

SOBRE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

PRIMERA PARTE INSTRUMENTOS NO JUDICIALES DE PROTECCIÓN

GRUPO DE “ÉTICA Y LEGISLACIÓN” ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NEUROPSIQUIATRÍA (AEN)

MARZO 2015

Alicia Roig Salas. Psiquiatra (Barcelona)

Ana Moreno. Psiquiatra (Alcalá de Henares)

Onésimo González Álvarez. Psiquiatra (Huelva)

María Eugenia Díez Fernández. Psicóloga Clínica (Asturias)

Mariano Hernández Monsalve. Psiquiatra (Madrid)

José Leal Rubio. Psicólogo Clínico (Barcelona)

Fernando Santos Urbaneja. Jurista (Córdoba)

ÍNDICE

PRIMERA PARTE INSTRUMENTOS NO JUDICIALES DE PROTECCIÓN

1.- INTRODUCCIÓN: TIEMPOS DE CONFUSIÓN.

2.- PROPUESTA DE NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD - NECESIDAD DE OTRA MIRADA – LA NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

3. – INSTRUMENTOS NO JUDICIALES DE PROTECCIÓN

3.1: LA AUTOTUTELA

3-1-1: Los Poderes Preventivos

3-1-2: El nombramiento de tutor en documento público o notarial

3-1-3: La necesidad de previo consentimiento para actuaciones médicas.

3-1-4: Las instrucciones previas para el ámbito sanitario.

3-1-5: Examen especial de las instrucciones previas otorgadas por usuarios de salud mental.

3.2: LA GUARDA DE HECHO

3-2-1: Características generales

3-2-2: Guarda de Hecho personal

3-2-3: Guarda de Hecho Institucional

3-2-4: Actuaciones más frecuentes demandadas por los Guardadores de Hecho.

3-3 EL DEBER DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANTE SITUACIONES DE DESAMPARO.

3-4: LOS DECRETOS DEL FISCAL

ANEXOS:

I - SOBRE AUTOTUTELA:

Modelo de Instrucciones previas para pacientes de salud mental.

II - SOBRE EL DEBER DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANTE SITUACIONES DE DESAMPARO

Pautas actuación en caso de personas mayores que se encuentran en situación de desamparo

SEGUNDA PARTE INSTRUMENTOS JUDICIALES DE PROTECCIÓN

CRÍTICA DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTA DE FUTURO

JUSTIFICACIÓN

La protección y defensa de los derechos de las personas que sufren algún tipo de trastorno mental o alteración psíquica forma parte de las señas de identidad de la AEN a lo largo de su historia.

Los necesarios debates y esfuerzos en el desarrollo de la actividad asistencial han de ser acompañados por la permanente reflexión sobre el cuidado y preservación de los derechos.

Los desarrollos legislativos en materia de protección de los derechos no son siempre conocidos por los profesionales que trabajan en estos ámbitos, ni forman parte frecuente de las preocupaciones de los mismos, a pesar de ser una pieza fundamental en cada uno de los espacios de asistencia y cuidado.

La incapacitación de las personas con discapacidad se expresa, en muchas ocasiones y desde la buena voluntad, como una forma de protección de los derechos aunque tenemos razones sobradas para pensar que no siempre tiene dicho efecto.

El presente documento analiza medidas jurídicas de protección distintas al procedimiento de incapacitación, para conocimiento tanto de los profesionales que trabajan con personas con trastorno mental o alteración psíquica, como de los propios afectados y de sus familiares y allegados

En un documento posterior analizaremos de forma crítica la configuración de los actuales procedimientos judiciales de protección y su necesaria adaptación a lo dispuesto en la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York – Diciembre de 2006)

1.- INTRODUCCIÓN – TIEMPOS DE CONFUSIÓN

En el Siglo XIX se produjo en España la Codificación del Derecho, esto es, la reunión de las normas en unos textos, ordenadas con criterios lógicos.

El Código Civil Español data de 1889.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto no es lo que la Constitución proclama.

2.- PROPUESTA DE NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD – NECESIDAD DE OTRA MIRADA – LA NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los autores de la Convención son conscientes de dos cosas:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dado que nuestro Derecho actual ofrece un tratamiento unitario (personas vulnerables por razón de anomalía o trastorno psíquico), nos vemos obligados también nosotros a realizar un tratamiento global y unitario, siendo conscientes de que los problemas que cada colectivo plantea son en parte comunes y en parte diferentes.

El lector deberá “ajustar razonablemente” los contenidos del documento a las circunstancias, colectivo y persona concreta.

LA VULNERABILIDAD POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

El artículo 200 del Código Civil dice:

“Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”

En origen, los factores que pueden afectar al autogobierno tienen que ver con:

- * Insuficiencia de **facultades psíquicas**.
- * Insuficiencia de **voluntad**
- * Insuficiencia de **recursos**

Ahora bien, la afectación en sí, no va a depender tanto de la insuficiencia detectada, como de que la persona vulnerable cuente o no cuente con los apoyos suficientes.

Por eso hay que apresurarse a afirmar que la incapacidad “no es un diagnóstico (durante décadas solo era eso), sino un concepto circunstancial”.

Hay que examinar las circunstancias concretas de la persona y analizar tanto las “barreras” de todo tipo con las que se enfrenta, como los apoyos con que cuenta para superarlas.

Partiendo de una misma realidad (insuficiencia de facultades psíquicas, voluntad o recursos), será la mayor o menor existencia de barreras y la mayor o menor presencia de apoyos, lo que va a determinar si existe falta de autogobierno o en qué medida concurre esta circunstancia.

En lo que a nosotros ahora interesa, la enseñanza es clara, mucho más importante que incapacitar es abolir las barreras y prestar los apoyos necesarios para que las personas vulnerables por razón de discapacidad gocen de mayores cotas de autonomía.

Ej: La persona que tiene miopía severa tiene una discapacidad muy invalidante que produce notable pérdida de autogobierno. Una graduación correcta y unas gafas es el apoyo que precisa para recobrar su autonomía.

Actualmente pueden prestarse a las personas con discapacidad los “apoyos” que precisan para aliviar o subsanar estas situaciones, sin necesidad de acudir al procedimiento de incapacitación.

En algunos casos, cuando las barreras sean muy notables y los apoyos escasos, estará justificado el acudir al Juzgado si bien, a nuestro entender, utilizando procedimientos sencillos y flexibles, en línea con los principios enunciados por la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, adoptada el 23 de Febrero de 1999, a la que ya se ha hecho referencia.

NECESIDAD DE OTRA MIRADA

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

La determinación judicial de un ámbito de falta de autogobierno debe servir para detectar e intervenir sobre **“las barreras debidas a la actitud y al entorno”** a efectos

de establecer los apoyos necesarios para conseguir, hasta donde sea posible, su autonomía y disfrute de derechos.

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

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

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

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

Convocados están igualmente los familiares.

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

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

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

LA NECESARIA ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Lo mismo que ocurrió con la promulgación de la Constitución de 1978, la firma y ratificación por España de la Convención de la ONU de 2006 obliga a una reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil españoles.

La Convención concibe la incapacitación en términos muy estrictos, limitada a actos concretos que la persona con discapacidad tenga dificultad para llevar a cabo, a fin de facilitarle el apoyo preciso para superar esa dificultad, huyendo de este modo de declaraciones globales y genéricas de incapacidad y subsiguiente constitución de órganos generales de representación (tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada)

En el año 2009, el Gobierno se comprometió a enviar a las Cortes en el plazo de un año, un proyecto para realizar esta adaptación de nuestra legislación civil a la Convención de la ONU.

Así, la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009 de 25 de Marzo, que reforma varias leyes relacionadas con la materia, dice:

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley (25 de Junio de 2009), remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

A día de hoy se han elaborado diversos proyectos pero nada más. La adaptación sigue sin realizarse.

Esto produce una gran confusión pues tenemos una legislación de rango superior (Convención de la ONU), que es directamente aplicable en España, que apunta en una dirección y, conviviendo con ella, la vieja legislación que apunta en dirección opuesta.

Si atendemos a la ley, los jueces deberían tener por derogados los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contravengan la Convención (Art. 96 Constitución Española), pero no está ocurriendo así en la mayoría de los casos.

No puede decirse que todo siga igual que hace treinta años pues el influjo de la Convención ha propiciado que nos encontremos ante un mayor número de incapacitaciones “parciales” con sumisión a curatela, pero hay que afirmar que el proceso de adaptación apenas se encuentra iniciado.

Todo lo anteriormente dicho ha llevado a considerar el actual procedimiento de incapacitación, en muchos casos, como “un mal que es preciso evitar”. Por esta razón han surgido nuevas instituciones (poderes preventivos) o han tomado vigor otras (Guarda de hecho) que, interpretadas y adaptadas razonablemente, están destinadas a proporcionar la protección necesaria sin tener que pasar por el procedimiento de incapacitación.

3.- INSTRUMENTOS NO JUDICIALES DE PROTECCIÓN.

Actualmente en España las leyes ofrecen la posibilidad de prestar apoyo y protección a las personas vulnerables por razón de discapacidad, sin tener que acudir a los Juzgados.

Examinaremos en este capítulo:

* Los instrumentos de Autotutela:

Tanto en el orden civil:

Poderes preventivos
Autodesignación de tutor.

Como en el sanitario:

Necesidad de consentimiento
Instrucciones previas

* Todas las posibilidades que ofrece la institución de la Guarda de Hecho.

* El valor y eficacia de los Decretos dictados por el Ministerio Fiscal.

=====

3.1- LA AUTOTUTELA

El fenómeno de la autotutela surge a partir de 1995 en torno a las personas que en esa fecha tenían entre 40 y 50 años de edad.

Hacia menos de veinte años habían visto surgir la Constitución de 1978 y, con ella, la percepción que el Estado que iba a garantizar su protección.

Resulta muy elocuente la lectura del Art. 50 de la Constitución que dice:

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad.

Asimismo y 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”.

En esta ilusión se vivía cuando con motivo de la crisis económica de los años 1993/95, nuestros gobernantes comenzaron a recomendar compulsivamente la suscripción de planes de pensiones privados pues aventuraban que el Estado garantizaría como mucho lo que empezó a llamarse unos “mínimos decentes”, aunque nadie nunca dijo que entendía por ello.

Más o menos por estas fechas aquél colectivo (40-50 años) empezó a advertir/asumir una nueva decepción; “Nuestros hijos no nos va a atender en sus casas en nuestra vejez”, “Nuestro destino final más probable es una Residencia para Personas Mayores”

Esta doble constatación fue generando una mentalidad nueva cuya formulación es sencilla “Yo/Nosotros tenemos que ocuparnos de solucionar/aliviar los problemas que acarrea esa última fase de la vida, muchas veces presidida por la dependencia,”

De la necesidad se hizo virtud y algunos recordaron las sabias palabras de Stuart Mill en su célebre ensayo “Sobre la Libertad”

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

Y añade

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

Sobre estas bases los afectados comenzaron a tomar iniciativas en una doble dirección:

- a) Mecanismos para garantizar la suficiencia económica durante la Tercera y Cuarta Edad (Planes de Pensiones, Seguros de Dependencia, Hipoteca Inversa, etc...)
- b) Mecanismos para garantizar su representación legal en caso de pérdida de la capacidad de decidir por razón de trastorno o enfermedad mental.

Vamos a ocuparnos de este segundo ámbito:

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE AUTOTUTELA

DE MODO GENERAL

- * Los poderes preventivos
- * La designación de tutor en documento notarial

DE MODO PARTICULAR PARA EL ÁMBITO SANITARIO

- * La necesidad de previo consentimiento
- * Las instrucciones previas

Cuando la sociedad cambia, cambia el Derecho.

La reivindicación de instrumentos de autotutela tuvo respuesta legislativa principalmente en los años 2002 y 2003 con la promulgación de dos leyes

- * La Ley 41/2002 de 14 de Noviembre de Autonomía del Paciente
- * La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre de Reforma del Código Civil que contempla la posibilidad de otorgar poderes preventivos y designar tutor en documento notarial

A.-Así, en previsión de caer en el futuro en estado de incapacidad para decidir y frente a iniciativas de los familiares o del propio Estado tendentes a subsanar este defecto, la persona puede valerse de:

3-1-1.- LOS PODERES PREVENTIVOS

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

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

Dispone el Art. 1732 del Código Civil:

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

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

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

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

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

Las ventajas

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

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

Los inconvenientes

a) Mal uso del poder por el apoderado.

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

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

El concepto de capacidad de obrar, de capacidad de la persona para decidir por sí misma, es endiablado

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

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

Cada persona deberá valorar los pros y los contras y la firmeza de sus confianzas.

c) La publicidad del poder

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

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

MODELO DE PODER PREVENTIVO

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

Se hace necesario “personalizar” este tipo de documentos y adaptarlos a las circunstancias concretas de cada poderdante, quien tendrá ocasión de determinar y

organizar anticipadamente, con la amplitud y detalle que desee, como quiere que sea su vida personal, patrimonial, etc..., para el caso de que llega a perder la capacidad de decidir por sí mismo.

La estructura aconsejable de un Poder Preventivo sería la siguiente:

1.- IDENTIFICACIÓN DEL OTORGANTE

2.- PREÁMBULO – EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Manifestación de principios y valores rectores de su vida.

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

3.- OBJETIVACIÓN DEL MOMENTO DE ENTRADA EN VIGOR

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

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

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

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

4.- DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS ASPECTOS PERSONALES

Modo de vida, lugar de residencia,

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

5.- DISPOSICIONES RELATIVAS A LOS ASPECTOS PATRIMONIALES

6.- DESIGNACIÓN DE APODERADO/S

Previsión, en su caso, de retribución

7.- EN SU CASO, MECANISMOS DE CONTROL

3-1- 2.- EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR EN DOCUMENTO NOTARIAL

El hecho de que se hayan otorgado “Poderes Preventivos” no garantiza al poderdante que alguna de las personas a las que la ley se lo permite inste su declaración judicial de incapacidad si llegara a perder la capacidad de decisión.

Establece el Art. 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

1.- La declaración de incapacidad pueden promoverla...., el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendiente, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.

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

Para prevenir esta eventualidad y procurar que la persona designada como tutor sea la preferida, aquélla puede manifestar su deseo y voluntad al respecto en documento público o notarial.

La Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad añade un segundo párrafo el Art. 223 del C.Civil en los siguientes términos:

“Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público o notarial, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”

Los documentos públicos a los que se refiere el presente el presente artículo se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del Registro de última voluntad a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo”

El Juez no tiene obligación absoluta de nombrar tutor al designado pero sólo podrá apartarse de los deseos manifestados cuando la elección se considere francamente perjudicial para el incapaz o el designado haya caído en situación de no poder desempeñar la tutela.

B.- Frente al Estado que consagra en el Art. 43 de la Constitución el Derecho a la Salud de todos sus ciudadanos, éstos pueden oponer su libertad ideológica o religiosa proclamada en el Art. 16 y decir “no”, “ahora no” o “no de qué modo” quieren que se les preste la asistencia sanitaria, a través de:

3-1-3. NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO

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

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

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

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

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

Ratificando lo precedente el Art. 8-1 dispone:

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

3-1-4. LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

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

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

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

Dispone el Art. 11

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

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

...//...

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

previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.”

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

3-1-5 EXAMEN ESPECIAL DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS OTORGADAS POR USUARIOS DE SALUD MENTAL

UN HECHO, LA NEGACIÓN DEL DERECHO

Si las cosas son lo que se piensa de ellas, tendríamos que afirmar que las personas con padecimientos mentales carecen del derecho de autodeterminación en relación a los tratamientos médicos.

Las razones de esta opinión tan generalizada, tienen su raíz en la marginación histórica y secular inercia de exclusión de las personas con trastorno mental, quienes han recibido la consideración de “inhábiles” o “incompetentes” a la hora de tomar decisiones sobre los asuntos que les afectan.

La percepción de inhabilidad es tan fuerte que, en su inmensa mayoría, los propios enfermos piensan que carecen de derecho de autodeterminación en materia de salud.

La experiencia nos dice que entre los familiares esta opinión está igualmente extendida, así como entre muchos profesionales del campo de la salud mental y de los servicios sociales.

Resulta más desconcertante que, entre los estudiosos, se descubran opiniones que vendrían a afianzar esta percepción.

Así, una Tribuna publicada en “Diario Médico” en Noviembre de 2007, por un catedrático de Psiquiatría titulada: ¿INSTRUCCIONES ANTICIPADAS EN LA ASISTENCIA PSIQUIÁTRICA?, en uno de sus párrafos decía:

Creemos que las directivas psiquiátricas previas pueden ser útiles para guiar el tratamiento de los pacientes en crisis graves que se encuentran incapaces para discernir en esos momentos.

Si se decide que se incluyan en la legislación española, habrá que resolver algunos temas...

La pregunta es: ¿Cómo se decide que se incluyan en la legislación española? ¿Es que acaso no están incluidas?

Pues sí, están incluidas, porque todas las disposiciones de la Ley de Autonomía del Paciente y, en concreto su Artículo 11 (que regula las Instrucciones Previas) le son aplicables al paciente mental como a cualquier otro ciudadano, sin que sea preciso una Ley específica que así lo contemple.

EXPERIENCIA EN ELABORACIÓN DE INSTRUCCIONES PREVIAS POR USUARIOS DE SALUD MENTAL

La paulatina consolidación de las Asociaciones de Usuarios y Pacientes de Salud Mental supone un hecho de la máxima trascendencia para la consolidación de este tipo de documentos.

Miembros de la Federación Andaluza de Asociaciones de Pacientes de Salud Mental “En Primera Persona”, llevan ya algunos años trabajando en esta materia.

En el año 2012 publicaron un MODELO-FORMULARIO DE INSTRUCCIONES PREVIAS que, por su interés, incluimos al final de este documento como ANEXO I

3- 2.- LA GUARDA DE HECHO

3- 2-1.- CARACTERÍSTICAS GENERALES

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

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

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

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

A.- Capacidad de obrar plena

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

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

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

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

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

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

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

El estatuto legal del “presunto incapaz”

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

Así:

- * Despliega todos sus efectos la “Guarda de Hecho”.
- * El internamiento involuntario de estas personas en un Centro, Unidad, Residencia, etc... está sometido a control judicial que se ejercerá antes o

después del ingreso en atención a la urgencia del mismo (Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

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

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

La representación del presunto incapaz – La Guarda de Hecho

Entre el momento en que la persona, por razón de sufrir una trastorno mental, demencia, etc..., pierde la capacidad de decisión y el momento en que, en su caso, se dicte (tras el correspondiente procedimiento) sentencia de incapacitación y se nombre tutor, transcurre necesariamente un periodo de tiempo más o menos prolongado en el que habrá que tomar decisiones por ella, de todo tipo (Médicas, Administrativas, provisión de bienes y servicios, etc...)

La persona a quien la ley habilita para actuar en su nombre, asumiendo su representación es al GUARDADOR DE HECHO.

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

Es la siguiente:

Art. 302 del Código Civil

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 203 y 228, cuando la Autoridad Judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y de los bienes del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo, las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”

El Art. 304 dispone:

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

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

Art. 306 del Código Civil

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

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

Esta breve regulación otorga una amplia legitimación a los “Guardadores” para actuar en beneficio de sus “Guardados” habilitándoles para la toma de cuantas decisiones e iniciativas redunden en interés y beneficio de éstos.

Supone un antídoto contra la tradicional barrera jurídica de exigir la representación formal (nombramiento de tutor tras sentencia judicial)

Actualmente la Guarda de Hecho va siendo objeto de progresivo reconocimiento:

* Así, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba en Sentencias de fecha 13 de Mayo de 2002 y 3 de Diciembre de 2009 han admitido la legitimación activa del Guardador de Hecho para interponer la demanda de incapacitación.

* Son varias las Leyes que otorgan competencias a los Guardadores de Hecho. Así, por ejemplo la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, concede a los Guardadores de hecho la capacidad de constituir patrimonios protegidos.

Dispone el Art. 3-1:

Podrán constituir un patrimonio protegido:

...//...

El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

* La Guarda de Hecho puede acceder al Registro Civil

El Art. 38-6º de la Ley de 8 de Junio de 1957, de Registro Civil (modificado en virtud de Ley 1/2009 de 25 de Marzo) dispone:

A petición del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, se anotará con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias:

...//...

6º:- La existencia de un guardador de hecho y las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz.

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

Es lo más frecuente. Generalmente son los familiares cercanos (padres, hermanos, etc..) los que cuidan al familiar necesitado de protección.

En otras ocasiones son allegados (vecinos, amigos)

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

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

3- 2-3.- LA GUARDA DE HECHO INSTITUCIONAL: PRIVADA Y PÚBLICA

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

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

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

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

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

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

3-2-4.- ACTUACIONES MÁS FRECUENTES DEMANDADAS POR LOS GUARDADORES DE HECHO

***Petición de Intervenciones sanitarias**

El problema se plantea con especial crudeza en los casos de personas con trastorno mental grave que presentan resistencia a los tratamientos, que no acuden a las citas programadas, etc...

En estos casos son los guardadores (Familiares, amigos, vecinos, organismos, instituciones, etc...) los que acuden a los recursos para solicitar la intervención sanitaria.

En algunos casos se les niega la legitimación para solicitar esta intervención sobre la base de que el paciente “es mayor de edad”.

Lo que se olvida en estos casos es que, a pesar de la mayoría de edad del paciente, la constatación de una enfermedad invalidante, convierte la presunción de capacidad en presunción de incapacidad, legitimando la actuación del Guardador.

Nuestra legislación otorga derechos a los familiares y allegados cuando se relacionan con el ámbito sanitario a propósito de su familiar o allegado enfermo.

Derecho a recibir información

Art 5-3 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

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

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

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

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

Consentimiento por representación

Art. 9-3 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

En caso de haber nombrado interlocutor en documento de instrucciones previas

Art. 11 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

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

Derechos a ser consultados aún en caso de urgencia

Art. 9-2 de la Ley 41/2002 de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía Personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

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:

...//...

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.

*** Peticiones a los bancos**

Es frecuente que respecto de personas vulnerables por razón de discapacidad se presente la necesidad de adquirir bienes o servicios cuyo pago hay que hacer con dinero que se encuentra en cuentas corrientes que se encuentran a nombre de la persona desvalida.

Es común esta situación en relación con personas mayores que han de ser ingresadas en residencias y también en caso de víctimas de accidentes (laborales, de tráfico) que como consecuencia de los mismos quedan en estado de coma.

Cuando los familiares acuden a sacar dinero suelen encontrarse con la objeción de que no podrán obtenerlo hasta que la persona no se encuentra judicialmente incapacitada y provista de tutor

*** Peticiones en organismos oficiales**

Pensiones
Matrículas
Licencias
Etc...

La constatación de la existencia de una situación de Guarda de Hecho debería bastar para que la petición del Guardador fuese atendida. Esto ocurre así en relación con cuestiones de poca trascendencia (pequeñas compras, reclamación de servicios, etc...) pero todo se vuelve más difícil en relación con actos más trascendentes.

Es claro que el principal enemigo de la Guarda de Hecho es EL ESTADO BUROCRÁTICO que constantemente pide "papeles" que acrediten tanto la discapacidad del guardado como la representación del guardador.

Ocurre que la Guarda de Hecho es una situación no documentada.

Por ejemplo: El familiar que cuida al abuelo con alzheimer. Esta situación existe y se desarrolla al margen de ningún "documento oficial" pero si la familia solicita a la Administración competente un recurso derivado de la Ley de las Dependencias, entonces se plantea la cuestión de la documentación de dicha situación "de hecho".

Fue precisamente la entrada en vigor de la conocida como "Ley de las Dependencias", la que planteó con toda crudeza lo irracional de nuestro sistema actual de acreditación de la representación y, de paso, ha venido a dar un gran impulso al reconocimiento de esta institución protectora.

El hecho de que fuesen cientos de miles las peticiones que llegaron a las Administraciones competentes solicitando el inicio del procedimiento de reconocimiento de la dependencia, hizo pensar a las Autoridades que no tenía ningún sentido incapacitar a cientos de miles de personas para que, tras un procedimiento judicial que bien puede durar un año, designar un tutor para solicitar el inicio del procedimiento de reconocimiento de aquél derecho.

En este momento las Administraciones volvieron los ojos hacia la olvidada y denostada “Guarda de Hecho” y lo que dispone el tantas veces recordado Art. 304 del Código Civil:

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

Resultaba evidente que lo que el guardador solicitaba redundaría en beneficio y utilidad de la persona con discapacidad que no contaba con capacidad para decidir por sí misma (presunto incapaz).

De este modo, se elaboraron por los distintos organismos receptores de las solicitudes, distintos modelos de declaración de existencia de “Guarda de Hecho” que, una vez cumplimentados, permitían cursar las peticiones con el objeto de lograr el reconocimiento del derecho y la provisión del correspondiente recurso.

No faltaron funcionarios que, no obstante lo anterior, dieron cuenta a Fiscalía en aplicación de lo dispuesto en el ya comentado Art. 753-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no faltaron Fiscales que interpusieron demandas de incapacitación.

Yendo de lo particular a lo general. La Guarda de Hecho debe ser contemplada hoy con normalidad como una más de las instituciones de protección de las personas con discapacidad.

Si con ella se proporciona la protección y el apoyo requerido no habrá que dar el paso a medidas más drásticas e invasivas como la incapacitación judicial.

3.3 EL DEBER DE ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS ANTE SITUACIONES DE DESAMPARO

Cuando las personas vulnerables por razón de discapacidad quedan, por distintas razones, fuera de los ámbitos propios de guarda (familiares, vecinos, instituciones diversas) lo normal es que hagan “crisis de desamparo”.

Se cuentan por centenares los avisos sobre este tipo de situaciones que procedentes de diversas fuentes (vecinos, ONG,s, etc...) diariamente llegan a los Servicios Sociales, Teléfono del Mayor, 112, 061, Fiscalía, Defensor del Pueblo, etc...

La Constitución contempla la atención a las personas vulnerables bajo el principio de co-responsabilidad. La protección de las mismas corresponderá en parte a los familiares cercanos que respecto de la persona vulnerable tienen obligación de prestarle protección (Art. 142...ss del Código Civil) y en parte a los poderes públicos, y más concretamente aquéllos con competencia en materia de protección de personas vulnerables por razón de discapacidad (sanidad, servicios sociales, administración de justicia, fuerzas de seguridad, etc...)

Esta obligación y, por tanto, esta Guarda. Surge directamente del Art. 49 y 50

Art. 49

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

Art. 50

“Los poderes públicos....., con independencia de las obligaciones familiares, promoverán el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad, mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”

Ocurre que, a diferencia de lo que pasa en relación con determinados colectivos, como el de los menores, en que existe bien definido todo un sistema de protección pública para los casos en que no existe Guarda privada (desamparo), en relación con las personas con discapacidad solo existe una previsión difusa que se proyecta además sobre una pluralidad de organismos y departamentos (sobre todo de servicios sociales) que provoca con frecuencia problemas sobre quien tiene que actuar o intervenir.

Esta situación pudo resolverse en el año 2003 con la reforma del Art. 239 del C.Civil

La propuesta de reforma desde la Fiscalía de Córdoba fue la siguiente:

1.- Ante una situación de necesidad grave relativa a persona mayor presuntamente incapaz que carezca de persona que ejerza la guarda sobre ella, la entidad pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la tutela de personas vulnerables, gestionará de inmediato ante los servicios sociales o sanitarios competentes o facilitará directamente si cuenta con estos recursos, las medidas protectoras que estime más adecuadas, sin perjuicio de poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inste el procedimiento destinado a evaluar la necesidad y procedencia de dichas medidas o de otras que pudieran acordarse y la capacidad de la persona afectada para decidir y resolver por sí misma al respecto.

La resolución que ponga fin al procedimiento, en caso de apreciar en la persona la falta de capacidad para resolver por sí misma, podrá aprobar las medidas adoptadas o autorizar o establecer las que estime convenientes, encomendando a la entidad pública su control y seguimiento del que deberá informar periódicamente al Juzgado. Ello será de aplicación para el caso de que dichas medidas se adoptasen una vez iniciado el procedimiento de incapacitación.

2.- Para el caso de que llegara a instarse procedimiento de incapacitación y se declarase la incapacidad total o parcial de la persona demandada, la entidad pública a la que se hace referencia en el apartado anterior asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz cuando no exista o no se considere idónea ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 del C. Civil.

La redacción dada por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, de reforma del Código Civil, al Art. 239-3º fue la siguiente:

La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La reforma olvidó u omitió todo el párrafo primero de la propuesta, la referida a la actuación inmediata en situaciones de urgencia, dejando este aspecto en grave situación de indefinición.

Es verdad que la plasmación en el Código Civil de la obligación de la Administración Pública de asumir este tipo de tutelas, aceleró la creación, allí donde no existían de las Fundaciones Tutelares.

El modelo ha sido muy dispar en las distintas Comunidades Autónomas. En algunas las Fundaciones Tutelares son netamente públicas (Agencia Madrileña de Adultos); En otros territorios se han realizado convenios con entidades privadas; En otros la fórmula es mixta (Andalucía)

Más allá de lo anterior, lo cierto es que se ha organizado el ejercicio de la funciones tutelares pero no se ha establecido un sistema de atención en situaciones de urgencia, derivando esto enteramente a los servicios sociales y sanitarios generales.

Sólo la organización de los servicios sociales (con múltiple dependencia) origina graves problemas y conflictos sobre la determinación del organismo o dispositivo que debe actuar.

En algunos lugares se han confeccionado “Protocolos” generalmente más voluntaristas que eficaces.

EL DEBER DE ACTUACIÓN DE LOS PROFESIONALES PÚBLICOS

Cuando faltan los familiares y/o allegados o estos no actúan o lo hacen en contra de los intereses de la persona necesitada, el deber de actuar se traslada a los poderes públicos y, en concreto, a los profesionales que en cada territorio tengan atribuida competencia de actuación en esa materia.

Lo mismo que en lo relativo al procedimiento de incapacitación, cuando faltan los familiares o estos no son idóneos el Fiscal suplente la iniciativa de éstos (Art. 757-2 LEC), en lo tocante a las cuestiones sociales o sanitarias, los llamados a suplir la iniciativa de los familiares son los responsables de los servicios sociales o sanitarios a quienes la distribución competencial atribuya la atención de la persona vulnerable necesitada de protección.

Como ANEXO II recogemos unas “Pautas de actuación en caso de personas mayores que se encuentran en situación de desamparo” propuestas por la Fiscalía Provincial de Córdoba que supone la implicación de profesionales de distinto ámbito (Servicios sociales, Sanitario, Fuerzas de seguridad, Administración de Justicia)

3-4: LOS DECRETOS DEL FISCAL

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

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

En ocasiones lo que se plantean son cuestiones estrictamente jurídicas.

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

No puede perderse de vista que en materia de protección de personas vulnerables por razón de discapacidad, el Ministerio Fiscal tiene legalmente encomendado el deber de velar por las mismas al igual que la Autoridad Judicial.

ANEXO I

MODELO DE INSTRUCCIONES PREVIAS PACIENTES SALUD MENTAL

**(Elaborado por pacientes de la Federación de Usuarios de
Salud Mental “En Primera Persona” de Granada)**

SOLICITUD, DECLARACION, AUTORIZACIÓN, LUGAR, FECHA Y FIRMA

DECLARO bajo mi responsabilidad que son ciertos cuantos datos figuran en la presente solicitud.

AUTORIZO en los términos que se establece en la Ley 15/1599, de 13 de Diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal:

Primero.- La cesión de datos de carácter personal contenidos en la declaración de voluntades vitales anticipadas al profesional médico responsable de su proceso.

Segundo.- La cesión de dichos datos al Registro Nacional de Instrucciones Previas.

SOLICITO la inscripción en el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía de la Declaración de Voluntad Vital Anticipada que se acompaña, en los términos y con el alcance que se determina en la Ley 5/2003, de 9 de octubre y en el Decreto.....

REGISTRO DE VOLUNTADES VITALES ANTICIPADAS DE ANDALUCIA

DECLARACIÓN DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA

Yo Dº.....

Con DNI nº.....

Localidad.....

Señalando a efectos de notificación el domicilio sitio en.....
.....Localidad.....Provincia
.....

MANIFIESTO que tengo conocimiento de que:

La Ley 5/2003, de 9 de Octubre, por la que se regula la declaración de voluntad vital anticipada en Andalucía considera esta declaración como el cauce para el ejercicio del derecho de la persona a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de , llegado el momento, no goce de capacidad para consentir por sí misma.

En el marco de esta Ley, se entiende por declaración de voluntad vital anticipada (artículo 2) la manifestación escrita hecha por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

En ejercicio de este derecho y declarando disponer de la capacidad para otorgar la presente declaración en los términos que prevé el artículo.....de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.

Con plena capacidad de obrar, tras una serena y adecuada reflexión, y actuando libremente, formalizo, mediante este documento, mi declaración de voluntad vital anticipada, para lo cual

DECLARO

PRIMERO.- CRITERIOS QUE DESEO QUE SE TENGAN EN CUENTA

Que para mi proyecto vital y en el marco de mi esquema personal de valores, la calidad de vida es un aspecto muy importante y esta calidad para mí está relacionada con unas capacidades personales que, a modo de ejemplo, podrían relacionarse con (2):

Otras (especificar si se desea).

En la situación en la que tenga una recaída o crisis grave prefiero ser tratado con menos cantidad de medicación (hasta llegar a mis dosis mínimas), y que prevalezca, además del control de los síntomas, el criterio de mantener una mínima autonomía de vida para la realización de las actividades de la vida diaria.

Ver antes de tomar una decisión, todas las posibilidades que se me pueden aplicar en cada una de las situaciones, y aplicar la que menos efectos secundarios me produzcan, secuelas, etc, y así en forma progresiva.

SEGUNDO.- SITUACIONES SANITARIAS EN QUE DESEO SE CONSIDERE ESTE DOCUMENTO

Si en cualquier momento de mi vida futura y como consecuencia de un alto grado de deterioro físico y mental, me encontrase en una situación que me impide absolutamente tomar decisiones sobre mi cuidado sanitario y sobre los tratamientos y/o técnicas de soporte vital que se me fuesen a aplicar, provocado por cualquiera de las causas que a continuación se enuncian (2).

Otras situaciones (especificar si se desea).

Ingreso Involuntario en la Unidad de Hospitalización.

Aplicación de alguna de las Medidas Coercitivas:

- Contención Física
- Contención Farmacológica
- Contención Mecánica

Aplicaciones del Electroshock.

La decisión sobre mi situación sanitaria volveré a determinarla yo personalmente en cuanto tenga uso de razón, yo decido por mí mismo, ya nadie lo hará por mí.

TERCERO.- INSTRUCCIONES QUE DESEO QUE SE TENGAN EN CUENTA EN CUANTO A LAS ACTUACIONES SANITARIAS SOBRE MI PERSONA

Mi voluntad, en los supuestos contemplados en el apartado segundo de esta declaración, es la siguiente (2).
Otras (especificar si se desea).

- a) Que cuando se me tenga que realizar un traslado sanitario a la Unidad de Hospitalización, éste se realice sin necesidad de que participen las fuerzas de seguridad; siendo respetuosos con mis derechos personales.
- b) En caso de Ingreso Involuntario, no controlarme con Medidas Coercitivas, como por ejemplo, la fuerza física, inyectables, Contención Mecánica, etc, sino a ser posible, mediante la espera y el diálogo.
- c) Bajo ningún concepto, se me aplique el Electroshock.

- d) En ningún momento estar en una habitación aislado.
- e) En una habitación a ser posible con compañeros que estén en un estado lo más parecido al mío, e incluso, derecho a la elección de dicho compañero.
- f) Que el Psiquiatra que supervise mi tratamiento sea X, el cual haga un seguimiento diario durante mi ingreso, sobre todo en los primeros días.
- g) En el apartado quinto de este tercero, modificar que, Deseo que se facilite a mis seres queridos y familiares acompañarme en todo momento que dure mi ingreso, y no sólo en el trance final de mi vida si ellos así lo manifiestan.
- h) En el caso de ingreso, que no se me administren Neurolépticos a dosis elevadas, si no que se siga un Principio de Proporcionalidad en todo momento de acuerdo con mi estado momentáneo, y en ningún caso se me administre el Fármaco Haloperidol, por haberse demostrado que tiene unos efectos muy perjudiciales sobre mí persona.
- i) Ser trasladado en caso de ingreso, a la Unidad de Agudos del Hospital X

CUARTO: NOMBRAMIENTO DE REPRESENTANTE O INTERLOCUTOR ANTE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Nombro a D. /, mayor de edad, con DNI nº /, con domicilio en /, teléfono /, correo electrónico / para que me represente y sirva de interlocutor mío ante el médico y el equipo sanitario que

corresponda, a fin de que vele por el cumplimiento de estas instrucciones y, en su caso, decida en mi nombre respecto de cualquier cuestión relativa a mi tratamiento que pueda plantearse.

Para el caso de que el primer designado no pueda desempeñar la representación por cualquier causa, en su sustitución nombro a D. /, mayor de edad, con DNI nº /, con domicilio en /, teléfono /, correo electrónico / con las mismas facultades de representación.

QUINTO.- CONSIDERACIONES FINALES

Por último, quiero dejar constancia de que esta declaración ha sido realizada libre y serenamente, con plena capacidad de obrar y con pleno conocimiento de los términos que aquí se expresan y que ésta es mi voluntad firme llegado el caso de tener que consultarse este documento para hacerlo efectivo. Deseo expresar, finalmente, las siguientes consideraciones

1.- Que la/s persona/s que ha/n sido autorizada/s para representarme, en caso de dudas, antes de decidir, pueden consultar a personas cuya opinión les parezca relevante.

2.- En caso de que por parte del médico o equipo sanitario correspondiente no se respetasen estas instrucciones o las decisiones de mi representante, autorizo a éste y le encomiendo que acuda a la Autoridad Judicial en petición de la tutela de mis derechos.

LUGAR Y FECHA DE OTORGAMIENTO

En, a Firma y rúbrica

Fdo.:

ANEXO II

PAUTAS DE ACTUACIÓN EN CASO DE PERSONAS MAYORES QUE SE ENCUENTRAN EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

(Fiscalía Provincial de Córdoba)

A.- EN CASO DE URGENCIA

CONTROL JUDICIAL POSTERIOR AL INGRESO

Un ingreso será urgente cuando las circunstancias del caso desaconsejen demorarlo más de un mes, que es la duración media del procedimiento judicial de autorización de ingreso involuntario, ingreso que se plantea para realizar “en el futuro”.

En caso de urgencia debe procederse del siguiente modo:

1º.- El Trabajador/a Social deberá elaborar un informe social con todos los datos que obren en su poder, expresivo de las circunstancias en que la persona mayor desenvuelve su vida .

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

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

La negativa injustificada del Médico a atender el requerimiento y realizar la intervención sanitaria cuando de ello se derive un grave riesgo para la salud de las personas pudiera ser constitutiva de un delito de omisión del deber de prestar asistencia sanitaria previsto en el Art. 196 del Código Penal.

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

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

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

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

Cuarta: Si la situación requiere una actuación urgente

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

4º.- Una vez en posesión de ese documento el Trabajador/a Social deberá poner los hechos en conocimiento del Departamento de Asuntos Sociales a quien, según la legislación vigente en cada territorio corresponda proporcionar los recursos sociales para las personas mayores, por el medio más rápido (**Tfno. – Fax – Correo electrónico**), solicitando que con carácter prioritario y urgente se facilite una plaza en Residencia u otro recurso asistencial, remitiendo por fax el informe médico y social

5º.- Una vez obtenida la plaza se procederá a recoger a la persona mayor en el lugar en que se encuentre y a trasladarla hasta la Residencia o recurso asistencial facilitado por las autoridades socio-sanitarias competentes.

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

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

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

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

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

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

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

En el desempeño de estas labores de auxilio, pueden la Fuerzas de seguridad entrar en el domicilio sin necesidad de autorización judicial y están obligados a colaborar en la resolución de estas situaciones.

Si se negaren injustificadamente a hacerlo, señalando que carecen de autorización judicial, que la persona no ha cometido ningún delito, o cualquier otra objeción carente de respaldo legal, podrán incurrir en un delito de denegación de auxilio previsto en el Art. 412 – 3 párrafo último del Código Penal

6º.- Una vez realizado el traslado e ingreso de la persona mayor en la Residencia, el Director de la misma a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a 24 horas, deberá comunicar el ingreso al Juzgado de Primera Instancia.

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

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

7º.- Una vez que el Juzgado tiene conocimiento del ingreso, se incoa un expediente de internamiento urgente en el que, como mínimo, han de practicarse las siguientes pruebas:

a) Examen de la persona mayor por un médico distinto de aquel que indicó el ingreso (normalmente será examinado por el Médico Forense del Juzgado)

b) Reconocimiento personal por el Juez

c) Informe del Fiscal

8º.- Una vez concluidas las pruebas el Juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

A.- En caso de que entienda que la persona mayor no tiene capacidad para decidir por sí misma:

- a) Aprobar el ingreso realizado por estimar que estaba justificado.
- b) No aprobar el ingreso sobre la base de que se aprecia la posibilidad de permanencia en el domicilio con apoyo asistencial, etc...

B.- En caso de que entienda que la persona mayor tiene capacidad para decidir por sí misma:

Declarará que tal capacidad existe y entonces habrá que estar a lo que la persona mayor decida. Habrá que respetar, por tanto, tanto su decisión de permanecer ingresada como de marcharse.

**B.- CUANDO NO SE REQUIERA UNA ACTUACIÓN URGENTE
CONTROL JUDICIAL PREVIO AL INGRESO**

Un ingreso no será urgente cuando las circunstancias del caso permitan demorarlo más de un mes que es la duración media del procedimiento judicial de autorización de ingreso involuntario, como ya se ha señalado.

En estos supuestos **la actuación es semejante en su inicio** al caso de internamiento urgente

1º.- Al Trabajador Social corresponde:

- a) La elaboración del informe social.
- b) La solicitud al Médico para que examine a la persona mayor y extienda el correspondiente informe
- c) Una vez obtenido el informe médico, comunicará al Departamento de Asuntos Sociales competente que se va a solicitar autorización de ingreso involuntario y que, de ser autorizado, la persona necesitará una plaza en residencia u otro recurso asistencial.

Se acompañará a la comunicación copia del informe social y del informe médico a efectos de que el Departamento conozca las características y situación en que se encuentra la persona para quien se solicita el recurso.

2º.- Una vez con esta documentación, el Trabajador Social se puede hacer dos cosas:

- a) Remitirlo directamente al Juzgado de Primera Instancia competente, solicitando autorización judicial para el ingreso.
- b) Remitirlo a Fiscalía, al Fiscal encargado de la Sección de Protección de Personas con Discapacidad, quien solicitará al Juzgado la autorización judicial del ingreso previo cumplimiento de los trámites previstos en el Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Fiscal facilitará al Juzgado la identificación, dirección, teléfono y Fax del Trabajador Social requirente a efectos de coordinar con él la práctica de las diligencias de examen por parte del Médico Forense y personal por parte del Juez.

Al propio tiempo, el Fiscal deberá comunicar inmediatamente y por el medio más rápido al Trabajador Social que la autorización se ha solicitado y solicitará al Juzgado, en base a lo dispuesto en el Art. 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que todas las resoluciones se comuniquen al Trabajador Social para que esté informado de la marcha del Expediente.

3º.- Recibida la petición en el Juzgado, se incoa un expediente de internamiento involuntario ordinario (no urgente) y se procede a la práctica de las diligencias de prueba establecidas en el Art. 763 de la L.E.Civil.

- a) Examen de la persona mayor por el Médico Forense del Juzgado
- b) Reconocimiento personal por el Juez

En caso de que la persona mayor no pueda acudir o ser trasladada a la Clínica Forense o al Juzgado, la Comisión Judicial se trasladará al lugar en el que aquélla se encuentre.

- c) Informe del Fiscal

4º.- Una vez concluidas las pruebas, el Juez dictará una resolución que puede tener el siguiente contenido:

A.- En caso de que entienda que la persona mayor no tiene capacidad para decidir por sí misma:

a) Autorizar el ingreso solicitado por estimar que concurren los requisitos legalmente previstos al efecto.

La resolución judicial no tiene por qué indicar el Centro o residencia concreta en que la persona mayor vaya a ser ingresada pues ésta es una decisión que corresponde a los organismos socio-sanitarios competentes.

En lo relativo al traslado e ingreso de la persona mayor es aplicable lo dicho en relación con el ingreso involuntario urgente.

b) No autorizar el ingreso sobre la base de que se aprecia la posibilidad de permanencia en el domicilio con apoyo asistencial, etc...

B.- En caso de que entienda que la persona mayor tiene capacidad para decidir por sí misma:

Declarará que tal capacidad existe y entonces habrá que estar a lo que la persona mayor decida.

Habrá que respetar, por tanto, tanto su decisión de ingresar en una Residencia, como de no hacerlo.

Tanto en el caso de que el internamiento se haya producido de forma ordinaria o urgente, los Médicos que atiendan a la persona internada tienen el deber de informar periódicamente al Juzgado sobre la evolución de la persona mayor y sobre la necesidad de mantener el ingreso (Art. 763-4 LEC).