



CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS DE LAS SECCIONES DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y MAYORES, celebradas en Madrid los días 27 y 28 de septiembre de 2021

Las cuestiones abordadas en las jornadas de especialistas del mes de septiembre de 2021 tuvieron un contenido más extenso que el que se refleja en este escrito de conclusiones. La razón fundamental de no incluir otros aspectos, también de indudable interés, es que se entiende preciso acometer su estudio en profundidad por medio de instrumentos más idóneos como son una nueva Instrucción y Circular en la materia. Tampoco hay que olvidar la necesidad de acomodar anteriores Instrucciones y Circulares y demás instrumentos de la FGE a la nueva legislación que exigen, además, un imperioso cambio de terminología.

1. El deber de información al público

- Se recuerda a las/los Sras./es fiscales que se encuentran vigentes las disposiciones del *Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos*, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, elaborado en septiembre 2010, en relación con el derecho a la información de las personas con discapacidad y sus familias en las dependencias de las fiscalías.

- Las secciones especializadas deben disponer de un sistema debidamente publicitado de atención a las visitas de particulares y profesionales, que permita que el fiscal sea accesible y cercano para la sociedad, las personas con discapacidad y sus allegados. Las/los Sras./es fiscales procurarán instruir a los funcionarios encargados del servicio de atención a las personas con



Fiscal de Sala

discapacidad sobre el alcance de la importante reforma en esta materia para que puedan atender y orientar adecuadamente a los usuarios del mismo, a fin de hacerles partícipes en la consecución de los objetivos de la reforma.

- Específicamente en relación con la persona con discapacidad, se atenderá a que la información sea clara y suficiente y con los ajustes que precise, conforme al art. 7 bis LJV, con particular atención a su derecho de defensa (cfr. sobre este particular, las menciones al respecto de los ANEXOS I y II).
- Se recuerda que, fruto del convenio de colaboración con la confederación Plena Inclusión, firmado por la FGE el 9 de septiembre de 2021, se encuentra a disposición de las secciones especializadas documentación informativa que puede serle proporcionada a las familias.
- Podrá asimismo informarse desde las oficinas de las fiscalías a los familiares con legitimación sobre la posibilidad de solicitar por sí mismos las medidas de apoyo que pretendan ejercer, mediante la utilización de formularios conforme al artículo art. 14.3 LJV.

2. Trascendencia de la reforma introducida por la Ley 8/21 en la tramitación de las diligencias preprocesales

- Las diligencias preprocesales resultan idóneas para acometer el estudio individualizado sobre la procedencia de promover acciones tendentes a proveer los apoyos que pueda precisar una persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, ya sea en el ámbito personal como el patrimonial. También es la herramienta apropiada para estudiar la revisión de las medidas acordadas conforme a la legislación anterior. Igualmente servirán para recabar información sobre el ejercicio de las medidas de apoyo legales o judiciales de que ya se disponga (párrafo segundo del art. 270 CC), así como para conocer de los obstáculos que el guardador de hecho pueda encontrar para el correcto desarrollo de sus funciones.



2.1 Tramitación y objeto de las diligencias preprocesales

- Aquellas diligencias preprocesales, ya sean de nueva incoación, ya se encuentren en tramitación, cuyo objeto sea la procedencia de promover acciones tendentes a proveer los apoyos que pueda precisar una persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, deberán ir dirigidas a apreciar la necesidad de instituir un apoyo judicial con carácter estable, por insuficiencia o ineficacia del medio social y familiar para prestárselos de manera informal mediante una guarda de hecho. También deberán valorar la intensidad de los apoyos, dado que estos habrán de ser proporcionados y adaptados a las circunstancias de la persona, para lo cual se recabará información multidisciplinar.
- En el caso de las diligencias que se encuentren en tramitación, será necesario ampliar la información que hayan facilitado los parientes y allegados acerca de las razones por las que hayan acudido a la fiscalía para solicitar las concretas medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona. Para ello puede ser útil ofrecer la cumplimentación de un modelo facilitado por la propia fiscalía con cuantos datos sean imprescindibles para justificar la solicitud de medidas judiciales de apoyo.
- La promoción de la autonomía personal es un objetivo de la reforma legal por lo que el estudio de cómo llevar a cabo los apoyos de la persona o en qué facetas debemos consolidar o potenciar sus habilidades, requiere el concurso multidisciplinar en los términos de los arts. 759.1.3º LEC y 42 bis b)1 LJV.
- En el marco de estas diligencias, tal como se exige tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, se deberán recabar informes de diferentes ámbitos:
- Los informes médicos podrán ser solicitados a los facultativos que atiendan ordinariamente a la persona.



Fiscal de Sala

- Los informes periciales se recabarán del médico forense o del Instituto de Medicina Legal y, especialmente, de los equipos multidisciplinares allí donde se vayan constituyendo. Sus objetivos principales serán:

a) La descripción de la discapacidad de carácter psíquico que le afecte. En ningún caso, el informe pericial incluirá un juicio sobre la capacidad de la persona, al haber sido suprimido el art. 200 CC, conforme al principio de igual capacidad jurídica consagrado en el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

b) La especificación de los ámbitos que resultan afectados por la discapacidad de la persona, que sugieren la necesidad de apoyo en relación con el acto/actos de que se trate para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad. Se acompaña modelo de oficio en ANEXO IV.

- La información sociofamiliar deberá ser recabada de la unidad de trabajo social, si se encuentra adscrita a la fiscalía, o perteneciente a los servicios autonómicos, provinciales o municipales competentes, o bien acudiendo a entidades del Tercer Sector debidamente acreditadas (DA 1ª Ley 8/21). En su defecto, o en caso de demoras previsibles, podrán los fiscales recabar estos datos de forma directa de los parientes próximos, allegados o podrán ser facilitados por los propios afectados. Dicha información puede ser inicialmente suficiente para adoptar la resolución que proceda en el seno de las diligencias preprocesales, aun cuando el art. 42 bis b) LJV exige aportar dicho informe social con el escrito de promoción del expediente de jurisdicción voluntaria (no así expresamente el art. 757 LEC). Esto, se hará sin perjuicio de aportar el informe sociofamiliar con posterioridad, pero siempre antes de la propia comparecencia o, en su defecto, mediante la oportuna citación de los trabajadores sociales. Se trata de evitar la dilación y los perjuicios a la persona con discapacidad que pudiera provenir de su demora.

- Es imprescindible que cada fiscalía, en su ámbito territorial, conozca cuales sean los recursos existentes para dirigir la solicitud a la unidad de trabajo social



Fiscal de Sala

que corresponda, ya se disponga como adscritos a fiscalía y juzgados, o pertenezcan a los servicios autonómicos, provinciales o municipales competentes, pudiendo acudir también a entidades del Tercer Sector debidamente acreditadas (DA 1ª Ley 8/21), evitando dilaciones o rechazos. La información interesada debe abarcar la que se especifica en ANEXO V.

2.2 Finalización y notificación de las diligencias preprocesales

- Las diligencias finalizarán con el decreto de conclusión, en el que se acordará, bien la interposición de solicitud ante el juzgado competente, bien el archivo por no acreditarse la necesidad de medidas de apoyo (por extensión del contenido del art. 757.2 LEC sobre la postura del Ministerio Fiscal). El decreto deberá ser en todo caso motivado, acorde con las exigencias constitucionales de concreción en el fondo y claridad en la forma. En el caso de que se promuevan acciones judiciales se deberá poner especial cuidado en verificar cual sea el domicilio actual de la persona con discapacidad a fin de formular la pretensión oportuna ante el juzgado competente.

- a) La decisión de presentar acciones judiciales para proveer los apoyos a la capacidad jurídica que pueda precisar una persona deberá cumplir con la adecuada valoración de la exigencia legal de necesidad y proporcionalidad de los apoyos que se soliciten, con expresa concreción de los actos en los que se precisan dichos apoyos y su intensidad: si son de carácter asistencial o representativo y en qué facetas o ámbitos concretos se deberán producir.
- b) Cuando en las diligencias se tenga conocimiento de la necesidad de articular medidas de salvaguarda o control sobre una guarda de hecho, ya sea para prevenir posibles conflictos de intereses, ya sea para garantizar el debido respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, se concluirán las diligencias y se instará el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 265 CC y 52 LJV).
- c) Las diligencias preprocesales (se hayan incoado o no con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 8/21) serán archivadas si de las



Fiscal de Sala

diligencias practicadas y/o de las circunstancias actuales se adviera la existencia de apoyo familiar y/o guardador de hecho que ejerzan los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de la persona de forma adecuada.

- d) En el seno de estas diligencias también se podrá tomar conocimiento de los obstáculos que el guardador pueda encontrar para el correcto desarrollo de sus funciones de administración ordinaria, poniendo en marcha las iniciativas oportunas para facilitar dicho ejercicio. De este modo, una vía podría ser la de hacer constar en el decreto de archivo de las diligencias el carácter ordinario del acto obstaculizado, pudiendo el guardador hacer uso del mismo como entienda oportuno. Otra vía por explorar pudiera ser la de instar la incoación de un expediente de jurisdicción voluntaria (art. 265 CC) para propiciar una resolución judicial.
- e) En el caso de que en el transcurso de la tramitación de unas diligencias preprocesales sea procedente la presentación de una solicitud de revisión judicial respecto de las medidas acordadas conforme a la precedente legislación, se podrá utilizar el modelo que consta como ANEXO III a estas conclusiones.

- El decreto que ponga fin a las diligencias, debe ser notificado a aquellos que pusieron en conocimiento de la fiscalía los hechos que dieron lugar a su incoación, así como a la persona a quien se refiere la solicitud de medidas de apoyo o establecimiento de salvaguardas, objeto de las diligencias.

- Se procurará que el decreto de conclusión sea notificado a la persona con discapacidad en formato de "lectura fácil", sin perjuicio del resto de ajustes previstos en el art. 7 bis LJV, ya mencionado *supra*.

- El decreto de archivo deberá incorporar la información a los familiares con legitimación, de la posibilidad de solicitar por sí mismos las medidas de apoyo que consideren necesarias.



3. La nueva figura de la guarda de hecho en la reforma llevada a cabo por la Ley 8/21.

- La ley dota a la guarda de hecho de su propio régimen jurídico, por lo que no precisa de investidura judicial formal. En consecuencia, no procede ni la incoación de diligencias preprocesales ni la solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de guardador de hecho.

- También contiene un mandato de desjudicialización (artículo 255 CC *in fine*) “razonable” que pasa por asumir con naturalidad que las facultades de actuación no vienen dadas por una resolución judicial, sino directamente de la ley.

Igual que debemos alejarnos de una mimética sustitución de tutelas por curatelas representativas, también ha de evitarse una remisión generalizada hacia las guardas de hecho sin el debido estudio de la realidad sociofamiliar de cada persona con discapacidad. Ello nos permitirá hacer el balance necesario, atendiendo a la intensidad del apoyo que precisa, evaluando la suficiencia de la guarda de hecho para dar esa cobertura, sin sustraernos a la situación actual en cada población en la que resida la persona, y a la propia implementación social de la reforma.

3.1 Actos del guardador de hecho que no precisan autorización judicial

- No precisarán de ninguna autorización judicial aquellos actos para los que el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (art. 264.3 CC). La determinación de cuales sean estos actos dependerá del caso concreto, por lo que resulta necesario tener en cuenta el contexto personal, su modo de vida, ingresos (atender al “histórico bancario” puede resultar revelador a esos efectos), etc.



Fiscal de Sala

- Las posibles actuaciones en las que el guardador de hecho puede ejercer su función como medida de apoyo, pueden concretarse en otros numerosos contextos: peticiones de recursos sociales, pensiones, plazas residenciales, centros de día, ayuda a domicilio, matriculaciones en centros de educación o formación profesional, entre otras, solicitudes a los bancos, etc.
- La función del guardador tiene reconocimiento en otros entornos. En el ámbito de la salud el guardador de hecho se encuentra asimilado al “cuidador principal”, “allegado” o “persona vinculada por razones familiares o de hecho” (arts. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y ANEXO III. apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización).
- .- Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del art. 11.1 LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3.2 Acreditación de la guarda de hecho

- Una de las cuestiones que puede resultar en ocasiones comprometida es la acreditación de ser el guardador de hecho, lo que puede hacerse por diferentes medios: mediante el libro de familia cuando de un familiar se trate, como a través de documentación “periférica” (sanitaria, asistencial, administrativa, doméstica, etc.) que refleje dicha condición. Los modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la administración al efecto de cursar las peticiones de reconocimiento de la situación de dependencia, pueden ser un modelo a seguir.



Fiscal de Sala

En cualquier caso, resulta de extraordinaria relevancia el hecho de convivir con el guardado. La acreditación de este extremo podrá hacerse mediante las distintas pruebas documentales (certificado de empadronamiento u otros que acrediten la convivencia), testificales, etc.

La condición de vulnerabilidad de la persona que recibe el apoyo derivada de las limitaciones en el ejercicio de su capacidad jurídica, podrá hacerse mediante la exhibición de las correspondientes certificaciones administrativas, certificados médicos o informes sociales expresivos de la discapacidad intelectual o del desarrollo, o trastornos de salud mental que presente la persona, y su incidencia en la capacidad de decisión.

Otra posibilidad de acreditar ante organismos públicos y privados dicha relación, será la propia voluntad de la persona (siempre que pueda expresarla), manifestada ante notario reconociendo al guardador de hecho mediante un acta de notoriedad, u otorgándole poderes.

También se ha de tener en cuenta la eventualidad de que una guarda de hecho pueda ser objeto de anotación preventiva registral (art. 40 de la Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil). Aunque dicha anotación no tiene valor probatorio, puede ser de utilidad. La guarda de hecho que por alguna decisión judicial haya tenido acceso al Registro (por ejemplo, al establecer salvaguardias judiciales), informa de su existencia en un determinado momento.

En el mismo sentido, realizado un proceso de revisión de medida que concluya en el archivo de una tutela, curatela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, acordadas con anterioridad a la reforma, por entenderse ahora suficiente y adecuada para la persona la guarda de hecho, dicha resolución constituirá un título acreditativo extraordinario sobre esta institución, así como la propia sentencia que en su día las constituyó.

- Es preciso un cambio de mentalidad y de actitudes, al que puede contribuir la fiscalía desde una posición activa y didáctica con las personas con



Fiscal de Sala

discapacidad y sus entornos, ante situaciones que dificulten el despegue de la institución de la guarda de hecho.

3.3 Actos que precisan autorización judicial y salvaguardas al ejercicio de la guarda de hecho

- Ocasional y excepcionalmente, es posible que el guardador de hecho tenga que acudir al juzgado para solicitar una autorización judicial (supuestos previstos en el art. 287 CC), pero se tratará de un expediente que concluya sin dejar al guardador y guardado anclados al juzgado de modo permanente.

- Los supuestos de guardas de hecho que sugieran la necesidad de establecer salvaguardas, por percibirse cierta insuficiencia o posibilidad de generar en un futuro, más o menos inmediato, colisión de intereses, precisan intervención judicial. Esta es una necesidad que es trasunto del art. 13.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ello supone generar una guarda de hecho que no se constituye, pero sí se reconoce y se le dota de cierta estabilidad mediante controles periódicos que, evidentemente conllevarán una continuidad del mismo juzgado en el seguimiento, conforme se desprende del art. 265 CC.

3.4. Interpretación del último párrafo del art. 250 CC

La guarda de hecho también puede ser institucional; privada o pública y puede coexistir con una guarda de familiar o allegado. En ocasiones, sin embargo, falta ese mínimo apoyo externo personal.

Generalmente, la guarda institucional se produce cuando la persona necesitada se encuentra ingresada en un centro (residencia para personas con discapacidad, residencias para personas mayores, casas-hogar, etc). En estos centros, sean públicos o privados, es la dirección de los mismos la que asume la guarda de la persona y se convierte en garante de que se respeten sus derechos y se le presten los cuidados que le son debidos. Esta obligación surge, tanto del correspondiente contrato de servicios (formalizado



Fiscal de Sala

generalmente con el guardador de hecho con quien concurre), como de las disposiciones legales, tanto de ámbito estatal, como las específicas de la Comunidad Autónoma en que radique el centro. En caso de discrepancia sobre asuntos relevantes entre los guardadores personales y los guardadores institucionales, cuando coexisten habrá que acudir al juez para dirimir el conflicto (ex art. 265 CC).

En el caso de que no exista familiar o allegado que ejerza la guarda de hecho que concorra con la asistencia de la institución en la que esté ingresado o la persona contratada para asistirle en su faceta personal, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el último párrafo del art. 250 CC: “No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo”. De comprobarse la existencia de una situación de hecho que contravenga lo dispuesto en el indicado art. 250 CC, deberán instituirse las salvaguardias necesarias o constituir el apoyo judicial que proceda. Por tanto, los/las Sres./as fiscales de las secciones especializadas actuarán para evitar la consolidación de situaciones que vulneren esta prohibición legal.

4. Régimen transitorio de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

4.1. Disposición transitoria 5ª de la Ley 8/2021. Revisión de las medidas ya acordadas

Recoge dicha disposición que: “Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido



Fiscal de Sala

con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

4.1.1 Legitimación y revisión de oficio

- Prevé la disposición una doble legitimación y un doble plazo: i) caso de instarse por los particulares, el juzgador tiene un plazo de un año desde que se presente su solicitud para proceder a la revisión de las medidas, ii) si no existe solicitud de parte, corresponde la iniciativa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal con expreso mandato de que se lleve a cabo en el plazo de tres años desde el día 3 de septiembre de 2021 (fecha de entrada en vigor de la citada ley).
- El carácter improrrogable del plazo de tres años afecta al Ministerio Fiscal y al juez, lo que obliga a realizar una tarea de identificación –preferiblemente conjunta- del número de procedimientos afectados a fin de evitar que queden situaciones sin haber sido revisadas en plazo.
- Es aconsejable aprovechar el traslado que nos dé el juzgado en cualquiera de los procedimientos afectados por la revisión, o pieza separada de los mismos (normalmente será en las rendiciones de cuentas anuales de tutores) para emitir el informe interesado e instar por otrosí que se proceda a incoar el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria para llevar a cabo la revisión de las medidas establecidas previamente en la resolución donde se modificó la capacidad de una persona con discapacidad (arts. 42 bis c] LJV). En ese mismo otrosí se indicarán los testimonios de aquellos otros procedimientos que sobre la persona se hayan tramitado y que sea de interés disponer de los mismos en el expediente de revisión.



Fiscal de Sala

- Debe atenderse a la naturaleza del traslado y a su necesidad o urgencia. Así, no deberán producirse retrasos en la resolución de algún expediente abierto que puedan perjudicar a la persona afectada, so pretexto de una revisión (por ejemplo, enajenación de un bien inmueble).

Otro momento de interés en el que se puede plantear, bien la necesidad de revisión de sentencia, bien la de interposición de recurso (apelación o casación, en su caso) es el que se refiere a la notificación de la sentencia.

4.1.2. Competencia territorial

- La ley es clara en la competencia territorial para la revisión de las medidas acordadas judicialmente en favor del domicilio actual de la persona con discapacidad (art. 42 bis c) 2 LJV). Por tanto, si constara que el domicilio de la persona con discapacidad se ha modificado y, en consecuencia, el juez que dictó la sentencia que se debería revisar, ha perdido la competencia conforme al criterio del art. 42 bis c) 2 LJV, se omitirá la emisión del informe interesado en la pieza de rendición de cuentas. Simultáneamente se interesará su remisión al juzgado competente por razón del nuevo domicilio de la persona con discapacidad, con testimonio del procedimiento principal y de aquellos otros imprescindibles para resolver.

4.1.3. Tramitación de la revisión de las medidas vigentes

- El procedimiento se sustanciará por los trámites del expediente de jurisdicción voluntaria regulado dentro del Tít. II, Cap. III bis, art. 42 bis c) LJV, tanto si la medida se ha dictado en sentencia, dentro del marco de un proceso contencioso (art. 761 LEC), como por auto en un expediente de jurisdicción voluntaria.

En el marco de dicho expediente se realizará conforme al art. 42 bis c) LJV: i) la petición o incorporación de dictamen pericial cuando el juez «lo considere necesario»; ii) la entrevista con la persona con discapacidad, iii) «aquellas otras actuaciones que considere necesarias»; iv) y finalmente nos remite al art. 42 bis



Fiscal de Sala

b) L.J.V para recabar informe de las entidades allí referidas. Sin embargo, parece aconsejable que, tratándose de la primera revisión en adecuación a la reforma legal, el Ministerio Fiscal aporte junto a su escrito instando la revisión, o cuando se le dé traslado para dictaminar sobre la misma, solicite que se incorporen los siguientes informes tales como:

- 1) Dictamen pericial de profesionales especializados en los ámbitos social y sanitario. La referencia amplia del art. 42 bis b).2 LJV sugiere la posibilidad de acudir al informe del facultativo que esté tratando a la persona cuyos apoyos se pretenden revisar, siendo probablemente esta la persona que nos pueda facilitar de forma más concreta los apoyos que precise actualmente la persona. En su defecto, se solicitará al médico forense.
- 2) El informe social, que podrá interesarse a los trabajadores sociales del lugar de residencia de la persona; al trabajador social de la institución sociosanitaria donde pueda estar residiendo, o a cualesquiera otros recursos que puedan realizar dicho informe, ya sean servicios autonómicos, provinciales o municipales, con el contenido reseñado en el ANEXO V, pudiendo también recurrir a las entidades del Tercer Sector de Acción Social (DA^a 1^a).
- 3) En el caso de que se pueda prever un apoyo menos intenso para la persona, podrá recabarse informe de la entidad pública o de entidad del Tercer Sector (DA^a 1^a), para que informen sobre las alternativas de apoyo existentes y que puedan ser aplicadas al caso a revisar. Esta diligencia se recoge como facultativa de la autoridad judicial (art. 42 bis c] 3 LJV).
- 4) Podrá interesarse la citación, para ser oídas, de las personas que puedan estar prestando los apoyos, así como la del cónyuge o pareja de hecho, en su caso, ascendientes, descendientes, hermanos o allegados de la persona con discapacidad, con la finalidad de conocer el día a día de ésta.

Esta actuación que se propone, resulta más exigente que la prevista en estrictos términos legales. Sin embargo, se trata de una actuación preparatoria



Fiscal de Sala

precisamente concebida para favorecer el acto más importante de la revisión: la entrevista.

4.1.4 Intervención de la persona con discapacidad: entrevista y postulación

La entrevista judicial de la persona con discapacidad constituye el acto central del expediente iniciado para la revisión de medidas de apoyo y supone una garantía para el afectado en cuanto que permite acceder a la voluntad, deseos y preferencias de la persona (art. 249 CC). Será idóneo que el/la fiscal esté presente y participe activamente en la misma.

Dicha participación permitirá igualmente velar porque se adopten las adaptaciones del procedimiento que dicha persona necesite conforme el mandato de los arts. 7 bis LEC y 7 bis LJV. De forma excepcional y en defecto de su activa presencia, el/la fiscal deberá disponer de la grabación de la entrevista judicial y dejará interesado por escrito, a modo de cuestionario previo, cuando se le notifique la citación para su práctica, aquellos aspectos sobre los que deban versar sus manifestaciones.

Es posible que antes de la revisión de la sentencia vigente, la persona con necesidad de medidas de apoyo se haya dirigido a un notario y establecido de forma voluntaria dichas medidas mediante el otorgamiento de un poder notarial o la constitución de una autotutela. En tal caso el procedimiento de revisión irá dirigido a verificar la suficiencia de dichos apoyos, o a constituirlos conforme a dicha voluntad expresada, o en su caso adoptar medidas supletorias o complementarias de acuerdo con lo previsto en los arts. 255 in fine y 272 CC, o prescindir de ellas y adoptar las que fueran necesarias (artículo 272 CC párrafo segundo). Se instará del LAJ, si no lo hubiere hecho, que pida certificación de las medidas de apoyo inscritas conforme a lo dispuesto (art. 42 bis b) 2 LJV).

Conviene recordar que la propia persona con discapacidad está legitimada para interesar la revisión de la medida. Para el supuesto de que la persona, debidamente informada, reclame un abogado, el/la fiscal podrá interesar el



Fiscal de Sala

reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita mediante resolución motivada (art. 5 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y art. 1.2 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad). Esta solución no se predica solo de los procedimientos de revisión, sino que se extiende a otros incoados a instancia del Ministerio Fiscal. También conviene tener en cuenta las menciones contenidas en los modelos ANEXOS I y II, referidos a la postulación.

En todo caso, si se prevé que la persona con discapacidad no va actuar con su propia defensa y representación se pedirá que se le nombre defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador.

4.1.5 Contenido de los Informes del fiscal en los procedimientos de revisión

- La/el fiscal siempre solicitará en los expedientes de revisión que se deje sin efecto cualquier pronunciamiento sobre la modificación de la capacidad de la persona, exigiéndose para la cancelación de asientos registrales una decisión judicial que así lo ordene. Para ello deberá atenderse al contenido de las precedentes resoluciones judiciales.

- Otros posibles contenidos con ocasión de la revisión pueden ser:

- 1) Determinar la necesidad de constituir apoyos judiciales mediante una curatela. Se fijarán, en tal caso, los actos concretos para los que se precisa asistencia y aquellos en los que puede actuar el curador en representación de la persona con discapacidad, cuando excepcionalmente se precise.
- 2) Determinar, en su caso, la innecesariedad de apoyos judiciales por existir una guarda de hecho que atiende adecuadamente las necesidades de la persona con discapacidad.
- 3) Fijar los controles que deben llevarse a cabo y plazos para ello. Estos podrán ser distintos dependiendo de si el apoyo afecta solo al ámbito



Fiscal de Sala

personal o también patrimonial, en el que puede ser más adecuado un seguimiento más estrecho.

- 4) Fijar en qué plazo (como máximo 6 años) se debe llevar a cabo la nueva revisión de las medidas establecidas; en defecto del cual regirá el plazo de tres años dispuesto en el art. 268 CC.
- 5) Podrá interesarse el cambio de la persona encargada de prestar los apoyos, en relación con la que estaba nombrada como tutora o curadora. Así, cuando se acredite que otra persona está actuando de manera adecuada como guardador de hecho, o cuando se considere que otra persona, a tenor de los informes previos, va a prestar un mejor apoyo a la persona con discapacidad, podrá procederse a la nueva designación. No es preciso acudir a un segundo procedimiento, conforme a los arts. 44 y 45 LJV.
- 6) El fiscal, a la hora de proponer a alguien para que asuma el apoyo, deberá velar porque se atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

5.2. Disposición transitoria 6ª de la Ley 8/2021. Procesos en tramitación

Dice esta disposición que “Los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

- El Preámbulo de la ley señala que la reforma procesal es ambiciosa y “opta por el cauce de jurisdicción voluntaria de manera preferente (...) sin perjuicio de que el procedimiento se transforme en uno contradictorio”. Cabe plantearse si los procedimientos judiciales en curso deben seguir como contradictorios o continuar por los trámites de la jurisdicción voluntaria.

Argumentos que abogarían a favor de que se transformen en expedientes de jurisdicción voluntaria son: la subsidiariedad del procedimiento contradictorio, la



Fiscal de Sala

riqueza y sencillez de la jurisdicción voluntaria, o la dificultad de conciliar una posible falta de oposición con el carácter contradictorio del procedimiento verbal.

Sin embargo, el legislador no ha previsto expresamente el retorno desde el procedimiento contencioso a la jurisdicción voluntaria. La DT6ª se refiere a la necesidad de que la sentencia adecúe su contenido a lo dispuesto en la ley, con validez de lo actuado hasta el momento de su entrada en vigor, resolución judicial que no cabe en la jurisdicción voluntaria. También existe la previsión legal de que, en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, se pueda dictar sentencia sobre medidas de apoyo para hijos mayores de dieciséis años con arreglo a lo dispuesto en la LEC (art. 91 CC), por lo que no siempre tiene carácter preferente la jurisdicción voluntaria.

En base a todo ello, podemos concluir que los procedimientos verbales en curso deben mantenerse en el cauce procedimental abierto, pero enriqueciéndolos, para que puedan acoger el nuevo espíritu de la ley. Así, se deben incorporar todas las garantías para la participación efectiva de la persona con discapacidad que contiene el nuevo art. 7 bis LEC. Será preciso un complemento probatorio de acuerdo con el nuevo contenido que se exige a la sentencia de provisión judicial de apoyos. La autoridad judicial tiene a su disposición la posibilidad que le brinda el art. 752.1, inciso último LEC, para acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes (facultad que el fiscal puede instar). El recurso a las diligencias finales del art. 435 LEC del procedimiento ordinario, puede permitir una interpretación extensiva al procedimiento verbal, habida cuenta el tenor de la DTª6ª.

- En la segunda instancia y toda vez que el art. 759.4 LEC determina que se deben practicar las pruebas recogidas en el art. 759.1 LEC, debemos solicitar traslado, si no lo hace la Sala de oficio, a fin de acomodar nuestra petición a la nueva legislación, tal y como se ha realizado en el caso de la sentencia 589/21 del Pleno de la Sala Civil, de fecha ocho de septiembre de 2021.



Fiscal de Sala

.- Se interesará el archivo, instando a la parte a ejercer su pretensión conforme a la nueva legislación, o incoando de oficio, en su caso, la revisión de la sentencia donde se modificó la capacidad de la persona, cuando el objeto del procedimiento sea:

1. Supuestos en los que se ha pedido privación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.
2. Supuestos en los que se ha solicitado la remoción del cargo de tutor.
3. Supuestos en los que se ha solicitado la excusa del tutor y nombramiento de un nuevo tutor.
4. Supuestos en los que se haya iniciado un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor por no haberse hecho dicho nombramiento en la sentencia.

Se adjuntan a las presentes conclusiones los ANEXOS que se relacionan a continuación, a fin de facilitar la función de los/las fiscales de la especialidad.

ANEXO I Modelo de demanda de curatela de jurisdicción voluntaria

ANEXO II Modelo de demanda de curatela de juicio verbal

ANEXO III Modelo de revisión de medidas de apoyo

ANEXO IV Modelo de contenido del informe facultativo

ANEXO V Modelo del trabajador social

**MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS
DE LOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS DEL MINISTERIO
FISCAL EN LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON
DISCAPACIDAD Y APOYOS, EN LA APLICACIÓN DE LA
CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS
DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE
DICIEMBRE DE 2006.**

**SEGÚN LAS CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE
FISCALES ESPECIALISTAS EN LA PROTECCIÓN DE
PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

Alcalá de Henares. 20 y 21 de Septiembre de 2010

**Elaboradas por: Carlos Ganzenmüller Roig, Fernando Santos
Urbaneja, Gonzalo López Ebri, Cristóbal Fabrega Ruiz,
Nuria Lopez-Mora Gonzalez, Felisa Alcántara Barbany, David Mayor
Fernandez y Angeles de la Blanca García.**

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, configura “el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”, como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, a fin de conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

Los operadores jurídicos deben ser conscientes de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano. Para ello deberán respetar la diversidad de los seres humanos, “según su edad, etnia, género, condición socioeconómica, orientación sexual y discapacidad”, bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”.

En la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito, destacan una serie de fases o de intervenciones progresivas que es preciso diferenciar:

I.- FASE PREPROCESAL:

1. DEL ACCESO DEL CIUDADANO A LA FISCALÍA.

Las Secciones de las Fiscalías de toda España especializadas en la protección de personas con discapacidad deben darse a conocer a los ciudadanos, con el fin de que éstos puedan dirigirse de forma directa al fiscal.

Este acceso cobra especial relevancia en todos los supuestos de maltrato personal o económico a la persona con discapacidad, ya que desde el momento en que se proporcione tal información, la Fiscalía procederá a la apertura de las Diligencias Preprocesales correspondientes, y a la promoción de las medidas urgentes de

protección, que coordinará con los juzgados para la constitución del apoyo que corresponda y con la urgencia que cada caso requiera.

Especial trascendencia tiene en este momento la labor de comunicación e información a la Fiscalía, ya que no en todos los supuestos en los que nos encontramos con una persona con discapacidad, va a ser necesaria la iniciación del procedimiento de determinación de la capacidad y propuesta de apoyos necesarios o específicos que complementen su capacidad natural.

El acceso a la Fiscalía lo tiene cualquier ciudadano, persona física o jurídica, que conociera la existencia de una persona con discapacidad en situación de desprotección, o que carezca de los apoyos necesarios que aseguren su inclusión social. (No obstante, las autoridades o funcionarios públicos que por razón de su profesión tengan conocimiento de la desprotección de una persona con discapacidad, tienen la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal).

A tales fines, se tendrá en cuenta:

1.- Las Fiscalías como órganos de servicio a la sociedad.

Como se establece en la Instrucción 4/2009 FGE sobre la organización de las Secciones de lo Civil y el régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y apoyos; en todas las Fiscalías debe constituirse una sección de lo civil y, dentro de ella, una sección para la protección de las personas con discapacidad, integrada al menos por dos Fiscales, y con dedicación exclusiva cuando el volumen de trabajo lo aconseje. Estas secciones es conveniente que se extiendan a las Fiscalías de Área y a las Adscripciones Territoriales.

(1) El Ministerio Fiscal está configurado en la Constitución y en el Estatuto como un órgano de servicio a la sociedad. Como representante de la misma y defensor de los derechos de los ciudadanos no puede desconocer la voluntad y los intereses de estos. Por ello, se establece legalmente la obligación del Fiscal de asesorar y suplir la pasividad de los particulares, con independencia de las concretas legitimaciones que la ley otorga al Ministerio Público. En la información y apoyo a particulares es de destacar la información dada a las personas con discapacidad de acuerdo con sus situaciones específicas tal como se establece en el artículo 12-3º de la Convención de la ONU de 2006.

2.- La Fiscalía y su labor de atención, información y asesoramiento a las personas con discapacidad.

(2) Con excepción de las declaraciones de determinación de la capacidad y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria, donde, tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o de la persona con discapacidad, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

En esta labor es fundamental el que las distintas instituciones y organismos tengan un referente claro de la sección con el que contactar.

Igualmente debe establecerse un sistema de atención a las visitas de particulares y profesionales, (bien un día, un sistema de turnos, gestión de citas etc.) tratando de que el mismo conste como servicio de Fiscalía a todos los efectos. El Fiscal debe ser accesible y cercano para la sociedad, las personas con discapacidad y sus allegados.

(3) Los funcionarios de la Fiscalía encargados del servicio de atención a las personas con discapacidad, recibirán la formación adecuada para atender y orientar a los usuarios del mismo, con la adecuada capacitación especializada que establece el Art. 13.2 de la Convención.

(4) También se deberá contar con los medios de colaboración necesarios en las áreas sanitarias y de servicios sociales, de las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos, para que el acceso a la Fiscalía, cuando fuere necesario, pueda hacerse en parámetros de igualdad. En el caso de las personas sordas o con deficiencias en la comunicación, no debe faltar la atención localizada de el/la intérprete de lengua de señas u otros profesionales, según la necesidad.

(5) La falta accesibilidad a las instalaciones de la Fiscalía deberá ser comunicada al Fiscal jerárquicamente competente, a fin de que se adopten las medidas necesarias para subsanarlas.

2.- DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

Es conveniente que se desarrolle el artículo 5 EOMF para adaptarse a las materias civiles ya que, al tener un origen de carácter penal, a veces se crean disfunciones. Para ello es un buen momento la Reforma del Reglamento Orgánico que se está abordando en la actualidad en la que debería dedicarse un capítulo a las líneas básicas de estas diligencias preprocesales.

A tales efectos, se tendrá en cuenta:

A) FUNDAMENTO DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

(6) El Estatuto Orgánico del MF., (Ley 24/2007, de 9 de Octubre), sigue dedicando el Art. 5º a la regulación de las diligencias de investigación en el orden penal, ampliándolas al Orden Civil, con la expresión residual de: "También podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye", cuya determinación en el orden civil, y en la específica labor de Protección de las Personas con Discapacidad, deben examinarse desde tres planos: a) el constitucional, b) el estatutario, y c) la legislación de desarrollo.

a) Por lo que al marco constitucional respecta, el Art. 124 CE determina la intervención del MF en el ámbito de la protección de las Personas con discapacidad, otorgándole la condición de garante de los derechos fundamentales y del interés público tutelado por la Ley, a lo que añade el Art. 49 CE, que "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".

b) Desde la perspectiva estatutaria, entre las funciones que el EOMF nos atribuye están las enumeradas con carácter general en el Art. 1: "El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos la satisfacción del interés social".

Ello se traduce en este ámbito, en el Art. 3 EOMF, cuando determina:

“Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:...

6. Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.

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

Del contenido del nº 6 del Art. 3 EOMF se desprende que la legitimación de la intervención del MF por razón del interés público o social no sólo es indubitada sino que por ineludible es una de las más nobles razones que fundamentan su intervención.

c) Finalmente, la determinación de las demás funciones- que la legislación de desarrollo civil y procesal - atribuyen al MF para utilizar las Diligencias Preprocesales, como uno de los instrumentos para su cumplimiento, se deberán examinar:

- Desde el punto de vista sustantivo, el CC regula las funciones del Ministerio Fiscal en la materia que nos ocupa al regular en el Libro I, Título X, las instituciones de la Tutela, la Curatela y la guarda de las personas con discapacidad.

- Desde el marco procesal, vienen estas funciones delimitadas en el Libro IV que contiene la regulación de los procesos especiales, y en particular, sus dos primeros capítulos relativos a las Disposiciones Generales y a los Procesos sobre la Capacidad de las Personas.

B) EL OBJETO DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

(7) Sin ánimo exhaustivo, dada la complejidad de la materia, se procederá a la incoación de las Diligencias Preprocesales cuando en el ámbito de la protección de las Personas con Discapacidad se requiera:

1.- La determinación y valoración de los hechos y situaciones que sirven de base para la presentación de la demanda de incapacidad. (Art. 757.2 LEC).

2. La determinación y valoración de los hechos y circunstancias determinantes de la solicitud del internamiento ordinario o del internamiento por causa sobrevenida. (Art. 763 LEC).

3.- La determinación de los hechos que sirven de base para la solicitud de las medidas cautelares. (Art. 762.2 LEC).

4. La determinación, concreción y la adveración de los extremos observados en las visitas periódicas a las residencias y que pueden servir de base para la solicitud de cualesquiera medidas de protección personal y/o patrimonial de las personas internadas. (Art. 4º.2 EOMF)

5. La determinación de los hechos que sirven de base para el control del guardador de hecho, así como para la solicitud de las medidas de control y vigilancia sobre el mismo. (Art. 303 CC).

6. La determinación y valoración de los hechos que sirven de base para la recapacitación. (Art. 761.1, 2 LEC).

7. La determinación y valoración de la persona o Institución que en la demanda de determinación de la capacidad va a ser propuesta como tutor, curador o apoyo. (Arts. 759 y 760 LEC).

8. La determinación y valoración de los hechos y circunstancias que sirvan de base para presentar la solicitud de remoción del tutor, curador o apoyo. (Art. 248 CC).

9.- Y en general cualquier otra de naturaleza similar a las anteriores.

C) CONTENIDO DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

(8) En cada caso el Fiscal examinará las circunstancias concurrentes y valorará cada situación, atendiendo fundamentalmente “al interés de la persona con discapacidad”, de modo que si esta cuenta con los apoyos necesarios para asegurar su protección y participación social, archivará las diligencias por ser innecesario en estos casos la iniciación de un procedimiento para el complemento de su capacidad.

(9) En estas diligencias se determinará la situación personal, patrimonial y social de la persona, siendo necesario especificar la CAUSA (deficiencia física, psíquica, intelectual o sensorial, grave y de carácter persistente) y el MOTIVO, (situación de desprotección que le impida gobernarse por si mismo).

La determinación de las relaciones de la persona con discapacidad con las de su entorno cotidiano, ya sean familiares o no, son importantes para que el Fiscal pueda concretar en la demanda la **propuesta de la persona de apoyo**.

(10) Establecido el interés superior de la persona con discapacidad como eje fundamental de actuación, ningún conflicto entre parientes o dependencia emocional debe de pasar inadvertidos, por ello los informes psico-sociales son también vitales en este período, ya que aportan una perspectiva panorámica y objetiva sobre la vida de cada persona, determinantes para el estudio de cada caso.

Cuando existiere **Conflicto de intereses** entre los familiares de la persona con discapacidad, el Fiscal puede encauzar su acceso a la **Mediación**, figura que si bien en el ámbito del Derecho de Familia tiene mayor difusión, no deja de ofrecer al ciudadano una vía concreta de solución de sus problemas en el reparto de las tareas ya sean de gestión patrimonial, ya de cuidado personal, para el cuidado de su pariente con discapacidad.

D) LA TRAMITACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES.

(11) Del Decreto de Incoación. La iniciación de de las Diligencias Preprocesales se realizará mediante el Decreto o Acuerdo de Incoación acompañado de la documentación soporte de la notitia que ha servido de base para su iniciación, y que servirá de cauce para su tramitación bajo los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa.

(12) Contenido individualizado. Consecuencia de la prohibición de la acumulación subjetiva en los procedimientos relativos a la capacidad de las personas con base en lo dispuesto en los Art. 72 y 757 LEC, procederá la apertura de Diligencias Preprocesales para cada una de las personas a las que afecte su resolución, con independencia de los vínculos familiares que les unan, siendo obvio que también son distintas las causas de pedir, al ser igualmente diferentes las personas afectadas, las dolencias y extensión de los padecimientos que sufren, no obstante su aparente similitud, y que son la base de las acciones deducidas.

(13) Presunción de autenticidad. Las Diligencias Preprocesales que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozan de presunción de autenticidad. Esta presunción supone que las diligencias gozan del beneficio de la verdad formal, hace fe de la realización efectiva de las diligencias y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material,

no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido material, quedando siempre sometido a la apreciación judicial.

(14) Control de las Diligencias. El control directo de las Diligencias Preprocesales será responsabilidad de los Fiscales de la Sección que las dirigen, correspondiéndoles su impulso para evitar dilaciones indebidas con lesión del derecho ciudadano a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de la colaboración que deba prestar el personal auxiliar. Se deberá por tanto, evitar trámites y diligencias innecesarios, ya que dada la naturaleza de los derechos a los que se refiere y la vulnerabilidad de las personas a las que afecta, de cualquier irregular dilación o deficiente actuación se pueden derivar graves y perjudiciales consecuencias, tanto personales como patrimoniales.

(15) Decreto de Conclusión. La redacción del Decreto de Conclusión deberá adecuarse a la Instrucción 1/2005 y al Oficio recordatorio de la Inspección Fiscal, de 16 de noviembre de 2007. En este sentido, el Decreto de Conclusión de las Diligencias Preprocesales deberá ser siempre motivado, y por tanto, “suficiente y razonable”, acorde con las exigencias constitucionales de concreción en el fondo y claridad en la forma.

(16) Notificación del Decreto de Conclusión. Con la reserva y cautelas que exigen las Diligencias Preprocesales en este tipo de procedimientos en los términos establecidos en el Art. 754 LEC, deberá ser notificado, cuando sea posible, a aquellas personas a quienes les afecte, y siempre a aquellos que haciendo uso del deber/mandato contenido en el Art. 757.3 LEC, pusieron en conocimiento de la Fiscalía los hechos que dieron lugar a su incoación, debiéndose acreditar la recepción por su destinatario.

(17) En la tramitación de las Diligencias Preprocesales encaminadas a la averiguación de la necesidad o no de protección de las personas con discapacidad, el Ministerio Fiscal podrá contar en el ejercicio de las atribuciones a él encomendadas por su Estatuto Orgánico, además de los Médicos Forenses, con la debida colaboración de los médicos de la Seguridad Social que presten sus servicios tanto

en salud mental como en atención primaria, recabando de los mismos los informes médicos que fueran precisos.

Igualmente podrá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad de su ámbito territorial autonómico o local, si perjuicio de acudir si fuere preciso, a otras instituciones.

(18) En definitiva, el Fiscal cuenta con los medios de investigación oportunos para averiguar tanto el área personal, fundamentalmente la relativa a su salud, (comunicaciones u órdenes de valoración dirigidos a los Centros de Salud Mental, Hospitales, y demás servicios públicos que puedan conocer de su situación), como económica de la persona con discapacidad, (la comunicación a la Delegación de Hacienda informa al fiscal de cualquier bien o valor que figure a su nombre). Esta información servirá de base a la Fiscalía para concretar exactamente los apoyos a articular judicialmente.

3.- EL REQUERIMIENTO DE INFORME MÉDICO PREVIO A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA POR EL MINISTERIO FISCAL.

(19) En todas las Diligencias Preprocesales relativas a los procedimientos de determinación de la capacidad, (salvo que por los antecedentes, o por la información médica recibida, se conociere cumplidamente su situación sanitaria y alcance de sus habilidades), se **requerirá el correspondiente informe médico, previo a la presentación de la demanda, cuyo CONTENIDO MÍNIMO, deberá referirse:**

A) Enfermedad o deficiencia psíquica que le afecta, determinando la clase de la misma y pronóstico.

B) Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad de la persona presuntamente discapacitada, para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta, y referidos principalmente a las siguientes áreas:

1. Habilidades de la Vida independiente:

AUTOCUIDADO: Aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento etc.

INSTRUMENTALES COTIDIANAS: Comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda etc.

2. Habilidades Económico-jurídico-Administrativas:

CONOCIMIENTO DE SU SITUACIÓN ECONÓMICA.

CAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES DE CONTENIDO ECONÓMICO: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos etc.

CAPACIDAD PARA OTORGAR PODERES A FAVOR DE TERCEROS.

CAPACIDAD PARA REALIZAR DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.

CAPACIDAD PARA EL MANEJO DIARIO DE DINERO DE BOLSILLO: gastos de uso cotidiano de carácter menor.

3. Habilidades sobre la salud:

MANEJO DE MEDICAMENTOS.

SEGUIMIENTO DE PAUTAS ALIMENTICIAS.

AUTOCAUIDADO: cuidado de heridas, úlceras etc.

CONSENTIMIENTO DEL TRATAMIENTO.

4. Habilidades para el transporte y manejo de armas:

CAPACIDAD PARA LA CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS.

CAPACIDAD PARA EL USO DE ARMAS.

5. Habilidades en relación con este procedimiento:

CONOCE EL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO.

CONOCE SUS CONSECUENCIAS.

6. Capacidad Contractual:

CONOCE EL ALCANCE DE: Préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial.

II.- FASE PROCESAL:

1.- Presentación de la Demanda.

(20) Son muchos los supuestos, en los que se requiere por los padres, familiares o allegados de la persona con discapacidad, que por parte del Ministerio Fiscal se presente la demanda de incapacidad (en la terminología antigua), con un gran sufrimiento personal, sin estar plenamente convencidos de que ese paso es necesario e inevitable, y sin que quede acreditada la conveniencia de su iniciación y la eficacia de la resolución que se vaya a dictar en su día.

Frecuentemente se inician sólo para resolver temas muy puntuales, tales como:

1.- Personas que no pueden vivir solas.

2.- Personas que no tienen o no conservan los hábitos necesarios de higiene y alimentación.

3.- Personas que no quieren irse a vivir a una residencia.

4. Personas que no tiene liquidez o disponibilidad económica, para contratar personas, servicios u otro tipo de ayudas que completen sus limitaciones o falta de habilidades para vivir de forma totalmente independiente.

5.- Personas que, en un futuro más o menos próximo, pueden llegar a no ser conscientes de su verdadero estado de salud, y colocarse por ello en una situación que les impida dar un verdadero consentimiento informado a una intervención quirúrgica o a un tratamiento medico.

6.- Personas, que con la evolución de su enfermedad pueden colocarse en situación de no saber o comprender operaciones o actuaciones complejas: contratos, operaciones crediticias, administración del patrimonio, etc.

A la luz de la Convención, entendemos que iniciar un procedimiento de determinación de la capacidad para conseguir alguna o algunas de las finalidades anteriores u otras de igual naturaleza, no es sólo dar una finalidad contraria al espíritu de proteger el interés de la persona con discapacidad, sino, ignorar la finalidad del mismo en los términos de la Convención.

Lo que no significa, que no haya que subvenir a las necesidades arriba descritas y resolverlas con celeridad y eficacia, pero a través de procedimientos e instituciones diferentes contempladas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

(21) Una gran mayoría de las demandas dirigidas a la constitución de los apoyos de las personas con discapacidad se inician por la Fiscalía. Por lo tanto, hasta que en nuestro derecho interno se realice la esperada adecuación a la Convención, es necesario introducir “de facto”, en estos procedimientos, la exigencia de que se especifique con claridad en la demanda cual es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que ha llevado a interponerla.

Ello permitiría analizar la capacidad actual de la persona en relación con un solo acto o negocio jurídico, el que importa, y puede ser evaluable con alguna precisión. De modo que quién sostenga la falta de capacidad de la persona en relación a ese acto concreto deberá explicar qué pretende con dicha declaración y en qué medida declarar esa inhabilidad va a suponer un beneficio para aquélla.

(22) Cada demanda tendrá un diseño específico de apoyos, adecuado a la persona con discapacidad a la que se refiere. La propuesta dirigida al juzgado debe tener en cuenta el tipo de discapacidad de cada persona, y prever incluso la posibilidad de establecer mecanismos de revisión tras la finalización del procedimiento judicial, ya que la discapacidad es cambiante y dinámica, y el deber del Fiscal es tener en cuenta también estas situaciones.

(23) Se procurará durante la tramitación del procedimiento que el juzgado reciba toda la información necesaria para que el sistema de apoyos de la persona a que se refiere sea real y efectivo, siendo aplicables las pautas señaladas en la fase preprocesal sobre los criterios de actuación de la Fiscalía en esta fase en la que el procedimiento ya ha comenzado.

(24) La finalidad probatoria debe encaminarse no sólo al diseño ya explicado de los apoyos que cada persona necesita, sino también al nombramiento de quien ha de apoyarle: dicho “**apoyo**” será el que complementa la capacidad para lograr la plena y efectiva participación en la sociedad y goce de sus derechos y libertades.

(25) La elección de la persona o institución de apoyo, normalmente propuesta por el Fiscal en la demanda, será objeto principal de la prueba en esta fase procesal, pudiendo ser evaluada su idoneidad a través de los informes psico-sociales que sirven de apoyo a los juzgados. Precisamente, el contenido de su misión debe quedar concretado en la sentencia, y conforme al mismo habrá de ejercitar su cargo teniendo en cuenta el interés superior de la persona con discapacidad, y siempre bajo la supervisión del juzgado y del Ministerio Fiscal.

Su designación, dependerá de cada caso concreto¹, y en el supuesto en el no existan familiares o personas idóneas cercanas, el Fiscal habrá de proponer y el juez

¹ Ver SENTENCIA de veintisiete de abril de dos mil diez de Carmen María Simón Rodríguez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° QUINCE de Las Palmas de Gran Canaria.

Conforme dispone el Art. 760 debe determinarse el régimen de protección a que debe quedar sometido la demandada así como la persona que, con arreglo a la ley, ha de asistirle en aquellos ámbitos en que presenta el déficit.

En atención a las circunstancias fácticas antes reseñadas, resulta procedente constituir en este supuesto un régimen de curatela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que realmente incide la deficiencia (STS 31-12-1991 y 30-06-2004).

Por lo que al curador se refiere, no suple la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de

nombrar a la institución que más se adecue al perfil de la discapacidad probada, sin olvidar que en el ámbito fundacional existe una pequeña pero valiosísima oferta de organizaciones dedicadas a garantizar tal apoyo.

Por ello deberán promoverse y fomentarse las diferentes tipologías de apoyo que den respuesta a las diferentes necesidades de las personas con discapacidad y que permitan la elección personal entre diferentes opciones. Factores como edad, género, cultura, preferencias religiosas, así como otros similares factores deben tenerse en cuenta, así como las necesidades expresadas por las personas con diferentes tipos de discapacidad².

representación, sino de asistencia y protección en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial.

En cuanto a la persona que ha de asumir dicho cargo, de las pruebas practicadas y las propuestas que hacen las partes incluido el Ministerio Fiscal para dicho cargo, procede acordar como medida de apoyo el nombrar como curador de doña Teresita, a don Octavio, quien asistirá a su hermana para aquellas actividades ya mencionadas, y en la que se aprecia su mayor déficit.

Aún cuando sería posible en este supuesto que dicha función fuera asumida por los actores, padres de la demandada y con quien esta convive, de modo similar a lo establecido en el artículo 171 del Código Civil -patria potestad rehabilitada- en atención a las circunstancias personales y de edad de los progenitores resulta aconsejable la designación como curador del antes citado don Octavio.

Esta función se ejercerá con sujeción a lo establecido en los artículos 259 y s. del Cc. y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en noviembre de 2007, y entrada en vigor en Mayo de 2008. En concreto y en aplicación del Art. 12 de la misma, **se recuerda al curador que entre sus obligaciones**, esta el intentar en la medida de lo posible que la demandada, vaya recuperando la misma, solicitando en su caso vía judicial su rehabilitación, total o parcial.

² Finalmente, debemos tener en consideración la recientísima Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (B O E. Núm. 203 Sábado 21 de agosto de 2010 Sec. I. Pág. 73429)., se dispone en su Preámbulo que “La principal característica del título II es que incorpora una gran variedad de instrumentos de protección, que pretenden cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad.

La presente ley mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan o pueden eventualmente operar al margen de ésta, ateniéndose a la constatación que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. Esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español. En particular, las referencias del libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal.

Por razones obvias, no podemos detenernos en los comentarios de esta si, nueva regulación, solo avanzaremos que se consolida jurídicamente el “apoyo del asistente².”, lo que consideramos un avance importante, en la necesaria adecuación de nuestro derecho interno a la Convención.

(26) La distinta tipología de apoyo, la contempla la Convención bajo una perspectiva abierta, por lo que en nuestra legislación actual tiene un difícil encaje, pero en el derecho comparado se reconocen expresamente a modo de ejemplo: las redes de apoyo, el administrador patrimonial, los servicios comunitarios, el apoyo mutuo, el asistente personal, y la planificación anticipada mediante la auto tutela. (Así se regula en el nuevo Código Civil de Catalunya).

(27) El papel de las Instituciones Tutelares será muy importante, en la labor de asesoramiento para la determinación de los apoyos a las personas con discapacidad, como pone de manifiesto el Art. 4. de la Convención, pues, como se ha avanzado, sus conocimientos y experiencias, serán un punto de partida y garantía del nuevo sistema.

(28) Mención especial hay que hacer respecto de la Tutela institucional o automática, pieza fundamental de nuestro actual sistema, que entendemos compatible con la Convención cuando sea necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse ocasionalmente o de forma continuada, siendo aconsejable en todo caso, la individualización de las funciones o actividades prestadas, en orden a su eficacia, preservando íntegramente “el interés de la persona con discapacidad”, frente a cualquier otro.

En este supuesto, las funciones de vigilancia y control de la tutela no deberán omitirse ni relajarse.

2.- Del contenido mínimo de la sentencia.

(29) Se deberá dar una efectiva aplicación al contenido del Art. 760 LEC, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona a la que se refiere, se precisará con total individualización:

- a) El régimen de apoyos y salvaguardias.
- b) Persona o personas, o Institución en quien recaiga el nombramiento.
- c) Los mecanismos de control para su desarrollo.
- d) La duración temporal de los apoyos y su revisión, cuando así proceda.
- e) El plan de actuación del apoyo designado, cuando este sea “el mas intenso”, y se confiera al apoyo de hecho, la representación del tutelado.

f) Preservación del derecho al voto³. Deberá interpretarse la Ley general Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, y así, con el fin de respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, no podrá privarse del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, y siempre de manera motivada.

g) Privación de los permisos de armas o de conducir cuando constituyan un riesgo para la propia persona, familiares o terceros.

(30) En materia de recursos, deberá tenerse presente la interposición del “incidente de nulidad de actuaciones” formulado al amparo del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración de derechos fundamentales, como supuesto previo e ineludible de la interposición del recurso de amparo.

En la nueva regulación, el recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, debiendo el recurrente alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional (nueva redacción del Art. 50 LOTC). Para poder acceder al recurso de amparo, se debe agotar la vía judicial ordinaria, ya no solo los recursos, sino todos los “medios de impugnación”, lo que incluye los recursos extraordinarios. El afectado debe denunciar formalmente en el proceso la vulneración del derecho constitucional, posibilitando su resolución por el orden judicial ordinario mediante el incidente de nulidad de las actuaciones.

III.- FASE DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL APOYO DETERMINADO.

1.- En relación a la persona y su inclusión social.

³ **En cuanto al derecho de sufragio**, cuya privación se interesó en la demanda, no resulta procedente. La interpretación de Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exige respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, de modo que no podrá privarse del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, en cuanto que ello supondría un retroceso en la necesaria integración social que se propugna respecto. En el concreto supuesto enjuiciado no se ha acreditado esa especial incapacidad de doña Teresita para poder elegir una determinada opción y ejercitar su derecho al voto, pues dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona.

Ver SENTENCIA de veintisiete de abril de dos mil diez de Carmen María Simón Rodríguez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° QUINCE de Las Palmas de Gran Canaria.

Incide la Convención en el apartado nº 4 del Art. 12, regulando las salvaguardias que debe tener en cuenta la autoridad judicial, en la importancia de la vigilancia y control efectivo del apoyo establecido, bajo el principio de temporalidad y conocimiento puntual de la persona, de su patrimonio, inclusión social y vida independiente.

(31) La Instrucción nº 4/2008, de 30 de Julio de 2008, “Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces”, impone a los Fiscales la obligación de solicitar anualmente de los Juzgados correspondientes, que se requiera a todos los tutores para que informen de forma amplia y razonada sobre la situación de la persona con discapacidad a su cuidado, así como sobre su patrimonio, procurando adecuar los dictámenes e informes al contenido de la presente Instrucción.

(32) El tutor está obligado a velar por el tutelado en los términos expresados en el Art. 269 CC, en cuyo punto 4, impone a aquel la obligación de informar al Juez cada año de la situación personal del apoyado, lo que no obsta a la posibilidad de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del Art. 232 CC o en el último inciso del Art. 233 CC, respectivamente, exigir del tutor que informe sobre la situación personal o patrimonial y del estado de la administración.

(33) Esta obligación genérica, debería concretarse judicialmente cuando el apoyo acordado sea “el más intenso”, es decir, cuando el complemento que debe prestarse a la capacidad de ejercicio de la persona que carece de autonomía de voluntad, incluya actividades representativas y excepcionalmente sustitutivas.

En este caso, deberá estudiarse la implantación de un “Plan de protección individualizado”, que comprenda, además de los deberes legales que hemos denominado generales, los específicos y particulares adaptados a las necesidades del caso, con pleno respeto a los derechos, a la voluntad y preferencias de la persona apoyada, preservando su interés superior.

Los Fiscales deberían propugnar la configuración de dichos “planes” a fin de determinar y controlar la efectividad de los apoyos nombrados.

Una vez incoado el expediente de seguimiento del instrumento tutelar, ya sea tutela o curatela, el responsable de velar por la persona y bienes del apoyado, deberá de

presentar dicho plan de seguimiento de la tutela, y en relación con el mismo informará al Juzgado con ocasión de la presentación de rendición de cuentas anuales.

La persona apoyada, cuando fuere posible, será oída en el Juzgado sobre cualquier cuestión relativa al plan de seguimiento, su cumplimiento o posible revisión o modificación.

(34) Contenido del plan de tutela. Actualmente, con arreglo a los términos del articulado del Código Civil, el tutor está obligado a presentar inicialmente el inventario y anualmente, el informe de rendición de cuentas y el informe sobre la situación personal.

Con arreglo al modelo que proponemos, el Plan de Tutela que debe exigirse al tutor como parte de una buena práctica en el seguimiento del expediente de tutela deberá incluir, además de los contenidos anteriormente referidos:

- Informe sobre el estado de salud del interesado en el momento inicial.
- Previsión de evolución favorable o desfavorable.
- Instrumentos de rehabilitación en relación con su discapacidad.
- Instrumentos para la plena integración en la vida laboral, si es posible, y en todo caso en la vida social y cultural.
- Presupuesto de ingresos y gastos previstos.
- Parámetros de la gestión del patrimonio:
 - Criterios de conservación e inversión de los activos disponibles, preferentemente en valores seguros, debiendo evitarse las inversiones en valores sujetos a cotización en mercados bursátiles y las inversiones en fondos o productos financieros en los que no esté garantizado el capital inicial.
 - Cuantías dinerarias de las que podrá disponer por sí mismo el tutelado, periodicidad y concreción del modo de disposición (p. ejemplo, entrega por el tutor, tarjeta de débito limitada, etc.).
 - Concreción de los niveles de contratación para la adquisición de bienes y servicios que podrá realizar el tutelado por sí mismo (p. ejemplo, contratación de servicios de telefonía, compra diaria, compras extraordinarias con indicación de un límite máximo de gasto, mensual o anual, en su caso.)

Posteriormente y como mínimo de año en año, con ocasión de la rendición anual de cuentas, deberá presentarse un informe de cumplimiento del plan, junto con las propuestas de eventuales modificaciones, para su aprobación judicial.

Tanto en la aprobación inicial del plan de tutela como en los informes anuales y eventuales revisiones o modificaciones, se respetará el derecho de audiencia.

2.- En relación al patrimonio.

Paralelamente a lo señalado, deberá igualmente establecer la vigilancia sobre el patrimonio del tutelado durante el ejercicio de la tutela, estableciendo el CC., las cautelas de protección patrimonial, que el tutor debe desarrollar para, de un lado, determinar cuál es la situación patrimonial inicial de la persona sometida a tutela -la formación del inventario-, así como para asegurar aquellos bienes de extraordinario valor que no deben quedar en poder del tutor -el depósito-, y finalmente, garantizar la conservación del patrimonio durante el ejercicio de la tutela mediante la rendición de cuentas con carácter anual, sin perjuicio de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento exigir del tutor que informe del estado de la administración. En virtud de las expresadas funciones de vigilancia atribuidas al Ministerio Fiscal, es preciso establecer las pautas necesarias para controlar las operaciones realizadas, y tratar de conseguir, no sólo la conservación del patrimonio del tutelado, sino, en la medida de lo posible, una adecuada y prudente rentabilidad.

(35) Pautas para el adecuado cumplimiento de la Instrucción de la FGE nº 4/2008.

1.- En general:

- a) En todas las Fiscalías del territorio, y de manera ineludible, deberá llevarse un fichero informatizado en el que se registren todos los expedientes sobre tutelas e incapacidades.
- b) El registro de tutelas deberá ser actualizado, al menos, semestralmente.
- c) Se recuerda la obligación de registro y control de los patrimonios protegidos en los términos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.
- d) Así como el cumplimiento del oficio del Excmo. Fiscal de Sala Jefe de lo Civil, de 26 de septiembre de 2006, por el que semestralmente se deben remitir a la Fiscalía General del Estado listado de las tutelas habidas en las Fiscalías del territorio.

2.- En particular referencia a la persona apoyada:

- e) Se deberá poner especial atención en el trámite de inventario en los términos del Art. 262 CC, debiéndose examinar que contenga, en todo caso y sin excepción, los extremos expresados en la Instrucción 4/2008.

Debe partirse siempre de que el contenido del inventario será el punto inicial y de referencia para las sucesivas rendiciones anuales de cuentas en los términos del Art. 269.4º CC.

Asimismo, cuando se desprenda de las actuaciones procesales previas la existencia de conflicto entre los familiares de la persona con discapacidad, será conveniente, con la finalidad de evitar ulteriores impugnaciones, que se les de traslado del inventario con anterioridad a su aprobación.

f) Al inventario, cuando del caudal de la persona sometida a tutela así se desprende, se deberá unir copia de la última declaración de renta, dado el valor descriptivo de la situación económica, patrimonial mobiliaria e inmobiliaria del tutelado, que de ella se desprende.

g) Se recuerda la necesidad de autorización judicial para que por parte del tutor se proceda a la enajenación de valores mobiliarios, en los términos que exige el Art. 271. 2º CC.

h) Los actos realizados contraviniendo la necesidad de autorización judicial en los términos prevenidos en el Art. 271 CC, son nulos en los términos del Art. 6.3 CC, al ser contrarios a una norma imperativa, lo que comportará, cuando a sí proceda, que por el Ministerio Fiscal se inste la acción de nulidad y la correspondiente restitución en los términos prevenidos en los Art. 1.303 y 1.304 CC.

i) Asimismo, se deberá prestar especial cuidado a los movimientos bancarios que denoten un gasto desacompañado con las necesidades de la persona sometida a tutela y su propia realidad social.

j) Finalmente, no hay que olvidar las responsabilidades civiles que se pudieran derivar por los perjuicios sufridos por las personas sometidas a tutela como consecuencia del incumplimiento del mandato del Art. 232 CC, que establece:

“La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.

3.- Patrimonios Protegidos. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad”.

Hay que tener también en cuenta, sobre la importancia de estas actuaciones, la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “de protección

patrimonial de las personas con discapacidad”, señala, que “uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos”.

Y de conformidad al Art. 5 de dicha Ley, la administración del patrimonio protegido puede estar encomendada a persona distinta del tutor, estableciendo el Art. 7.1 que “la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza”.

(36) A estos efectos se tendrá en cuenta la 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, donde se atribuye “legitimación” al Ministerio Fiscal y a los tutores o guardadores de hecho para obtener información de organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

1. El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

2. Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el apartado anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Haciendas Forales de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las Comunidades Autónomas, los

Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.

3. La persona física o jurídica, pública o privada, que ejerce la función tutelar o, en su caso, el guardador de hecho estarán legitimados para solicitar y obtener de los organismos públicos la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés para el ejercicio de sus funciones.

(37) En el Art. 7 de la Ley de Patrimonio Protegido⁴, “como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita actualmente al Ministerio de Sanidad y en la que participarán,

⁴ La 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.

La Comisión ofrecerá apoyo y asesoramiento al Ministerio Fiscal en todas las funciones de supervisión encomendadas al mismo en relación con la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad:

- Aportará su apoyo en cualquier actuación judicial relacionada con el patrimonio protegido.
- Asesorará al Ministerio Fiscal a la hora de rendir cuentas por parte del administrador de la gestión del patrimonio protegido, en lo referente a la relación de la gestión y al inventario de los bienes y derechos del mencionado patrimonio.
- Colaborará con el Ministerio Fiscal en las peticiones al administrador de documentación adicional sobre el patrimonio que considere necesarias
- Emitirá los informes en cuantos asuntos le requiera el Ministerio Fiscal sobre la administración del patrimonio y auxiliará a este Ministerio en sus funciones recabando el asesoramiento de los servicios técnicos que estime necesarios.
- Elaborará una memoria anual que enviará al Consejo Nacional de la Discapacidad.
- Propondrá al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la elaboración y difusión de materiales informativos sobre la legislación relacionada con el patrimonio de los discapacitados y responderá a las consultas sobre cualquier iniciativa normativa que tenga relación con la protección patrimonial.
- Efectuará estudios e investigaciones que sirvan para mejorar los instrumentos jurídicos de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y propondrá actuaciones para la promoción de estos instrumentos, haciendo las propuestas que considere convenientes al Ministerio de Trabajo y Asuntos Social.

en todo caso, el Ministerio Fiscal y representantes de la asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad.

La composición, funcionamiento y funciones de esta Comisión se determinarán reglamentariamente.

El Ministerio Fiscal interviene en la citada comisión a través del Fiscal de Sala de lo Civil.

(38) En la citada Ley se establece que “Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al Fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada.

Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.

El Fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico”. (El Fiscal de Sala de lo Civil).

IV.- EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO DEL ART. 763 DE LA LEC. Y SU ADECUACIÓN A LA CONVENCION.

(PROCEDIMIENTO DE INGRESO NO VOLUNTARIO).

Constituye el procedimiento de mayor aplicación en nuestra labor diaria y su práctica, alcanza a otros procedimientos directa o indirectamente relacionados, y a los ingresos en centros residenciales, lo que determina su gran relevancia. A dichos efectos, se tendrá en cuenta:

(39) Denominación. Se propone el abandono de la denominación peyorativa de “INTERNAMIENTO”, sustituyéndola por la de “INGRESO”, habida cuenta que el procedimiento para la autorización o aprobación judicial del ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico no es una sanción, sino que por el contrario, es el instrumento jurídico que pretende resolver el conflicto de intereses entre el derecho a

la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de las personas. De donde se desprende que la falta de equilibrio y ponderación en la actuación de los poderes públicos y de los particulares puede provocar una lesión de los derechos cuya protección se persigue, tanto por exceso (limitación injustificada de la libertad), como por defecto (desprotección de la integridad física y moral).

(40) Finalidad. Se pretende un riguroso control judicial para todos los ingresos no voluntarios, ya que es ésta la única forma de garantizar el Derecho a la Libertad de aquellos que, por razón de trastorno psíquico, no están en condiciones de decidir por sí. Lo que significa que, el ingreso no voluntario que contempla el Art. 763 LEC, está protegiendo el derecho a la libertad de todos aquellos que lo precisan, por tener alteradas sus facultades psíquicas. La aplicación, control y duración de los internamientos no voluntarios, deberá efectuarse con sometimiento estricto a la Convención.

(41) Naturaleza jurídica. El Art. 763 LEC constituye una norma procesal que, prevista para un supuesto concreto, no puede reconducirse a una categoría única, pues encierra en sí misma, un conjunto de actividades heterogéneas *-presupuestos, competencia, actividad probatoria, resolución y control de continuación-* conducentes a un único fin, cual es, que el ingreso no voluntario se realice “regularmente”, es decir, sin menoscabo de las garantías contempladas en el precepto, y con respeto a los Derechos Fundamentales que allí se protegen.

(42) Discapacidad intelectual e ingreso involuntario. Discapacidad e ingreso no voluntario son situaciones jurídicas distintas, independientes, autónomas, que no se exigen mutuamente. Sin que esto signifique que sean instituciones que se excluyen. Por un lado, el ingreso no voluntario puede ser una medida cautelar adoptada en un procedimiento de modificación de la capacidad, así, el Art. 760 LEC, en sede del procedimiento de determinación de la capacidad, señala expresamente que la sentencia se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad del internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 763. Y por otro, el Art. 763 LEC permite iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad, pues conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del Art. 757 (legitimación en los procesos de determinación de la capacidad): cualquier persona está facultada y la autoridades y funcionarios deben poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes

de la modificación de la capacidad de una persona. Lo que comporta que, en la práctica, son las diligencias practicadas antes, durante y después de la autorización de ingreso no voluntario las que sirven de base para la presentación de la demanda de determinación de la capacidad.

(43) Competencia funcional. La competencia para conocer los procesos relativos a la autorización de los ingresos no voluntarios, debe recaer en juzgados especializados, con competencia en uno o más partidos judiciales. Con ello, se podría optimizar al máximo, los escasos medios materiales y personales destinados al efecto: Institutos de Medicina Legal, jueces y fiscales especialistas, psiquiatras, áreas de salud mental, trabajadores sociales, etc.

(44) Competencia territorial del ingreso no voluntario “ordinario” y “urgente”.

La interpretación que debe darse al Art. 763 LEC, es la de determinar la competencia siempre a favor del lugar de residencia de la persona a la que se refiera la autorización de ingreso no voluntario que se solicite, siendo una excepción, y sin que se produzca el efecto prevenido en el Art. 411 LEC de la *perpetuatio iurisdictionis*.

Sentir éste, establecido por el Tribunal Supremo en el Acta de la Reunión del Pleno de la Sala Primera para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales (Art. 264 LOPJ), celebrada el 16 de diciembre de 2008, estableciendo que por lo que a las acciones comprendidas en el Art. 756 LEC, por razones de inmediación y de eficacia será Tribunal competente el del lugar en que en cada momento resida la personada a la que se refiera la declaración que se solicite.

En el ingreso urgente, la competencia territorial le corresponde al Juez del lugar en que radique el centro en el que se vaya a practicar el ingreso (Art. 763.1, párrf. 2º LEC).

(45) Transformación del ingreso voluntario en involuntario. En el ingreso originariamente voluntario que se transforma en involuntario con el transcurso del tiempo, debido a que la persona ingresada por un progresivo deterioro de las facultades cognitivas ya no está en condiciones de poder decidir por sí misma, la competencia le corresponde al Juez del lugar en que radique la Residencia, Centro o Piso Tutelado en que se ingresa.

(46) Legitimación activa en los ingresos no voluntarios ordinarios. La legitimación activa en los ingresos ordinarios la tienen: a) El presunto discapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz (Art. 757.1 LEC); y en el caso de los menores de edad, quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (Art. 757.4 LEC); b) El Ministerio Fiscal (Art. 757.2, 749 y 758 LEC).

No obstante, se debe tener en cuenta, que, además de las personas referidas en el Art. 757 LEC, deben considerarse como personas legitimadas para instar el ingreso no voluntario:

a) La persona designada como tutor en el testamento de los padres de la persona con discapacidad (Art. 223 CC).

b) Se debería reconocer legitimación a las organizaciones representativas de las personas con distintos tipos de discapacidad.

c) También se debería incluir entre las personas legitimadas, a entidades designadas por la Administración Autonómica para representación y defensa de las personas con discapacidad.

d) A todas aquellas personas que, de hecho o de Derecho, acrediten que ostentan la condición de apoyo de la persona con discapacidad.

(47) Legitimación activa del ingreso no voluntario urgente.

La legitimación activa en los ingresos urgentes, teniendo en cuenta sus especiales características derivadas de la condición de “urgente”, la ostentará y estará facultada para promoverlo, cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos que puedan ser base para que se proceda al ingreso urgente, sea o no familiar y esté o no entre las enumeradas en el Art. 757 LEC, y será el facultativo quien, una vez reconocido el enfermo, si así lo estima, ordenará el ingreso.

(48) Legitimación pasiva. La legitimación pasiva la ostentan aquellos que reúnan los requisitos exigidos por el Art. 763. LEC, del que se desprende que son sujetos pasivos del ingreso no voluntario, aquella persona que reúna los siguientes requisitos:

a) Que esté afectado por un trastorno psíquico, b) Que para el ejercicio del derecho constitucional a su salud (Art. 43 CE) sea necesario su ingreso en un centro adecuado, por incidir riesgo para su persona o para terceros, y c) Que no esté en condiciones de decidirlo por sí misma.

(49) Ingresos asistenciales. Los ingresos asistenciales no voluntarios de personas de avanzada edad, en Centros o Residencias, precisan de la autorización Judicial prevista en el Art. 763 LEC, pretendiéndose de este modo garantizar y armonizar el derecho a la libertad (Art. 17 CE) con el derecho a la salud (Art. 43 CE), en aquellos casos en que la protección de ésta requiere una limitación del derecho a la libertad, mediante el ingreso y tratamiento en un Centro adecuado.

(50) Representación y defensa. No obstante no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador en esta clase de procedimientos, la LEC en el Art. 763.3 la permite cuando establece que *“En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el Art. 758 de la presente Ley”*. Se puede y se debe presumir inicialmente, que la persona con discapacidad a la que va a afectar el procedimiento, no esta en condiciones de comprender la demanda y las consecuencias que le puede deparar la tramitación y resolución que en su día se dicte. De este modo, para dar efectivo cumplimiento al Art. 13 de la Convención, sería deseable la obligatoria asistencia jurídica a la persona con discapacidad contra la que se dirija el procedimiento, por lo que el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia transferidas, y los Colegios de Abogados, deberían plantearse la necesidad de crear un “turno de oficio” específico para personas con discapacidad, como ya ocurre, por ejemplo, en materia de Violencia de Género, Extranjería o Penitenciario.

(51) Gratuidad. Asimismo, se aplicará la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, siempre que fuere posible, con los criterios más favorables a los intereses de las personas con discapacidad, cuando se trate de litigar sobre los derechos reconocidos en la Convención.

(52) Intervención del Ministerio Fiscal. Con carácter general, el Ministerio Fiscal no asumirá la defensa en los procedimientos de ingresos no voluntarios, ya que interviene en calidad de “dictaminador”.

(53) De las medidas cautelares. Cuando se trate de ingresos asistenciales siempre, dado que su duración lo es de por vida generalmente, y en los demás casos cuando las circunstancias así lo aconsejen, es de trascendental importancia el determinar la

situación patrimonial de la persona cuyo ingreso no voluntario se pretende, para proteger la integridad patrimonial de la persona con discapacidad Junto con la demanda, se deberá acompañar o acreditar de la forma más completa posible, la situación económica de la persona a quien se refiere, a fin de adoptar de forma inmediata las medidas cautelares necesarias para su protección, tales como:

- Medida cautelar de anotación en el R. Civil de la solicitud de ingreso no voluntario. Art. 18 LRC.
- Medida cautelar de intervención y administración patrimonial.
- Medida cautelar de suspensión y/o revocación de poderes.
- Medida cautelar de intervención y administración de las cuentas corrientes, libretas de ahorro y otros depósitos o inversiones bancarios
- Medida cautelar de control y vigilancia del guardador de hecho.

(54) Control periódico de los ingresos no voluntarios. En el control periódico de los ingresos no voluntarios previsto en el Art. 763.4 LEC, se extremará el contenido y control de los requisitos y plazos legalmente establecidos.

(55) Contenido del control periódico de los ingresos no voluntarios. Reducir el control de la continuación o no del ingreso no voluntario a la recepción de los informes de parte emitidos por los facultativos de la Residencia o Centro en la que se ha practicado el ingreso, no está en consonancia con lo que exige la importancia e intensidad del derecho que se limita, ni la Convención. Por ello, en el control periódico de la medida de ingreso no voluntario, siempre que sea posible se comprobará: a) La audiencia a la persona a quien le afecta la medida, si su situación lo permitiera, b) Los informes de los facultativos que atienden a la persona ingresada, c) El informe del médico forense o de un facultativo designado por el Juez, distinto e independiente del Centro o Residencia.

(56) Competencia territorial para el control periódico. La competencia territorial para el control periódico de los ingresos no voluntarios, prevista en el Art. 763.4 LEC, le corresponde a los juzgados de la residencia actual de persona de cuyo ingreso se trate, y no al que originariamente lo autorizó, pues con esa decisión inicial de ingreso no se agota el procedimiento ya que se deberá controlar tal situación y seguir

autorizándose o no el mismo, y esa actuación posterior no puede ser calificada de mero incidente o equipararse a una ejecución de sentencia.

(57) Inspección de residencias, centros y pisos tutelados. Para dar adecuado cumplimiento a la facultad-deber que al Ministerio Fiscal le atribuye el Art. 4.2º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de “Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de nuestro respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información se estime conveniente”, se deberán establecer en cada Fiscalía las pautas de actuación necesarias y encaminadas para que por los Fiscales encargados de la protección de las Personas con Discapacidad se proceda a la inspección periódica de los Centros, Residencias o Pisos Tutelados, actividad que deberá comprender cuanto menos los siguientes extremos: a) El control de la regularidad de la estancia de cada uno de los residentes, al tener auto de autorización de ingreso no voluntario que así lo autorice, o solicitud en su caso, b) El control de las personas con sentencia de determinación de la capacidad, c) El control de los intereses patrimoniales de los ingresados, d) El control del Funcionamiento de la Residencia, Centro o Piso Tutelado, a través de la posesión de la correspondiente autorización administrativa, e) El cumplimiento de los controles periódicos, f) La colocación de cámaras dentro de las habitaciones conectadas a un circuito cerrado de televisión se considera una intromisión en el derecho a la intimidad. Cuestión distinta es la instalación en zonas comunes y de tránsito, g) Se considera necesaria una normativa específica reguladora de los ingresos de personas mayores en Residencias y Centros Psico-Geriátricos. h) Cualesquiera otras que se desprendan de las anteriores.

(58) Protección de la integridad patrimonial de las personas ingresadas. Es función del Ministerio Fiscal desarrollar toda la actividad necesaria para controlar que los apoyos, tutores, defensores judiciales y guardadores de hecho en el ejercicio de sus funciones, y sobre todo mientras dure el ingreso no voluntario, extremen el celo para conseguir la conservación, y en la medida de lo posible, el incremento del patrimonio de las personas ingresadas de forma no voluntaria que estén bajo su guarda, asegurando que éste sólo se destina a su atención y bienestar, evitándose con ello desviaciones irregulares.

(59) Medidas de protección coetáneas a la solicitud de ingreso no voluntario en residencias, centros o pisos tutelados.

El cumplimiento de la Convención en los términos expuestos en el inciso final del Art. 12, implica un nuevo planteamiento en nuestras funciones de vigilancia y control, lo que sin duda acarreará un notable aumento de la carga de trabajo, del esfuerzo y del necesario transcurso del tiempo hasta que se consiga su instauración, pero somos concientes de que es necesario empezar la marcha al constatarse que más del 80% de las personas ingresadas en las residencias sin su voluntad, carecen de sentencia que determine su capacidad y que establezca, en su consecuencia, apoyo alguno.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que a los ingresos no voluntarios se refiere, existen dos clases de personas con discapacidad y dos intensidades distintas de protección:

A) Personas que tienen una sentencia que determina su capacidad, lo que les confiere una protección patrimonial integral⁵, ya que el apoyo está totalmente controlado tanto antes de entrar a ejercer el cargo como durante su ejercicio, y al finalizar éste, y B) Personas que no tienen una sentencia que determina su capacidad. En este supuesto, la personada internada en una Residencia, Centro o Piso Tutelado, es evidente que hasta su ingreso tendría y con su ingreso deja:

- a) Una vivienda, en propiedad o en arrendamiento.
- b) Un patrimonio mayor o menor, pero lo tendría.
- c) Una fuente de Ingresos.
- d) Unos saldos bancarios.

Lo expuesto, nos lleva a la conclusión de que todas aquellas medidas cautelares que ya estamos acostumbrados a solicitar juntamente con la demanda de determinación de la capacidad y apoyos, deberemos empezar a habituarnos a

⁵ Tienen nombrado o lo debieran tener, tutor, curador o representante legal, así como los apoyos correspondientes, y que se encuentran protegidas del siguiente modo:

1. Tienen un apoyo legal conocido y nombrado con todas las garantías exigidas y con respeto a las prohibiciones prevenidas en los Art. 234 a 246 CC.
2. A ese apoyo Legal se le puede exigir hasta fianza para garantizar la integridad del patrimonio del incapaz. Art. 260 CC.
3. Está obligado a hacer inventario. Art. 262 CC.
4. Viene obligado al informe anual sobre la situación personal de la persona con discapacidad y a la rendición anual de cuentas. Art. 269.4º CC.
5. Y finalmente, al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada. Art. 279 CC.

solicitarlos juntamente con la solicitud de los ingresos no voluntarios, bien en base al Art. 762 LEC, o si su urgencia así lo reclama, por el Art. 216 CC.

Lo que supone, según los casos:

1. Que se deberá solicitar un informe facultativo igual de expresivo que el que se insta para la determinación de la capacidad y apoyos.
2. Que se deberá conocer la situación patrimonial de la persona a ingresar, así como las personas que quedan al cargo del patrimonio tras el ingreso.
3. Que se deberán de interesar las medidas de protección precisas, tales como:
 - Medida cautelar de anotación en el Registro Civil de la solicitud de ingreso no voluntario. Art. 18 LRC.
 - Medida cautelar de intervención y administración patrimonial.
 - Medida cautelar de suspensión y/o revocación de poderes.
 - Medida cautelar de intervención y administración de las cuentas corrientes, libretas de ahorro y cualesquiera otros depósitos o inversiones bancarios
 - Medida cautelar de sometimiento a control y vigilancia del guardador de hecho.

(60) MEDIDAS DE PROTECCIÓN DURANTE EL INGRESO.

Tras la visita de Inspección a una Residencia, Centro o Piso Tutelado, surgen cuestiones tales como:

- Quién tiene las llaves de la vivienda en donde habitaba la persona internada, y en donde se encuentran todos los enseres y objetos que han constituido hasta entonces su esfera patrimonial más íntima y privada.
- Quién custodia el patrimonio que la persona internada deja tras su internamiento, patrimonio que ha sido el resultado de todo su esfuerzo durante su vida activa y consciente.
- Cómo se está usando ese patrimonio y a qué se está dedicando.
- Quién cobra las pensiones que pueda obtener y quién dispone de los saldos existentes en las libretas de ahorro y cuentas corrientes.
- Si existirán algunos poderes generales otorgados por la persona internada, que al no estar incapacitada son susceptibles de ser usados.
- Qué uso se les estará dando.

Siendo evidente que la subsistencia de ese mandato, no obstante no existir sentencia determinando la capacidad y apoyos, es más que dudosa cuando se trate de alguien

que ni siquiera puede decidir su internamiento; pues cómo se puede entender que por el contrario si que tiene capacidad para otorgar poderes.

A) Durante las visitas de inspección a las residencias, Centros y pisos tutelados, a los efectos expuestos, se tendrá en cuenta:

1.- En primer lugar se deberán realizar todas las actividades necesarias encaminadas a conocer quién o quienes ejercen de guardador de hecho.

2.- Cuando se observe que quienes ejercen la guarda de hecho se trata de parientes directos (padres o hijos), como regla general no será aquí donde se requiera una especial vigilancia por parte del MF.

3.- Cuando el parentesco no exista o bien no sea próximo, se deberán practicar cuantas diligencias preprocesales sean necesarias para averiguar tanto la situación patrimonial como personal de la persona internada, para de este modo tener los datos necesarios acerca de si procede instar la determinación de la capacidad y el nombramiento de tutor, o por el contrario mantener al guardador de hecho con el control judicial del Art. 303 CC.

4.- Para el caso de que no proceda instar la determinación de capacidad y apoyos y la situación requiera adoptar medidas de control en relación al guardador, se instará ante el Juzgado que siga el control del ingreso no voluntario, ya que del examen del Art. 303 CC no puede ser otra la autoridad judicial a quien le corresponda la competencia al no haber otro procedimiento en el que esté incurso el internado.

Y el trámite procesal será el de la jurisdicción voluntaria dentro del procedimiento de ingreso no voluntario o en pieza separada del mismo.

5.- Finalmente, como regla general, cuando se tenga conocimiento por el Ministerio Fiscal, al instar una autorización de ingreso no voluntario, de quién o quienes ejercen las funciones de guardador de hecho, todos sus datos deberán ser puestos, mediante otrosí, en conocimiento de la autoridad judicial haciéndole saber que se deberán establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas, y en todo caso, la formación de inventario y la rendición de la cuenta anual de su administración.

Solicitud que, cuando no se haya efectuado con anterioridad, se deberá efectuar cuando se nos dé traslado para informar acerca del internamiento o de la continuación del mismo, en base a lo dispuesto en el Art. 303 CC.

De igual modo, cuando no se tengan los datos que identifiquen a las personas que ejercen la guarda de hecho de las personas ingresadas, se deberá instar a la

autoridad judicial para que tras su averiguación y audiencia establezca las medidas de control y vigilancia arriba referidas.

B) A través de los requerimientos a la Dirección de las residencias, Centros y Pisos Tutelados, que fueran necesarios.

V.- SOBRE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES.

En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población de las personas en situación de vulnerabilidad. Según la “Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD)” correspondiente al año 2008, última disponible se extraen las conclusiones siguientes:

- El número de personas con discapacidad alcanza los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población.
- Un total de 608.000 personas con discapacidad viven solas en su hogar.
- 1,39 millones de personas no pueden realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda.
- 269 mil personas que residen en centros de personas mayores, centros de personas con discapacidad, hospitales psiquiátricos y hospitales geriátricos tienen alguna discapacidad
- Cuatro de cada 10 personas de seis y más años con discapacidad tienen deficiencias en huesos y articulaciones.

El número total de personas residentes en hogares españoles que declaran tener alguna discapacidad asciende a 3.847.900, lo que supone un 8,5% de la población, según los resultados provisionales de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) del año 2008.

Por sexo, más de 2,30 millones de mujeres afirman tener una discapacidad, frente a 1,55 millones de hombres. Las tasas de discapacidad de las mujeres son más elevadas que las de los hombres en edades superiores a 45 años. En los tramos de edad inferiores a 44 años las tasas de los varones superan a las de las mujeres.

PORCENTAJE DE MAYORES POR COMUNIDAD AUTÓNOMA. 2007

Comunidades Autónomas	Total	65 y más	%
Castilla y León	2.528.417	569.338	22,5
Asturias (Principado de)	1.074.862	235.518	21,9
Galicia	2.772.533	598.283	21,6
Aragón	1.296.655	261.415	20,2
Extremadura	1.089.990	207.018	19,0
Cantabria	572.824	106.383	18,6
País Vasco	2.141.860	397.132	18,5
Rioja (La)	308.968	56.713	18,4
Castilla-La Mancha	1.977.304	361.501	18,3
Navarra (Comunidad Foral de)	605.876	105.720	17,4
ESPAÑA	45.200.737	7.531.826	16,7
Cataluña	7.210.508	1.183.628	16,4
Comunidad Valenciana	4.885.029	793.917	16,3
Andalucía	8.059.461	1.179.308	14,6
Madrid (Comunidad de)	6.081.689	875.550	14,4
Murcia (Región de)	1.392.117	191.432	13,8
Balears (Illes)	1.030.650	141.054	13,7
Canarias	2.025.951	251.953	12,4
Ceuta	76.603	8.572	11,2
Melilla	69.440	7.391	10,6

Fuente: INE: INEBASE: *Revisión del Padrón municipal 2007. Datos a nivel nacional, comunidad autónoma y provincia.* INE, Mayo 2008.

1.- DE LA ACTIVIDAD DEL MINISTERIO FISCAL EN LA DEFENSA Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES.

El progreso de la medicina y la calidad de vida alargan notablemente la esperanza de vida de los ciudadanos, provocando el aumento del sector de las “Personas Mayores”, y el aumento del colectivo de personas con problemas de dependencia,

que demanda cuidados permanentes y costosos, difíciles de atender por las familias, lo que supone el aumento de ingresos de las personas mayores en residencias, ante el acceso al trabajo de la mujer, tradicionalmente cuidadora de aquellos, así como por las nuevas tendencias sociales de nuclearización familiar, y movilidad geográfica.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Ministerio Fiscal, es el órgano constitucional encargado de la protección y garantía de los derechos de las personas especialmente vulnerables, entre las que se encuentran las personas mayores. Función tuitiva consustancial con el Ministerio Público español y que posee una honda raigambre en la historia de la institución; y dentro de esta labor de protección, de conformidad con el artículo 4-2º EOMF, destaca, en el ejercicio de sus funciones “ *visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente*”.

El ejercicio de esta obligación ha sido precisado y completado por las Instrucciones de la FGE 6/1987, de 23 de noviembre, sobre ingresos en establecimientos psiquiátricos y la 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que si bien siguen conservando toda su vigencia deben ser completadas de acuerdo con los importantes retos que se dan en la actualidad profundizando en los principios establecidos en las mismas.

En esa profundización debe pasarse de una cierta anarquía y actitud voluntarista de las Fiscalías en la materia a la definición de un sistema que, teniendo en cuenta las especificidades de las diferentes Fiscalías provinciales, institucionalice las visitas, por un lado, dotándolas de contenido y, por otro, dándoles la categoría de servicio de la institución con un nivel igual al resto de los mismos.

Por ello, el grado de civilización y elemento definidor de un estado social de derecho y de una democracia avanzada, están en la actualidad interrelacionados con la dedicación que la sociedad y las instituciones públicas presten al bienestar de sus ancianos.

(61) En los ingresos no voluntarios realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia.

En ningún caso las visitas deben tener un carácter de “ceremonial institucional” sino que debe dotárseles por la vía de una Instrucción de la FGE de contenido que recoja el “qué” y el “como” de las mismas.

En cuanto al “qué” creemos que deben incluirse la revisión de los siguientes aspectos:

- Cumplimiento por el centro de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro dispone de un reglamento de derechos y deberes de los Residentes.
- Organización de las visitas a los residentes y de las comunicaciones de estos con sus familiares y allegados.
 - Atención personalizada y respeto a su capacidad de decisión cuando esto es posible.
 - Respeto a la intimidad de los internos y al resto de sus derechos fundamentales.
 - Atención sanitaria, respetuosa con la autonomía del paciente y en condiciones de igualdad.
 - Actividades de ocio.
 - Temas de carácter jurídico: incapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc....
 - Temas de carácter económico con el fin de evitar los expolios y controlar a los guardadores de hecho.

En el caso que se constaten actividades de tipo fraudulento o una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los ancianos deberán ejercerse las correspondientes acciones dirigidas a depurar responsabilidades civiles o penales o solucionar el problema.

Para una mejor gestión del control se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva. No entendemos inconveniente el que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso puede ser operativo y acorde con el espíritu de las obligaciones legales del Fiscal utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. La utilización de los mismos nos permitirá controlar todos los centros a través de “*visitas indirectas*” realizadas por los mismos, trasladándonos estos los problemas que detecten, y reservando la intervención de la Fiscalía solo a los casos de mayor trascendencia.

(62) En cuanto al “como” podemos distinguir dos tipos de visitas: las ordinarias y las extraordinarias. En lo que se refiere a estas últimas que surgen por una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía deberán incoarse Diligencias Informativas del artículo 5 último párrafo EOMF, adoptando acuerdo de apertura, con el fin de examinar el hecho denunciado. En el mismo, se practicaran las diligencias que se estimen convenientes incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial y entrevistas con residentes y familiares, bien directas bien a través de los funcionarios de la Inspección. Una vez practicadas las mismas se acordara lo que proceda, archivándolas o instando los procedimientos pertinentes.

A) Las visitas ordinarias deben ser programadas anualmente. Esta programación, aprobada luego por el Fiscal Jefe, debe entrar en la agenda de servicios de la Fiscalía con todo lo que ello supone. Por un lado, la obligatoriedad de los fiscales encargados/asignados de llevarla a cabo. Por otro, la obligatoriedad de la estructura de la Fiscalía de liberarle esos días previamente determinados de otros servicios para facilitar su cumplimiento. Entendemos que no se trata de visitar todos los centros, sino de hacer una programación siguiendo criterios objetivos (centros mas grandes, con mayor incidencia de incapaces, con problemas específicos, etc...) y, según el número de Fiscales del servicio, programar un mínimo de una decena de visitas al año por cada dos fiscales asignados al servicio.

En las visitas ordinarias se deberá poner especial énfasis en aquellos temas que puedan afectar a los derechos y libertades de los ancianos residentes (régimen de visitas y comunicaciones, salidas del centro, alimentación, salud, respeto a la intimidad, entre otros).

De las visitas deberá levantarse acta siguiendo un modelo uniforme con el fin de facilitar su comprensión.

De igual modo, podrán incoarse nuevos expedientes para la comprobación de hechos concretos que se hayan detectado en la visita. Igualmente, entendemos conveniente la comunicación a la dirección del centro de las irregularidades detectadas para su corrección inmediata, así como instar a la Inspección para el seguimiento de dichas irregularidades y correcciones. Igualmente se iniciarán todos los procedimientos judiciales que se consideren necesarios cuando ello sea preciso para la defensa y protección de los derechos de los ancianos.

(63) Resulta conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros, en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas, las incidencias referentes a las actuaciones que se lleven a cabo.

2.- ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL MALTRATO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. La Convención y los malos tratos a las personas con discapacidad. La Administración pública y las situaciones de vulnerabilidad próxima a la discapacidad. Síndrome de Diógenes.

A).- La Convención y los malos tratos a las personas con discapacidad.

Se considera “maltrato”, *“todo acto u omisión sufrido por personas de 65 años o más o que se encuentra en una situación de discapacidad, que vulnera la integridad física, psíquica, sexual y económica, el principio de autonomía, o un derecho fundamental del individuo; que es percibido por éste o constatado objetivamente, con independencia de la intencionalidad y del medio donde ocurra (familiar, comunidad e instituciones).”*

La dependencia parece ser un factor de riesgo con especial peso en el abuso económico, puesto que entre los ancianos dependientes la tasa de este tipo de maltrato aumenta desde el 0,2% hasta el 0,9%, superando así incluso la tasa de negligencia y de maltrato psicológico que dicen sufrir las personas mayores con dependencia (Estudio Centro Reina Sofía de Estudios de la Violencia sobre datos de 2006). La Organización Mundial de la Salud (OMS) calcula que un 6% de los ancianos sufre malos tratos y la Red Internacional para la Prevención de los Malos Tratos a las Personas Mayores estima en un 5% las situaciones de violencia dentro del ámbito familiar y en un 10% en las instituciones. Sin embargo, estos datos sólo son estimaciones a la baja dado el alto volumen de casos que ni se detectan, ni se denuncian.

(64) La Convención y los malos tratos a las personas con discapacidad.

Los malos tratos a los mayores y a las personas con discapacidad es una de las mayores lacras de nuestra sociedad, olvidada muchas veces. Por ello, es necesaria una intervención decidida del Ministerio Fiscal, usando no solo los instrumentos penales, sino también los diferentes mecanismos de carácter civil.

(65) Especial atención debe tenerse en el campo residencial donde se dan numerosos casos de maltrato institucional. Aquí podemos incluir muchos aspectos que se derivan de la actuación descontrolada de los poderes públicos en materia de ancianidad y de la falta de mecanismos sociales de protección. En las residencias muchas veces las estructuras de las mismas dan lugar a casos de maltrato institucional que deben ser corregidos. Esencial para perseguir este maltrato es el desarrollo de la Fiscalía, de acuerdo con sus posibilidades, de programas de visita a centros y de control del patrimonio del anciano, sobre todo, cuando este está en manos de guardadores de hecho no parientes o de parentesco lejano. El sistema implantado por la Fiscalía Provincial de Valencia a estos efectos puede servir de referente de una buena praxis. Los artículos 14 a 17 de la Convención de Naciones Unidas suponen un nuevo acicate en esta dirección.

(66) Igualmente requieren especial atención las personas con discapacidad en los establecimientos penitenciarios ya que, por un lado, la pena no puede ser cruel ni degradante y, por otro, no puede suponer un trato desigualitario para los mismos. El principal problema a contemplar viene motivado fundamentalmente por la circunstancia de que en las prisiones no se cuenta con los programas de tratamiento adecuados para tratar la salud mental de estos internos, sin que la intervención de entidades privadas que están desarrollando programas dentro de las prisiones pueda paliar la deficiente situación. Estos programas llegan a un núcleo reducido de internos, quedando el resto sometidos al cumplimiento ordinario con el consiguiente fracaso del tratamiento. Desde las Fiscalías deben buscarse salidas a estos casos para lo que es imprescindible coordinar las secciones de protección de personas con discapacidad y las de vigilancia penitenciaria.

(67) Las sujeciones y contenciones mecánicas pueden afectar directamente a derechos fundamentales de las personas con discapacidad, por ello, solo deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente. Al menos deben realizarse siguiendo un estricto protocolo de garantías y, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés de la persona con discapacidad y no por otros motivos de

tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida. La utilización de estos procedimientos de forma incorrecta atentan directamente contra la dignidad, la integridad e incluso la vida de la persona afectada.

(68) Existen en la actualidad realidades nuevas que colocan a la persona en una situación de riesgo como consecuencia de su falta de autogobierno entendida esta, no solo como falta de capacidad propiamente dicha, sino también como falta de control o inexistencia de medios del afectado para actuar eliminando el posible riesgo que ello comporta.

El derecho no puede dejar de actuar en los casos en que se provoque un riesgo irrazonable para personas que carecen de los mecanismos biopsicosociales que le permitan autoprotegerse de estos riesgos por lo que los mecanismos jurídicos dirigidos a proteger a las personas sin autogobierno o con autogobierno limitado pueden utilizarse en estos casos cuando de las circunstancias se deduzca que nos encontramos ante una verdadera falta de autogobierno.

Al tener el Ministerio Fiscal encomendada la protección de las personas carentes de la posibilidad de gobernarse a sí mismos tiene también encomendada la protección en estos casos que, en principio, pueden no parecer encuadrados en las situaciones en que el Ministerio Público debe actuar. Ejemplos concretos de ello pueden ser los casos de manipulación mental sectaria, los trastornos alimentarios, las adicciones, determinados trastornos de la personalidad, la capacidad intelectual límite o el síndrome de Diógenes.

(69) La filosofía que debe inspirarnos es la de que la persona con discapacidad debe permanecer el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Pero para ello la sociedad debe dotarse de mecanismos de apoyo en el domicilio que no siempre existen, ni llegan a todos los rincones de nuestro país.

El ingreso en un Centro, sobre todo el no voluntario, debe ser excepcional y solo cuando sea estrictamente necesario, por existir un riesgo grave para el paciente, o si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en el estado del paciente o impida que este reciba el tratamiento adecuado.

En el caso de que el internamiento no sea procedente se solicitará del Juzgado el control de los servicios sociales comunitarios para comprobar que prestan a la

persona con discapacidad la atención necesaria en su domicilio, no siendo correcto dejar a la libre voluntad de estos el llevar a cabo dicha actividad asistencial.

VI.- CUESTIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE ACCESO A JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ART. 13 DE LA CONVENCIÓN.

La Convención, configura “el Acceso a justicia de las personas con discapacidad”, como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás, mediante los apoyos personas o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

El acceso a la justicia supone garantizar a las Personas con discapacidad y su entorno, la posibilidad de acudir en igualdad de condiciones que los demás, a hacer valer ante la “autoridad judicial”, sus derechos.

A tales propósitos se concluye:

(70) La necesidad de la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nuevos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para que los ciudadanos lleguen a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles.)

La persona con discapacidad ante el proceso exige que la Administración de Justicia adopte el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permitan sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás.

(71) El aseguramiento del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad implica más concretamente: en orden al derecho de información, que sea debidamente informada desde el inicio del proceso, por parte de todas las autoridades correspondientes, y de la naturaleza de su participación en todas las

diligencias en que sean requeridos, explicando de forma clara y sencilla el objetivo el posible resultado de la intervención.

En función de cada discapacidad habrá de hacerse efectivo este derecho (discapacidad cognitiva: lenguaje sencillo, discapacidad auditiva: intérpretes, discapacidad visual: dispositivos auditivos...etc.).

(72) Especialmente exigible a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal es que la práctica de la prueba en el proceso se realice asegurando la proximidad y la comunicación con la persona con discapacidad.

El derecho a la intimidad y a la propia imagen exige que en el proceso tanto la autoridad judicial como el fiscal controlen que en ningún momento pueda lesionarse, a través de publicaciones, exposiciones o reproducciones.

(73) Cuestión de vital importancia será la coordinación con los juzgados para la celebración de vistas y la utilización de medios técnicos de transmisión de la imagen y del sonido.

Para una buena dedicación a estos asuntos es imprescindible la asistencia a las vistas lo que, dada la precariedad de medios personales, solo es posible con una buena coordinación de señalamientos. La legislación nos aporta ya mecanismos (Art. 182 LEC, Art. 13 Reglamento del CGPJ Aspectos accesorios 15-9-2005, etc.) para que esta coordinación se lleve a cabo lo que debe intentarse por las Jefatura. La Fiscalía debe agotar todas las posibilidades de organización de trabajo y servicios y de coordinación con los órganos judiciales para asistir activamente en todos los procesos civiles en los que somos parte. Si ello, no fuera posible, deberá priorizarse los que no puedan celebrarse sin la presencia del Fiscal (por ser demandante) y aquellos en que los intereses de menores o personas con discapacidad puedan verse más afectados. Igualmente, deberá explotarse las posibilidades que nos dan las nuevas tecnologías como la videoconferencia o sistemas similares de comunicación bidireccional. (Art. 229 LOPJ o 3 EOMF):

(74) La capacitación del personal de la Administración de Justicia que los poderes públicos promoverán, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 13.2 de la Convención, implica que las autoridades judiciales, el Ministerio Fiscal, y el personal de apoyo a cargo del proceso, deberán recibir la debida formación, mediante el diseño de

programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad.

Esta formación especializada se extenderá a la Escuela Judicial, Centro de Estudios Jurídicos, Universidades, Colegios de Abogados y Procuradores, Academias de formación de Policías, etc., a fin de que reciban la formación adecuada en orden al trato que deben dispensar a las personas con discapacidad y conozcan los mecanismos legales para evitar cualquier causa de victimización secundaria.

A estos, se diseñarán, programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia.

(75) Resulta por tanto imprescindible promover la especialización de los Fiscales encargados de la protección de las personas con discapacidad (Art. 13.2 Convención), asegurando la necesaria unificación de criterios, mediante:

- La convocatoria de Juntas provinciales de los fiscales encargados de los Servicios de Protección, con la participación del fiscal jefe con el fin de dar valor a los acuerdos.
- Reuniones autonómicas para la unificación de actuación en materia de legislación y de administración autonómica.
- Reuniones nacionales con la adopción de acuerdos.
- Elaboración anual del Plan de Actuación de cada fiscalía, que con el visto bueno del fiscal jefe pueden marcar la disponibilidad del servicio.

(76) Cuando la policía judicial o los servicios sociales cumplan funciones de instrucción o de colaboración judicial, procurarán que la atención de los casos se ajuste a lo dispuesto en los puntos comprendidos en estas directrices.

Además, debe proveerse de la capacitación necesaria y suficiente de los funcionarios, en general, para que aborden los casos de manera adecuada y profesional, en aras de cumplir con los objetivos anteriormente propuestos.

(77) Finalmente es conveniente el estudio por parte de los Poderes Públicos de los Estados firmantes de la "Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad" de la necesidad de incrementar los Centros de Atención especializada

para el control y tratamiento, en régimen de internamiento o ambulatorio, de las personas con discapacidad.

VII. DE LAS BUENAS PRÁCTICAS EN RELACIÓN A LA ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Convención de Nueva York obliga a los operadores jurídicos a concienciarse de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Para ello deberán respetar la diversidad de los seres humanos, “según su edad, etnia, género, condición socioeconómica, orientación sexual y discapacidad, bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”.

A estos fines, se tendrá en cuenta:

(78) En relación a la movilidad.

Los problemas de movilidad son los que afectan al movimiento de las personas, al coger o manipular objetos, andar, correr o cambiar su cuerpo de posición. Pueden ser debidos a la carencia de algún miembro, alteraciones nerviosas que afectan a la funcionalidad de los mismos o a cualquier otra causa que implique limitaciones en la movilidad.

Criterios de accesibilidad:

- Eliminación de barreras urbanísticas como bordillos, escalones, pendientes pronunciadas.
- Eliminación de barreras arquitectónicas como rampas de acceso, ascensores con botonera adecuada en altura, espacio suficiente de giro.
- Colocación de letrero, carteles y demás elementos de información y señalización a una altura que permita su lectura por personas que se desplacen en silla de ruedas, así como la colocación de timbres o mecanismos de encendido/apagado a dicha altura.
- Facilitar las nuevas tecnologías de la información y comunicación como videoconferencia o fax.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Ajustar nuestro paso al suyo
- Evitar posibles empujones
- Ayudarle, si la persona nos lo requiere, a transportar objetos o paquetes
- Dirigirse a la persona y no a su acompañante
- Al hablar, situarnos de frente y , si es posible, a la misma altura
- Asegurar la existencia de instrumentos y dispositivos para una adecuada actuación (micrófonos).

(79) En relación a la visión.

La discapacidad visual supone cualquier alteración del sentido de la vista, pudiéndose distinguir entre ceguera, en aquellas personas que no ven en absoluto o sólo pueden distinguir una ligera percepción de la luz (pueden distinguir entre luz y oscuridad pero no la forma de los objetos) y deficiencia visual, cuando se pueden ver o distinguir, algunos objetos y a una distancia muy corta.

Criterios de accesibilidad:

- Utilización de perros-guía.
- Itinerarios con referencias.
- Instrumentos electrónicos de lectura y acceso a la información como Braille, Zoom Text y otros dispositivos y programas de ampliación de la imagen
- Eliminación de barreras urbanísticas y arquitectónicas, bordillos, pendientes y semáforos sin señal acústica.
- Accesibilidad a la información, a través de contrastes de color, espaciado suficiente entre los caracteres, alineación del texto a la izquierda, letra de tamaño mayor.
- Aparatos de grabación o reproducción
- Transcripción a Braille o grabación sonora.
- Rotuladores especiales para remarcar textos.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Al dirigirnos a ellas nos identificaremos primero.
- Si se le ofrece o indica alguna cosa, aclararle de qué se trata y en qué lugar exacto se encuentra.

- Si precisa ayuda, preguntarle si lo necesita, ofrecerle el brazo, según sea zurdo o diestro, es mejor que sea ella quien nos coja a nosotros y mejor del codo, que del hombro o del antebrazo. Debemos caminar ligeramente adelantados.
- Advertirle de posibles obstáculos que se encuentren a su paso, bordillos, escaleras, así como, de la distribución del espacio.
- Si nos alejamos o dejamos solo, le avisaremos.
- Mejor que loa adverbios de lugar “aquí, allí”, usar otras referencias como “a tu derecha”, “en la pared de tu izquierda”.
- Si se les ofrece algo hay que ponérselo en la mano, indicando lo que es o dejarlo en un sitio bien indicado.

(80) En relación a la audición.

Según la Confederación Española de Familias de Personas Sordas, la sordera implica la pérdida o anormalidad de una función fisiológica o anatómica del sistema auditivo, lo que conlleva una disparidad para oír y que va a implicar un déficit en el acceso al lenguaje oral.

Criterios de accesibilidad:

- Presencia de intérprete de signos.
- Colocación de bucles magnéticos en el entorno.
- Incorporación de subtítulos en los medios audiovisuales que se utilicen.
- Disposición de señales de emergencia luminosos y de paneles informativos.
- Colocación adecuada para facilitar la lectura labial.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Hablar siempre cara a cara, nunca de espaldas. Mirarle al hablar, ya que se puede apoyar en la lectura de los labios.
- Evitar agentes obstaculizadores como columnas o personas que se crucen.
- Hablar despacio y de forma clara para que pueda leer nuestros labios
- Se puede llamar su atención tocándole levemente en el hombro y no se debe empezar a hablar hasta asegurarse de que está mirando.
- Hablar despacio, pero con normalidad, construyendo frases cortas.
- Ayudarse con un gesto o escribir las palabras puede ser adecuado.

(81) En relación al lenguaje, voz y habla.

Estas dificultades se refieren a alteraciones que afectan tanto a los órganos o estructuras, nariz, boca, laringe, faringe, como a las funciones del lenguaje y del habla, voz, articulación, fluidez o ritmo.

Criterios de accesibilidad:

- Adaptaciones informáticas y sistemas alternativos de comunicación.
- Intérpretes de signos, paneles de signos Lectura labial.
- Adaptación de tiempos, actitudes pacientes y adaptadas al ritmo o comunicación. actitudes de respeto, escucha y comprensión.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

Procurar no ponernos nerviosos creyendo que no le vamos a entender. Si no le entendemos, se lo haremos saber.

- Le podemos pedir que utilice otra manera para comunicarse, no es una falta de respeto, su mayor interés es comunicarse.
- No decir que hemos entendido si no es cierto.
- Si no logramos entendernos, pedir disculpas y buscar un intermediario que nos ayude a comunicarnos.

(82) En relación a la aplicación del conocimiento y enfermedades mentales.

Estas personas pueden presentar dificultades en actividades de la vida diaria relacionadas con: experiencias sensoriales (mirar, escuchar, apreciar estímulos), aprendizajes básicos (aprender a leer, a calcular, adquirir habilidades), aplicación del conocimiento (centrar la atención, pensar, leer, escribir, toma de decisiones, resolver problemas) y actividades instrumentales (vida en la comunidad).

Criterios de accesibilidad:

- Uso de un lenguaje sencillo, adaptado a sus características, comprobando la comprensión por parte de la persona.
- Edición de información y textos en "lectura fácil".
- Adaptación de tiempos.
- Acompañamiento en las actividades en las que se requiera apoyo.
- Secuenciación de las actividades que se vayan a llevar a cabo.
- Creación de ambientes estructurados y estables.
- Facilitación de información por anticipado.

- Escucha, toma en consideración y respeto hacia sus preferencias o intereses.

Ajustes razonables cuando la situación lo requiera:

- Ser naturales en la forma de hablar.
- Dirigirse directamente a la persona y no al acompañante.
- La ayuda debe limitarse a lo imprescindible, procurando que se desenvuelva sola.
- Evitar la infantilización como con el uso de diminutivos.
- Escuchar sus preferencias u opiniones.
- Mostrar a la persona no sólo como receptora de información sino con capacidad para aportar cosas.
- Evitar una posible percepción de superioridad, se les debe proponer, no imponer.
- Hay que saber escuchar y estar atentos a nuevas formas de comunicación como la no verbal.
- Responder a sus preguntas y asegurarnos que nos ha entendido.
- Preguntar de forma clara y precisa
- Evitar las discusiones y situaciones violentas.

(Bibliografía: Guía de Buenas Prácticas en el acceso y atención a las personas con discapacidad en el sector sanitario privado español. Colecciones Cerme.es)

(82) BUENAS PRÁCTICAS EN LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS URBANÍSTICAS Y ARQUITECTÓNICAS.

- Deben ser accesibles los itinerarios desde las paradas de transporte público y las zonas de aparcamiento hasta las puertas de entrada, con rebajes adecuados en las aceras; zonas de parking reservadas, cercanas al centro y la no existencia de obstáculos en el trayecto de acceso al mismo.
- Facilitar el uso de transportes adaptados, bien mediante la información de los servicios existentes o la creación de un servicio propio.
- Las rutas hacia el edificio deben estar correctamente indicadas mediante señales y paneles exteriores.

- La entrada principal, áreas y mostradores de recepción, las puertas interiores, los pasillos y las dependencias del edificio deben ser accesibles, no pudiendo ser por “puertas traseras”
- Que los dispositivos de alarma sean visibles y audibles, incluso táctiles, si pudiera ser.
- Las vías de evacuación deben disponer de señales luminosas que indiquen el camino hacia la salida.
- En plantas altas se deberán tener en cuenta rampas, ascensores o elevadores especiales.
- Ascensores accesibles y con botonera adecuada en altura. Las cabinas deben contener información sonora y visual de las paradas y movimientos (sube, baja) y han de disponer de un intercomunicador accesible conectado con el departamento adecuado.
- Las estancias, habitaciones y aseos serán accesibles, con espacio suficiente de giro o maniobra.
- Mobiliario e instalaciones cómodas, funcionales y de fácil manejo, sin patas que sobresalgan ni aristas, teniendo en cuenta la ubicación de tiradores, interruptores, enchufes y termostatos.
- Los letreros, carteles y demás elementos de información, se colocarán a una altura que permita su lectura por personas que se desplazan en silla de ruedas. La colocación de timbres y mecanismos eléctricos de encendido/apagado se realizará de la misma forma.
- Habrá asientos reservados o preferentes para personas con discapacidad.

(Bibliografía: Guía de Buenas Prácticas en el acceso y atención a las personas con discapacidad en el sector sanitario privado español. Colecciones Cerami.es)

A MODO DE CONCLUSIÓN.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad “es un instrumento básico en la guía de nuestra intervención en los procesos de capacidad y resulta de extraordinaria ayuda en la comprensión de los problemas que

se suscitan en el día a día de las personas con discapacidad, su entorno familiar y asociaciones que los apoyan en el logro de una vida participativa, independiente e igualitaria.

Su lectura serena nos demuestra que sus mentores son profundos conocedores de la situación en que se encuentran las personas con discapacidad, sus problemas cotidianos, sus necesidades más apremiantes,...pero también su sensibilidad, sus valores, sus aspiraciones, desde una perspectiva de extraordinaria practicidad.

La Convención, que se origina en la creencia de que la sociedad internacional tiene “una deuda pendiente” con las personas con discapacidad, cuyos derechos no están suficientemente garantizados, no sólo va dirigida a “Los Estados Partes” o a los directamente interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad.

Y muy especialmente se dirige, a los que desde la administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se incluyan y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática.

En este empeño, estaremos siempre comprometidos.