

## **EL EJERCICIO DE LA TUTELA POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES LA SUMISIÓN A TRATAMIENTO AMBULATORIO Y CURATELA SANITARIA**

D. Jesús Mas Mayoral

*Director de la Agencia Madrileña de Tutela del Adulto*

### **Resumen**

En la presente ponencia, se expone pormenorizadamente el ejercicio de la tutela por parte de las Instituciones, y, concretamente, por parte de la Agencia Madrileña de Tutela del Adulto, sometiendo a debate aspectos concretos del ejercicio de la tutela como son la sumisión a tratamiento ambulatorio y la curatela sanitaria.

PALABRAS CLAVE: *Tutela, curatela, salud.*

### **Abstract**

In this paper, the exercise of tutorship by the Institutions, specifically, by the Madrid Agency of Tutorship of Adults, is discussed in detail. Concrete aspects of the exercise of tutorship, such as submitting to outpatient treatment and health custodianship are debated.

KEY WORDS: *tutorship, custodianship, health.*

Quiero, en primer lugar, agradecer sinceramente a los organizadores de este Simposium la invitación que se me ha hecho para participar en nombre de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

Me corresponde, así, hablar, en primer lugar, del ejercicio de la tutela por parte de las Instituciones, y, concretamente, por parte de la Agencia, y posteriormente quisiera traer a colación, en realidad, como tema de debate sujeto a las aportaciones que en este foro se hagan, algún aspecto concreto del ejercicio de la tutela como es la sumisión a tratamiento ambulatorio y la curatela sanitaria.

En cuanto al origen de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, hay que remontarse a la reforma del Código Civil en materia de tutela, realizada por Ley 13/1983, de 24 de octubre, que supuso un importante giro, al sustituirse el clásico sistema de tutela de familia, por el de autoridad. Una de las muchas y significativas novedades que se introdujo, importándola del derecho comparado, fue la posibilidad del ejercicio de las funciones tutelares por personas jurídicas. Su base normativa se encuentra en el artículo 242 del Código Civil:

“Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

Dentro de las personas jurídicas se incluyen las de carácter público. Y en virtud de la distribución de competencias que recoge nuestro texto constitucional, corresponde a las Comunidades Autónomas el ejercicio de las mismas.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid se creó la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos. El nacimiento de este servicio fue provocado, principalmente, por la demanda surgida desde distintos sectores y estamentos judiciales.

La Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos fue creada por Decreto 93/1990, de 4 de octubre, de la Consejería de Integración Social como un órgano “ad hoc” sin personalidad jurídica propia, dependiente de su Viceconsejería, a través del cual la Comunidad de Madrid tiene el fin de prestar la asistencia y protección social precisas para hacer frente a la defensa de los derechos y garantías de las personas necesitadas de tutela.

Paulatinamente, se detectó que el marco autonómico adolecía de alguna deficiencia de carácter funcional. El tutor tenía que desplegar una ingente actividad en el orden civil para el correcto desempeño de unas funciones que escapan del tradicional ámbito de la Administración Pública y, por tanto, de la clásica estructura administrativa. Todo esto aconsejó la reconversión de la Comisión, para adaptarla a las necesidades de las funciones tutelares. Se creó, así, por Ley 4/1995, de 21 de marzo, la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, adscrita a la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, como un Ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada para el cumplimiento de sus fines y que ajusta su actividad al ordenamiento jurídico privado.

A continuación, pasaré a hacer un rápido esbozo de los fines, competencias y estructura de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos.

La razón de ser de la Agencia es, fundamentalmente, prestar la asistencia y protección social y jurídica necesarias a las personas mayores de edad incapacitadas legalmente o en proceso de incapacitación, que se encuentren en situación de desamparo y residan en la Comunidad de Madrid, cuando así lo determine la autoridad judicial.

En la propia Ley fundacional, se establece como principio inspirador, la promoción de la sensibilización social en orden a fomentar el respeto de los derechos de las personas mayores de edad con capacidad legal limitada y su mayor integración y normalización en la sociedad.

Quiero destacar, incidiendo en la referida razón de ser de esta Entidad, la figura del usuario, esto es, del destinatario de la actividad de la Agencia, porque, en definitiva, no se actúa sobre expedientes, sino sobre las personas, especialmente, esas personas que por su situación necesitan más apoyo. Pues bien, ese es el verdadero reto de la Agencia de Tutela: que hemos de atender a personas “una a una”, cada una con unas circunstancias propias únicas y personalísimas, y ello requiere por nuestra parte una atención especial y también personalísima para cada una de ellas.

Los fines básicos de la Agencia son los siguientes:

Por una parte, el ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente.

Por otra parte, en los procesos de incapacitación, la asunción de la defensa judicial del presunto incapaz, y las funciones que determine la autoridad judicial en medidas provisionales destinadas a evitar o paliar situaciones de desamparo.

Otra finalidad de la Agencia es la integración y normalización de los tutelados, facilitándoles recursos sociales, la atención personal, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario.

Nos corresponde también, la administración de los bienes del tutelado, actuando en su beneficio, bajo los principios de prudencia, conservación y mejora de aquellos, con arreglo a las previsiones contenidas en el Código Civil al respecto.

Y, por último, tenemos encomendada una labor de información, orientación, asesoramiento y asistencia a padres, familiares y otros tutores.

No obstante, aunque la Agencia atiende a todos estos fines, sin duda lo más importante es la obligación de procurar al tutelado “el afecto necesario”, que es precisamente la única exigencia de carácter subjetivo establecida en la Ley de creación de esta Entidad (concretamente en el art. 4.c. de la ley). Y es que tenemos que cuidar ese aspecto subjetivo del trato directo con el tutelado, porque somos conscientes de que también en lo afectivo hemos de cubrir un vacío –quizá es en lo que más-, y tenemos que convertirnos en la familia que muy frecuentemente al tutelado le falta. Facilitando ese afecto pretendemos devolver a los usuarios de la Agencia su autoestima y, en definitiva, su dignidad, algo que les corresponde por derecho propio.

Es importante señalar, el doble papel de complementariedad y de garantía que cumple la Agencia. Complementariedad respecto de las actuaciones que corresponden, en

primer término, a las personas físicas del entorno familiar o a otras instituciones sin ánimo de lucro. Y garantía en cuanto Entidad que, en última instancia, presta el apoyo necesario cuando no es posible el nombramiento de tutor entre las personas inicialmente llamadas a ejercer la tutela, bien por inexistencia, no idoneidad o inhibición de las mismas.

Antes de entrar a hablar de la organización interna de la Agencia, quiero hacer mención de sus trabajadores, que constituyen un equipo volcado en un trabajo en ocasiones titánico, porque requiere una mezcla, a partes iguales y en dosis muy elevadas, de profesionalidad, dedicación y humanidad.

En cuanto a la organización interna, los puestos de trabajo se estructuran en tres Áreas (Social, Jurídica y Económico-administrativa) que partiendo del principio de coordinación desarrollan conjuntamente su actividad para dar cobertura a las necesidades de cada persona en sus tres ámbitos de actuación: personal, jurídico y patrimonial.

Por ello, cada expediente se inicia con el diseño de un Plan individualizado de intervención en el que participa un equipo multidisciplinar que desarrolla un proyecto de trabajo personalizado, ajustado a la situación de cada tutelado. Y como esa situación puede ser cambiante, además, tiene que ser un auténtico plan dinámico de intervención, que se va adaptando a las necesidades que requieren la normalización e integración en la sociedad.

El Área de Trabajo Social centra su labor, fundamentalmente, en:

La planificación y obtención, en su caso, de los recursos sociales y prestaciones asistenciales y sanitarias que pudieran necesitar los usuarios de la Agencia, en función del plan individualizado de intervención que para cada uno se hubiere diseñado.

El conocimiento de los aspectos psicológicos, médicos y sociales que rodean a la persona.

La colaboración con la iniciativa social con el objetivo de cubrir las necesidades afectivas y de integración social de todas las personas incapacitadas o en proceso de incapacitación.

Y en prestar el apoyo y la orientación a padres, familiares, así como otras personas físicas o jurídicas sobre aspectos sociales relacionados con la incapacitación y la tutela.

En el Área Jurídica, la intervención de la Agencia se centra en las siguientes cuestiones:

Las actuaciones en los procedimientos de incapacitación y tutela, así como en aquellas otras piezas que pudieran abrirse para acordar medidas cautelares de protección personal y/o patrimonial en relación con el presunto incapaz

La intervención y defensa en aquellos asuntos en los que los intereses y derechos de los tutelados estén afectados.

El asesoramiento e información en aquellas cuestiones jurídicas que pudieran suscitarse en el ejercicio de los cargos tutelares.

Y en el Área Económico-Administrativa las actuaciones se concretan en:

La planificación, gestión y administración de los patrimonios mobiliarios e inmobiliarios de las personas tuteladas por la Agencia.

La realización de aquellas actuaciones de carácter patrimonial acordadas judicialmente en medidas cautelares, como medida de protección de presuntos incapaces.

La conformación de inventarios y rendiciones de cuentas para su presentación ante la autoridad judicial competente como garantía del desempeño de la función tutelar. Información y asesoramiento sobre recursos económicos y administración patrimonial aquellas personas que lo requieran.

Por otra parte, en su actuación, en lo que constituye el día a día de la Agencia, se intenta cumplir unos objetivos, que básicamente son los siguientes: Dentro de lo que constituye un objetivo genérico, como es promover la tutela como medida de protección de las personas incapacitadas, a través de mecanismos de concienciación y sensibilización social, se desarrolla una intensa labor de información y asesoramiento a Instituciones, profesionales, familiares y tutores o posibles tutores, labor que se lleva a cabo de manera continua mediante la atención en la propia sede de la Agencia o a través de consultas telefónicas, y que también se proyecta al exterior a través de diferentes medios, como sesiones informativas en Centros de Servicios Sociales, Residencias, Dispositivos de Salud Mental, etc., o la participación en Jornadas sobre incapacitación y tutela junto con otras Instituciones y Profesionales implicados en la materia, como Fundaciones Tutelares, Organismos de otras Comunidades Autónomas, Jueces, Fiscales, Psiquiatras, etc.

Otro de los objetivos de la Agencia es diversificar la responsabilidad del ejercicio de la tutela, fomentándola en otras personas jurídicas que refuercen y potencien la actividad de la Agencia.

Lo que se intenta a través de la convocatoria anual de subvenciones, cuyo objeto es la ayuda económica a Fundaciones y Asociaciones Declaradas de Utilidad Pública, que tiene como actividad fundamental la tutela de personas incapacitadas judicialmente, o en proceso de incapacitación. Está así, próxima a publicarse la que será la octava convocatoria de subvenciones.

Por otra parte, la firma de convenios de colaboración con entidades públicas o privadas no es solamente una alternativa recogida en la propia ley constitutiva de la Agencia, sino que constituye en sí misma una herramienta de gestión de indudable valor para conseguir la máxima eficacia en la asignación de los recursos públicos. Actualmente, la Agencia tiene suscritos convenios de colaboración con varias Entidades radicadas en nuestra Comunidad, algunos de los cuales vienen siendo prorrogados desde hace varios años, y, a la vista del resultado positivo que se ha obtenido, la previsión es incrementar estas relaciones, en función de las necesidades derivadas de la actividad tutelar.

En definitiva, con todos estos objetivos se pretende una mejora continua de la calidad de los servicios prestados por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, porque ello se traduce en la mejora de los servicios prestados a las personas tuteladas, que redundan en última instancia y directamente en su propio beneficio, lo que constituye el fin básico y el principio inspirador del ejercicio de la tutela.

La actuación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos va dirigida a un colectivo de personas (las incapacitadas judicialmente o presuntas incapaces) muy heterogéneo. Por ello, es absolutamente necesario para la Agencia desarrollar su actividad en un marco de interconexión. Conexión, que ya es una realidad dentro de la propia Consejería de Familia y Asuntos Sociales, porque mantenemos una estrecha y muy valiosa relación de dependencia con todas sus Direcciones. Pero, además, para una mejor prestación del servicio, es muy importante extender la relación con otras Consejerías de la Comunidad, especialmente, la de Sanidad, así como con la Administración estatal y local (es fundamental para la Agencia la relación con los servicios sociales municipales).

Con todo, no es fácil para la AMAT., como entidad jurídica pública, el ejercicio de la actividad tutelar, pues los problemas a los que diariamente se enfrenta son muchos y variados. Así, a modo de ejemplo, podemos destacar que la Agencia no dispone de recursos residenciales propios, esto es, no gestiona centros donde mantener a los tutelados, por lo que en caso de necesitar plazas (y ésta es una necesidad que se produce a diario) acude, como un particular más, a la red institucional o a la privada, quedando a expensas de la disponibilidad de plazas. Pero, además, no todas las personas tuteladas por la Agencia están o deben estar en centros (sean psiquiátricos, de mayores, hospitales, de minusválidos psíquicos o físicos, etc.): De hecho, un 25,20 % no está en centros, sino mayoritariamente en su propio domicilio o en el domicilio de algún familiar, y este dato nos lleva al tema que pone título a nuestra intervención: “la sumisión a tratamiento ambulatorio y la curatela sanitaria”, o curatela para la salud, por utilizar el término más frecuente y que nos gusta más. Cuestiones ambas que vienen referidas casi exclusivamente al ámbito de la enfermedad mental.

La curatela para la salud se va estableciendo cada vez con más frecuencia en los pronunciamientos judiciales, como un paso más hacia la precisión en la extensión y límites de la incapacitación, y en el régimen de guarda y protección legal. Y es una institución que consideramos acertada por cuanto concilia los dos aspectos, el médico y el jurídico, aspectos en los cuales hay que salvaguardar el respeto a la autonomía y la dignidad de la persona. No obstante, la aplicación práctica se presenta con mucha frecuencia complicada para la Agencia, quizá por su carácter de entidad jurídica, lo que no quiere decir que sea más fácil para el familiar que convive con el sometido a curatela, a pesar de la proximidad que existe en este caso.

El ámbito de la enfermedad mental es complicado para todos, y como pequeña muestra, por la repercusión social y la actualidad del caso, quiero hacer referencia a un artículo suscrito por Gonzalo Pérez Ponderada y aparecido en la prensa en fecha 3 de abril, sobre la tragedia desencadenada por la médico residente Noelia de Mingo en la Fundación Jiménez Díaz hace un año: el abogado de la acusación particular dice que “Noelia también fue una víctima de aquel suceso”, y que “los enfermos y las familias de los enfermos crónicos mentales se ven abandonados a su suerte”, y añade: “Se ha dejado al enfermo mental a la suerte del llamado tratamiento ambulatorio. Por ese sistema un enfermo con patologías de esquizofrenia paranoide, si no quiere tomar los fármacos que neutralizan la enfermedad, nadie le puede obligar. Ese es el gran drama.

En una gran mayoría este tipo de personas no tienen conciencia de que están enfermos y no se medican. Noelia de Mingo llevaba cuatro meses sin tomarse sus pastillas. Hay que obligarlos a medicarse y las familias son incapaces de conseguirlo”. Lo anterior, evidentemente, es un caso extremo y, afortunadamente, no es lo habitual, pero he querido traer esas declaraciones aquí, como objeto de debate, y para destacar algo que considero fundamental, y es la necesidad de coordinación, por supuesto, con Salud Mental, pero, en general, con todas las partes implicadas en la atención a estos pacientes. Se trata, en definitiva, de evitar el fenómeno de “puerta giratoria” que ya se puso ayer de manifiesto en este mismo foro, y cuyas fases son descompensación y crisis – internamiento involuntario – alta – abandono de tratamiento – y vuelta a empezar.

Sobre la graduación de la incapacitación, o de la “capacidad”, por utilizar un término positivo, podríamos estar debatiendo durante jornadas enteras, pero no disponemos de ese tiempo y además yo en esta Mesa soy el menos indicado para hacerlo. Sólo quiero hacer referencia a las “Conclusiones” de las Jornadas sobre “Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad”, organizadas por la Fundación Aequitas, la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la Fiscalía General del Estado, y que se celebraron en Madrid los días 8 y 9 del pasado mes de marzo. Conclusiones entre las cuales se recogieron algunas tan interesantes como las siguientes:

“Se deben potenciar las figuras de la curatela o la tutela referida exclusivamente al tratamiento médico de los trastornos mentales”.

“Es conveniente graduar la incapacitación y, en caso de duda, adoptar una postura restrictiva de la limitación de la capacidad”.

(Como posible solución) “...reunir en una sola persona el doble carácter de tutor y curador, es decir, que existan actos que el incapacitado pueda realizar por sí mismo; otros para los que necesite asistencia del curador, y finalmente aquellos que deba realizar el tutor”.

En cuanto a los “Tratamientos ambulatorios forzosos por trastornos psíquicos”, se propuso “añadir un quinto punto al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que en este tipo de tratamientos, que no conllevan internamiento, sea aplicable el proceso previsto en tal norma para supuestos en que hay una oposición por parte del enfermo”.

Y, en cuanto a la “Especialización”, “Se aprecia la necesidad de que el Juez cuente con un equipo multidisciplinar para determinar los distintos supuestos de incapacitación, total o parcial, debiendo realizarse un estudio individualizado de cada caso concreto tendente a fomentar la incapacitación parcial que potencie la integración social de la persona, con preferencia de la curatela sobre la tutela cuando sea posible”.

En una rápida referencia a las Sentencias de nuestros Tribunales, quiero comenzar por hacer mención a la del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de fecha 31 de diciembre de 1991 (referencia Aranzadi RJ 1991\9483), y, en primer lugar, a su Fundamento de Derecho Primero, en el que alude a dos conceptos a los que anteriormente hemos hecho referencia, que son los de “persona” y “dignidad”, cuando declara: “Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los

juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma, y mediante dichos trámites procesales se declara si se les reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento (art. 29 del Código Civil) e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad, conforme al art. 10 de la Constitución”.

Por otra parte, en su Fundamento Segundo, esta misma Sentencia del Tribunal Supremo recoge un concepto general de la figura del curador: “El curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial...”.

Esta última declaración es importante, porque es frecuente el error de circunscribir la curatela al ámbito patrimonial, y así, en un “rastreo” por Internet hemos encontrado los siguientes conceptos de curatela: “Cuando la persona puede gobernarse a sí misma, pero no puede administrar sus propios bienes”. “Su objeto es completar la capacidad del sujeto que ha sido parcialmente incapacitado, en concreto en el ámbito patrimonial, precisando de la existencia del curador para la validez de ciertos actos jurídicos relativos al aspecto patrimonial”. “Como concepto, podríamos definirla como una institución de protección eminentemente patrimonial...”.

Por lo que hace a los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales, la figura de la curatela para la salud queda claramente recogida en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 5 de marzo de 2003 (referencia JUR 2003\187346), que con desestimación del recurso de apelación, confirma íntegramente una Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 65 de Madrid de fecha 2 de septiembre de 2002, en la que se declaraba que el demandado “...es capaz de regir su persona y administrar sus bienes salvo en lo que se refiere a su salud, en lo que precisa la asistencia de una persona en la toma de decisiones concernientes a dicho ámbito, por lo que se estima más conveniente someterle a la curatela prevista en el artículo 287 del Código Civil, que tendrá por objeto la asistencia del curador en todo el área de su salud”.

Por su parte, es también interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 12 de junio de 2002 (ref. Aranzadi JUR 2002\224828), en la que se delimita la posición, tanto del curador como del sometido a curatela: “...el curador recibirá la petición del sometido a curatela de que le dé el complemento de capacidad –asistencia- para un determinado acto que quiera realizar y sea de los que no puede realizar por sí solo. Por tanto, la iniciativa no la tiene el curador, sino el sometido a curatela. El curador, si estima que el acto es útil, dará el complemento de capacidad, autorizando fehacientemente el acto. De no darse tal autorización, porque no se le ha pedido o porque habiéndosele pedido, no se le ha

concedido, si el sometido a curatela realiza igualmente, a pesar de ello, el acto, éste será anulable”. Y yo dejo aquí planteado, para el posterior debate: ¿Y si el sometido a curatela no realiza un acto, como acudir al médico y someterse al tratamiento?...

Queremos, asimismo, hacer mención de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 13 de noviembre de 2001 (referencia AC 2002\323), que con desestimación del recurso de apelación confirma, íntegramente, la del Juzgado de Primera Instancia nº 30 de Madrid de fecha 22 de noviembre de 2000, declarando que “...una restricción parcial de la capacidad...para el autogobierno de su persona, en lo que afecta únicamente al cuidado de su salud y a la facultad para entablar procedimientos judiciales, sometiendo al mismo (el demandado) a curatela”.

Pero lo que de esta resolución judicial nos llama la atención son manifestaciones tales como: “...nos encontramos ante una alteración psíquica del demandado, consistente en trastorno delirante crónico, con poca conciencia de la necesidad de tratamiento...no sigue tratamiento ambulatorio porque dice que no lo necesita, habiéndose negado a ser reconocido por los Servicios de Salud Mental de su zona...no se reconoce enfermo y no toma medicación alguna...presenta nula conciencia de enfermedad y negativa, por tanto, a acudir a ningún centro de salud mental, ni a llevar tratamiento farmacológico...siendo capaz de cuidar de sí mismo, salvo en lo concerniente a su nula conciencia de enfermedad mental...”.

Finalmente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 25 de septiembre de 1997 (ref. AC 1997\1873), declara que “...el curador no ha de cuidarse de la persona sujeta a la misma, sino simplemente o bien complementa su capacidad, o realiza las funciones específicamente encomendadas. Es notorio que los evidentes avances terapéuticos habidos en los últimos años en el tratamiento de la esquizofrenia permiten esta resolución, siempre que concurra su efectivo seguimiento, y como ésa es la finalidad protectora perseguida por la institución aplicada, ha de mantenerse del modo indicado”.

Pues bien, aun cuando queremos dejar claro que no nos oponemos a las diversas modulaciones y posibilidades en la graduación de la incapacidad, y ello por las razones básicas apuntadas de autonomía y dignidad de la persona, no obstante, hemos de insistir en las dificultades a las que se enfrenta el curador (en este caso la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos) para ejercer de una manera efectiva el nombramiento. Bien entendido, y bien asumido, que cada vez son más frecuentes los pronunciamientos que establecen una curatela para la salud, bien en su forma “pura”, es decir, referida, exclusivamente, al ámbito de la salud, bien asociada a la curatela también para otros ámbitos, como para el área procesal, o para la administración de los bienes.

Así, terminaré apuntando como dato anecdótico que de este último tipo han sido notificadas a la Agencia tres sentencias en esta misma semana.