parece aconsejable recurrir en las instrucciones previas a aquello que digan los testigos, cuando se formalice a nivel privado, dando por supuesto que si no manifiestan nada en contra se supone capacidad suficiente en quien materializa dicho documento. Si éste se hace ante notario, el notario es federatario público y puede determinar, dada su práctica, quien tiene capacidad y quien no, para hacer un documento de esta naturaleza.

3.- Tiene que ser hecho voluntariamente. Este requisito exigido por la ley, no es sino una reiteración innecesaria. Evidentemente que cualquier coacción al respecto anula la validez de este documento, y de cualquier otro de similares características.

4.- Debe hacerse por escrito para que tenga validez jurídica. Así lo exige la ley, que no hace sino salvaguardar nuestra expresión de voluntad (art. 11.2.). Si se hace por escrito de forma privada debe ir acompañada con la firma de al menos tres testigos, de los cuales dos no tienen que tener vínculos patrimoniales ni de parentesco con el otorgante.

También se pueden hacer ante notario en cuyo caso el propio notario salvará los posibles defectos de forma en los que pudiéramos incurrir y sobre todo y esto es lo más importante el notario como fedatario público asegura la capacidad suficiente en la persona que las realiza.

Parece adecuado aconsejar que las instrucciones previas no se formalicen de manera oral, ya que la viabilidad jurídica de las mismas se podría encontrar con mayores dificultades. No obstante nadie puede negar una cierta obligación moral con este tipo de declaraciones y por supuesto que salvo razones muy poderosas las manifestaciones hechas oralmente, sobre todo ante varios testigos, deben vincular moralmente a quien deba tomar las decisiones.

### **SOBRE EL CONTENIDO DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS.-**

Lógicamente el contenido de las instrucciones previas tiene mucho que ver con la finalidad de las mismas, que no es otra que dejar constancia de la voluntad de una persona, por si llegado el momento no puede hacerlo directamente, de cual es su manera de pensar respecto a determinados tratamientos o respecto a la aplicación de determinadas terapias.

El contenido debe versar sobre los códigos éticos que tiene asumidos el otorgante. Éste debe poner de relieve qué opina sobre la vida y sobre los modos y formas de vivirla y así puede explicitar claramente y de forma exhaustiva situaciones en las que pudiera encontrarse y remedios que quiere que le sean aplicados o intervenciones que no estaría dispuesto a soportar.

Los diferentes modelos de instrucciones previas suelen indicar y detallar este tipo de situaciones y el firmante se adhiere o no a ellas con completa libertad.

No obstante hay que aconsejar que este documento, de una gran carga subjetiva, sería bueno que cada uno lo redactase como documento único y singular para él, ya que los códigos éticos suelen ser muy personales y las situaciones de enfermedad son también extraordinariamente individualizadas.

En relación con el contenido de este documento es conveniente hacer hincapié en otras dos funciones de la máxima importancia:

- Sirven para designar un representante, que será el interlocutor válido entre el paciente, (en ese momento inhábil para tomar decisiones) y el equipo sanitario o asistencial.

¿Qué ventaja puede tener esta designación? Muchas. A mi modesto entender uno de los principales problemas que se le imputan a este documento en su irrealidad. Se dice que no es lo mismo marcar unas instrucciones o voluntades anticipadas desde la salud y la juventud o la madurez aunque se esté pensando en el final de la vida, que hacerlo desde el umbral del final de la vida, que todo cambia, que muchas personas que firman alegremente la no aplicación de determinados tratamientos por parecerles excesivos, llegado ese momento y por instinto natural no considerarían ese medio tan excesivo y querrían que se les aplicara porque proporcionaría algo de esperanza para seguir viviendo. Pues bien, esto con la designación de un representante quedaría muy matizado. El representante que conoce a su representado y entiende lo que ha querido decir, puede perfectamente ponerse en lugar de él, en ese crítico momento, y siendo consciente de los factores ambientales que rodean la situación en ese momento y que eran impredecibles cuando se pudieron haber firmado las instrucciones previas.

La figura del representante puede también acometer situaciones imprevisibles y que no se han podido relatar precisamente por esa imposibilidad de previsión.

Por otro lado es un recurrente fijo y directo para todo tipo de toma de decisiones y salvo excepciones, también puede ser un buen referente para ser elegido tutor en caso de tener que recurrir a un proceso de incapacitación.

Se Entiende, en definitiva, que en muchas ocasiones, en lugar de redactar un documento muy prolijo y extenso de instrucciones previas, va a ser más rentable hacer uno de tipo genérico y señalar un representante para tomar cuantas decisiones sean necesarias, desde el convencimiento de que éste será un buen defensor de nuestros valores para los momentos críticos.

- Las instrucciones previas son también un buen medio para articular otro tipo de disposiciones que tienen que ver con el sujeto activo, que las otorga y que pueden hacer referencia a situaciones tan dispares como limitar el derecho a informar de su enfermedad a determinados parientes, tomar decisiones respecto a donación de órganos, indicar un hospital en el que no quiere ser atendido de ninguna manera, determinar modos de morir desde el punto de

vista social o religioso y disponer formalidades postmortem, como puede ser la incineración.

Todo esto se suele recoger en un apéndice que se conoce como "Instrucciones adicionales" No deja de ser un documento que puede recoger perfectamente muchas cuestiones que se reflejaban, con mayor asiduidad, en un testamento civil, y que encontrarán mejor solución en un documento de este tipo, menos formalista y mucho más a la vista que el testamento normal, que en la mayor parte de las ocasiones se conoce bastantes días después de la muerte y algunos de sus mandatos ya no pueden ser llevados a término.

El contenido de las instrucciones previas no tendrán aplicación, como muy bien explicita la ley en las siguientes circunstancias :

- Cuando son contrarias a la ley.

Está recogido en el artículo 11. 3 y resulta obvio poner una limitación de este tipo. Lo único que la justifica es la posibilidad de que el legislador no estuviera pensando en que éste no es un paso secreto para llegar a la eutanasia. Así pues, queda claro que aquí no podemos pedir aquello que explícitamente prohíbe la ley.

- Cuando se atente contra la *lex artis* o las buenas prácticas sanitarias o asistenciales.

La confrontación en este supuesto puede ser más frecuente e incurrir con mayor frecuencia en situaciones de confusión. Parece adecuado que si el proceder del profesional choca frontalmente con los deseos expresados por el otorgante de las instrucciones previas o por su representante, aquél pueda pedir objeción de conciencia.

- Por último, cuando la situación real no se corresponda con aquella que ha descrito como previsible el otorgante.

Aquí de nuevo surge la conveniencia de nombrar un representante que pueda salvar con garantía estas situaciones.

De cualquier manera la flexibilidad debe ser nota característica a la hora de interpretar este tipo de documentos, pues de lo contrario será difícil otorgarle un mínimo de validez, dado que la previsión de las situaciones descritas por el otorgante nunca van a coincidir con las que pueda propiciar la realidad.

### **Documentos alternativos a las directrices previas.**

La necesidad de solucionar cuestiones complicadas, como las que pueden esconderse detrás de las instrucciones previas, dan pie a que vayan surgiendo modos diferentes de llegar a parecidas situaciones de solución, pero por caminos diferentes, a través de instituciones, nuevas en ocasiones, antiguas en otras, que pueden ser de más fácil aplicación a determinados casos concretos. Así nos encontramos fundamentalmente con la "autotutela" por un lado, y con

el "poder preventivo" por otro, que pueden resultar de gran eficacia para los fines que pretende el testamento vital o directrices previas.

**La autotutela** que venía estando vigente en el código de familia catalán desde hace varios años, se introduce en el Código Civil estatal a partir de la reforma que produce la Ley 41/2003 de 2 de diciembre, relativa al patrimonio de las personas con discapacidad, o con capacidades diferentes, como se les empieza a llamar en determinados ámbitos de especial sensibilidad, que no admiten el término incapacidad por acumular una excesiva carga peyorativa.

Pues bien, la figura de la autotutela permite sugerir, para uno mismo, el nombre de una o varias personas para su posible designación como tutor o curador de la persona que le nombra, por si llega el caso en el que sea necesario plantear una demanda de incapacitación sobre la misma. Es preciso cumplir unos requisitos esenciales y formales para que tenga efecto esa designación y que no vamos a analizar por razones de espacio.

La similitud con el representante que se puede designar en la directrices previas es muy grande y de ahí, que a falta de las mencionadas directrices, si esa persona tiene hecho un nombramiento de autotutela, se pueda recurrir a la persona designada, en la seguridad de que si la ha propuesto para ser su tutor, por analogía, podría perfectamente resolver las cuestiones indicativas que pueda contenerse en las directrices previas o desempeñar las funciones del representante nombrado en las directrices previas.

Las exigencias formales de la designación de tutor para uno mismo son mayores que las requeridas para formalizar unas directrices previas, por lo que la seguridad jurídicas sería también mayor.

**Los poderes preventivos o apoderamiento preventivo** son como su nombre indica una autorización que formula notarialmente el poderdante a favor de una persona, llamada apoderado, mayor de edad y capaz, para que realice determinados actos jurídicos en nombre del poderdante y con la misma eficacia jurídica que si los hiciera él mismo. A esta modalidad se le llama preventiva, porque se otorgan en prevención de un determinado evento, y en previsión de que el mismo ocurra. El evento en el caso que nos ocupa podría ser, la pérdida de la autodeterminación o el autogobierno del poderdante motivado por algún tipo de demencia. Así en el supuesto de que este evento se cumpla, se tiene una persona perfectamente determinada para que realice por nosotros, que no podemos hacerlo con eficacia jurídica, un conjunto de actos jurídicos preseleccionados, o todos los posibles. Este apoderado preventivo puede perfectamente tomar por nosotros aquellas decisiones que nosotros no podemos tomar por el déficit que nos produce una determinada patología.

Su formalización es muy sencilla, y aún sin pasar a mayores análisis, como nos sucede con la autotutela, se puede observar que un poder preventivo puede resolver ( a parte de otras cuestiones) idénticos problemas que las directrices anticipadas.

Existen más recursos jurídicos de aplicación a esta cuestión, pero no podemos entrar en su análisis.

## **CONSIDERACIONES FINALES.**

- El documento de instrucciones previas es un buen medio, puesto por la ley al alcance de cualquier ciudadano, para reforzar el principio de autonomía que caracteriza a toda persona por el mero hecho de serlo.

Conviene tenerlo en cuenta y ejercer el derecho a decidir por nosotros mismos, sobre todo en esa etapa final de la vida tan importante para nosotros y en la que muy presumiblemente estaremos en una situación de terrible desigualdad con el resto de los humanos que nos rodeen, provocada por la enorme fragilidad del ser humano en esos momentos.

- Este documento obliga jurídica y éticamente a los profesionales de los que depende nuestra salud y nuestros cuidados. Tienen el deber de respetar la manifestación de voluntad libremente expresada por el otorgante del documento.

- La mayor seguridad jurídica la va a propiciar el documento formalizado ante notario, porque el notario es la salvaguarda del cumplimiento de la mayor parte de los requisitos formales exigibles por la ley.

- El documento de instrucciones previas puede revocarse sin mayor problema, haciendo una manifestación de voluntad contraria a la primeramente formulada o manifestando que ésta queda sin valor. Ésta dejará sin efectos la anterior o en su caso modificará aquello que nosotros hayamos querido cambiar.

- Es aconsejable que una copia de este documento lo tenga, nuestro representante, si es que en el documento le hemos nombrado y alguna otra persona de entre nuestros familiares o persona de confianza. Las instrucciones previas deben incorporarse a la historia clínica tan pronto como se tenga algún percance de salud de cierta consideración. Si la persona es incapacitada y ya tenía hechas instrucciones previas, éstas deben estar a disposición del juez y debe custodiarlas, asimismo, el tutor o curador.

- El Registro nacional de instrucciones previas al que alude la ley aún no ha sido puesto en funcionamiento, lo cual no deja de ser un problema. Se está trabajando en esta cuestión, pero aún no hay un resultado satisfactorio.

## ANEXO Nº 1

A mi familia, a mi médico, a mi sacerdote, a mi notario:

Si me llega el momento en que no pueda expresar mi voluntad acerca de los tratamientos médicos que se me vayan a aplicar, deseo y pido que ésta Declaración sea considerada como **expresión formal de mi voluntad**, asumida de forma **consciente, responsable y libre**, y que sea respetada como si se tratara de un **testamento**.

Considero que **la vida** en este mundo es **un don y una bendición de Dios, pero no el valor supremo y absoluto**. Sé que la muerte es inevitable y pone fin a mi existencia terrena, pero desde **la fe** creo que me abre el camino a la vida que no se acaba, junto a Dios.

Por ello, el que suscribe.....

### **TESTAMENTO VITAL**

(Conferencia Episcopal Española)

Pido que si por mi enfermedad llegara a estar en **situación crítica irrecuperable**, no se me mantenga en vida por medio de **tratamientos desproporcionados** o extraordinarios; que no se me aplique la **eutanasia activa** ni se me **prolongue** la vida abusiva e irracionalmente mi proceso de muerte; que se me admisionen los tratamientos adecuados para **paliar los sufrimientos**.

**Pido igualmente ayuda para** asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. **Deseo** poder prepararme **para este acontecimiento final de mi existencia**, en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana.

Suscribo esta Declaración después de una **madura reflexión**. Y pido que los que tengáis que cuidarme **respetéis mi voluntad**. Soy consciente de que os pido una grave y **difícil responsabilidad**. Precisamente para compartirla con vosotros y para atenuaros cualquier **posible sentimiento de culpa**, he redactado y firmo esta declaración.

Fecha:.....

Firma:.....

[Conferencia Episcopal Española. Añastro, 1. 28033 - MADRID]

### **TESTAMENTO VITAL propuesto por la Asociación Derecho a Morir Dignamente**

(Manifestación de voluntad sobre el final de mi propia vida)

Yo....., con D.N.I. nº.....  
mayor de edad, con domicilio en.....,  
en plenitud de mis facultades mentales, libremente y tras prolongada reflexión,

**DECLARO:**

Que, si llego a encontrarme en una situación en la que no pueda tomar decisiones sobre mi cuidado médico, a consecuencia de mi deterioro físico y/o mental, por encontrarme en uno de los estados clínicos enumerados en el punto 4 de este documento, y si dos médicos independientes coinciden en que mi estado es irreversible, mi voluntad inequívoca es la siguiente:

1. Que no se prolongue mi vida por medios artificiales, tales como técnicas de soporte vital, fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial.
2. Que se me suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo mi malestar, sufrimiento psíquico y dolor físico causados por la enfermedad o por falta de fluidos o alimentación, aún en el caso de que puedan acortar mi vida.
3. Que, si me hallo en un estado particularmente deteriorado, se me administren los fármacos necesarios para acabar definitivamente, y de forma rápida e indolora, con los padecimientos expresados en el punto 2 de este documento.
4. Los estados clínicos a los que hago mención más arriba son: daño cerebral severo e irreversible; tumor maligno diseminado en fase avanzada; enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o del sistema muscular en fase avanzada, con importante limitación de mi movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento específico si lo hubiere; demencias preseniles, seniles o similares; enfermedades o situaciones de gravedad comparable a las anteriores; otras (especificar si se desea).....
5. Designo como mi representante para que vigile el cumplimiento de las instrucciones sobre el final de mi vida expresadas en este documento, y tome las decisiones necesarias para tal fin, a:.....(nombre del representante).....D.N.I.....
6. Manifiesto, asimismo, que libero a los médicos que me atiendan de toda responsabilidad civil y penal que pueda derivarse por llevar a cabo los términos de esta declaración.
7. Me reservo el derecho de revocar esta declaración en cualquier momento, en forma oral o escrita.

Fecha.....Lugar.....Firma.....

**TESTIGOS:**

1. Nombre.....DNI.....Firma.....
2. Nombre.....DNI.....Firma.....

**REPRESENTANTE:**

Firma.....Fecha.....