

LA TUTELA DE LAS PERSONAS CON DEFICIENCIA MENTAL

La Tutela en sentido estricto es una Institución Jurídica que puede ser muy útil para los deficientes mentales, a la que desde luego me referiré, pero me ha parecido más apropiado a los fines de este comentario utilizar un enfoque más amplio del término "Tutela", entendiendo por tal el conjunto de medidas tendentes a garantizar el futuro de los deficientes mentales.

La preocupación por su futuro cuando falten los padres constituye actualmente el problema prioritario de muchas familias, tanto más inquietante cuanto más avanzada sea la edad de los padres.

Esta preocupación sin embargo no siempre se corresponde con la adopción de las medidas que cada familia tiene a su disposición para garantizar el futuro de los deficientes mentales.

El análisis de estas medidas ocupará la primera parte de este artículo, para terminar comentando las acciones que ATZEGI, Asociación Guipuzcoana Pro Subnormales ha emprendido en relación a este tema.

PRIMERA PARTE

Medidas a disposición de las familias para garantizar en lo posible el futuro de sus hijos

Una adecuada combinación de medidas de diversa naturaleza, educativas, personales, jurídicas y económicas puede constituir una importante garantía para el futuro.

1. MEDIDAS EDUCATIVAS

Conseguir el máximo desarrollo en las capacidades del deficiente mental constituye la primera y más importante tarea para preparar el futuro.

Muchas veces el excesivo mimo y sobreprotección está condicionando una dependencia absoluta que a la larga será perjudicial para el deficiente mental. Hay que darle libertad y fomentar su capacidad de decisión con el fin de que aprenda a vivir de la forma más independiente que en cada caso sea posible.

2. MEDIDAS PSONALES

Los padres deben plantearse en vida la elección de la persona/s que asumirán su responsabilidad respecto al deficiente mental cuando ellos falten. Conviene por consiguiente que la preparación del futuro del deficiente mental no la hagan los padres sin contar con el resto de la familia.

Una vez adoptada la decisión, los padres deberán dejar constancia de sus preferencias para la designación del tutor, a través de testamento o documento público notarial, voluntad que normalmente será respetada por el Juez que es a quien finalmente corresponderá el nombramiento.

Se podrán designar uno o varios tutores, establecer órganos de fiscalización de la tutela y ordenar cualesquiera otras disposiciones sobre la persona del incapaz.

Conviene señalar también la posibilidad que ofrece el artículo 242 del Código Civil cuando establece que también pueden ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de los menores o incapacitados.

3. MEDIDAS JURÍDICAS

Me referiré aquí a la Incapacitación y a la Prórroga de la Patria Potestad. Nuestro Ordenamiento Jurídico establece que la plenitud del ejercicio de todos los derechos inherentes a la personalidad humana se adquiere con la mayoría de edad, ahora los 18 años, edad convencionalmente fijada, no ya biológica sino meramente administrativa, computada de fecha a fecha según los datos que obran en el Registro Civil. Para que este ejercicio quede limitado es necesario que medie una declaración de incapacidad obtenida en un proceso contradictorio, actualmente en un juicio de menor cuantía.

El Derecho distingue entre capacidad jurídica (supone el que toda persona es titular de derechos y obligaciones) y la capacidad de obrar (que supone la posibilidad de utilizar personalmente sus derechos y obligaciones).

Todos tenemos capacidad jurídica, pero no todos cuentan con capacidad de obrar.

En el caso que nos ocupa el deficiente mental tiene capacidad jurídica pero su retraso psíquico le impide actuar de forma consciente, libre y con suficiente discernimiento para que sus actos tengan eficacia jurídica.

Para estas personas el Derecho prevé su incapacitación, o sea, el reconocimiento legal de su falta de capacidad de obrar jurídicamente, y lo hace precisamente para protegerles, ampararles de posibles abusos y manipulaciones y facilitarles los medios legales para completar su falta de capacidad y poder desarrollar plenamente sus derechos, con suficiente garantía y seguridad jurídicas.

Una vez dictada sentencia de incapacitación el Juez procederá al nombramiento de tutor (o cualquier otra institución tutelar), y si viven los padres les prorrogará su patria potestad.

4. MEDIDAS ECONÓMICAS

Una familia diligente puede preparar todos los aspectos educativos, personales e incluso los jurídicos, pero si descuida los económicos, todo el entramado puede venirse abajo. Desgraciadamente es así y no debemos olvidarlo. En este apartado se pueden incluir los seguros privados, las pensiones de la Seguridad Social, el subsidio de garantía de ingresos mínimos de la LIS-MI, las disposiciones de última voluntad, las transmisiones intervivos y los salarios.

4.1. Los seguros privados

Cada vez es más frecuente que una familia, sopesando los problemas que le acarrearía la falta o disminución notable de ingresos que podrían producirse por fallecimiento, lesión grave o jubilación de los miembros activos de la unidad familiar, deciden suscribir una póliza de seguro con una entidad privada señalando el beneficiario/a de las prestaciones correspondientes en la persona del deficiente mental.

4.2. Las pensiones de la Seguridad Social

4.2.1. Orfandad

En principio únicamente tienen derecho a esta pensión los huérfanos menores de 18 años, pero también se consideran beneficiarios la mayor parte de los deficientes mentales mayores de edad por entender que son incapaces de valerse por sí mismos.

4.2.2. La pensión de invalidez

Plantea el problema de saber si la invalidez provenía de antes de darle de alta o es sobrevenida con posterioridad.

Es posible que para afiliarse a través de la CEE en el futuro se exija ir acompañado de la descripción de su estado, para que luego, partiendo de aquella situación de origen, pueda calcularse el menoscabo o deterioro sufrido durante su permanencia en el trabajo.

La pensión de invalidez es incompatible con la de orfandad por lo que tendría que optar con seguir con la orfandad o percibir la de invalidez.

4.2.3. *La pensión por jubilación*

A los 65 años es incompatible con la de orfandad por lo que llegado el caso tendría que optar.

4.3. **El subsidio de garantía de ingresos mínimos**

Es una prestación económica, prevista en la Ley de Integración Social de los Minusválidos destinada a subvenir a la necesidades básicas, tales como alimentación, vestido y habitación de quienes, careciendo personalmente de los medios necesarios para su subsistencia, no estén en condiciones de obtenerlos por razón del grado de su minusvalía.

Tienen derecho a este subsidio, entre otros, los deficientes mentales mayores de dieciocho años, que se encuentren afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 65 %.

Su importe actualmente es de veinte mil pesetas por catorce pagas, que se reducen respectivamente al 50 % y al 25 % de dicha cantidad en el caso de que el deficiente mental esté atendido en un servicio de media pensión o de internado, cuando éstos sean financiados mayoritariamente con fondos públicos.

4.4. **Las disposiciones de última voluntad: de contenido económico**

Ya me he referido al testamento como instrumento al servicio de los padres para manifestar su voluntad respecto al nombramiento de tutor, por lo que en este apartado me limitaré a comentar algunas disposiciones de contenido económico cuya formulación puede hacerse a través del testamento.

El Código Civil en su artículo 667 dice que se llama testamento al "acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos".

4.4.1. *La mejora*

La herencia se distribuye en tres tercios: dos de ellos tienen que ir a parar a los herederos legítimos por lo que reciben el nombre de "legítima". De estos dos ter-

cios, uno tiene la consideración de legítima estricta, que es debida a los hijos por partes iguales y el otro se denomina "de mejora" que ha de ir a parar al descendiente que el testador quiera, por lo que abre una posibilidad de mejorar al hijo deficiente mental sobre sus hermanos. El tercer tercio es el de "libre disposición" sobre el que no existe limitación alguna a la libertad del testador, por lo que también puede utilizarse para mejorar al deficiente mental.

Es relativamente frecuente que los padres "mejoren" a un hijo "capaz" con la condición de que se haga cargo del deficiente mental, responsabilidad que no siempre cumplen.

A mi juicio es mucho más eficaz mejorar al deficiente, y establecer alguna sustitución, a las que luego me referiré, con el fin de que a su fallecimiento los bienes pasen a la persona que se haya ocupado de él.

4.4.2. *El usufructo*

También puede utilizarse la figura del usufructo para mejorar vitalmente a un hijo deficiente mental. En su virtud el titular disfruta de los bienes ajenos, pero con la obligación de conservar su forma y substancia.

4.4.3. *La sustitución fideicomisaria*

A través de la sustitución *fideicomisaria*, se puede instituir a una persona, en nuestro caso al deficiente mental, heredero de una parte de la herencia (por ejemplo los tercios de mejora y de libre disposición) para conservarla y transmitirla a otros (los demás hijos del testador).

Tiene la pega, al igual que el usufructo, de que únicamente da derecho a disponer de los frutos pero no de la substancia. No obstante, como nos decía el Notario don José M.^a Segura en una brillante charla sobre estos temas puede utilizar la fórmula de sustitución fideicomisaria "De Residuo" cuya formulación podría ser la siguiente: "Para el caso de premoriencia de mi esposa, prelego a mi hijo X en concepto de heredero fiduciario los tercios de libre disposición y de mejora de mi herencia con facultad de disponer y consumir los bienes que integran este prelegado en caso de necesidad libremente apreciada por el

tutor del prelegatario, nombrando herederos fideicomisarios del residuo, caso de que exista, a mis otros hijos A y B".

4.4.4. La sustitución ejemplar o cuasi pupilar

Otra fórmula que puede utilizarse es la *sustitución ejemplar o cuasi pupilar* en virtud de la cual el ascendiente puede nombrar sustituto al descendiente mayor de 14 años que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental (art. 7.776-1.º del Código Civil) en este caso el heredero deficiente mental es pleno propietario y se puede comportar como tal naturalmente representado por su tutor.

4.4.5. ¿os legados

Pueden también utilizarse en beneficio del hijo deficiente mental siempre y cuando se respeten las legítimas. En el supuesto de que no se respeten rigurosamente convendría tratar de evitar la reclamación de los restantes herederos legítimos a través de una cláusula testamentaria en virtud de la cual el que reclame verá reducido su haber hereditario a la legítima estricta.

4.5. Las transmisiones intervivos

En algunos casos las familias prefieren donar o vender en vida a los deficientes mentales determinados bienes por ejemplo inmuebles, constituir usufructos que le permitan cubrir sus necesidades, también es frecuente donar acciones, imposiciones a plazo, etc.

4.6. Los salarios

En relación directa con su grado de capacidad del nivel de formación que ha adquirido y de la buena gestión de los talleres protegidos, el deficiente mental puede alcanzar un nivel de contraprestación por su trabajo con el cual puede contribuir notablemente a sus gastos.

SEGUNDA PARTE

Acciones emprendidas por ATZEGI, Asociación Guipuzcoana Pro Subnormales en relación con la Tutela

Los objetivos de ATZEGI en materia tutelar son los siguientes:

- Concienciar a las familias de la importancia que tiene prever el futuro.
- Ayudar a las familias a elegir las personas y los medios destinados a garantizar el futuro de sus hijos.
- Ayudar a las personas que sustituyen a los padres cuando éstos hayan fallecido.
- En caso de que no existieran personas disponibles y capaces para llevar a cabo tan importante tarea, asumir directamente la función de los padres desaparecidos ejerciendo directamente la tutela.

A través de los servicios tutelares que ATZEGI ha creado, tratamos de cubrir los objetivos citados distinguiendo los que se prestan con carácter previo al fallecimiento de los padres, y los que se proporcionan después de dicho fallecimiento.

Los pretutelares, engloban las siguientes actuaciones:

- Concienciación; que tratamos de desarrollar a través de folletos, cursos, charlas, publicaciones, etc.
- Asesoramiento; informando a las familias sobre los medios más adecuados a su caso concreto de entre los analizados anteriormente.
- Tramitación; a través de cuyo servicio se ayuda a los padres a llevar a término las medidas que han decidido adoptar vitándoles las incomodidades de una tramitación excesivamente complicada en ocasiones.

Los propiamente tutelares, para cuyo cumplimiento la Asociación creó su Fundación Tutelar, tienen como finalidad el ejercicio directo de la tutela en los casos en que ésta le haya sido encomendada.

Considero importante dejar claro el carácter rigurosamente subsidiario de la Fundación tutelar respecto a los que consideramos responsables primarios para el ejercicio de la tutela del deficiente mental, la familia (hermanos, tíos, etc.) e incluso los amigos íntimos.

Normalmente no existe mejor tutor que estos familiares o amigos ya que mantienen con el deficiente mental una relación

previa de afectividad que constituye la mejor garantía para su bienestar.

La Fundación, conociendo con antelación su posible obligación futura, a través de la información que recibe del servicio pretutelar, tiene tiempo de gestionar la creación de una plaza residencial y de establecer una íntima relación con la familia con la doble finalidad de que ésta lleve a cabo las medidas pretutelares pertinentes y de tranquilizar a esa familia sabiendo que su hijo va a estar bien atendido cuando ellos ya no existan.

En Guipúzcoa las plazas residenciales se prestan a través del Servicio de Atención Residencial gestionado por ATZEGI en virtud de un concierto para su financiación suscrito con la Diputación Foral.

El disponer de este Servicio no cabe duda que da una gran tranquilidad a las familias. Existen experiencias tangibles, se puede ver, e incluso convendría experimentarlas con estancias cortas previas al fallecimiento de los padres.

Pero no debemos engañarnos pensando que con proporcionar una vivienda hemos terminado. La vivienda es una necesidad primaria pero ni es la única ni la más importante que asume el tutor.

El tutor debe ocuparse del deficiente de la misma manera que lo haría su padre, velando por su salud, por sus relaciones sociales y afectivas por su situación laboral, por la adecuación a sus necesidades de los servicios que recibe, en definitiva debe seguirle de cerca en todas las facetas de su vida para conseguir que sea lo más feliz posible.

Pero, ¿cómo se ejerce materialmente esta tutela cuando es la Fundación quien desempeña esta función?

La Fundación es una persona jurídica por lo que debe personalizar la tutela en una persona física, que ejerce funciones de delegado de la Fundación. En nuestro caso son los propios miembros del Consejo de la Fundación los que asumen la tutela de uno o varios pupilos, aunque en el futuro está previsto contar con otros voluntarios para ejercer esta función, cuyo concurso sería indispensable en la medida en que asumen el número de tutelas asumidas por la Fundación.

La mayor parte de las decisiones las toma directamente el delegado tutelar informando posteriormente al Consejo de la Fundación, salvo en algunas decisiones de especial trascendencia para cuya adopción deberá consultar previamente al Consejo.

Para terminar quiero enfatizar en la importancia de la elección de las personas para el ejercicio de la tutela directa, ya sea como tutores familiares o como delegado de la Fundación Tutelar. Estas personas no sólo deben ser responsables y de toda confianza para la persona que los designa, sino que además deben ser capaces de establecer una relación de afectividad con el tutelado.

Concluyo reiterando la necesidad de preparar el futuro lo mejor posible planteándolo a tiempo a toda la familia con el fin de que nadie reciba una responsabilidad que no está dispuesto a asumir. Insisto también en que es preciso realizar el mayor esfuerzo que a cada economía familiar le sea posible en lo que a adopción de medidas económicas se refiere y por último en la conveniencia de colaborar estrechamente con la Asociación y su Fundación Tutelar para que no se escatimen esfuerzos para el desarrollo de sus objetivos tutelares.

José Luis Basoco Eizaguirre