

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DISCAPACITADO: EN TORNO A LA ENFERMEDAD MENTAL

D. Luis Ignacio García Vidal,
Director Gerente
Fundación Tutelar FECLEM de personas con Enfermedad Mental

RESUMEN

Hacer converger a tres sectores que tienen en su mano la clave de la tutela como herramienta jurídica para darle la especial protección que requiere el discapacitado incapacitado civilmente: el Poder Judicial, la Administración Territorial y la Sociedad Civil; se convierte en el reto teórico-práctico cotidiano de la Fundación Tutelar FECLEM de personas con enfermedad mental en Castilla y León como Institución Tutelar.

Desde esta Fundación Tutelar, como observatorio de las medidas legales, disposición de recursos e interlocutor del propio afectado, proponemos una aproximación a los conceptos de incapacidad y discapacidad y las figuras de protección y guarda. Un recorrido en el avance normativo y las formas de amparo que la sociedad ha ido desarrollando para la protección al más desfavorecido. Un marco jurídico-social para el desarrollo de acciones en defensa de los derechos civiles de las personas discapacitadas que presentan además una merma en su capacidad de autogobierno determinada y garantizada “desde” y “por” nuestro ordenamiento jurídico.

Hablamos de las personas más severamente afectadas por una discapacidad, las que no pueden representarse por sí mismas, ciudadanos “invisibles”, desapercibidos en el mejor de los casos. Aunque, y sobre todo, personas y por este hecho, con capacidad jurídica, con titularidad sobre sus derechos y obligaciones..

PALABRAS CLAVE

Incapacidad, tutela, instituciones de guarda, salud mental, derechos, fundaciones, protección jurídica, discapacidad.

Las Asociaciones *Pro Salud Mental* de Familiares de Castilla y León contemplan la posibilidad de ejercer la tutela sobre las personas incapacitadas judicialmente por enfermedad mental crónica que no tengan familia o que ésta no

se encuentre en condiciones de asumirla. Este fin supone un reto enmarcado en la ayuda mutua y la gestión de recursos que fundamentan la participación ciudadana a través del asociacionismo y la coparticipación en la resolución de situaciones de desventaja social.

Con fecha 14 de Diciembre de 2.000, los representantes legales de La Federación Castellano Leonesa de Asociaciones de Familiares de Enfermos Mentales (FEAFES CASTILLA Y LEÓN), otorgan en escritura pública la constitución de la FUNDACIÓN TUTELAR FECLEM, quedando legalmente constituida a partir de la resolución de 7 de Marzo de 2001, de la Secretaría General de Sanidad y Bienestar Social, por la que se acuerda la inscripción de ésta en el Registro de Fundaciones de la Comunidad de Castilla y León¹. Este hecho es la culminación de un proyecto ambicioso y necesario concretado en la figura jurídica de Fundación cuyo objetivo fundamental se establece en el artículo 6º de sus Estatutos:

“La Fundación tiene por objeto el ejercicio directo de la tutela , curatela u otras figuras de guarda que precisen las personas que, padeciendo una enfermedad mental grave, hayan sido incapacitadas judicialmente por razón de dicha enfermedad y carezcan de parientes o allegados idóneos para el desempeño de tales cargos tutelares”

Son múltiples y complejas las situaciones de indefensión a las que las personas, objeto de atención por parte de esta Fundación, se enfrentan. Trascienden la esfera de lo sanitario para convertirse en problemáticas de marcado carácter social. Requieren por tanto de la articulación de medidas legales de protección y garantía a sus derechos fundamentales, la disposición de recursos sociosanitarios realistas y adecuados y de la especialización de servicios sociales en el desarrollo de acciones tutelares.

1 B.O.C. Y y L. Nº 61 de fecha 26 de Marzo de 2001

La Ley 50/2002 de 26 de diciembre de Fundaciones², establece que son Fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general. Esta forma jurídica supone garantizar los recursos económicos y patrimoniales a la finalidad para la que es creada, permite vincular los bienes del incapacitado a los fines Estatutarios en la forma y manera que el familiar decida, supone una serie de beneficios fiscales y tributarios y está sujeta al control del Protectorado, o lo que es lo mismo, al control Estatal a través de sus órganos administrativos. Destacamos que la Fundación asumirá las tutelas, u otras formas jurídicas de protección y guarda, siempre de forma subsidiaria y a instancia de los juzgados correspondientes.

Podemos decir que las Fundaciones Tutelares constituyen una forma prolongada en el tiempo y especializada para la atención al incapacitado a lo largo de toda su vida, pero también tiene sus limitaciones pues su falta de corporalidad física y vinculación “familiar” con el tutelado va a requerir de la disposición de formas de afecto y contacto social a través de las personas que forman parte del equipo técnico, Patronato y voluntarios de la propia Institución Tutelar.

1.- Sobre el concepto de incapacitación.-

Debemos aclarar con carácter previo dos conceptos fundamentales al hablar de incapacidad: **capacidad jurídica y capacidad de obrar**. Definiremos la capacidad jurídica como la cualidad que ostentan todas las personas por el hecho de serlo, por su nacimiento; la capacidad de obrar supone algo más que ser titular de derechos y de obligaciones: consiste en la facultad de las personas de ejercer por sí

² Ley Estatal que desarrolla el derecho de fundación y establece las normas del régimen jurídico de las fundaciones que corresponde dictar al Estado. Sobre las Fundaciones en Castilla y León tenemos la Ley 13/2002 de 15 de julio de fundaciones en Castilla y León (modificada por Ley 12/2003 de 3 de octubre)

mismas esos derechos y obligaciones. Se trata, por tanto, de la dimensión “dinámica” de la capacidad jurídica³

La enfermedad mental no resta por sí misma, la titularidad sobre ninguno de los derechos de las personas, aunque en ocasiones puede tener influencia sobre su forma de ejercicio, esto es, sobre su capacidad de obrar. Cuando esta discapacidad limita la capacidad de autogobierno de la persona, su capacidad de obrar es ejercida por representación a través de las diferentes figuras de guarda que establece nuestro ordenamiento jurídico.

Sólo en el caso en que se carezca de las cualidades necesarias para obligarse y ejercitar por sí mismo sus derechos, por impedimento o privación a causa de una enfermedad o deficiencia psíquica, podría ser incapacitado. Para ello se precisa de una sentencia judicial que así lo declare, resolviendo un juicio declarativo contradictorio iniciado y formalizado con esta finalidad. La incapacitación podría graduarse y ésta vendría determinada en el alcance y límites que establezca la propia sentencia de incapacitación⁴.

La incapacitación es una cuestión que traspasa la esfera estrictamente privada, en la medida en que supone una privación o limitación de la capacidad civil, de sus derechos fundamentales, afectando por ello al orden público. En consecuencia, nuestro ordenamiento prevé que la incapacitación, que afecta al estado civil y deberá ser declarada judicialmente, sólo puede obedecer a unas causas determinadas y precisa de la intervención del Ministerio Fiscal, todo ello en defensa de la legalidad, del interés público y social, es decir, en estricto sometimiento a la Ley y garantías procesales que establece tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procedimientos de incapacitación y tutela

3 VV. AA “Guía para la protección jurídica para las personas con enfermedad mental”, Consejería de Sanidad y Bienestar Social, Dirección General de Planificación Sociosanitaria. Edita: Junta de Castilla y León. Valladolid 2003

4 Sancho Gargallo, I. “Incapacitación y tutela. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2000

regulados en éstos. Hay que tener presente que dicha pérdida o limitación siempre debe producirse en defensa de la persona y/o de su patrimonio.

Cabe señalar aquí que también la jurisprudencia se refiere a la incapacidad como *muerte civil* de la persona, lo que supone una confusión conceptual, pues la incapacidad afecta tan sólo a la capacidad de obrar y no a la personalidad o capacidad jurídica, que no queda privada ni modificada⁵. De hecho existen una serie de derechos que se denominan actos personalísimos, como son la capacidad de testar o de contraer matrimonio, que podríamos decir que quedan “al margen” de la sentencia que determina la capacidad de obrar de las personas. El artículo 267 del Código Civil impone al tutor la obligación de representar al incapaz, excluyendo de dicha representación los actos que el tutelado pueda realizar por sí sólo. Quiere ello decir que hay actuaciones del pupilo que, no obstante su incapacidad, éste pueda y debe llevar a cabo pues o actúa directamente o nadie podrá hacerlo por él. Existen al respecto multitud de trabajos jurídicos que vienen a distinguir, entre otros, aquellos actos enmarcados en la esfera de la personalidad que no se anula ni desaparece con la incapacidad⁶

2.- Sobre las causas de la incapacidad.-

El Código Civil, tras la reforma llevada a cabo por Ley de 24 de octubre de 1983, en vez de dar una enumeración de enfermedades y patologías que constituyen por sí mismas causas de incapacidad, opta por una fórmula más flexible: exigir la concurrencia de una enfermedad o deficiencia que, prolongándose en el tiempo, impida a una persona gobernarse por sí misma. Ello supone que la incapacidad no vendrá determinada necesariamente por la enfermedad o deficiencia, sino por los efectos que en cada caso produce en la

5 GETE-ALONSO Y CALERA, CCJC, vol. 28, nº 742, pág. 191

6 GUTIERREZ CALLES, Jose Luis “ Matrimonio, testamento y derecho de sufragio activo del discapacitado” Revista del Poder Judicial Nº 56. Cuarto trimestre 1999. Pág 345-373

persona. Así la enfermedad mental en sí misma, como cualquier otra enfermedad o discapacidad, no es determinante de la capacidad civil de las personas que la sufren, sino su dimensión dinámica, invalidante en los efectos que en esa persona produce.

Las causas de la incapacitación vienen determinadas en el Código Civil (art. 200 Código Civil) de forma suficientemente amplia y flexible para que cualquier anomalía que determine en la práctica una incapacidad de hecho pueda ser apreciada como causa de incapacitación.

En términos generales la jurisprudencia concibe la incapacidad como “la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado”. El Tribunal Supremo entiende por deficiencias “aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”⁷

Se precisa que estas enfermedades o deficiencias sean permanentes en el tiempo, de tal modo que pueda asegurarse que será crónica. Un trastorno mental transitorio no puede dar lugar a la incapacitación, con independencia de que pueda ser tenido en cuenta a fin de determinar la imputabilidad de un hecho delictivo o la concurrencia del consentimiento válido en la realización de un negocio contractual. No se busca tanto la protección ocasional del discapacitado, para la que existen otros medios, sino proteger a quien no puede valerse por sí mismo, constituyendo el necesario régimen de tutela u otras figuras de guarda. Cabría aquí preguntarse que, si cabe modificar el alcance de la incapacidad, que si ésta no tiene eficacia indefinida pues pueden cambiar las circunstancias que lo motivaron (art. 761 de la

7 STS 31 de diciembre 1991, RJ 1991 / 9483

Ley de Enjuiciamiento Civil), hasta qué punto el carácter persistente de una enfermedad viene a considerarse un requisito para la incapacidad.

Entendemos que, sobre todo en enfermedades mentales sea prudente esperar un tiempo para ver la evolución de la enfermedad y atender sólo aquellos supuestos en los que exista ya una larga evolución y curso o sean residuales. En muchas ocasiones el *traje* de la incapacitación le queda estrecho a la persona con enfermedad mental. Su capacidad intelectual le va a permitir considerar su nueva situación de inhabilitación civil como una merma en su condición como persona de pleno derecho.

En este escenario de limitación civil se complican las posibilidades de trabajar “para” y “por” la rehabilitación. Desde la FUNDACIÓN TUTELAR FECLM consideramos una dimensión de tutor centrada en lo que podríamos denominar “**protector legal**”, abogamos por aliviar de toda carga estigmatizante y limitadora, que ya de por sí las personas con enfermedad mental sufren, buscando formas de protección y atención que impliquen, cuando sea posible, la participación del usuario y de sus familiares. La situación de incapacidad legal no supone una limitación de derechos y libertades, **NO** debe limitar la inserción y normalización social de la persona incapacitada, **SI** supone una forma especial de ejercicio de sus derechos (*autorizaciones judiciales, vigilancia fiscal, consentimiento informado en intervenciones clínicas, acceso a servicios y prestaciones por representación, y garantías de ejercicio de sus derechos fundamentales*).

3.- Las figuras de guarda.-

Una vez aproximado el concepto de incapacidad, sus causas y el tratamiento jurídico al respecto, identificaremos las instituciones de guarda del incapaz como aquellas figuras de protección legal cuyo objetivo es evitar el desamparo de los incapacitados y/o la conservación de sus bienes y derechos.

La pérdida o limitación de la capacidad de obrar por sentencia judicial requiere la adopción de medidas para proteger al incapaz o su patrimonio. La propia sentencia, como hemos visto, que declare la incapacitación determinará su extensión y límites, así como el régimen a que haya de quedar sometido el incapacitado. El Código Civil prevé la guarda y protección mediante las siguientes figuras: *La tutela, la curatela, el defensor judicial, el administrador judicial y el guardador de hecho*. Mención aparte merece la Patria Potestad que se ejerce por los padres al alcanzar la mayoría de edad el incapaz cuya regulación viene desarrollada en el mismo texto legal.

La tutela es una institución de carácter subsidiario o supletorio de la relación paterno-filial, en el Código Civil podemos ver estas semejanzas cuando en su articulado toma como referencias los preceptos familiares de respeto, obediencia, educación... etc entre tutor y pupilo al definir las funciones, ejecución y deberes del tutor. Es *la tutela* la institución más completa y permanente para la protección al incapaz, el tutor representa al pupilo tanto en su esfera personal como patrimonial. Mediante *la curatela*, en cambio, se asiste al incapaz para determinados actos civiles que éste no pueda realizar por sí mismo (generalmente actos relacionados con la administración del patrimonio). *El defensor judicial*, el administrador judicial y el guardador de hecho son otras figuras complementarias de defensa y representación que no tienen el grado de estabilidad de las enunciadas.

El Código Civil (art. 216) dispone que las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial. Destacamos el hecho de que la tutela se ejercerá bajo vigilancia judicial, es decir está sujeta a la supervisión directa del juez, corresponde por tanto al denominado sistema de tutela de autoridad judicial.⁸

8 VV.AA. "Manual de Derecho Civil I Introducción y derecho de la persona. Ed. Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2001

En este sentido el Código Civil determina, entre otros, los derechos y obligaciones del tutor (arts.267, 269 y 279), los límites en el ejercicio de la tutela (arts. 271 y 272) así como sus responsabilidades y obligaciones. Queda patente el control judicial en el ejercicio de las tutelas

En el caso de las Fundaciones Tutelares como FECLLEM (más adelante veremos cómo las personas jurídicas han sido consideradas por nuestro ordenamiento jurídico como instituciones adecuadas para el desempeño de figuras de guarda legal) le son de aplicación las obligaciones, derechos y deberes a los que se refieren los artículos mencionados. Además está sometida a los controles y registros administrativos correspondientes, vinculada a las asociaciones de familiares, carentes de ánimo de lucro o especulativo y afectado su patrimonio a su fin tutelar o fundacional. Al carecer de forma física y relación familiar con el tutelado, le corresponde la búsqueda de apoyos, recursos, servicios e instituciones para el ejercicio de las funciones de orden personal que la tutela comporta, nos referimos a aspectos vinculantes tales como: procurarle alimentos, educar y formar al incapaz, promover su recuperación e inserción social, etc., aspectos éstos regulados en el Código Civil (art. 269) en semejanza a las relaciones intrafamiliares a las que se toma de referencia en las relaciones que deben acontecer entre tutor y pupilo.

Podemos recoger aquí alguna otra reflexión como argumento para defender que las personas jurídicas privadas sean llamadas a ejercer la función tutelar, (preferiblemente bajo la forma de fundaciones) puesto que, además de la estabilidad que les hace pervivir a sus creadores, están sustentadas y soportadas en agrupaciones, plataformas de participación social, asociaciones de afectados y familiares que, preocupados por las insuficiencias y carencias para procurar a sus parientes discapacitados aquello que precisan para su adecuada protección, busquen en la “persona colectiva” el modo y manera de solución y respuesta. Así, las resoluciones judiciales que dictan el nombramiento de tutor a favor de personas jurídico-privadas, no hacen sino cumplir con la orientación del Código Civil de

preferencia de los familiares, pues detrás de las fundaciones tutelares no hay otra cosa que familiares directos agrupados en una familia jurídica constituida para procurar atención a las personas incapacitadas legalmente.

4.- Avance normativo en el sistema protector de los incapacitados.-

La Ley 13 / 1983 de 24 de octubre de reforma del Código Civil, y con anterioridad en anteproyecto privado de modificación de éste en materia de incapacidad y tutela de 1977 (avalado por profesores de derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid), supuso un cambio importante por la sustitución del sistema de tutela de familia por el de autoridad, introduciendo como novedad significativa la posibilidad de asignar la tutela a personas jurídicas, ampliando, de este modo, su capacidad a un ámbito del que tradicionalmente fueron apartadas *“podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”* (art. 242 Código Civil). Antes de esta reforma existían los Consejos de Familia, como órgano familiar de referencia y que hoy subsiste en alguna Comunidad Autónoma con Derecho Civil especial o Foral.

Esta disposición se presentaba como un importante instrumento para proveer de mecanismos eficaces la protección de las personas incapacitadas, pero surgieron dudas sobre la suficiencia de dicha norma para permitir el nombramiento de tutor a una entidad pública.

La atribución de las funciones tutelares sobre un incapaz mayor de edad a una administración autonómica, fue resuelta en la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado, en la que se concluía que aún cuando algunas tesis desde la doctrina habían negado que el mencionado precepto estuviese pensado también para personas jurídico-públicas, nada impedía designar a éstas tutores, siempre que se tratara de una administración que tuviera, entre sus fines o funciones, tareas que,

de forma específica o genérica, supusieran la protección de discapacitados o, lo que es lo mismo, que entre sus competencias se encontraran las de tipo asistencial que se extienden a este colectivo.

De este modo, pese a no existir una norma que con carácter general reconociera una tutela pública automática, el Código Civil (art. 242) ofrecía cobertura suficiente para la atribución de funciones tutelares a un ente público.

Así se ha venido manteniendo por algunos órganos judiciales en aplicación del principio de mayor interés del incapacitado, que, haciéndose eco de la citada Consulta, ha destacado el abandono que caracteriza a las administraciones públicas con competencia en la materia a la hora de cumplir con estas funciones, cuando no existen familiares próximos adecuados para la tutela. Afirmando así que es obligado reconocer que una administración ha de asumir tales cargas, anejas a su función y más todavía cuando son traducibles en servicios solidarios en relación con los más desfavorecidos. Constan en la Fundación sentencias en este sentido de diferentes Juzgados de diversas Comunidades Autónomas.

Dicha circunstancia, nacida de la implantación de la citada reforma, sirvió de cauce en diversas Comunidades Autónomas para el establecimiento de órganos, dentro de la estructura administrativa, dirigidos a intervenir en este ámbito tutelar. A modo de ejemplo, en el caso de la Comunidad de Madrid que en virtud del Decreto 93/1990 de 4 de octubre, constituyó la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos en la Consejería de Integración Social, posteriormente convertida en un ente de derecho público con personalidad jurídica propia. Se crea así la Agencia Madrileña para la tutela de adultos mediante la Ley 4/1995 de 21 de marzo y cuyos fines básicos son el ejercicio de la tutela y otras figuras de guarda de los mayores de edad incapacitados legalmente.

Otro ejemplo lo constituye la Ley 5/1995 de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla la Mancha, que crea en su artículo 32 la Comisión de Tutela como órgano de la Junta de Castilla La Mancha para el ejercicio de las competencias que a la

misma pudieran corresponderle cuando por sentencia se le asigne la tutela de adultos incapacitados. Regulada su composición y funcionamiento por Decreto 71/1997 de 17 de junio (modificado por el Decreto 52/1999 de 11 de mayo) se establecen entre sus funciones además la de la administración de bienes del incapaz, fomento y realización de acciones encaminadas a su integración y normalización, la facilitación de recursos sociales, la atención personal, su cuidado, recuperación y afecto necesario. La Comunidad de Extremadura creó por su parte (Decreto 52/1996 y Decreto 11/2000). La Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura adscrita a la Consejería de Bienestar Social. En los tres ejemplos mencionados la administración pública crea un órgano específico con similares estructuras organizativas y funciones para el eficaz desempeño de las funciones tutelares.

En Castilla y León, sin embargo, la iniciativa pública ha resultado nula en este sentido, demostrando la práctica habitual que la protección tutelar de aquellos incapacitados que carecen de parientes, que éstos no son idóneos o están imposibilitados para ejercer el cargo, esté siendo asumida por las entidades tutelares privadas que a tal efecto han sido constituidas en esta región. Estas Instituciones tienen como finalidad el ejercicio de la tutela y otras figuras de guarda que precisen las personas incapacitadas judicialmente, en situación de desamparo y residentes en esta Comunidad Autónoma.

Su creación ha permitido que los órganos judiciales encuentren una herramienta jurídico-social garantista de protección de los derechos de estas personas, de forma que los requerimientos judiciales para la protección tutelar del incapacitado, se hayan venido dirigiendo, de forma habitual, a las citadas fundaciones de carácter privado, que en muchos supuestos se ven obligadas a excusar el cargo por las dificultades carenciales en cuanto a dispositivos sociosanitarios adecuados para cada colectivo, sobre todo para las personas con enfermedad mental

Pero la entrada en vigor de la **Ley 41/2003 de 18 de noviembre**, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha supuesto una variación primordial en la asunción de cargos tutelares. Respecto al Patrimonio protegido se fomenta la formación de recursos a favor de la persona con discapacidad, permite la aportación de familiares, terceros o de las propias personas con discapacidad a un patrimonio con una finalidad de protección al discapacitado (*pendiente de regulación normativa sobre el sistema y beneficios fiscales, la constitución y administración de estos patrimonios, etc...*). Esta medida favorecería a un colectivo de unas 500.000 personas con discapacidad grave y da un giro importante en la orientación de la legislación: se parte de un concepto más realista, centrado en la situación de discapacidad, frente al concepto estrictamente jurídico de incapacitación.

Resumimos de la citada Ley estos tres elementos novedosos: **a) la autotutela**, en cuanto a que las personas podrán, en previsión de ser incapacitadas en un futuro, adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, de esta manera se modifica art. 234 del CC en cuanto a que para el nombramiento de tutor se preferirá 1º al designado por el propio tutelado, **b) modificaciones del régimen sucesorio**. 756 CC tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieren prestado las atenciones debidas se consideran indignas para suceder con testamento o sin el. Se permitirá además legar a favor del hijo discapacitado el total de la herencia, incluyendo así la legítima, esto supone la posibilidad de garantizar los medios suficientes para la atención de sus necesidades vitales en vida del beneficiario. **c) obligación de tutela por parte de la administración pública** art. 239 CC, la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces, cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo. Se tiene así por tanto la capacidad de designación a la Gerencias

Territoriales de Servicios Sociales en similares responsabilidades que las que le acontecen respecto a los menores y todo ello sobre la base de evitar las situaciones de desamparo en cuanto a la privación de la necesaria asistencia moral o material.

Concretamente y entre el conjunto de modificaciones incorporadas a la normativa citada, mediante las que se adoptan diferentes medidas que mejoran la protección de las personas con discapacidad, **destacamos** el Capítulo II (art. 9.3) que añade este nuevo y “definitivo” párrafo al art. 239 del Código Civil en cuanto a la asunción de tutelas por parte de las administraciones públicas competentes (apartado c))

Este reconocimiento expreso de una tutela pública automática, ha determinado que los órganos judiciales de esta Comunidad hayan empezado a dirigir sus requerimientos para la protección tutelar de las personas incapacitadas, en caso de excusa de las instituciones privadas, al órgano de la administración autonómica con competencia en la materia (Gerencia de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León).

Pero este nombramiento de la entidad pública como tutor debe alejarse necesariamente de determinados riesgos. La doctrina alude al peligro de burocratización de las funciones y la ilusoria sensación de seguridad que lleve a la desresponsabilización.

La misma Fiscalía General de Estado en la Consulta 2/1998 antes señalada, habla de la imposibilidad de marginar la naturaleza cuasifamiliar de la tutela y la necesidad de atención material, moral y afectiva del incapacitado que posibilite el pleno desarrollo de su dignidad y personalidad. Aspectos que, *“pueden quedar satisfactoriamente cubiertos cuando se goza de estructuras especialmente diseñadas para tales fines y con un personal especializado”* los peligros e inconvenientes apuntados aparecerán *“cuando la entidad pública no cuente con una estructura orgánica ad hoc, diseñada específicamente para tales fines”*.

Tenemos por tanto nuevas disposiciones legales que vienen a determinar la responsabilidad que atañe a las distintas administraciones públicas con competencia en este terreno, de crear mecanismos públicos adecuados para atender estas competencias asistenciales, entre ellos (y como hemos visto ya “vinculante” con anterioridad a la Ley 41/2003 de 18 de noviembre a la que nos referimos), la constitución de organismos o estructuras aptas para asumir funciones tutelares. En este sentido versa la Resolución del Procurador del Común de Castilla y León de fecha 27 de febrero de 2004 instada a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, por la que viene a promover los mecanismos de protección y gestión oportunos y adecuados para cumplir con las garantías que el ejercicio tutelar comprende.

Estamos ante una situación en la que corresponde normativamente proveer a nuestra Comunidad Autónoma de las estructuras específicas idóneas para el desempeño de las funciones tutelares encomendadas por ministerio de la ley. Esta obligación debe necesariamente articular las Instituciones tutelares que, como FECLEM, nacen al amparo de la iniciativa de los propios afectados. Un referente familiar a aquellas personas que carecen de ella o que ésta no puede hacerse cargo. Un referente que tiene su origen en la agrupación de familiares a través de asociaciones que buscan, comparten, se responsabilizan de la atención a sus propios afectados, son las asociaciones de familiares de personas con enfermedad mental de Castilla y León.

La participación de las entidades tutelares privadas en las Comisiones Públicas de Tutelas parece convertirse en una alternativa de hecho en los planteamientos actuales de nuestra Consejería⁹. Entidades privadas que han venido a desarrollar planes de acción especializados en el ámbito de lo jurídico-social,

9 Propuesta a que también se refiere la Resolución del Procurador del Común de Castilla y León de fecha 27 de febrero de 2004 instada a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León

tecnificando así sus servicios y prestaciones desde equipos multidisciplinares: juristas, trabajadores sociales, educadores y economistas; cuya intervención ha venido además a propiciar y fomentar medidas y alternativas de protección adecuadas. Grupos profesionalizados en el sector que ocupan en atención al origen y causa de la incapacidad: salud mental, discapacidad intelectual y los asociados a las patologías y deficiencias de las personas mayores. Tres Entidades tutelares privadas en Castilla y León vienen a cubrir las necesidades tuitivas de los más desfavorecidos. Aprendiendo a tutelar tutelando, o lo que es lo mismo, la definición de servicios especializados a partir del propio afectado, ha sido el detonante en esta y otras Comunidades Autónomas a partir de los años 80, de la creación de Instituciones Tutelares que han ido respondiendo, anticipándose a la preocupación de la administración pública, a la incertidumbre del futuro de los discapacitados cuando falten sus progenitores o éstos no puedan hacerse cargo o, como concurre en numerosas ocasiones, sencillamente no existen.

Las FUNDACIONES para la protección jurídica de la persona incapacitada por enfermedad mental, en ésta y otras Comunidades Autónomas, ha sido la última en incorporarse a una red sociosanitaria que debe tener en cuenta, no sólo la disposición de recursos y medios reales y ajustados al amplio abanico de necesidades del colectivo, sino también las particularidades de las personas con enfermedad mental crónica que condena a entenderse a los dispositivos de servicios sociales, los sanitarios y la regulación jurídica de aspectos civiles y penales.

En el Plan Estratégico de Salud Mental y Asistencia Psiquiátrica 2002-2007, enmarcado en el 2º Plan de Salud de Castilla y León (1998-2007)¹⁰, se constata la vinculación de los poderes públicos en las acciones en defensa de las

10 Acuerdo 58/2003, de 24 de abril de la Junta de Castilla y León. BOCYL nº 81 de 30 de abril, establece en sus líneas estratégicas y objetivos fundamentales, la necesaria protección de los derechos de las personas con enfermedad mental (línea estratégica 4, objetivo 7. Rehabilitación e integración de las personas con enfermedad mental: hacia una integración social y laboral plena. Especial referencia en el objetivo 7 "promover el respeto a los derechos de las personas con enfermedad mental")

personas con enfermedad mental, haciendo referencia a la actuación de la Fundación Tutelar de personas con enfermedad mental y su necesaria coordinación con la administración pública. Se articulan así mecanismos de protección en el desarrollo de acciones sociales que se impulsan desde la iniciativa privada, que deben ser respaldadas y garantizadas por la Administración Pública y que tienen como referencia nuestro ordenamiento jurídico en materia de derechos civiles.

5.- El proceso de reforma psiquiátrica y la tutela.-

Entre las críticas al proceso de reforma psiquiátrica se encuentra el hecho de que la orientación comunitaria de esta reforma haya podido ser entendida en muchos casos como un trasvase de la responsabilidad de la atención desde el sector sanitario público a otros sectores, fundamentalmente el sistema de acción social, las familias y en ocasiones dispositivos privados, sin que se haya hecho un análisis de las cargas asociadas ni una dotación adecuada de recursos¹¹. La interpretación del proceso de reforma como una mera “desinstitucionalización”, focalizado en un grupo de pacientes y no en el conjunto de personas con enfermedad mental es otro aspecto criticado en el proceso de reforma seguido en nuestro país.

La estructura manicomial-cerrada llevaba consigo la desmembración familiar, pacientes en estructuras asistenciales que estigmatizaban e institucionalizaban a sus residentes, se desarrollaba una filosofía de contención frente a planteamientos de atención e inserción. Una estructura que tiende a desaparecer pero que coletea ante la falta de alternativas realistas y adecuadas.

El hospital ha actuado históricamente de guardador de hecho, de responsable en definitiva de la vida, relaciones afectivas, sociales y comportamientos de sus residentes. Un padre protector que ha prestado un servicio

11 Congreso de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, informe SESPAS 2002. Zaragoza. Disponible en www.sespas.aragob.es/informe/sespas2_8.pdf.

integral de cuidados y atenciones más allá de la salud física o mental de los pacientes.

La Fundación Tutelar trata de ejecutar esta labor de referente socializador de los internos, trata de distinguir el rol de prestador de servicios del Hospital, la residencia, el centro ocupacional, etc. del propio de un padre de familia que debe velar, fiscalizar y normalizar aspectos inherentes a la persona en su dimensión civil, contractual, demandante, aspirante, acreedor de prestaciones sociales y calidad de vida, responsable de su administración económica, de autorizaciones para actividades de ocio, intervenciones sanitarias, compras y ventas, programas de rehabilitación, alternativas clínicas o educativas, ...

La insuficiente provisión de servicios y recursos ha contribuido a generar un conjunto de consecuencias negativas de cara a la atención e integración comunitaria de esta población: *uso inapropiado de la atención hospitalaria, incremento de reingresos hospitalarios, sobrecarga familiar, dificultades de integración comunitaria, incremento del riesgo de marginación e indigencia de personas con enfermedad mental sin apoyo familiar ni social, los "sin techo"*.

El proceso de reforma, iniciado con la Ley General de Sanidad (14/86 de 25 de Abril), resultó en definitiva brusco y falto de respuestas, no sólo desde el diseño y gestión de centros y servicios alternativos, sino que abocaba a familiares y sociedad a hacer frente a nuevas situaciones de necesidad en la esfera de lo que hoy denominamos sociosanitario. Pero desde el inicio ha existido una clara implicación del movimiento asociativo en la búsqueda de alternativas rehabilitadoras y normalizadoras. Las familias han inventado o se han sumado a prácticas de rehabilitación, inserción sociolaboral, programas de psicoeducación, programas de atención a domicilio..... Formas de trabajo insertadas en la atención desde el trabajo comunitario, desde la percepción de la incorporación social de las personas afectadas por una enfermedad mental grave. Ahora también se convierten en

interlocutores de aquellas personas a las que la enfermedad ha erosionado sobremanera aspectos de autodirección, su capacidad en definitiva de autogobierno.

En el contexto de la reforma psiquiátrica, el avance en los tratamientos fuera del ámbito hospitalario centrados en el ámbito comunitario desde nuevos recursos específicos, ha generado una serie de consecuencias que vienen a incidir en el tratamiento y atenciones que las personas con enfermedad mental grave precisan en la actualidad. Exponemos algunos de los resultados y limitaciones que constituyen un reto de la actual psiquiatría comunitaria:

- **El tratamiento involuntario.** Regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 763), Ley 1/2000 de 7 de enero, supone en ocasiones un conflicto en cuanto a la limitación de la libertad de la persona y la necesidad de instaurar un tratamiento médico. Se precisan por tanto de protocolos de traslados urgentes adecuados a las características del paciente con enfermedad mental, de las garantías procesales de representación y defensa suficientes y del control médico-judicial oportuno tanto en el ingreso como en el alta. No consideraremos el controvertido asunto de los internamientos involuntarios, pero conviene tenerlo de referencia a la hora de plantear medidas alternativas como los planteamientos actuales de reforma del vigente articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regula el internamiento. En este contexto las asociaciones de familiares proponen medidas menos restrictivas de protección a la salud de las personas con enfermedad mental grave como el **tratamiento ambulatorio involuntario** que, amparado en la máxima de “*quien puede lo más puede lo menos*” viene a considerarse una medida que en la práctica jurídica está siendo de aplicación pero que requiere de su articulación legal¹².

12 Como ejemplo de derecho internacional tenemos a la denominada Ley Kendra del Estado de Nueva York, que establece un procedimiento para procurar un tratamiento ambulatorio involuntario supervisado. La podemos encontrar en www.omh.state.ny.us/omhweb/spansite/Kendra.

Esta medida demandada desde las plataformas de participación social vendría a garantizar la adopción de otras formas de protección sanitarias para aquellas personas cuya capacidad de autogobierno resulte afectada y que de esta forma pongan en peligro su propia salud, potenciando así las medidas de tratamiento “en” y “desde” el entorno comunitario, fundamentado también en consideraciones socioeconómicas. Como indicadores a este respecto podemos apuntar que los trastornos mentales supusieron en España en 1999 (INE) el 29 % de las estancias hospitalarias (esto supone un importante consumo de recursos). En Castilla y León en el 2001 se atendieron casi 5.000 ingresos en las unidades de hospitalización psiquiátrica que generaron más de 68.000 estancias de los cuales en el 35 % de los casos se trataba de reingresos. (el 80 % son ingresos voluntarios). En lo que se refiere a los costes directos de los trastornos de salud mental, en España representan el 5,3% de los gastos totales sanitarios lo que equivale al 1% del PIB, el 30% de estos gastos corresponden a los derivados de la hospitalización.¹³

La falta de recursos específicos para pacientes crónicos. El fracaso terapéutico experimentado por algunos usuarios pone fin a las posibilidades de tratamiento específico para el colectivo por la falta de unidades de tratamiento de larga estancia de referencia a cada área de salud y otras alternativas residenciales: *miniresidencias, pisos tutelados...* Con esta situación carencial se produce también un embotellamiento de las unidades de rehabilitación (denominadas estructuras intermedias) al no disponer de alternativas al alta que garanticen la continuidad de cuidados y tratamientos.

Las dificultades de acceso a los programas de rehabilitación. Además de la carencia de unidades de rehabilitación en cada área de salud, los programas de rehabilitación de estancias diurnas dificultan las posibilidades de acceso desde las zonas rurales en una Comunidad territorialmente extensa y no siempre con

13 Libro Blanco. Estudio Sociodemográfico sobre el Coste Social de los trastornos de Salud Mental en España. Ed. Smithkline. Sociedad Española de Psiquiatría. Madrid 1998

posibilidades de transporte apropiadas. Existe además un área de salud en Castilla y León (Bierzo) que no dispone de ningún dispositivo intermedio de tratamiento y rehabilitación, donde la población (250.000 hb) reside fundamentalmente en zonas rurales.

No “saberse” enfermos: las barreras a la atención al colectivo y las dificultades de acceso cuando existen limitaciones de autogobierno. El carácter de voluntariedad cierra las puertas de acceso a los escasos recursos existentes, el padecimiento de un trastorno psicótico tiene entre sus síntomas positivos la propia negación de la enfermedad, ponemos a jugar dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad (autodeterminación) y el derecho a la protección de la salud. Denunciamos la vulneración del derecho de acceso a la protección de la salud en base a la voluntariedad o incluso llegar a requerir que la persona candidata tenga los apoyos familiares y sociales suficientes.

El proceso de reforma psiquiátrica debe tener en cuenta las situaciones civiles especiales de las personas incapacitadas legalmente o con limitaciones en su capacidad de obrar. La propia situación de indefensión que acontece en ocasiones al colectivo, les aleja de sus posibilidades de tratamiento, resumimos en cuatro puntos algunas posiciones a este respecto:

- La situación de incapacidad jurídica, que hace necesaria la autorización judicial previa para participar en programas de rehabilitación u otras unidades residenciales o de internamiento, **no debe ser un obstáculo para su tratamiento** en su condición de persona demandante de estos recursos en base a sus características psicopatológicas o sociales. No se entienda aquí el internamiento por orden judicial ni una derivación obligada por nuestro ordenamiento jurídico en base a medidas de seguridad, penados o preventivos.
- La falta de apoyo social suficiente no debe tomarse como condición o criterio de exclusión de las unidades de rehabilitación, de esta forma

estaríamos dejando al margen de los programas de rehabilitación a las personas que no tienen familia o que éstas no pueden ocuparse de sus atenciones básicas. Estamos así **excluyendo o marginando a pacientes de atenciones médicas en base a su situación social.**

- La situación de incapacidad de una persona requiere autorización judicial previa para internar a un tutelado, en ocasiones el trastorno psíquico les hace distorsionar el sentido positivo que puede haber en la hospitalización y el tratamiento, esta coerción ejercida resulta negativa para la relación terapéutica pero la capacidad de autogobierno limitada en sentencia judicial **no permite una hospitalización voluntaria en sentido jurídico. (art. 271 CC)**
- Entendemos que las personas con enfermedad mental, independientemente de su situación legal, pueden y deben hacer uso de recursos de rehabilitación sobre la base siempre de las indicaciones de los psiquiatras de la red. No “*saberse enfermas*” no debe ser un criterio excluyente para ser beneficiarios de los servicios sociosanitarios de la red de atención psiquiátrica, descolgar de la red a estas personas potencia un peor curso y pronóstico de su enfermedad.

6.- En torno a la tutela: valoraciones desde la Fundación Tutelar.-

Sin entrar en consideraciones relativas al derecho procesal, la práctica jurídico-social desarrollada desde la Fundación Tutelar FECLM, invita al análisis de algunas limitaciones y carencias en los procedimientos de incapacidad y tutela. El origen de estas demandas, transformadas en líneas de actuación de nuestras reivindicaciones y consideraciones teórico-prácticas, lo constituye la falta de juzgados especializados (unos 100 Juzgados de Primera Instancia en nuestra Comunidad Autónoma desde donde se tramitan los procedimientos de incapacidad

y tutela), la propia dinámica del sistema judicial, la falta de coordinación entre la administración judicial y la red pública de servicios sociosanitarios, la carencia de recursos específicos para enfermos mentales crónicos y otros relativos a la confrontación de derechos fundamentales y el escaso desarrollo del proceso de reforma psiquiátrica llevada a cabo en nuestro país. Destacamos algunas valoraciones de manera sucinta a modo de conclusión:

- Las sentencias de incapacidad se deben producir con la mayor objetividad posible. En ocasiones la demanda de incapacidad se insta ante situaciones de alarma social, prejuicios y desconocimiento de la enfermedad mental, que vienen a estigmatizar aún más al colectivo.
- El Ministerio Fiscal tiene un papel protagonista al poder intervenir en los procesos de incapacidad y tutela, actuando así en nombre de una familia a la que sólo le faltaba enfrentarse a su familiar incoando un expediente de incapacidad sobre aquel erosionando aún más la difícil convivencia que le ha tocado vivir, además de los costes procesales que suponen una nueva carga económica al familiar-cuidador.
- Se deben tener en cuenta tutelas parciales que no limiten todos los aspectos civiles de la persona (cuando esto sea posible). La sentencia de incapacidad debe limitar exclusivamente aquellas capacidades de autogobierno que requerirían de un representante legal. En el caso de personas con enfermedad mental, su capacidad intelectual le permiten en numerosas ocasiones un discernimiento suficiente para algunos actos civiles, por ejemplo el derecho al sufragio, y en otras capacidad suficiente para que, con los adecuados programas de rehabilitación, asuma ciertas responsabilidades, personales y/o patrimoniales que no limiten su propio desarrollo personal.
- Las familias (cuando existen) quieren y deben tener un papel protagonista en la atención a su familiar pero deben tener los suficientes apoyos y recursos para no poner en peligro su patrimonio e incluso su salud. En

ocasiones las familias no pueden soportar potenciales y/o reales responsabilidades personales o civiles y buscan una tutela compartida en el mejor beneficio posible para su familiar y las propias relaciones familiares.

- No debemos olvidar que se deben tener en cuenta las posibles remociones de la incapacidad legal, hay que tener en cuenta que la rehabilitación es posible, que la incapacidad no tiene por qué ser vitalicia.
- Determinados pacientes con enfermedades graves y crónicas con deterioro importante en sus facultades cognitivas, volitivas, emocionales y de autogobierno en general, van a necesitar de terceras personas que les representen para sus actos civiles, contractuales y personales, pero debemos defender la idea de subsidiaridad de la tutela institucional frente a la tutela familiar.
- La coordinación de los apoyos posibles en su entorno natural, constituye el modelo de nuestro servicio tuitivo. Demandantes así de la protección garantista y responsable que asume la administración pública a través de sus servicios sanitarios y sociales en función del estado de dependencia por razón de la dimensión discapacitante de la enfermedad mental grave.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- GARCÍA SERRANO, Angel “Guía práctica para la Gestión de Fundaciones. Especial referencia a las de Acción Social” 2ª edición. Ed. Junta de Castilla y León. Valladolid 2003.
- VV.AA. “La Protección Jurídica del Discapacitado” I CONGRESO REGIONAL EN CASTILLA Y LEÓN. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2003.
- I CONGRESO NACIONAL DE PSIQUIATRÍA “Los Nuevos Crónicos. Presente y futuro”. Fundación Madre de Castilla la Mancha. Guadalajara 2001
- GETE-ALONSO Y CALERA, Mª del Carmen “La protección Civil de personas sometidas a manipulación mental” Ed. Tirant lo Blanch . Valencia 2003
- GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, Martín “La Protección Civil del Enfermo no Incapacitado” Ed. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona 1992
- MENDEZ, Rosa M, VILALTA, A. Esther “Procedimientos de incapacitación y prodigalidad” Ed. Bosch S.A. Barcelona 1999.