



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

**Master en Protección Jurídica de las Personas y
los Grupos Vulnerables**

Curso 2011/2012

TRABAJO FIN DE MASTER

**MEDIDAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE PERSONAS CON
DISCAPACIDAD PSÍQUICA EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA**

AUTORA: Ana Isabel Maestro Iglesias

TUTORAS: Dolores Palacios González

Paula M^a Álvarez Herrera

Oviedo, 29 de junio de 2012

V^oB^o de la Tutora

Fdo: Dolores Palacios González

V^oB^o de la Tutora

Fdo: Paula M^a Álvarez Herrera

RESUMEN

En el Master de Protección Jurídica de Personas y Grupos Vulnerables, se han estudiado dos grupos que tienen una especial relevancia en nuestros días, me refiero a las personas con discapacidad y a las personas en situación de dependencia.

Pretende este trabajo abordar cuál es hoy la consideración que tiene nuestra sociedad de la discapacidad y, analizar las posibilidades que desde el ámbito de la protección jurídica, tanto privada como pública, buscan el reconocimiento, en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, de todos aquellos derechos y libertades de los que estas persona son titulares.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, reconoce un derecho subjetivo dentro de un nuevo sistema de autonomía y atención a la dependencia, que pretende configurar el cuarto pilar de nuestro Estado de bienestar. Es preciso cuestionarse si en la aplicación de la Ley lo que se potencia más es la promoción de la autonomía personal o se está convirtiendo ésta en una prestación asistencial más.

En muchas ocasiones la discapacidad y la dependencia son entendidas como si se tratara de una misma situación, el análisis de ambas permitirá demostrar que si bien la discapacidad tiene una lógica incidencia en la dependencia, no sean realidades idénticas.

PALABRAS CLAVE:

Discapacidad. Dependencia. Incapacitación. Autonomía. Igualdad de oportunidades. No discriminación.

INDICE

	Página
1. Introducción	1
2. Evolución jurídica y social de la consideración de la discapacidad.....	3
2.1 Evolución social	3
2.1.a) Modelo de prescindencia.....	3
2.1.b) Modelo de médico-rehabilitador	5
2.1.c) Modelo social.....	7
2.2 Evolución jurídica	11
2.3 Autonomía vs protección	26
3. Discapacidad y Dependencia	28
3.1 Delimitación de conceptos	28
3.2 Reconocimiento de la discapacidad y la dependencia	31
3.2.a) Reconocimiento de la discapacidad	31
3.2.b) Reconocimiento de la situación de dependencia.....	33
4. Medidas de protección jurídica.....	36
4.1 La capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York.....	36
4.2 Medidas de protección privada y su relación con la dependencia.....	40
4.2.a) Medidas civiles de protección.....	41
4.2.b) Prestaciones de atención a la dependencia	53
5. Conclusiones	62
Bibliografía.....	64

1. INTRODUCCIÓN

La normativa aprobada en nuestro país en la primera década de este siglo ha supuesto un avance significativo por lo que respecta a la consideración de la discapacidad, tanto 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; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como la destacada Convención de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad (ratificada por España y, por lo tanto, parte de nuestro ordenamiento), han puesto de manifiesto las carencias en cuanto a la protección de los derechos de los que las personas con discapacidad eran titulares, no tanto porque esta condición personal no les permitiera esa titularidad, sino por la imposibilidad de hacerlos, en la mayoría de las ocasiones, efectivos.

El camino no ha sido corto ni fácil, han tenido que ser las personas con discapacidad, a través de sus organizaciones representativas, las que promovieran los cambios normativos. Entiendo que no es esto un aspecto negativo, es importante que cuando una persona o un grupo sientan vulnerados sus derechos, independientemente de lo que origine esa vulneración, sean conocedores de sus derechos y que si no se están haciendo efectivos o consideran que deben ser modificados, promuevan los cambios necesarios.

En concreto la Convención de Nueva York ha supuesto un punto de inflexión en la evolución de la consideración de los derechos de las personas con discapacidad, no tanto por el reconocimiento de nuevos derechos, ya que son titulares de los mismos que cualquier otra persona, como por el enfoque en ese reconocimiento como una cuestión de derechos humanos. Además la Convención es un instrumento jurídico de carácter obligatorio, los Estados firmantes deben adoptar todas sus disposiciones normativas para adecuarlas a lo contenido en la misma.

Se abordará este trabajo analizando en primer lugar cuál ha sido la evolución, tanto desde el punto de vista social como desde el punto de vista jurídico, de la consideración de la discapacidad.

En un segundo apartado en el que se introduce ya la figura de la dependencia, se verá cuáles son los elementos que la definen y cuáles lo hacen respecto de la discapacidad. Pueden a priori parecerse realidades idénticas pero veremos que no es

así. También se mostrará en este punto como se lleva a cabo el reconocimiento de ambas.

Finalmente, en el último apartado, tras entrar en el estudio de la consideración de la capacidad jurídica a la luz de la Convención de Nueva York, se analizarán las medidas concretas de protección para las personas con discapacidad psíquica en situación de dependencia.

2. EVOLUCIÓN SOCIAL Y JURIDICA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

2.1 EVOLUCIÓN SOCIAL

No parece aventurado afirmar que la evolución de la consideración social de la discapacidad ha sido constante en las últimas décadas. Hasta no hace tanto tiempo, una persona discapacitada era alguien a quien había que esconder en la mayoría de las ocasiones, bien porque se entendía que pertenecía a una categoría inferior de persona o porque era alguien de quien la familia se avergonzaba.

De acuerdo con los autores especialistas en la materia podríamos hablar de tres modelos de atención a la discapacidad a lo largo de la historia, serían el modelo de prescindencia, el médico-rehabilitador y el modelo social.

2.1.a) MODELO DE PRESCINDENCIA

Para Agustina Palacios, es la condición de innecesariedad la nota característica de lo que esta autora denomina el modelo de “*prescindencia*”¹. Nos estaríamos situando, históricamente, aunque no de forma exclusiva, tanto en la sociedad griega como en la romana. Dentro de él distingue a su vez entre el submodelo eugenésico y el de marginación. Entiende el primero de ellos que la persona con discapacidad “es un ser cuya vida no merece la pena ser vivida”, se piensa que no aportan nada a la sociedad, muy al contrario, sería una carga, como consecuencia de ello a los niños que nacen con alguna discapacidad se les quitará la vida. Es conocida la frase del filósofo Aristóteles, también citada por la autora que dice “en cuanto a la crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe ninguno defectuoso”².

En cuanto al submodelo de marginación, se caracterizaría por una marcada tendencia hacia la exclusión pues se pensaba que las personas con discapacidad tenían una situación que no era posible cambiar y así, no sólo se tenía lástima de ellos sino que también se creía que estas personas podían estar sometidas a un poder maléfico, con lo cual había que excluirlas de la sociedad. Quedaban por tanto a merced de lo que los demás les quisiesen dar bien por dedicarse a ejercer la mendicidad o por ser objeto de burlas.

Según relata Scheerenberger, en su Historia del Retraso Mental, “durante el siglo primero de nuestra era, muchos recién nacidos no deseados, eran abandonados en

¹ De Lorenzo, R., Palacios, A. “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional” en *Los derechos de las personas con discapacidad*. Volumen I. Aspectos jurídicos. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid-Obra social. Madrid, 2007, págs. 12 y 13.

la base la columna Lactaria, donde el estado enviaba nodrizas para alimentarlos, pero incluso en tales circunstancias, el tratamiento que recibían los retrasado mentales y otros niños era miserable, a muchos se les mutilaba horriblemente para aumentar su rentabilidad como mendigos³.

Estas prácticas de mutilación, comenta el citado autor, se siguieron realizando a lo largo de los siglos siguientes. Si podía surgir algún debate en torno a las mismas, se solventaría afirmando que dado que los niños que tras su abandono eran rescatados se entendía que se convertían en esclavos, con lo que no había ningún perjuicio contra el Estado⁴.

Nos encontramos con que para las personas que subsistían al infanticidio “la apelación a la caridad, el ejercicio de la mendicidad y ser objeto de diversión, eran los medios de subsistencia obligados”⁵.

Parece que este último modelo, por lo que se refiere al aspecto de la compasión, no está tan superado como sería deseable. Hoy podemos ver en las calles de nuestra ciudad personas que piden dinero, que nos piden una *limosna* y que nos muestran la ausencia de alguno de sus miembros, normalmente una pierna o un brazo. Seguramente que no están faltos de recursos económicos, sin valorar si son suficientes o no, pero también es cierto que en este momento existen diferentes prestaciones sociales destinadas a las personas con discapacidad. Podemos preguntarnos por qué lo hacen entonces. Las respuestas podrían ser variadas: creen que pueden dar lugar a la compasión de los demás y así pueden conseguir un suplemento económico a su prestación, no ven fácil obtener recursos de otra manera, son obligados a ello..., quizás ninguna de estas respuestas sea la acertada, pero pienso que ante las personas con discapacidad, sentir pena o compasión difícilmente va a permitir que nos situemos ante ellas de igual a igual, siempre nos sentiremos mejores o, en todo caso, podemos pensar que hemos sido más afortunados. Creo que toda medida de protección jurídica, económica, social, deba ir precedida de un cambio de mentalidad.

En cuanto a que las personas con discapacidad puedan ser consideradas como objeto de diversión, es un tema de debate que hoy nos encontramos tanto a nivel social como judicial. Se plantea si se debería permitir a estas personas participar en actividades para la diversión de otros como, por ejemplo, el denominado «lanzamiento

² *Ibid.*

³ Scheerenberger, *Historia del Retraso Mental*. Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes. Ed. SII.S. San Sebastián, 1984, págs. 25 y ss.

⁴ *Ibid.*

⁵ De De Lorenzo, R., Palacios, A. “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, cit. págs. 13 y ss.

de enanos». A este respecto, nos encontramos con la comunicación nº 854/1999 del Dictamen del Comité de Derechos Humanos, emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, emitido en 2002, en el que a un ciudadano francés aquejado de hipocrecimiento y que participaba en el espectáculo denominado «lanzamiento de enanos», se le prohíbe en base a una circular del Ministerio del Interior y desarrollada en un bando por el alcalde de un municipio galo, que realice estos espectáculos al considerarlos un atentado contra la dignidad humana. Tras un largo proceso litigioso, la persona denunciante se encuentra con que no tiene trabajo ya que, a pesar de que el deseaba participar en este espectáculo, la sociedad organizadora abandona ese tipo de actividades. Afirma la persona con discapacidad que, la prohibición para ejercer su trabajo es un atentado contra su dignidad y ha tenido, además, consecuencias negativas para su vida, declarándose víctima de una violación, por parte de Francia, de un derecho a la libertad, al trabajo, al respeto a la vida privada y a un nivel de vida suficiente, considerándose también discriminado, pues para él la dignidad es tener empleo.

Finalmente, el Alto Comisionado de Derechos Humanos juzgó, en el año 2002, que no era discriminatoria la decisión francesa. Está claro que cuando los términos a discutir son la libertad y la dignidad humana el debate siempre estará abierto.

2.1.b) MODELO MÉDICO-REHABILITADOR

La característica que define este modelo es la necesidad de normalización. Se trata de volver normal lo que se considera “anormal”. Las personas con discapacidad serían personas con unas deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales a las que por medios científicos o médicos, se tratará de curar o, al menos, intentar ocultar aquello que los hace diferentes.

Así, la persona discapacitada deberá intentar parecerse lo más posible a la condición de lo que se entiende que es un persona normal. Cuestión más compleja sería decidir quién está legitimado para definir lo que es normal y, en base a que parámetros.

Para Miguel A. Verdugo “el paradigma de la rehabilitación centra el problema en el individuo, en sus deficiencias y dificultades. Por ello, se precisa su rehabilitación (física, psíquica o sensorial) mediante la intervención profesional de diferentes especialistas que mantienen el control del proceso. Los resultados de ese proceso de re-

habilitación se miden por el grado de destrezas funcionales logradas o recuperadas y por la ubicación en un empleo remunerado”⁶.

Este modelo, del que ya en el Renacimiento se podrían encontrar las primeras notas⁷, se asienta básicamente en las primeras décadas del siglo veinte y trata de dar respuesta a la grave situación creada tras la Primera Guerra Mundial; los denominados «mutilados de guerra» se cuentan por miles, y se entiende entonces que la sociedad está en el deber de reparar aquello que la guerra destruyó. Con el avance del tiempo va asentándose la idea de rehabilitar a las personas con discapacidad con independencia del origen de la misma.

Términos con los que nos encontramos con frecuencia al hablar de este modelo son la educación especial, institucionalización, asistencia social o empleo protegido, entre otros.

Para Alfredo Fierro, las ideas principales en las que se fundamenta la creación de leyes, instituciones, centros y servicios para personas con discapacidad ha sido la de la atención especial, basándose “en el principio de que todo deficiente necesita atención y asistencia especial, aparte, en centros propios, específicos, a lo largo de toda su vida, y prácticamente en todos los aspectos de su vida”⁸. Se entendería que las personas con discapacidad son una clase diferente de personas, con derecho a una clase diferente de leyes, centros de educación, de ocio, etc.

Está claro, desde este modelo, el intento de ocultar lo diferente. Así nos encontramos como durante buena parte del siglo pasado la institucionalización de las personas con discapacidad, especialmente los discapacitados psíquicos, era lo más frecuente. Se puede plantear si tras un pretendido intento de “sanar” a estas personas, de rehabilitarlas, no se estaría tratando de hacerlos invisibles. Para una sociedad que rechaza lo diferente, lo “feo” o lo desagradable, ese aislamiento, revestido de paternalismo protector, es también una buena forma de cura, en este caso de conciencias maltrechas.

Para Miguel Ángel Verdugo, el objetivo del ingreso en estas instituciones era “proteger a los desviados de la sociedad”; la intención, nuevamente, es la de que estas personas se puedan normalizar y se entiende que estos centros son los indicados

⁶ Verdugo Alonso, Miguel Ángel. *Personas con Discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*. Siglo Veintiuno de España Editores. Madrid, 1995, pág.8

⁷ Vid., Aguado Díaz, A. *Historia de las Deficiencias*. Escuela Libre Editorial. Colección Tesis y Praxis. Madrid, 1995, págs 96 y 97. En esta obra se cita al monje benedictino Ponce de León que, en el siglo XVI, defiende la idea de la educación de las personas con discapacidad para hablar y para oír.

para conseguirlo. Pero en palabras del autor proteger significó aislar pues para muchos de los discapacitados estos sitios se convirtieron en su lugar definitivo de residencia. Afirma que “el retorno a la sociedad dejó de considerarse un objetivo y, la intención de proteger a la sociedad se tradujo en hechos tales como la prevención de la procreación de individuos retardados, su esterilización y su separación de los miembros del sexo opuesto”⁹. No era infrecuente tampoco que, si una familia adoptaba un niño y después se veía que tenía un retraso mental, se devolvía al centro en el que estaba antes de ser adoptado y allí, normalmente, se quedaba para siempre.

Parece claro que este modelo rehabilitador supone un avance con respecto al anterior, especialmente al eugenésico¹⁰. Ahora los niños que nacen con alguna discapacidad ya no son arrojados desde ningún monte para que pierdan la vida, se intenta que la medicina pueda corregir esas deficiencias que, por supuesto, se entiende que son absolutamente individuales y en las que el resto de la sociedad no tiene nada que ver pero, por otro lado, se les aísla en centros de educación especial que en muchas ocasiones no tienen en cuenta sus necesidades de juego, de diversión. Cabe también cuestionarse si a las personas adultas que ingresaban en esos centros para tratar de «curar» sus discapacidades en algún momento se les preguntaba a cerca de su voluntad, de sus deseos, sus necesidades; posiblemente la respuesta estuviese dada de antemano.

No parecen difíciles de encontrar, desde nuestra perspectiva, las críticas a este modelo, pero no podemos olvidar que aquellos que deciden qué es lo normal en cada momento de la historia, parten de unas concepciones culturales diferentes. También podemos pensar que determinando que otros son diferentes, nosotros nos convertimos al mismo tiempo en personas (dis)capacitadas, (in)válidas, en una palabra: mejores, superiores.

2.1.c) MODELO SOCIAL

Tras los dos modelos anteriores descritos, se abre paso el que se denomina como modelo social. Intenta cambiar todas las concepciones vistas en el modelo rehabilitador. Ahora ya no se estaríamos hablando de la integración de las personas con

⁸ Fierro, A. “Historia reciente” en *Historia del Retraso Mental*-Scheerenberger. Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes. Ed. SIIIS. San Sebastián, 1984, pág. 409

⁹ Verdugo Alonso, M.A (dir): *Personas con Discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*. Madrid, 1995, págs. 8 y ss..

¹⁰ Quizás cabría en este punto una reflexión acerca de si la vigente Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en el supuesto que recoge en su artículo 15, referido a la interrupción por causas médicas y que permite abortar a un bebé que tiene una discapacidad, quizás no estaría bebiendo de la misma fuente aristotélica que nos parece tan fuera de lugar, pero eso sería tema de otro trabajo.

algún tipo de discapacidad en la sociedad, sino que se trataría de plantear una sociedad en la que nadie se sienta excluido. Ya no es tarea, responsabilidad de aquellos a los que hacemos creerse, sentirse diferentes, insertarse en un mundo hecho a la medida de la mayoría, de lo que se define como normal. Se trataría de crear un mundo, una sociedad donde nadie se sienta fuera de ella, nadie se sienta excluido.

Básicamente se utiliza el término social para incidir en la importancia de la sociedad, en su diseño por parte de esa sociedad de lo que se entiende como normal, como capaz y, por tanto, de lo que no lo sería, frente al modelo anterior donde el origen de la discapacidad estaba marcado únicamente por las condiciones individuales de la persona.

Se puede situar el nacimiento del modelo social en torno al final de la década de los sesenta del siglo pasado, y básicamente en Estados Unidos y en Reino Unido. Nos encontramos con que en el primero de los países, las personas que se encontraban institucionalizadas fueron las que tomaron la iniciativa, las organizaciones en las que se integraban comenzaron a condenar su situación al considerarse ciudadanos inferiores, “de segunda clase”.

Surge en Estados Unidos el denominado “The Movement for Independent Living”, el movimiento de vida independiente, y lo hace en el año 1962 en el momento que, primero un estudiante universitario con discapacidad severa y, luego otros estudiantes más, se plantean la necesidad de cambios en las estructuras universitarias que les permitan desarrollar su vida con más autonomía y capacidad de decisión. Este movimiento no se quedó sólo en el ámbito norteamericano sino que se extendió a otros países, especialmente al citado Reino Unido.

En lo que respecta al Reino Unido su labor más importante se centró en lograr cambios en la política social y también en la legislación de derechos humanos, siendo esencial para ellos potenciar todo aquello que amparado por el Estado de bienestar supusiese dar cobertura a las necesidades de las personas con discapacidad, reclamando el derecho a decidir en todo lo que afectara a sus propias necesidades. Parece claro que, sin menospreciar el trabajo de los especialistas de todo orden en discapacidad, quienes mejor conocen las necesidades de estas personas son ellos mismos.

Característica esencial del modelo social es el reconocimiento de derechos en igualdad de condiciones; además, y superando toda idea de beneficencia o incluso asistencia social, se plantea la exigencia de que los Estados establezcan las condiciones necesarias para que puedan ejercer esos derechos con las mismas oportunidades que el resto de ciudadanos.

Algo a destacar de igual modo, sería la distinción en este modelo entre persona con discapacidad y deficiencia. Nos encontramos con que la Union of Physically Against Segregation, define la deficiencia como “la pérdida o limitación total o parcial de un miembro, órgano o mecanismo del cuerpo” y, la discapacidad como “la desventaja o restricción de actividad, causada por la organización social contemporánea que no considera, o considera en forma insuficiente, a las personas que tienen diversidades funcionales, y por ello las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad”¹¹.

Entrando ya a lo que este modelo considera respecto de la educación, y en consonancia con lo dicho hasta ahora, sólo se vería la necesidad de la educación especial para determinados casos. Entiende Rafael de Lorenzo “que su papel se transformaría para convertirse en entornos especializados para quienes tengan desventajas graves y profundas”¹²

Se habla de la necesidad de un cambio de visión o de ética en el ámbito educativo que aspire a la implicación de todos aquellos que forman parte del mismo y que apueste y trabaje por la inclusión.

Como ocurre en el caso de la educación especial también el trabajo protegido se considera algo excepcional y serían tanto el trabajo ordinario como la seguridad social los medios de protección social habituales¹³; por lo que respecta al trabajo se entiende como algo necesario la adopción de cuantas medidas favorezcan la inclusión, tales como las cuotas laborales, los incentivos a la contratación y también el llevar a cabo aquellos ajustes o medidas que permitan organizar el trabajo de forma que todas las personas puedan realizarlo.

Pero remarcan los defensores de este modelo que no son estos los únicos modos de inclusión, sino que deben tenerse en cuenta otros aspectos como el ocio, la participación en actividades culturales, deportivas, etc.

¹¹ “Union of the Physically Impaired Against Segregation”. <http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/UPIAS/UPIAS.pdf>.

¹² De Lorenzo García, R. *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y Discapacidad*. Fundación Once. Ediciones del Umbral, Madrid, 2003. Págs. 113 y ss.

¹³ A este respecto y, en respuesta a autores como De Lorenzo que, en su momento lo veían como una medida necesaria, nos encontramos con que actualmente la percepción de una pensión no contributiva de invalidez es compatible con la realización de un trabajo remunerado. Así la Ley 8/2005, que modifica el artículo 147 de la Ley General de la Seguridad Social, desarrollado a su vez por el RD 357/1991, de 15 de marzo, de pensiones con contributivas que, en su artículo 6 establece que “la percepción de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado de la persona con discapacidad y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo...”.

Como elemento importante de este modelo, quizás esencial, nos encontramos con la participación de las personas con discapacidad o capacidades diversas, normalmente a través de las asociaciones en los que se integran y que los representan, a la hora de la toma de decisiones en lo que respecta a todo aquellos que les pueda afectar.

Destaca García Pons como una realidad que en muchas ocasiones estaba escondida a los ojos de la sociedad, ha emergido, se ha hecho presente, adquiriendo su plena dimensión humana y social¹⁴.

Desde la perspectiva social se entiende que cualquier persona, con absoluta independencia de sus circunstancias, tiene idéntica dignidad y, por lo tanto, debe poder tener la autoría de aquellas decisiones que puedan afectar a todos los ámbitos de su vida; no implica esto que una persona con discapacidad no necesite de otro para determinadas actividades, incluso para tomar decisiones, pero siempre desde la autonomía de la voluntad.

Como todo modelo, no está exento de críticas. Los casi cinco decenios de su evolución sirven para evaluar lo que favorece y potencia todo aquello sobre lo que en el párrafo anterior mencionaba que se asienta, pero también para cuestionar aquello otro no tan positivo. Así para Miguel Ángel Verdugo estaríamos muchas veces ante un modelo social «radical», en el que “las posibilidades de evaluación, intervención y apoyo a las personas con discapacidad apenas existen y, sólo el sistema merece la atención”¹⁵. Para este autor deben entrar en juego también otros aspectos como los médicos, psicológicos y sociales, hablaríamos entonces de un modelo biopsicosocial.

Afortunadamente esta evolución del concepto de la discapacidad no ha finalizado sino que continúa siendo potenciada por las mismas personas que se sienten discriminadas o vulneradas y que promueven nuevos modos de ver y de actuar ante esta realidad.

Nos encontramos en nuestro país con una comunidad virtual, el Foro de Vida Independiente¹⁶. Sus miembros afirman que para conseguir el cambio de las ideas y

¹⁴ García Pons, A. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Colección La Llave. Madrid. 2008. Pág. 23

¹⁵ Verdugo Alonso, M.A y Jordán de Urríes, F.B.. *La concepción de discapacidad en los Modelos Sociales*. Investigación, Innovación y cambio. V Jornadas Científicas de Investigación sobre personas con discapacidad. Salamanca:Amaru.

¹⁶ Esta comunidad virtual surge en el año 2001, está constituida como un lugar de encuentro reivindicativo y de debate a favor de los derechos humanos de las personas con discapacidad en España. Fundamentan su filosofía en el Movimiento de Vida Independiente que surgió en Estados Unidos en la década de los sesenta, al que ya se ha hecho referencia en este apartado del trabajo.

los valores es necesario modificar las palabras que los definen. Proponen, por ejemplo, que el término diversidad funcional sustituya al término discapacidad¹⁷.

Defienden el uso de esta terminología porque entienden que la realidad no es algo que se pueda hacer desaparecer. Entienden que las personas que tienen alguna diversidad funcional (física, psíquica, sensorial) se sienten diferentes. Sus características personales concretas, junto con los entornos creados por una sociedad que no siempre los incluye, les lleva a realizar las mismas funciones de otra manera (por ejemplo, unos nos desplazaremos caminando y otros en silla de ruedas).

Reconoce este movimiento de vida independiente que “sí queremos resaltar nuestra diferencia, porque es una realidad inherente en nuestras vidas, estamos orgullosos de ella y encontramos la plena dignidad en esa diferencia, que no negamos”¹⁸

Creo que es esta una afirmación absolutamente acertada, que nos debería cuestionar a aquellos que nos creemos “normales”. por qué nos asusta tanto aquello o aquellos que consideramos diferentes, sea este el motivo que sea, pero muy especialmente la discapacidad...o diversidad funcional.

¹⁷ Romañách, J; Lobato, M. “Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano”. Foro de Vida Independiente, Mayo, 2005, pág.1

¹⁸ *Ibid*, pág 7.

2.2 EVOLUCIÓN JURIDICA

No es fácil encontrar en nuestro ordenamiento jurídico una definición clara del concepto de discapacitado o persona con discapacidad que hoy usamos. A lo largo de la historia son muchos los términos, nunca positivos, que se han empleado para designar a estas personas, desde inválido¹⁹, inútil²⁰, anormal²¹, subnormal²² y una larga lista de adjetivos que sólo ponen de manifiesto la mirada que unas veces de pena, de compasión, otras muchas de superioridad o desprecio mal disimulado, se ejercía sobre aquellos a los que se consideraba que valían menos –minusválidos- o incluso que no eran válidos –inválidos-, entendiéndose que hoy en día esa mirada está casi superada o, al menos, se están dando grandes pasos para su superación.

Hasta no hace mucho tiempo era el término minusválido el más utilizado, como veremos más adelante al adentrarnos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. La propia Constitución Española habla de disminuidos y, no será hasta hace poco más de cinco años cuando la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, estableció que el término “personas con discapacidad” será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas, si bien es cierto que ya en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y, en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, se usa, como veremos, esta terminología.

Se va a centrar el contenido de este punto en la evolución jurídica de la consideración de la discapacidad a partir de nuestro texto constitucional²³ y, en el ámbito de nuestro país, lógicamente, teniendo en cuenta aquella normativa internacional que nos afecta.

¹⁹ En el año 1940 se aprueba la Orden para Asociaciones de Inválidos para el trabajo.

²⁰ En 1931 se aprueba el Decreto para el ingreso en el cuerpo de inválidos militares de los Jefes y Oficiales de la Armada declarados inútiles por pérdida total de la visión.

²¹ Se aprueba en 1910 el Real Decreto para la Creación del Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales.

²² Todavía en el año 1970 se aprueba la Orden para el Texto Refundido de la Legislación sobre asistencia a los subnormales en la Seguridad Social.

²³ Si nos remontáramos a las primeras disposiciones legislativas podríamos hablar, por ejemplo, de la Ley XV, Título XII, Libro I, de 1567 que establece que los ciegos estando confesados y comulgados puedan pedir limosna sin licencia; de la Real Orden de 1802 por la que se aprueba una asignación económica para la creación y mantenimiento del Real Colegio de Sordomudos; de la circular de 1852 por la que se crean las escuelas especiales; de la Real Orden de 1907 que dicta normas para la realización de exámenes escritos por alumnos ciegos; del Real Decreto de 1914 por el que se crea el Patronato Nacional de Anormales; del Decreto de julio de 1931 de asistencia a enfermos psiquiátricos, entre otras muchas.

Si comenzamos revisando el texto constitucional en búsqueda de aquellos artículos que podrían afectar directamente a las personas con discapacidad, nos encontramos en primer lugar con el artículo 9.2 de la Constitución Española de 1978 (CE), el cual establece que: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y, facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

No menos importante sería también el artículo 10.1 CE que, reconoce que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Creo que es esencial en toda norma que se formule, en toda actuación que se lleve a cabo, tener siempre presente el contenido del artículo que acabo de transcribir. De la misma manera que no podemos concebir, por ejemplo, un derecho para hombres y otro para mujeres, un derecho para blancos y otro para negros, para heterosexuales y homosexuales²⁴, no debería existir un derecho para personas con discapacidad y un derecho para personas sin discapacidad. Tal y como se formula en el citado artículo los derechos son inherentes, esenciales, propios de la persona y no cabría añadir ningún otro término para acompañar al de persona.

Entiende Varela Autrán, que “la dimensión protectora del ciudadano discapacitado, desde su titularidad de derechos fundamentales, no deriva de una exigencia de índole social, sino estrictamente jurídica”²⁵.

Tras el artículo 10 CE, nos encontramos con el artículo 14 de la CE que establece “la igualdad de todos ante la Ley sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Finalmente la Constitución Española dedica su artículo número 49 a las personas con discapacidad, estableciendo que: “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los

²⁴ Todo ello dicho con las debidas reservas, pues en muchos países de nuestro mundo estas personas, mujeres, homosexuales, etc., ni siquiera tienen derechos.

²⁵ Varela Autrán, B. *La discapacidad en el Derecho Español y en la Constitución Española*. IV Jornadas Fundación Æquitas: Discapacidad Intelectual y Derecho. Colección La Llave. 2ª edición. Madrid, 2005, pág.94.

amparán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Hace referencia este precepto constitucional al término disminuidos que, según lo define el diccionario de la lengua española de la Real Academia, sería el “que ha perdido fuerzas o aptitudes o las posee en grado menor a lo normal”; parece evidente que aunque ya casi finalizada la década de los setenta, en nuestro país todavía era el modelo rehabilitador el que marcaba la pauta en cuanto al tratamiento de la discapacidad, donde los parámetros de lo considerado normal por la sociedad situaban en una condición de inferioridad a aquellos que no entraban dentro de esos límites de lo normal. El mismo artículo hace referencia a la integración y rehabilitación de estas personas.

Según el análisis realizado por Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios²⁶, del contenido de este artículo se destaca como es tarea de los poderes públicos llevar a cabo todo aquello que sirva para que la protección de las personas con discapacidad sea algo más que una buena intención. Junto a la debida política de previsión, tratamiento y rehabilitación se hace especial referencia a la integración, que tendrá que ser el fundamento de todas las actuaciones políticas orientadas a estas personas, actuando al mismo tiempo como criterio de validación de las medidas previstas.

Por su ubicación dentro del texto constitucional, (el artículo 49 se encuentra dentro de los principios rectores de la política social y económica del Capítulo tercero) no sería un derecho ni una norma fundamental, pero de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.3 CE, lo preceptuado en el artículo 49 CE deberá informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Deberá ser el legislador ordinario quien desarrolle el contenido de este artículo y le dé cumplimiento, y así nos encontramos con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos²⁷, conocida como la LISMI, una Ley que este pasado mes de abril ha cumplido su tercera década pero que permanece vigente, eso sí, con sucesivas modificaciones.

Esta Ley, que enuncia como principios inspiradores tanto las declaraciones de derechos de Naciones Unidas de 1971 y 1975 referidas a los “deficientes mentales” y a los “minusválidos”, respectivamente, así como, lógicamente, el artículo 49 CE y, tie-

²⁶ De De Lorenzo, R., Palacios, A. “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, cit. págs. 13 y ss y 76 y ss.

²⁷ La disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, establece que, “las

ne un claro contenido prestacional, establece así en su artículo tercero como obligación del Estado “la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos, sociales mínimos y la Seguridad Social”.

Establece la LISMI en el artículo 7, que se entiende por minusválido “toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. Nos encontramos con términos ya conocidos como minusválido, integración, disminuido o deficiencia.

Un aspecto a destacar, a la luz de los diferentes modelos vistos en el punto anterior del trabajo, es la continua referencia a la integración de las personas con discapacidad; así se establece en el artículo 5 de la LISMI que “los poderes públicos promoverán la información necesaria para la completa mentalización de la sociedad, especialmente en los ámbitos escolar y profesional, al objeto de que ésta, en su conjunto, colabore al reconocimiento y ejercicio de los derechos de los minusválidos, *para su total integración*”.

A lo largo del desarrollo de la Ley se vuelve a hacer referencia, en los diferentes títulos –prevención, diagnóstico y valoración de las minusvalías, sistema de prestaciones sociales y económicas, rehabilitación, integración laboral, servicios sociales-, a la idea de la necesidad de que estas personas se integren en la sociedad a la que pertenecen, y así, por ejemplo, habla el artículo 10 de “integración en su entorno sociocomunitario”.

También es cierto, y se podría ver como un pequeño avance, que en el artículo sexto establece que todas las medidas dirigidas a su integración serán realizadas en “instituciones de carácter general”, exceptuando aquí los supuestos que requieran una atención especial.

No parece que en el momento de la redacción de la LISMI estuviese muy lejano el contenido de la misma, de aquello que defendía el modelo rehabilitador al igual que se ha comentado respecto de los preceptos constitucionales. Creo que en ese momento la sociedad española y, como reflejo de la misma, las normas que se iban aprobando, aún veía las personas con algún tipo de discapacidad como seres necesitados de protección, pero no de una protección que posibilite que todos los seres

referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad».”

humanos gocen en igualdad de condiciones de los derechos de los cuales son titulares, sino más bien de una protección marcada por un claro sentido paternalista.

Tras la LISMI, se aprobó 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 (LPPD). Es objeto de esta Ley, tal y como se recoge en la exposición de motivos “regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial”.

Supone un avance esta Ley, al menos en cuanto a la terminología empleada, pues ya en el enunciado de la misma habla de personas con discapacidad y, entiendo que también es un avance en la búsqueda de lo que preceptúa, el citado artículo 9.2 de la CE, es decir la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos.

Se puede decir que surge esta Ley como respuesta a la demanda por parte de fundaciones y asociaciones de personas con discapacidad²⁸ y, lo hace pretendiendo dar una respuesta no tanto de presente, sino de futuro, al interrogante de los padres de las personas con discapacidad: ¿qué va a ser de nuestros hijos cuando nosotros no estemos para poder cuidarlos?

Para Gallego Domínguez las medidas que se establecen en la LPPD surgen de “la necesidad de complemento de las medidas públicas y privadas en la protección de los discapacitados. El legislador, consciente del grave problema derivado del creciente número de discapacitados, constatando que el Estado y, en general, las Administraciones Públicas no pueden atender todas las crecientes necesidades que estas personas tienen de un modo adecuado, vuelve sus ojos –no necesariamente misericordiosos- al propio patrimonio del discapacitado y de sus familiares y establece y potencia medidas propias del Derecho privado”²⁹.

Se establece así que el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad es una masa patrimonial que está inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de estas personas, pretende favorecer la constitución de ese patrimonio y la aportación de bienes y derechos al mismo a título gratuito, su régimen de administración y supervisión será específico.

²⁸ Básicamente la Confederación Española de Representantes de Minusválidos (CERMI), la Fundación ONCE y Æquitas.

²⁹ Gallego Domínguez, I. “Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. por J. Pérez de Vargas, La Ley-Actualidad, Madrid, 2007, pág.115

También es cierto que la LPPD no se puede aplicar a todas las personas que tengan una discapacidad, pues podrían no alcanzar el grado que la norma establece, que será un 33% para las personas con discapacidad psíquica y un 65% para aquellas cuya discapacidad sea física o sensorial. Por tanto, todos aquellos que no alcancen dichos porcentajes quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley y, por otro lado, obviamente tampoco ampara a aquellas personas que no cuenten con un patrimonio que pueda ser protegido.

Como se puede observar a este respecto, la Ley 41/2003 ofrece un concepto de discapacidad de carácter administrativo, se limita a determinar los porcentajes que mediante el oportuno certificado marcan el reconocimiento de la discapacidad.

Por lo que respecta a la regulación específica del patrimonio protegido y a las disposiciones que modifican tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa tributaria se verán más adelante en el desarrollo del punto tercero de este trabajo.

Al mes siguiente de aprobación de la LPPD se aprueba la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU). Surge esta Ley con un objetivo claro al afirmar su primer artículo que es “establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la CE”.

Podemos ver en esta Ley un aspecto importante a destacar en la evolución jurídica de la consideración de la discapacidad y que se encuentra en la exposición de motivos de la misma. En ella se reconoce que hay dos elementos que dan justificación a esta Ley como son la persistencia en la sociedad de desigualdades por un lado y, por otro, los cambios efectuados en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad y, lógicamente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias, sabiendo que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en las dificultades personales (modelo rehabilitador), pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos, (modelo social).

Nos encontramos al entrar en el contenido de la Ley, con la delimitación de todo aquello que pueda considerarse discriminatorio, también con la orden hecha a los poderes públicos para que establezcan medidas de acción positiva y medidas contra la discriminación; se establecen calendarios y plazos de adaptación para que los en-

tornos, productos y servicios sean abiertos, accesibles y practicables para todas las personas discapacitadas; de igual modo, las Administraciones Públicas tienen la obligación de desarrollar campañas de sensibilización, acciones formativas y todo aquello considerado necesario para la promoción de la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

Son principios inspiradores de esta Ley el de *vida independiente*, entendido como la potestad de decidir acerca de la propia existencia y la participación activa en la vida de la comunidad; *normalización*³⁰, como posibilidad de acceso a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios a los que puede acceder cualquier persona; *accesibilidad universal*, entendida como la condición que deben cumplir los entornos, instrumentos, dispositivos, etc., para que todos los puedan usar, comprender con la debida seguridad y autonomía; *diseño para todos*, que supone que desde el inicio todo entorno, producto, servicio, entre otros, debe ser proyectado de forma que pueda ser utilizado por el mayor número de personas; *diálogo civil*, que implica la participación de todos aquellos que se verán afectados por las leyes y disposiciones normativas que se dicten y, *transversalidad de las políticas en materia de discapacidad*. Según este último principio la actividad de las diferentes Administraciones públicas no se debe limitar a actuaciones o programas dirigidos exclusivamente a las personas con discapacidad sino que “comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta sus necesidades y demandas”, define la Ley lo que se entiende por cada uno de los principios en su artículo segundo.

A los efectos de la LIONDAU y tal como establece en el artículo 1.2 : “tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%”; en el mismo punto hace referencia la Ley al supuesto de los pensionistas de la Seguridad Social perceptores de una prestación por incapacidad permanente, bien sea total, absoluta o de gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas beneficiarios de una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio. En los supuestos mencionados se consideran que presentan una discapacidad igual o superior al 33%.

³⁰ Para Christian Courtis, la denominación de este principio no sería la más adecuada, pues por un lado hace referencia a la relatividad del término «normalidad», ya que se podría entender que las personas con discapacidad tienen ordinariamente una vida «anormal», y le parece más oportuno hablar de inclusión, al creer que lo importante es superar la exclusión o la marginación y dar origen a un entorno inclusivo. Para un mayor detalle ver Courtis, C. “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”. Jueces para la Democracia, nº 51, 2004, págs 7 y ss.

En opinión de Courtis, esta definición es contraria al modelo que promueve la Ley de supresión de la discriminación, respondería más al enfoque médico-rehabilitador de la discapacidad. Afirma este autor que no tiene importancia el grado de discapacidad, sí la tienen en cambio, las barreras y prejuicios que atañen a aquella persona que es considerada discapacitada ya que esta consideración por parte de los otros es también origen de discriminación. Según Courtis lo establecido en la Ley “pone a estas personas en la peor situación posible: sufren discriminación porque se las percibe como personas con discapacidad, pero no reúnen el porcentaje necesario para recibir la tutela de la Ley”³¹.

En el mismo artículo 1 de la LIONDAU, en su punto primero, se define también lo que se entiende por igualdad de oportunidades. Sería “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo o sobre la base de la discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

Se puede afirmar que fundamentándose en el principio de transversalidad antes mencionado, es amplio el ámbito de aplicación de la Ley. Afectaría tanto a los transportes como a los espacios públicos urbanizados, infraestructuras, edificación, a las telecomunicaciones y la sociedad de la información, los bienes y servicios a disposición del público, las relaciones con las Administraciones públicas, la administración de justicia y, también al patrimonio cultural.

De acuerdo con esta Ley tanto las discriminaciones directas como las indirectas³², los acosos, los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y también la falta de cumplimiento de las medidas de acción positiva establecidas legalmente, ser-

³¹ *Ibid*, pág 14

³² Entendida la discriminación directa como la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pueda ser tratada de manera menos favorable que otra en una situación comparable. La discriminación indirecta sería la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutras pone a personas en situación de desventaja respecto a otras, salvo que dicha disposición, criterio o práctica, puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados. Respecto a este segundo tipo de discriminación, la Convención de Nueva York, establece en el artículo 5.4 que no se considerarán discriminatorias las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

ían una vulneración de la igualdad de oportunidades. Para garantizar este derecho de igualdad de oportunidades se preceptúa que los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

En el artículo 10 se recoge la obligación del Gobierno de regular las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que sean garantes de idénticos niveles de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos con discapacidad. Quizás estemos ante un artículo excesivamente ambiguo o genérico, es cierto que habla de condiciones básicas pero también hace referencia a las competencias de las otras administraciones públicas, es decir la autonómica y la local, en muchas ocasiones sus regulaciones son generadoras de desigualdad por las diferentes protecciones que establecen para sus administrados.

El último capítulo de la LIONDAU está dedicado a los mecanismos de protección jurídica que posibiliten una política de igualdad de oportunidades, es decir, medidas de fomento y defensa de esa igualdad; estaríamos ante medidas que suprimiesen las disposiciones normativas contrarias a la misma, como ante programas de formación, desarrollo de normas técnicas en el desarrollo y diseño de nuevas tecnologías, etcétera.

Algo que entiendo como muy positivo es la entrada que da la Ley a la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias que recoge el artículo 15. Establece que participarán en la “preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, siendo obligación de las Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva”.

Es importante también destacar la obligación que, de acuerdo con el artículo 17 de la LIONDAU, tiene el Gobierno de establecer un sistema de arbitraje que sirva para resolver con carácter “vinculante” y “ejecutivo” para las dos partes, las quejas y reclamaciones que surjan en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. Dando respuesta a esta obligación se aprueba el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de las citadas quejas y reclamaciones.

Ya no es necesario, por tanto, que las personas con discapacidad tengan que acudir a la vía judicial para resolver, por ejemplo, reclamaciones sobre espacios públicos urbanizados, transportes, etc. El Reglamento establece todo aquello en lo que no cabe acogerse a este sistema, las Juntas Arbitrales que atenderán las quejas y recla-

maciones, además hay que tener en cuenta la voluntariedad para las partes del sistema.

También es cierto que para muchas de las modificaciones necesarias para el pleno desarrollo del contenido de la Ley los plazos pueden llegar a ser excesivamente amplios. Nos encontramos, por ejemplo, con la disposición final quinta que establece que “en el plazo de doce a catorce años desde la entrada en vigor de esta Ley, todos los entornos, productos y servicios existentes y toda disposición, criterio o práctica cumplirán las exigencias de accesibilidad y no discriminación”. Aún entendiendo que algunos cambios no son sencillos y necesitan un cierto tiempo, parece que hablar de años de espera en términos de décadas no sería lo más oportuno.

Creo que esta Ley tiene unos objetivos acertados desde el punto de vista de las personas con discapacidad y entiende los derechos de este grupo vulnerable como una cuestión de derechos humanos y libertades fundamentales. Aunque a este respecto es necesario apuntar que la actual redacción de la Ley 51/2003 procede de las modificaciones que sobre la misma ha operado la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta norma dio lugar al cambio del contenido de diferentes artículos, así como de las definiciones contenidas en los mismos. Entre otros se da nueva redacción al término igualdad de oportunidades, también se modifica qué se debe entender por personas con discapacidad³³, definición cuyo contenido se adapta a lo establecido en la Convención y, marcada por un claro enfoque social de la consideración de la discapacidad, al reconocer las barreras que dificultan el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

Aunque sí entiendo que el hecho de limitar los beneficios de la Ley 51/2003 a tener reconocido un determinado grado de discapacidad quizás no sea lo más oportuno, más cuando el contenido básico de la Ley se limita a potenciar medidas que favorezcan la igualdad de oportunidades, la accesibilidad universal y la no discriminación, situaciones éstas que creo que deben ser las mismas para todas las personas. No es fácil distinguir a este respecto entre quien tiene la consideración de persona con discapacidad y quien no la tiene, pero lo que no puede generar una Ley, mucho menos ésta, es una nueva discriminación con respecto a quienes tienen alguna discapacidad pero no se les reconoce en el porcentaje necesario a los efectos de la norma.

³³ De acuerdo con el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 serán personas con discapacidad “aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Aunque después se volverá sobre una última norma aprobada en el año 2003 que afecta a las personas con discapacidad, si bien en un ámbito más concreto como es el empleo público, no debemos avanzar sin hacer referencia a la importante Convención Internacional de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad³⁴, convenio ratificado por España el 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo del mismo año. Al incorporarse a nuestro ordenamiento interno, fue necesaria la modificación y adaptación de las diferentes normas afectadas por el mismo para hacer efectivos los derechos recogidos en la Convención. Así se recoge en el preámbulo de la Ley 26/2011, ya mencionada anteriormente.

La aprobación de la Convención supuso un paso de gran importancia por lo que respecta al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos. Así se desprende del artículo primero de la misma, el cual contempla que su objetivo es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Tal y como se recoge en el preámbulo de la Convención, se buscaba que ésta fuera amplia e integral, con el propósito de atenuar la gran desventaja social de las personas con discapacidad, fomentando su participación, en igualdad de oportunidades, en todos los ámbitos posibles; ya no estaríamos hablando de una legislación paternalista. El enfoque desde el que se parte es el considerar la situación de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

No pretende la Convención la creación de nuevos derechos, sino que los ya existentes, tales como el derecho a la vida, a la salud, la educación, el trabajo, etc., sean planteados desde la igualdad y la no discriminación.

El mismo artículo primero recoge a quienes va dirigida la convención. Serán aquellas personas con “deficiencias físicas, mentales, intelectuales³⁵ o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Parece que quedan ya lejos términos como minusválido, rehabilitación o integración, de los que hablamos al principio. La idea esencial que se desprende del pre-

³⁴ Fue adoptada por consenso en la 76ª sesión plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

³⁵ Podemos ver que la Convención diferencia entre discapacidad mental e intelectual para hacer referencia a la discapacidad psíquica.

cepto que se acaba de transcribir es que, desde la dignidad personal inherente a cada ser humano, el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, pueden verse, para las personas con alguna discapacidad, limitados por diferentes barreras, por lo que se debe promover y asegurar para ellos, el ejercicio de tales derechos y libertades.

Destaca Pedraza Laynez que la Convención es un conjunto de derechos civiles, sociales, económicos y culturales, cuyo propósito es eliminar barreras concretas, pretendiendo el ejercicio efectivo de todos los derechos que les son reconocidos a las personas con discapacidad. Para esta autora, la Convención no sólo busca la protección contra todo lo que suponga discriminación sino que la dota de instrumentos para que el pleno ejercicio de los derechos no sea algo teórico y pueda ser plenamente aplicable³⁶.

Nos encontramos también con unos principios generales sobre los que se basa esta Convención que tienen una especial importancia. Están recogidos en su artículo tercero y son: el respeto a la dignidad inherente a toda persona, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, algo que tendrá mucho que ver con el tema de la capacidad jurídica que se abordará en la siguiente parte del trabajo, la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

El hecho de ratificar la Convención supone para los Estados firmantes la obligación de adoptar todas aquellas medidas, tanto legislativas como administrativas y, cuantas sean necesarias, para que los derechos reconocidos en la misma sean reales y efectivos; por otro lado, podemos entender que lo preceptuado en ella tendría el carácter de mínimo, en tanto en cuanto, tal y como se recoge en el punto cuarto del artículo 4, nada de lo regulado “afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en derecho internacional en vigor en dicho Estado”. Lógicamente, toda la normativa aprobada con posterioridad a la

³⁶ Pedraza Laynez, J. “La Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad y el Tribunal Supremo”. Comunicación dentro del Congreso Internacional *La protección de las personas mayores*, Córdoba, Octubre, 2009. págs 1 y ss.

Convención que pueda afectar a personas con discapacidad tendrá que tener como referencia continua lo que ella se recoge.

Entiendo que si algo pretende la Convención es asentar definitivamente las bases para que las personas con discapacidad ya no sean consideradas ni tratadas como ciudadanos de segunda clase. Además nos lleva a cuestionarnos con respecto a estas personas: por qué lo diverso o lo diferente es peor, que las limitaciones no son algo que les afecte solamente a ellos, quién no tiene limitaciones en su vida, no sólo de carácter físico sino también psíquico, cada uno somos concedores de las propias limitaciones, además y redundando en la misma idea, la discapacidad, la dependencia, son realidades que pueden llegar a nuestra vida en cualquier momento.

Fue el 2003³⁷ un año especialmente prolífico en cuanto a normas que afectasen a las personas con discapacidad. Pocos días después de la aprobación de la Ley 51/2003 se aprueba también la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, que es un regulación especialmente breve pues sólo consta de un artículo que modifica el contenido de la Disposición Adicional decimonovena de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, estableciendo un cupo de reserva, que no debía ser inferior al 5 por ciento de las vacantes, para ser cubiertas entre personas cuyo grado de discapacidad sea igual o superior al 33 por ciento con el fin de conseguir que progresivamente se alcanzase un porcentaje de efectivos totales de la Administración del Estado del 2 por ciento.

La propia Convención de Nueva York, establece que los Estados Partes deberán adoptar respecto del trabajo y el empleo medidas pertinentes, nos encontramos que una de esas medidas, recogida en el artículo 27.1.g) es el empleo de personas con discapacidad en el sector público.

Posteriormente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, modifica en el artículo 11 la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ampliando el cupo de reserva del 5 al 7 por ciento. Establece además que la reserva del mínimo del 7 por ciento se realizará de manera que, al menos, el 2 por ciento de las plazas ofertadas los sea para ser cubierta por personas que tengan una discapacidad intelectual.

En nuestra función pública autonómica, nos encontramos con una regulación muy reciente a este respecto. El Decreto 6/2012, de 16 de febrero, regula el acceso a

³⁷ Este fue el Año Europeo de las personas con discapacidad. El objetivo principal fue promover el programa político para la integración plena y completa de las personas con discapacidad.

la función pública de la Administración del Principado de Asturias y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Recoge este Decreto el porcentaje de reserva establecido en la Ley 26/2011 citada.

Si algo llama la atención de esta regulación autonómica es el artículo 5 en el que se consigna la distribución entre los Cuerpos y Escalas de funcionarios y entre las correspondientes categorías profesionales de personal laboral, de las plazas correspondientes al cupo reservado a las personas con discapacidad. Establece que “se dará preferencia y asignará un porcentaje del cupo a las vacantes existentes en aquellos Cuerpos, Escalas o categorías cuyas funciones o actividades resulten en mayor medida compatibles con la posible existencia de una discapacidad”. Entiendo que esta regulación da amparo a la Administración para vetar el acceso a determinados Cuerpos o Escalas, como ejemplo nos encontramos con la última oferta de empleo público de la Administración asturiana³⁸. En ese momento el porcentaje vigente era todavía el del 5 por ciento, pero no es ese el dato que aquí nos sorprende, sino el hecho de que para los Cuerpos y Escalas superiores (Superior de Administradores, Gestión) no reserva ninguna plaza, acumulándolas todas en los restantes Cuerpos. Hay que entender entonces que una persona con una discapacidad física, por ejemplo la ausencia de un brazo o una pierna, no puede acceder a una plaza de titulado superior, la respuesta sería negativa ya que puede hacerlo por lo que se denomina “turno libre”, pero dónde quedan entonces los principios inspiradores recogidos en el artículo tercero de este Decreto tales como la igualdad de oportunidades, la no discriminación, accesibilidad universal y el de compensación de desventajas...quizás el camino recorrido en este sentido no es tan largo como pensamos.

³⁸ Ver el Acuerdo de 22 de abril de 2009, el Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2009 de la Administración del Principado de Asturias y sus Organismos y Entes Públicos. (BOPA 24 de abril de 2009).

2.3 AUTONOMIA VS PROTECCIÓN

De acuerdo con la evolución que se ha presentado, pretendo en este punto abordar la cuestión, no siempre fácil, acerca del enfoque que debería dárseles a los instrumentos jurídicos, destinados en concreto a las personas con discapacidad psíquica en situación de dependencia.

En principio, no parece algo negativo la pretensión de proteger a todas aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y más en este supuesto, donde esa situación parece doble. Lo que ocurre en muchas ocasiones es que la óptica de la protección no es la misma para quien crea o aplica las normas que para quien es su destinatario.

No fue hasta fechas recientes cuando en la elaboración de las leyes se dio participación a las personas con discapacidad a través de sus organizaciones. Creo que hasta ese momento el intento de proteger fue una realidad que se dio con demasiada frecuencia, quizás por pensar que estas personas no podían distinguir aquello que era lo mejor para ellos, también por miedo a darles visibilidad en momentos donde todavía era frecuente el ocultar a las personas con discapacidad al entender que eran una carga pesada para una familia. Es muy significativa a este respecto la imagen del padre que siempre lleva a su hijo en brazos para que no le pase nada si se cae.....lo único que le sucede a ese niño es que nunca aprenderá a caminar.

Podemos ver en el preámbulo de la Convención de Nueva York de 2006, como en su apartado n) reconoce “la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”; abunda en el mismo aspecto el primero de los principios generales recogidos en la misma, al establecer que, “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual” y, menciona nuevamente “incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

En cuanto a las obligaciones generales de los Estados Partes, contenidas en el artículo 4, se establece que éstos han de celebrar consultas y colaborar activamente con las personas con discapacidad, a través de las organizaciones que los representen en todo lo relativo a la elaboración y aplicación de la legislación y las políticas que tengan la finalidad de hacer efectiva la Convención, así como en los procesos de adopción de cuantas decisiones puedan afectar a las personas con discapacidad. También en el artículo 12 se hace referencia al derecho de estas personas a decidir sus asuntos.

Por lo que respecta a la legislación de nuestro país, ya en Ley 51/2003, en el artículo segundo se habla de vida independiente, entendida ésta como “la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho de libre desarrollo de su personalidad”.

La teoría actual al respecto parece clara, la autonomía es un factor esencial a tener en cuenta y a potenciar en todo aquello que tenga que ver con la discapacidad y la dependencia, así aparece recogido en la tan citada Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Aunque curiosamente este título, quizás porque se veía excesivamente largo o porque el contenido de la misma va más encaminado a atender las situaciones de dependencia que a promover la autonomía personal, ha quedado reducido, no sólo en el ámbito coloquial, a Ley de dependencia. Incluso en el ámbito político-administrativo, al menos en el Principado, la Dirección General competente en esta materia se ha denominado, tanto en la legislatura más reciente como en la anterior, Dirección General de Atención a la Dependencia, entiendo que aunque sólo es un nombre, no es el más adecuado porque no transmite el sentido primero de la Ley. No deberíamos olvidar que sus logros más importantes en el desarrollo y aplicación de la misma, serán todos aquellos que sirvan para promocionar la autonomía de las personas.

3. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA

3.1 DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

Aunque a priori podríamos identificar discapacidad con dependencia, dado que en ocasiones la una conduce a la otra, no son términos sinónimos, por lo que es necesario delimitar con precisión el contenido de ambos.

Partimos, para hablar de discapacidad, tanto de la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001), clasificación realizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y que concibe la discapacidad como un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación y entiende que se refiere a los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada condición de salud y sus factores contextuales (ambientales y personales), como de lo recogido en el Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, donde se reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”³⁹. Abundando en lo preceptuado en el texto de la Convención, esas deficiencias podrían ser tanto físicas, mentales, intelectuales o sensoriales y se darían en el largo plazo.

En cuanto a la discapacidad psíquica es necesario distinguir entre la enfermedad mental y la discapacidad intelectual, de acuerdo con la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Enfermos Mentales, una enfermedad mental es una alteración de tipo emocional, cognitivo y/o del comportamiento, en la cual quedan afectados procesos psicológicos básicos como la emoción, la percepción, la cognición, etc.

Afirman que es difícil concretar una causa-efecto en el origen de la enfermedad, sino que se darían un diferentes factores, biológicos, psicológicos, sociales, que podrían incidir en su aparición⁴⁰.

Con respecto a la discapacidad intelectual, se entiende que serían sus notas características: las limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual, en la conducta adaptativa y la edad de aparición debe ser anterior a los 18 años. No tiene una condición inmutable ya que va modificándose tanto por el crecimiento y desarrollo

³⁹ Apartado e) del Preámbulo de la Convención de Nueva York, de 2006.

⁴⁰ Vid, www.avifes.org

biológicos de la persona y por la disponibilidad y calidad de los apoyos recibidos, se daría un intercambio continuo entre ésta y su ambiente⁴¹.

Debemos tener en cuenta también que algunas normas, como hemos visto en el caso de la Ley 41/2003, definen un concepto de discapacidad propio en relación con la aplicación de las mismas.

Por lo que se refiere a la dependencia, aunque puede parecer un término, en el campo jurídico, muy reciente, ya encontramos una definición de la misma propuesta por el Consejo de Europa en 1998. Entiende ésta como una situación en la que se encuentran las personas que “por razones ligadas a la falta o pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia o ayudas importantes para realizar las actividades de la vida diaria”⁴².

También figura en las conclusiones del Informe del año 2003 del Pacto de Toledo, en el cual se recoge que “siempre han existido ciudadanos en situaciones de dependencia, ya que por razones de edad, enfermedad o deficiencia parte de la población ha necesitado ser ayudada o atendida por terceras personas en el desarrollo cotidiano de las actividades de su vida”.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su artículo segundo define esta como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otro u otras personas o ayudas importante para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

De la definición se pueden extraer tres notas caracterizadoras de esta situación. En primer lugar, la permanencia en el tiempo. La dependencia, no se considera una situación temporal o puntual, el carácter permanente de la situación de dependencia quedará establecido cuando en la condición de salud de la persona no haya posibilidad razonable de restitución o de mejora en el funcionamiento⁴³. Podría ser discutible esta primera característica. Si uno de los objetivos de la Ley 39/2006 es promocionar la autonomía personal, entendida ésta, de acuerdo con el artículo segun-

⁴¹ Vid, www.down21.org/salud/neurobiologia/discapacidad_int.htm

⁴² Artículo 1 de la Recomendación número 98 del Consejo de Europa de 18 de septiembre de 1998.

do de la misma, como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria, parece lógico pensar que en determinados supuestos, sí se podría entender la dependencia como una situación temporal. Se pueden plantear al respecto diferentes realidades como por ejemplo, la situación de una persona que tras un accidente necesita un período de rehabilitación de un año y, en dicho período, no puede llevar a cabo con normalidad las actividades básicas de la vida diaria; también cabría plantearse la situación de un persona con una enfermedad mental que, sólo precisa de una asistencia en el momento que su enfermedad se manifiesta a través de un brote que le ocasiona, precisamente, la situación de dependencia.⁴⁴

Actualmente y de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable, en concreto por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, las situaciones temporales o transitorias no serían valorables, esta valoración quedaría pendiente de la evolución clínica, por ejemplo en los casos de personas en tratamiento rehabilitador de larga duración (lesiones medulares, enfermedad mental), se podrá solicitar la valoración transcurridos como mínimo 6 meses desde el inicio del mismo⁴⁵

En segundo lugar, la pérdida de autonomía (física, mental, intelectual o sensorial) para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria⁴⁶ y, en tercer lugar, la necesidad de otra persona o de diferentes apoyos para realizar esas actividades.

Además, la situación de dependencia se puede clasificar en tres grados, establecidos en función del número de veces que una persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria. De menor a mayor intensidad, podemos hablar de dependencia moderada, cuando la ayuda es de al menos una vez al día o, necesita de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal; en el caso de la dependencia severa la persona necesita esa ayuda dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo

⁴³ Anexo I del baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia, establecido por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006.

⁴⁴ De acuerdo con lo establecido en el criterio 1.b) de aplicación del baremo de valoración de la dependencia establecido por el RD 174/2011, en el caso de deficiencias que se deriven de patologías que cursan con brotes, la valoración se realizará en su situación basal. Esta se estimará de acuerdo con la frecuencia, duración y gravedad de los brotes.

⁴⁵ *Ibid*, criterio de aplicación número 8.

⁴⁶ La Ley 39/2006 las define como "las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal,

extenso para su autonomía personal; finalmente, hablaremos de gran dependencia, cuando se necesita ayuda varias veces al día y, el apoyo de otra persona es continuo e indispensable⁴⁷. Cada uno de estos grados, a su vez, se clasifica en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado requerido.

Tal y como se mencionaba al inicio de este apartado es fácil confundir estos dos términos, pero debemos tener claro que no toda persona con discapacidad está en situación de dependencia. Por el contrario, se ha de entender que una persona que esté en situación de dependencia será a consecuencia de una enfermedad discapacitante.

3.2 RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA

Un paso previo importante para que tengan plena eficacia los derechos reconocidos a las personas con discapacidad y a las personas en situación de dependencia es, precisamente, el reconocimiento por parte de la Administración de la discapacidad y la situación de dependencia. En el siguiente apartado se verá como se reconocen ambas.

3.2.a) RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

El instrumento jurídico básico con el que nos encontramos es el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, la norma básica en todo el territorio del Estado que regula el reconocimiento administrativo. Este Real Decreto ha sido modificado en el año 2009 por otro, el RD 1856/2009, de 4 de diciembre, que se dicta con el mismo nombre que el anterior y con la finalidad de adaptarlo tanto a la Convención de Nueva York, como a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia⁴⁸.

las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas.

⁴⁷ Ver artículo 26 de la Ley 39/2006.

⁴⁸ Con fecha 18 de febrero de este año 2012, entró en vigor el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, establecido por la Ley 39/2006. Establece en su disposición final tercera que, en el plazo máximo de un año desde la publicación de éste en el «Boletín Oficial del Estado», el Gobierno aprobará la modificación del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, con el fin de adaptar su contenido a lo regulado en este Real Decreto. Esencialmente, deroga el anexo segundo del RD 1971/1999, que valoraba la necesidad del concurso de tercera persona, estableciendo un baremo único tanto para discapacidad como para dependencia para la citada valoración. A día de hoy esa modificación normativa no se ha llevado a cabo, por lo que continúan vigentes los dos baremos.

En cuanto al objeto de la norma que se está analizando, establece en su artículo primero que es “la regulación del reconocimiento del grado de discapacidad, el establecimiento de nuevos baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen”.

Determinar cuál es el grado de discapacidad, establece el Decreto 1971/1999 que responde a criterios técnicos unificados, que se fijan mediante unos baremos que recoge el mismo Decreto. En ellos se fijan tanto las pautas para la determinación de las limitaciones en la actividad originadas por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas, entendiendo que la severidad de esas limitaciones es el criterio fundamental que se utiliza en la elaboración de estos baremos⁴⁹.

Se establecen también una serie de criterios para analizar las circunstancias personales y sociales, referidos al entorno familiar, la situación laboral, cultural, educativa, que puedan influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo, agravando la situación de desventaja originada por las propias limitaciones en la actividad; así nos encontramos con que el grado de discapacidad será el resultado la suma de las dos valoraciones, tanto de las limitaciones como de los factores sociales (éstos últimos no se podrán adicionar si los primeros no son superiores a un 25 por ciento).

⁴⁹ Como desarrollo del artículo 1 de la Ley 51/2003, nos encontramos con el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Establece este Decreto en su artículo 2 que la acreditación del grado de discapacidad se hará, entre otros documentos, por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social que reconozca la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez. Se han planteado a este respecto un buen número de conflictos judiciales al pretender equiparar el reconocimiento de una discapacidad con un grado del 33% con la resolución de incapacidad permanente total ya que los Juzgados de lo Social no dieron respuestas unánimes (sirvan como ejemplo la sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, de 8 de marzo de 2001, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 14 de octubre de 2004, la STSJ de Asturias de 23 de noviembre de 2007, las sentencias de los TSJ de Extremadura y el País Vasco de 27 de junio de 2006 y 12 de junio de 2007 respectivamente, entre otras). Finalmente ha sido la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 29 de septiembre de 2008, la que ha clarificado la situación, estableciendo que “la equiparación se limita únicamente a los efectos de esta Ley (LIONDAU) y no a todos los efectos previstos en la Ley13/1982, de Integración Social de Minusválidos...en definitiva, no se pueden confundir los dos planos legales, por lo que no es posible derivar de la indicada previsión legal la equiparación automática de un 33% de minusvalía que el demandante pretende le sea reconocida por el hecho de haber sido declarado incapaz permanente total para su profesión habitual”.

Por lo que respecta a la titularidad para reconocer el grado de discapacidad será de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas o el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO)⁵⁰.

3.2.b) RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Antes de entrar con mayor detalle en el reconocimiento de esta situación, se ha de precisar que la Ley 39/2006 surge con el objetivo de “atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”, tal y como se recoge en la exposición de motivos de la misma. Este derecho configurado por la Ley 39/2006, se reconoce como un derecho subjetivo, entendido éste como la potestad jurídica inherente al hombre por razón de su naturaleza. Tiene su fundamento, de acuerdo con la citada exposición de motivos, en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano.

Crea la Ley 39/2006 un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el que se precisa la colaboración de todas las Administraciones Públicas (estatal, autonómica y local), estableciendo un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración General del Estado. Un segundo nivel de protección surgiría de la cooperación del Estado y las Comunidades Autónomas y serán éstas últimas, si así lo estiman, las que puedan crear un tercer nivel adicional de protección.

La valoración de la situación de dependencia será llevada a cabo por los órganos que determine cada Comunidad Autónoma. En nuestro caso concreto se regula en la Resolución de 23 de marzo de 2012, de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad por la que se regulan los órganos de valoración a que se refiere la Ley 39/2006.

El órgano de valoración tienen una composición variable según las funciones a desempeñar, los de carácter unipersonal están formados por los valoradores de la situación de dependencia y son los encargados de acudir al domicilio de la persona que haya solicitado el reconocimiento de dicha situación para valorar ésta según el baremo

⁵⁰ El IMSERSO ostenta la competencia para reconocer el grado de discapacidad en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

oportuno⁵¹ y emitir el dictamen propuesta, y se integra en los Equipos de Servicios Territoriales⁵². El dictamen propuesta de grado y nivel se propone al órgano encargado de la Resolución, que es el titular de la Consejería competente en la materia, actualmente la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, será éste también el competente para aprobar la Resolución por la que se apruebe el Programa Individual de Atención.

También existe un órgano colegiado de valoración que asume otras medidas como el asesoramiento en los procesos y técnicas de valoración, también en la utilización del baremo, así como velar por su correcta aplicación, mediante la emisión de informes y la realización de auditorías⁵³.

Es necesario precisar que el reconocimiento de la situación de dependencia y el reconocimiento de las prestaciones que reconoce la Ley 39/2006, son procedimientos diferentes, aunque lógicamente para poder acceder a éstas debe estar previamente reconocida la situación de dependencia. En nuestra Comunidad Autónoma existe la particularidad de que el citado reconocimiento de prestaciones se inicia de oficio por la Administración autonómica.

En este Programa serán determinadas las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de la persona en situación de dependencia, de entre los servicios y prestaciones económicas que le puedan corresponder en función de su grado y nivel de dependencia.

Cabe añadir a este respecto que el grado y nivel de dependencia, así como el programa individual de atención podrán ser revisados de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 39/2006. Los supuestos en los que se revisa el grado y nivel serán la mejoría o el agravamiento de la situación de dependencia, también el error de diagnóstico o en la aplicación del baremo correspondiente.

Las prestaciones podrán ser revisadas y, en su caso, extinguidas o modificadas en función de la situación personal de la persona dependiente, siempre que se

⁵¹ De acuerdo con lo contenido en el artículo 27 de la Ley 39/2006, este baremo debe establecer los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia, y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso. Valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental. La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

⁵² En el Principado existen 8 Equipos de Servicios Sociales Territoriales que se corresponden con cada una de las áreas sanitarias (Navia, Cangas de Narcea, Avilés, Oviedo, Gijón, Arriondas, Mieres, Langreo)

⁵³ Resuelvo tercero de la Resolución de 23 de marzo de 2012 ya citada.

produzca una variación en aquellos requisitos que dieron origen a su reconocimiento, así como por incumplimiento de las obligaciones del beneficiario.

Con anterioridad a la elaboración del Programa Individual de Atención debe realizarse por el órgano autonómico competente⁵⁴, la determinación de la capacidad económica de la persona en situación de dependencia. Tal y como establece el artículo 33 de la Ley 3972006, los beneficiarios de las prestaciones de dependencia deben participar en la financiación de las mismas, lo harán de acuerdo con el tipo y el coste del servicio que tengan reconocido y de su capacidad económica personal, ésta también se ha de tener en cuenta a la hora de determinar la cuantía de las prestaciones económicas que en su caso vayan a recibir⁵⁵.

⁵⁴ Actualmente se lleva a cabo por la Sección de Gestión de Prestaciones a la Dependencia de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda.

⁵⁵ Aspecto desarrollado en nuestra Comunidad Autónoma por la Resolución de 27 de abril de 2011, de la consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regula la determinación de la capacidad económica de las personas beneficiarias, las prestaciones económicas y la participación en el coste del Servicio de Ayuda a Domicilio del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el Principado de Asturias.

4. MEDIDAS DE PROTECCION JURÍDICA

Antes de entrar al detalle en las medidas que el ordenamiento establece para proteger los derechos de las personas con discapacidad psíquica, parece preciso abordar la cuestión de la capacidad jurídica de las mismas y, especialmente, a la luz de lo que se contempla en la Convención de 2006.

4.1. LA CAPACIDAD JURÍDICA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Tradicionalmente en nuestra legislación se diferencia entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. La primera sería aquella que posee toda persona para ser titular de derechos y obligaciones y, la capacidad de obrar sería la que nos permite realizar actos con trascendencia jurídica, nos permite tomar decisiones sobre esos derechos. Nuestro Código Civil nos dice en su artículo 200 que, “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, es decir, que esa capacidad de obrar puede verse limitada o anulada.

La Convención de Nueva York, establece en su artículo 12 que, “las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, (...), en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida”, el mandato parece bastante claro. En principio, se estaría refiriendo a la capacidad de obrar cuando establece la obligación de los Estados de proporcionar toda medida necesaria para acceder a los “apoyos” que puedan precisar en el ejercicio de esa capacidad jurídica. El punto cuarto del citado artículo establece con claridad cómo habrán de ser las medidas que presten esos apoyos⁵⁶

Siguiendo a Mayor Fernández “la Convención proscribe la desigualdad en la capacidad de obrar cuando esta se deriva automáticamente de la discapacidad si no toma en consideración el estado real de la persona afectada, su capacidad natural para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones. Pero lo que la Convención no

⁵⁶ Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

niega, (...), es que la capacidad de obrar, (...), queda afectada por la discapacidad, existiendo limitaciones de hecho que el derecho no puede desconocer”⁵⁷

De acuerdo con este mismo autor, no parece lo más adecuado identificar capacidad jurídica con capacidad de obrar; está claro que determinadas discapacidades, psíquicas fundamentalmente, no nos permiten tomar decisiones, en este caso con trascendencia jurídica que sean libremente decididas, además de con el pleno conocimiento de las consecuencias de las mismas; será en este momento cuando se precise delimitar⁵⁸, establecer el ámbito de posibles actuaciones de la persona en una situación concreta.

En nuestro ordenamiento se ha optado por el término modificación de la capacidad. Así viene recogido en la Disposición Final Primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, en la que se establece que, “el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención...”, a día de hoy dicho Proyecto de Ley no ha visto la luz.

Para ilustrar la situación con la que nos encontramos actualmente, voy a citar dos sentencias de nuestra Comunidad Autónoma, en las que se declara la incapacitación de una persona y en las que la situación se plantea de manera totalmente diferente.

Comienzo por la más reciente, es de 21 de septiembre de 2011, dictada por la Juez de 1ª Instancia de Tineo. Se trata, resumidamente, de una demanda de incapacitación promovida por una hija respecto de su madre. Esta padece un trastorno cognitivo compatible con demencia, con episodios de alteraciones de conducta y comportamiento y depresión recurrente que exigen tratamiento continuo a base de psicofármacos y un control médico periódico, necesita de igual modo, la asistencia de terceras

⁵⁷ Mayor Fernández, D. “La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”. Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia. Núm.2133. Julio de 2011. Pág.7

⁵⁸ Propone Mayor Fernández el uso del término “delimitar” la capacidad de obrar entendiendo que “supone simplemente describir el contorno de lo posible, describir hasta dónde puede llegar el discapacitado, de hecho, con arreglo a sus circunstancias actuales”. *Ibid*, pág.10

personas para el autocuidado y supervisión para realizar actividades básicas de la vida diaria, carece de capacidad para tomar decisiones de contenido económico o jurídico; recoge también la sentencia que sus “padecimientos” de índole mental tienen carácter crónico e irreversible y, por tanto, determinan su falta de capacidad de comprensión y discernimiento suficientes para decidir sobre su persona y bienes, esto determina su incapacidad, de igual modo, para ejercer del derecho de sufragio.

En el fallo se declara la incapacidad total de esta persona, y se la somete a tutela, que será ejercitada por su hija. Concluye la sentencia ordenando que una vez firme la misma, se libren los oportunos testimonios al Registro Civil y a la Oficina del Censo Electoral para que efectúen las anotaciones oportunas.

Sorprende que una sentencia tan reciente, poco más de ocho meses, no haga en ninguno de los fundamentos de derecho referencia a lo regulado en la Convención; entiendo que no es tampoco la forma de referirse a la discapacidad psíquica con la expresión “padecimientos de índole mental”, quizás sea también, un poco exagerado, adjudicarle a esa discapacidad psíquica la categoría de crónica e irreversible.

Bien podría haber tenido como referente esta sentencia la dictada por el Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 8 de Gijón, Ángel L. Campo, el 19 de diciembre de 2008, casi tres años antes curiosamente. En este caso la demanda de incapacitación es promovida por el Ministerio Fiscal y la presunta incapaz defendida por el Letrado del Anciano del Principado de Asturias, que solicitó la desestimación de la demanda.

Es curioso cómo se menciona en la sentencia que, el Juez, no siendo una parte del proceso, pero sintiéndose una parte activa integrante del mismo, debe valorar en orden a tomar su decisión aspectos relativos a la autonomía de la persona cuya capacidad se está cuestionando.

Será en el fundamento tercero donde entra al detalle de lo establecido en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, afirma que “los procesos de incapacidad absoluta, deben ser el último remedio al que acudir para proteger la persona y patrimonio del discapaz, debiendo acudir antes a otras medidas previas siempre que sea posible”.

Continúa añadiendo en este mismo fundamento que la incapacitación no es una medida para proteger o mejorar las condiciones de vida de los familiares o el entorno social de la persona, sino para protegerla a ella misma y/o su patrimonio; debería responder como tal medida de protección a tres preguntas: por qué, para qué y finalmente, su extensión y límites deben ser adecuados al grado de discapacidad.

En este caso concreto en el que la persona presentaba un trastorno bipolar, hipertensión arterial y cierta disminución de movilidad, analiza el Juez sus habilidades para la vida independiente, sus habilidades económico-jurídico-administrativas, habilidades sobre la salud y, sus habilidades en relación con el procedimiento del que estaba siendo protagonista.

Finalmente se falla acordar una “modificación de la capacidad de obrar”, estableciendo aquello para lo que la persona no tiene capacidad y para lo que sí la tiene; no le limita ni el derecho a otorgar testamento ni el de sufragio. Nombra tutor a la Comunidad Autónoma a través del Letrado del Anciano y le recuerda al Tutor que una más de sus obligaciones es el intentar, en la medida de lo posible, que la persona declarada incapaz, total o parcialmente, vaya recuperando la misma, solicitando en su caso vía judicial su rehabilitación, total o parcial.

Realmente, son dos sentencias, que sobre un mismo asunto de fondo, difieren bastante, no sólo en cuanto al fallo, sino en el tratamiento dado a la persona que está viendo cuestionada su capacidad, yo diría que, incluso su libertad.

Son palabras de Juez que dictó la sentencia vista en segundo lugar y que, me parecen muy clarificadoras en cuanto al tema que estamos abordando: “somos modistos de alta costura, y estamos haciendo un traje o un vestido único para esa persona, de tal forma que la incapacidad que se pida y la que se conceda, debe ajustarse perfectamente a esa persona, y solo y exclusivamente a ella, cada incapaz, necesita su especial medida de protección”⁵⁹.

Cabe mencionar en este mismo sentido una sentencia muy conocida en el ámbito de la protección jurídica, dictada por el Tribunal Supremo, es la número 282/2009 de fecha 29 de abril de 2009, siendo su ponente D^a Encarnación Roca Trías.

Se trata de un conflicto familiar donde unos hermanos piden la declaración de incapacidad de su madre, a esta petición se oponen tanto la propia interesada como otros de sus hijos.

Si por algo tiene interés se debe al análisis que se hace del procedimiento de incapacitación y de las normas aplicables en nuestro país, a la luz de la Convención de Nueva York, así viene recogido en el Fundamento de Derecho quinto que reconoce que el problema “(...) consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que

se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección”.

En el mismo Fundamento se reconoce que el Código civil no sería contrario a los principios de la Convención, el hecho de tomar medidas específicas para estas personas estaría justificado, alguien a quien le falta entendimiento voluntad es una persona necesitada de protección.

Cuestión diferente será la intensidad de esa protección, se afirma en el Fundamento de Derecho séptimo que ésta no debe ser estándar, deberá ser adecuada a las necesidades concretas de la persona, deberá entenderse además como una situación con posibilidad de ser revisada de acuerdo con la evolución de la causa o causas que originaron la medida de protección.

Finaliza los argumentos de este Fundamento con una afirmación que me parece muy clarificadora, se reconoce que el hecho de incapacitar a una persona no es una medida discriminatoria ya que la situación digna de protección tiene unas particularidades específicas y propias. Estaríamos haciendo referencia a una persona con unas capacidades intelectuales y volitivas que no le permiten autogobernarse, lo que le impide ejercer sus derechos.

4.2 MEDIDAS DE PROTECCIÓN PRIVADA Y SU RELACIÓN CON LA DEPENDENCIA

En este apartado se intentará abordar las posibilidades que desde el ordenamiento jurídico, sirven de protección a las personas con discapacidad psíquica en situación de dependencia.

No será un análisis sistemático de todas las figuras legales existentes a este respecto ya que sería ésta una pretensión excesiva por mi parte. Simplemente trataré, partiendo de situaciones concretas en las que se unan tanto la situación de discapacidad como la de dependencia, de plantear posibles medidas a aplicar y ver en qué orden responden a dar cumplimiento a lo visto en los epígrafes anteriores respecto a la consideración actual, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista social, de ambas situaciones.

⁵⁹ Fundamento de derecho tercero de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Gijón, 19 de diciembre de 2008.

4.2.a) MEDIDAS CIVILES DE PROTECCIÓN

Por lo que respecta a la discapacidad y, como ya hemos visto, en el caso de la psíquica ésta puede dar lugar a una modificación de la capacidad de obrar que de acuerdo con lo establecido en el Código civil será total o parcial. Pero también se dan muchas situaciones en las que una discapacidad psíquica, por ejemplo el alzheimer, una demencia o un trastorno cognitivo que, estén en una fase inicial, no implican la necesidad de esa modificación de la capacidad, aunque pueda ser considerada a posteriori. Entiendo que en este supuesto la persona, es consciente de que su discapacidad puede verse agravada hasta el punto de convertirse en una situación en que pierda en gran medida, o incluso de forma absoluta, su capacidad de obrar y deba ser incapacitado, ante esa realidad la figura de la autotutela sería la más adecuada en aras a respetar y potenciar su autonomía⁶⁰ en cuanto a la toma de todas aquellas decisiones que puedan ser trascendentales parara su vida, tanto desde la óptica patrimonial como, muy especialmente, desde el punto de vista personal.

La autotutela fue regulada en la modificación del Código Civil que llevó a cabo la Ley 41/2003 (LPPD)⁶¹. En la exposición de motivos de la misma se contempla ésta como la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación. El legislador ve la utilidad de esta figura, sobre todo en el caso de enfermedades degenerativas, afirma que si los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de sus hijos menores o incapacitados, no ve obstáculos para que esta misma posibilidad, corresponda a una persona respeto de sí misma, en previsión de que pueda ser declarado incapaz.

Así, el artículo 223 del Código Civil establece que, “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

En cuanto a esta designación nada dice la Ley al respecto, se puede entender que podría ser tutor más de una persona, por ejemplo, una tutelaría la esfera personal

⁶⁰ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 39/2006, se entiende por autonomía “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.

⁶¹ Podemos encontrar sus orígenes en la figura de la tutela fiduciaria, propuesta por Creuhet del Amo, éste la definió como “la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incidido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso en que deje de ser capaz”. Creuhet del Amo, D. *La tutela fiduciaria*. Ed. Reus. Madrid, 1921, pág. 9

y otra la patrimonial, dada la generalidad de la redacción también se podría pensar que, de la misma manera que se designa a uno o varios tutores, se puede designar quien no debe ocupar ese cargo.

Tal y como establece el Código civil, quien constituye la autotutela podrá recoger en el documento notarial cualquier disposición relativa a su persona. Entiendo que entre esas disposiciones, son de especial trascendencia aquellas que le puedan afectar si se llega a encontrar en una situación de dependencia y, por tanto, previo conocimiento de todos aquellos servicios y prestaciones de los que pueda llegar a ser beneficiario de acuerdo con lo establecido en la Ley 39/2006, puede establecer las medidas que a este respecto deban ser tomadas.

En la Ley 39/2006 también se reconoce este derecho, así viene recogido en el artículo 4.f) que, establece el derecho “a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno”.

Creo que la autotutela es todavía una figura bastante desconocida, fuera del ámbito de los expertos en Derecho. En una situación como la actual, en la que la realidad de la discapacidad psíquica comienza a ser debidamente reconocida y en la que se está trabajando para que estas personas puedan ejercer sus derechos, también sus obligaciones, en igualdad de condiciones con los demás, sin olvidar, claro está, que debido a los avances médicos aunque hoy no tengamos una discapacidad de este tipo, si podemos conocer las posibilidades de padecer en un futuro más o menos cercano, trastornos cognitivos o degenerativos que impidan la toma de todo tipo de decisiones con la autonomía y libertad suficientes, es importante que se den a conocer todos los instrumentos jurídicos que están a nuestro alcance para decidir, desde esa misma libertad y autonomía, todo lo que tenga que ver con nuestra realidad personal para el supuesto de que sea necesario la asistencia de una persona o institución que nos deba tutelar.

En el supuesto de que la discapacidad psíquica origine la necesidad de modificar la capacidad de obrar de la persona⁶², serían entonces la tutela o la curatela, de acuerdo con la normativa vigente⁶³, las figuras jurídicas que darían protección a la

⁶² De acuerdo con lo establecido en el artículo 200 del Código civil “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

⁶³ Ha de tenerse en cuenta que esta normativa está pendiente de ser modificada y por algunos autores se ha propuesto suprimir la figura de la tutela al considerarla contraria a la Convención de Nueva Yor.

persona. Ambas se establecen en virtud de una sentencia judicial como conclusión del correspondiente procedimiento de incapacitación.

Define O'callaghan la función tutelar como “el poder concedido por la Ley sobre la persona y bienes o solamente sobre una u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para la protección del mismo, bajo control judicial”⁶⁴

Cuestión actualmente debatida es si la tutela, que es una medida de sustitución, es adecuada de acuerdo con la Convención de Nueva York, ésta habla de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, lo que da lugar a interpretar que no cabe adoptar medidas que impliquen la sustitución. Quizás a este respecto y buscando potenciar la protección de la autonomía personal de quienes tengan modificada la capacidad de obrar, sería más adecuada la figura de la curatela, que veremos a continuación. Actualmente no solo se nombra curador para aspectos relacionados con el patrimonio sino que cabe también esta posibilidad en el ámbito, por ejemplo, de la salud. Es importante que ante determinadas discapacidades, especialmente la psíquica, haya otra persona apoyando a la persona con los tratamientos o con la asistencia a las consultas médicas.

Creo que a este respecto el camino por andar todavía es largo, como en tantas otras cosas que afectan a las personas con discapacidad y, también a las personas en situación de dependencia, es esencial el cambio de enfoque hacia políticas y normativas que favorezcan la dignidad y la autonomía, a la hora de abordar las cuestiones que les conciernen.⁶⁵

En el caso de que la persona sea sometida a tutela y por lo que concierne a las obligaciones del tutor, establece el Código civil que llevará a cabo el ejercicio de su cargo de acuerdo con la personalidad del menor o de la persona declarada incapaz, respetando su integridad física y psicológica, aspecto este que considero de gran re-

⁶⁴ O'callaghan, X. “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho” en *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos jurídicos*. Volumen I. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid-Obra social. Madrid, 2007, pág. 294.

⁶⁵ Me parecen a este respecto muy clarificadoras las afirmaciones de Vivas Tesón, I. en su estudio *Más allá de la capacidad de entender y querer...Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutelar español*. Ed. Fundación para la promoción y apoyo de las personas con discapacidad. Badajoz, 2012, pág. 30. Entiende esta autora que “nuestro legislador civil debe, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 49 CE, buscar soluciones jurídicas alternativas más humanas, las cuales, por su elasticidad y flexibilidad, permitan amoldarse a todas las situaciones de debilidad de una persona, intentando brindarle el apoyo más adecuado a su concreta necesidad y dando siempre espacio al desarrollo de su personalidad. Satisfacer sus necesidades vitales, conocer sus sentimientos, lograr su bienestar (no sólo económico, sino físico y espiritual), promover su autoestima y, en definitiva, alcanzar su felicidad, poco o nada tiene que ver con su mayor o menor capacidad de entender y querer, sino con su condición de ser humano y, por consiguiente, con el máximo respeto a su yo”.

levancia ya que muchas veces pensamos que por representar a alguien, no tanto en caso de los menores, como en el de las personas con discapacidad psíquica, debemos tomar todas las decisiones que le puedan afectar, hasta las emocionales incluso. Creemos que solamente nosotros sabemos qué es lo mejor para esa persona y no le hacemos partícipe buscando conocer su opinión y sus deseos, en la medida que esto sea posible, claro está, sobre aquello que puede tener trascendencia en su vida por insignificante que esto nos parezca.

A este respecto, en cuanto a decisiones que se entienden como de especial trascendencia, el tutor va a necesitar autorización del Juez para llevarlas a cabo, tal es el caso del internamiento en un centro de salud mental o de educación especial, la enajenación de bienes inmuebles, la renuncia a derechos, aceptar una herencia sin beneficio de inventario, etc. Previamente a la autorización de estos actos, además de los contemplados en el artículo 271 del Código Civil⁶⁶, el Juez deberá oír al Ministerio Fiscal y a la persona tutelada.

Además, el artículo 267 del Código Civil reconoce que el tutor es el representante salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación. Deberá también la persona que ejerza al tutela promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. Esta obligación está en total consonancia con lo establecido en los principios generales de la Convención de Nueva York, entre los que se encuentra la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (artículo 3.c) de la Convención).

Establece el Código civil en el artículo 234 la relación de personas que podrán ejercer esta función, en primer lugar cabe la posibilidad, como veíamos en el punto

⁶⁶ Establece este artículo que “el tutor necesita autorización judicial:

1. ° Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.
2. ° Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
3. ° Para renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
4. ° Para aceptar sin beneficio de inventario, cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
5. ° Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
6. ° Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
7. ° Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
8. ° Para dar y tomar dinero a préstamo.
9. ° Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

anterior, de que sea la propia persona quien designe, previamente a su probable futura incapacitación, a la persona que considere más oportuna; será después el cónyuge, que deberá estar conviviendo con el tutelado⁶⁷, a continuación los padres o la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad y, en último lugar, el descendiente, ascendiente o hermano que decida el Juez.

Considero importante el contenido el artículo citado cuando establece que “excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere”. Aunque sea con carácter excepcional y como es lógico, debidamente motivado, es necesario que la persona, en este caso el Juez, que tiene la responsabilidad de asegurar que alguien que se encuentra en tal situación de vulnerabilidad y, para quien está decidiendo quien va a ser su representante, su responsable, su apoyo a la hora de hacer reales todos los derechos de los que la persona ahora declarada incapaz es titular, pueda decidir en función del mayor beneficio que le puede reportar a la persona, entendiendo el término beneficio no en sentido económico, sino como alguien que le aportará seguridades en todos los aspectos de su vida, normalmente será alguien del entorno familiar, pero no siempre tiene porque ser así.

Respecto de la curatela mencionar simplemente que esta institución se da en los supuestos en los que una persona necesita, para determinados actos con trascendencia personal o patrimonial de un complemento a su capacidad. En la sentencia en la que se proceda a la modificación de la capacidad deberán figurar aquellos en los que una persona deba ser asistida por el curador. Si no fuese así se deberá entender, de acuerdo con el establecido en el artículo 290 del Código Civil, que se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, como se veía en el punto anterior, autorización judicial.

La iniciativa en cuanto a la asistencia por parte del curador, no la tiene éste sino la persona sometida a curatela. El curador ante la petición de ésta, si considera la oportunidad del acto que se pretende llevar a cabo, dará su autorización. Lógicamente, su actuación está sometida al control judicial.

10. ° Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos del tercero contra el tutelado.

⁶⁷ Creo que es importante esta referencia a la convivencia, pues son muchas las situaciones en las que si la incapacitación deriva de una enfermedad mental, esa convivencia ya no existe, sin entrar a juzgar los motivos de esa inexistencia de vida en común pero, en principio, parece lógico que no debe ser el cónyuge quien ostente la tutela.

Continuando en el ámbito del derecho privado en cuanto a la protección de personas con discapacidad en situación de dependencia, nos encontramos con la figura del guardador de hecho. Esta figura como después veremos también ha tenido incidencia en lo que respecta al reconocimiento de la situación de dependencia.

Aunque la guarda de hecho no tiene la misma consideración a efectos jurídicos que, por ejemplo, la tutela, siempre ha tenido y hoy día muy especialmente en el caso de personas de edad avanzada que, por deterioros cognitivos y enfermedades degenerativas, como el caso típico del alzheimer, una importante trascendencia a nivel práctico.

Estaríamos ante una persona que sin ningún nombramiento legal se ocupa de otra, en nuestro supuesto, de una persona discapacitada psíquica, normalmente no incapacitada en virtud de sentencia⁶⁸, pero que necesita de otro para llevar a cabo sus actividades.

Para Fábrega Ruiz⁶⁹, la guarda de hecho se podría definir por dos elementos esenciales, uno de carácter positivo que implica que un tercero procura lo necesario a otra persona que se encuentra carente de protección y, en sentido negativo, la ausencia del deber legal del ejercicio de esa protección como se da en el caso de la institución del tutor o del curador.

Para este autor, el hecho de regular esta situación de hecho jurídicamente, la convierte en una auténtica situación de derecho⁷⁰. Dicha regulación se produce con la modificación que del Código Civil se lleva a cabo con la Ley 13/1983. Se encuentra en el artículo 303, en relación con el 228 y los artículos 757 y 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 304 y 306 del Cc.

A priori se puede pensar que operaría en ausencia de la constitución legal de la tutela o curatela previa incapacitación judicial, pero la realidad es que, en muchas ocasiones, sobre todo cuando la guarda de hecho se ejerce en el ámbito familiar, no se considera la incapacitación la forma más idónea de dar apoyo a la persona que se encuentra en situación de vulnerabilidad bien por tener una discapacidad psíquica, una situación de dependencia o ambas a la vez.

⁶⁸ También se pueden dar supuestos donde la personas con discapacidad esté incapacitada y, tenga nombrado un tutor, pero sea otra persona quien de hecho ejerza las funciones de éste.

⁶⁹ Fábrega Ruiz, C.F., "Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*.(De Salas Murillo, coord.) Colección El Justicia de Aragón. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza. 2010, pág.297

⁷⁰ *Ibid*, pág 299

Además, se puede entender que el legislador está a favor de esta figura, y no pretende que, necesariamente, se deba proceder en todos los casos a la incapacitación cuando en el artículo 304 del Código Civil establece que, los actos realizados por el guardador, si se dan en interés del presunto incapaz y redundan en su beneficio, no podrán ser impugnados. Aquí habría que entender el beneficio en sentido amplio, no solamente económico, supondrá igualmente un beneficio para una persona con discapacidad tanto el buen manejo de sus cuentas bancarias como el procurarle la asistencia médica que pueda necesitar.

A mayor abundamiento, el Código civil le reconoce una situación similar a la del tutor por lo que se refiere a los posibles daños y perjuicios sufridos con ocasión del ejercicio de guarda. Así el artículo 306 se remite al 220 del mismo texto, encuadrado dentro de las disposiciones generales de la tutela, el cual recoge que “la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento”.

Incluso se puede entender, desde el plano teórico, que las obligaciones del guardador con respecto al control judicial, son menores que las de un tutor o un curador, puesto que el artículo 303 preceptúa que la autoridad judicial cuando conozca de su existencia podrá efectuarle un requerimiento para que informe de la situación de la persona y sus bienes y, de su actuación en relación a los mismos, también podrá establecer medidas de control y vigilancia. Nos encontramos con que tanto el requerimiento de información como el establecimiento de medidas de control son potestativas para el Juez.

Esta figura fue muy cuestionada en el ámbito del reconocimiento de la situación de dependencia. Tras la puesta en marcha de la Ley 39/2006, siempre que una solicitud venía acompañada de una declaración responsable del guardador de hecho, al menos en nuestra Comunidad Autónoma, el órgano competente para la gestión y tramitación la citada solicitud, debía comunicar al Ministerio Fiscal la situación de guarda. Se consideraba que esta comunicación debería ser seguida en el ámbito judicial del correspondiente procedimiento de incapacitación de la persona. Parece lógico entender que no toda persona a la que se le reconoce una situación de dependencia tiene que ser considerada inmediatamente como una persona con una capacidad de obrar limitada.

Posiblemente se debió esta situación a la precipitación y confusión inicial en la aplicación de una Ley como la que estamos viendo. Con el paso del tiempo se fueron

clarificando los criterios y, a mi entender, potenciando mucho más la importancia de la decisión de la persona interesada, es decir, si alguien considera que puede estar en esta situación y, su capacidad de obrar se lo permite, debe ser ella quien de inicio al procedimiento. En Asturias, el actual modelo de solicitud para el reconocimiento de la dependencia⁷¹, ya no hace referencia a la figura del guardador de hecho, aunque esto no es así en todas las Comunidades Autónomas⁷².

Si que recoge nuestro modelo de solicitud la figura del representante legal y del representante voluntario, éste último ha de ser designado como tal en virtud de mandato. En todo caso si una persona estuviese amparada por un guardador de hecho, ya que la norma no lo prohíbe, es lógico entender que podría presentar dicha solicitud y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 304 del Código Civil los actos realizados por el guardador de hecho no podrán ser impugnados si suponen un beneficio para la persona en posible situación de dependencia. Creo que lo realmente trascendente es que si la solicitud no es presentada por el interesado y lo es por un representante legal, sea, siempre que la capacidad de obrar así lo posibilite, con el conocimiento y consentimiento de la persona en posible situación de dependencia.

Desde el ámbito de la Administración del Principado, de cara a la aplicación de la Ley 39/2006, se entiende que la figura del guardador de hecho no debía estar vinculada a una persona del entorno familiar más próximo, es el caso por ejemplo de los padres o los hijos, cuestión esta totalmente discutible desde otras esferas del Derecho. Creo que lo que se pretende es que quede claro que mientras no exista una sentencia de incapacitación, debe ser el propio interesado quien, en principio, solicite el reconocimiento de la situación de dependencia. A este respecto es preciso mencionar que en el caso de que en el momento de la negociación del Programa Individual de Atención se considere que la persona se encuentra en una situación de desamparo entonces se pondrá dicha situación en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Otra de las medidas establecidas por el Derecho civil como elemento de protección de las personas con discapacidad es el patrimonio especialmente protegido, cuya regulación está recogida en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección

⁷¹ Aprobado por Resolución de 20 de marzo de 2012, de la Consejería de Bienestar Social e Igualdad del Principado de Asturias.

⁷² En la Comunidad de Madrid, la Orden 2386/2008, de 17 de diciembre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades. (BOCM núm. 302, de 19 de diciembre de 2008), establece que el procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia, de quien ostente su representación legal, o de su guardador de hecho.

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 (LPPD).

El objeto principal de esta Ley es la creación de un patrimonio especialmente protegido, de una masa patrimonial vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad, tal y como se recoge tanto en la exposición de motivos de la misma como en el artículo 5.2; lo que la LPPD no hace es concretar que se entiende por necesidades vitales. Se podrían enfocar éstas desde una óptica reducida como todas aquellas necesidades que tengan que ver con la alimentación, el vestido, el domicilio, la salud, o bien se puede entender que también es una necesidad vital tener cursos de formación, actividades de ocio o tener personas que puedan apoyar a la persona en la realización de actividades, por mencionar varios ejemplos. Entiendo que, aunque lógicamente, y en función de los medios con los que cuente ese patrimonio protegido, habrá que priorizar las necesidades, lo justo es pensar que todas las actividades mencionadas (y otras cuantas más, seguramente) son necesidades vitales.

El único beneficiario del patrimonio protegido será la persona en cuyo interés se constituya. Para ello es esencial tener determinado porcentaje de discapacidad que habrá de ser reconocida mediante la resolución administrativa ya mencionada⁷³. Serán competentes a estos efectos los órganos correspondientes de cada Comunidad Autónoma⁷⁴. Como ya hemos visto en el caso de la discapacidad psíquica ese porcentaje será del 33% y, en el caso de la discapacidad física y sensorial tendrá que ser del 65%.

Cabe preguntarse a este respecto si la Ley es lo suficientemente generosa por no exigir que la persona con discapacidad esté incapacitada judicialmente, o si por el contrario no estaría limitando situaciones igualmente necesitadas de especial protección, como es el caso de aquellas personas cuyo grado de discapacidad no alcance los mínimos requeridos, incluso hay quien afirma, como Juan Bolás que “la ley debería haber sido más sensible con la tercera edad, pues la constitución del patrimonio

⁷³ El artículo 2.3 establece que, además de por resolución administrativa también podrá ser por resolución judicial firme como se acredite la discapacidad. Entiendo que no será ésta la situación que más se dé pues normalmente una persona a la que se la incapacita mediante resolución judicial ya suele tener reconocido el grado de discapacidad (también podría haber supuestos en los que no, pero creo que no son los más numerosos). La resolución judicial a la que se refiere el precepto es a la de la Jurisdicción Social que resuelva el recurso que se haya interpuesto contra la resolución de la Administración.

⁷⁴ En el caso del Principado de Asturias, serán los Centros de Valoración de Personas con Discapacidad, dependientes de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda.

protegido puede ser un mecanismo de gran utilidad para asegurar la subsistencia de nuestros mayores, cuando los familiares no pueden atenderlos directamente”⁷⁵.

En cuanto a la constitución del patrimonio protegido, la Ley establece diferentes posibilidades, en primer lugar podrá constituirlo la propia persona con discapacidad, el único requisito que se establece es que tenga capacidad de obrar suficiente; en principio, entiendo que se está haciendo referencia con dicho requisito, a las personas con discapacidad psíquica. En el supuesto de que exista sentencia de incapacitación, tendremos que atenernos a lo establecido en la sentencia y ver en qué sentido se modifica la capacidad de la persona.

Si se entiende que la persona con discapacidad no tiene la suficiente capacidad de obrar, podrán constituir ese patrimonio sus padres, tutores o curadores. En principio, es este el supuesto de constitución patrimonial más frecuente. De hecho en el origen de la Ley 41/2003, se encontraba la preocupación de los padres, como ya se mencionó en el punto primero, por el futuro de sus hijos con discapacidad, una vez que ellos ya no pudiesen hacerse cargo de los mismos. En el caso del curador, éste puede promover que la persona con discapacidad constituya el patrimonio protegido contando con su asistencia.

Otra posibilidad que esta Ley contempla es que sea el guardador de hecho. La norma especifica que el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica puede constituir “en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario”. Parece que a estos efectos sólo cabe la figura del guardador de hecho en ausencia de padres o tutores.

Además de las personas mencionadas el punto segundo del artículo 3, se establece la posibilidad de que cualquier persona con interés legítimo pueda pedir a la persona con discapacidad, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente, a sus padres, tutores o curadores y, siempre que aporte bienes y derechos adecuados, la constitución del patrimonio protegido. Desde esta posibilidad se abre paso a la actuación de los fiscales y los jueces, dado que si por parte de los padres o tutores, se produce una negativa no justificada a la petición de esa persona con un interés legítimo, éste podrá acudir al fiscal, que buscando lo que sea más adecuado para la persona

⁷⁵ Bolás, J. “Comentarios a la Exposición de Motivos de la Ley 41/20032, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Vol II. Aspectos económicos y patrimoniales. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid. Obra Social. Madrid, 2007, pág.967

con discapacidad podrá instar al juez para que autorice la constitución del patrimonio⁷⁶.

Si se lleva a cabo esta última posibilidad, el patrimonio se constituirá mediante resolución judicial. En el supuesto de que no sea así se constituirá en documento público notarial, se entiende que deberá ser en escritura pública. Ambos deberán tener un contenido mínimo que se integra por el inventario de los bienes y derechos que en un principio constituyan el patrimonio; deberán estar determinadas las reglas de administración y de fiscalización, así como los procedimientos que hayan de servir para designar las personas que integrarán los órganos de administración o fiscalización; finalmente, deberá constar cualquier otra disposición que se considere oportuna.

En este último aspecto del contenido mínimo del documento público es donde, entiendo, se abre la posibilidad de hacer efectivo el principio de la autonomía de la voluntad, será la persona con discapacidad, en el caso de que tenga capacidad de obrar, quien pueda establecer todo aquello que considere importante respecto de ese patrimonio, también sus padres o tutores, en el caso de que la capacidad de éste se encuentre limitada, quienes deban dejar constancia de todo aquello que redunde en interés de la persona beneficiaria de dicha patrimonio.

Lo mismo se podría decir respecto de las aportaciones al patrimonio, reguladas en el artículo 4 de la Ley 41/2003, en concreto de lo establecido en el punto tercero de dicho artículo, “al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos...”.

En cuanto a la administración de este patrimonio caben dos posibilidades, que lo haga el propio beneficiario, o que sea otra persona⁷⁷, en este caso deberán estar contenidas en la escritura notarial o en la resolución judicial las normas de designación del administrador. Éste, una vez designado, pasará a tener la condición de representante legal para todos los actos de administración de los bienes y derechos que

⁷⁶ Esta misma regla opera para el caso de las aportaciones una vez constituido el patrimonio, por parte de una tercera persona con interés legítimo, sólo se exige que se realicen a título gratuito y que no se sometan a término. (artículo 4.2 Ley 41/2003).

⁷⁷ Entrena Palomero entiende que “lo ideal sería que surgieran instituciones sin ánimo de lucro que en su objeto fundacional recogiesen la protección de las personas con discapacidad y se especializaran en la administración de patrimonios protegidos o, en general, de administración de patrimonios personales de personas con discapacidad o dependientes.(...).así los familiares podrían dedicarse a aquello en que no pueden ser sustituidos: la atención personal de las personas con discapacidad” Entrena Palomero, B, “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Vol II. Aspectos económicos y patrimoniales. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid. Obra Social. Madrid. 2007, págs.1012 y 1013

formen parte del patrimonio protegido, no necesitando del concurso de los padres o del tutor para su validez y eficacia.

La Ley a estos efectos solamente nos dicen quien no podrá ejercer este cargo. Serán todos aquellos que no puedan ser tutores de acuerdo con las normas civiles aplicables en cada caso.

Lógicamente cuando la persona con discapacidad es la administradora de su patrimonio, no necesita autorización alguna por parte del Juez, en el ejercicio de esa administración para disponer de los bienes y derechos que lo integran; en teoría, sí se necesitará si es persona distinta, en igualdad de condiciones que la figura del tutor y para los mismos supuestos establecidos en el Código Civil (arts. 271 y 271) y en las demás Leyes civiles que sea preceptivo aplicar. decimos en teoría, porque en el mismo artículo 5 que regula el aspecto que se está abordando, se recoge también que los constituyentes o el administrador podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales del beneficiario, las necesidades derivadas de su discapacidad, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

Por lo que respecta a la supervisión de esa administración, se puede decir que la figura esencial en esa supervisión es la del Ministerio Fiscal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 41/2003. Éste solicitará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la misma extinción del patrimonio, la sustitución del administrador, la adopción de cautelas, etc.

El patrimonio protegido se extinguirá por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o bien, por dejar de tener éste la condición de persona con discapacidad en los porcentajes mínimos establecidos a los efectos de esta Ley.

Para los autores expertos en la materia⁷⁸, el patrimonio especialmente protegido no ha sido la figura esperada o deseada en cuanto a las necesidades de protección de las personas con discapacidad, a salvo de algunos incentivos fiscales que o bien

⁷⁸ Véase Palacios González, D., “Reflexiones críticas sobre la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y su utilidad práctica” en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (De Salas Murillo, coord.) Colección El Justicia de Aragón. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2010; Bolás, J, “Comentarios a la exposición de motivos (de la Ley 41/2003)”, Monzón Moreno, P., “Régimen fiscal de los patrimonios protegidos”, Entrena Palomero, B, “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Vol II. Aspectos económicos y patrimoniales. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid. Obra Social. Madrid, 2007.

ya existían, o podrían ser regulados por otra normativa como la Ley de Impuesto sobre Renta de las Personas Físicas o la Ley del Impuesto de Sociedades.

Creo que una cuestión que debería ser debatida en relación con la situación de dependencia y el patrimonio protegido, es la no inclusión a la hora de llevar a cabo la evaluación de la capacidad económica de la persona a la que le ha sido reconocida dicha situación, de los bienes y derechos integrantes de tal patrimonio⁷⁹. Si esos bienes están vinculados a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad en situación de dependencia, creo que se debería entender como una necesidad vital todo aquello que vaya orientado a potenciar su autonomía y, por lo tanto, deberían computar al evaluar su capacidad económica.

4.2.b) PRESTACIONES DE ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

Se puede entender que una persona declarada incapaz será en determinados supuestos una persona con muchas dificultades para llevar a cabo actividades básicas de la vida diaria⁸⁰, entendidas de acuerdo con lo contemplado en el artículo 2.3 de la Ley 39/2006 como “las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”. Como ya hemos visto ante tales dificultades la Ley 39/2006 ofrece diferentes posibilidades de atención, en función del grado y nivel de dependencia en el que la persona se encuentre.

Partiendo de la situación concreta de una persona con una discapacidad psíquica, declarada o no incapacitada, que se encuentre en situación de dependencia severa o de gran dependencia⁸¹. La primera implica un grado en el que la persona necesita ayuda para llevar a cabo la realización de varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no necesita del apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; en el caso de la gran dependencia, nos encontramos con que la persona necesita ayuda para realizar

⁷⁹ Así lo establece el artículo 3.5 de la Resolución de 27 de abril de 2011, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regula la determinación de la capacidad económica de las personas beneficiarias, las prestaciones económicas y la participación en el coste del servicio de Ayuda a Domicilio del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en el Principado de Asturias, “no se computarán en la determinación del patrimonio los bienes y derechos aportados a un patrimonio especialmente protegido de los regulados por la Ley 41/2003..., del que sea titular el beneficiario, mientras persista tal afección. No obstante, si se computarán las rentas derivadas de dicho patrimonio, que no se integren en el mismo”.

⁸⁰ Por supuesto, no toda persona en situación de dependencia tiene por qué estar incapacitada.

⁸¹ Se hace referencia expresa a estos dos grados porque son aquellos que tendrían derecho a cualquier de los servicios o prestaciones establecidas.

varias actividades básicas y varias veces a lo largo del día, el apoyo de otra persona será indispensable y continuo o tendrá necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal, debido a su pérdida de autonomía, en este caso, mental o intelectual, todo ello de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 39/2006.

En el supuesto de los grandes dependientes donde el apoyo, como acabamos de ver, deberá ser continuo y generalizado se puede entender, en respuesta a lo preceptuado por el artículo 14 de la Ley, que prioriza los servicios sobre las prestaciones, que una de las opciones que puede dar respuesta a su situación será un servicio de atención residencial. El artículo 25 de la Ley 39/2006 establece que este servicio ofrece, desde un enfoque biopsicosocial⁸², servicios continuados de carácter personal y sanitario⁸³.

Abunda en más detalle a este respecto la regulación de nuestra Comunidad Autónoma. Lo hace con el Decreto 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales, al establecer la tipología de los centros de servicios sociales. Distingue entre los centros para personas mayores y los centros para personas con discapacidad y/o dependencia. La nota diferenciadora entre ambos es simplemente la edad, marcando como límite entre unos y otros los 65 años⁸⁴. Respecto de los centros para mayores recoge este Decreto en el artículo 3.2 que “son centros gerontológicos abiertos, de desarrollo personal y atención sociosanitaria interdisciplinar, en los que viven temporal o permanentemente personas mayores en situación de fragilidad psicosocial o dependencia”. En el caso de los centros para personas con discapacidad y/o dependencia, están diseñados según el mismo artículo como “centros abiertos en los que residen de forma temporal o permanente personas con discapacidad y/o dependencia

⁸² Se entiende como tal el enfoque participativo de salud y enfermedad que postula que el factor biológico, el psicológico (pensamientos, emociones y conductas) y los factores sociales, desempeñan un papel significativo de la actividad humana en el contexto de una enfermedad o discapacidad.

⁸³ Establece de igual modo este artículo 25 que:

“Este servicio se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona.

La prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o períodos de descanso de los cuidadores no profesionales.

El servicio de atención residencial será prestado por las Administraciones Públicas en centros propios y concertados”.

⁸⁴ Una vez superada la edad de 65 años el artículo 3 del Decreto 43/2011, establece que “las personas con discapacidad que hubieren accedido a este tipo de centros antes de alcanzar los 65 años podrán permanecer en éstos una vez superada dicha edad, previa valoración favorable de la consejería competente en materia de bienestar social, cuando resulte ser el recurso más apropiado para la persona con discapacidad una vez valoradas sus circunstancias personales y socio-familiares”.

de 18 a 65 años y en el que se desarrollan programas especializados de intervención orientados al desarrollo personal a través de una atención individualizada e interdisciplinar”.

Ante el ingreso de una persona con discapacidad en un centro residencial y, en relación con su capacidad de obrar, cabe plantearse quién está legitimado para acordar y firmar el Programa Individual de Atención en el que se establezca esta prestación. Las posibilidades pueden ser varias, si la persona en situación de dependencia tiene capacidad de obrar suficiente, deberá ser ella quien acuerde el citado Programa. En el supuesto de que la persona carezca de esa capacidad o la tenga muy limitada pero no está incapacitada judicialmente, deberá ser quien ejerza la guarda de hecho si tal persona existe, también podría ser el defensor judicial que haya nombrado el Juez si se ha considerado oportuno iniciar un procedimiento de incapacitación. Si la persona ya estuviese incapacitada deberá acordarse el Programa Individual de Atención por quien tenga la representación legal de la persona en situación de dependencia. En todo caso deberá tenerse muy presente que de acuerdo con lo establecido en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil siempre debe existir, salvo razones de urgencia, la previa autorización judicial.

No cabe duda que el ingreso de una persona en un centro residencial, más si se dan los condicionamientos de la dependencia y la discapacidad psíquica, no es fácil de tomar en muchas ocasiones. En todo caso debería llevarse a cabo con todas las garantías legales y teniendo en cuenta siempre que se exista la mínima posibilidad, tanto el conocimiento como el consentimiento de la persona más interesada en todo este procedimiento, que no es otro que el beneficiario de la prestación.

En el supuesto de que en el momento de elaboración del Programa Individual de Atención, no sea este servicio el que se considere más adecuado para promover la autonomía de la persona o prestarle la debida atención en su situación de dependencia y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.4 de la Ley 39/2006, podrá esta persona, recibir una prestación económica para ser atendido por un cuidador no profesional y dentro del entorno familiar. Deberán darse condiciones oportunas de convivencia y habitabilidad de la vivienda⁸⁵.

⁸⁵ La Resolución de 27 de abril de 2011, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se regula la determinación de la capacidad económica de las personas beneficiarias, las prestaciones económicas y la participación en el coste del Servicio de Ayuda a Domicilio del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en el Principado de Asturias, regula en su artículo 12 la finalidad y requisitos de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

La finalidad de esta prestación es apoyar económicamente la cobertura de los gastos originados por la atención prestada a la persona en situación de dependencia. En principio ese cuidado dentro del ámbito familiar se debía de estar prestando con anterioridad a la solicitud de formular el reconocimiento de la situación de dependencia.

También, a priori, el cuidador deberá ser el cónyuge o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco de la persona en situación de dependencia; pero se posibilita que si esta persona tiene su domicilio en un entorno caracterizado por la insuficiencia de recursos, bien públicos o privados que estén debidamente acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, situación que en nuestra Comunidad Autónoma no es infrecuente debido a las condiciones orográficas y a la dispersión geográfica de los núcleos de población, se podrá de una forma excepcional, admitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, sin tener el grado de parentesco referido con anterioridad, tenga su lugar de residencia en el municipio de la persona dependiente o en uno que se vecino⁸⁶, se establece el período de un año previo a la presentación de la solicitud llevando a cabo este cuidado, como requisito para admitir esta posibilidad.

Esta prestación está siendo, o al menos lo ha sido en los primeros años de aplicación de la Ley 39/2006, la prestación económica más numerosa. Los datos estadísticos confirman esta realidad, contraria a lo que la Ley pretende en cuanto establece los servicios como prioritarios. A fecha 1 de mayo de 2012, de las 15.496 prestaciones y servicios reconocidos en Asturias, 7.301 corresponden a esta prestación⁸⁷. En el conjunto del Estado serían 946.075 las prestaciones y servicios, de ellos 428.899 estarían vinculados a una prestación de cuidador no profesional⁸⁸.

Cabe cuestionarnos porqué nos encontramos con esta situación. Quizás no sea solamente un factor el que nos de la respuesta, pienso que ante todo se presentó (no tanto desde el ámbito de la administración como del ámbito político), o se entendió la Ley 39/2006 como una forma más de obtener una prestación económica complementaria para las personas mayores y para las personas con discapacidad. Resulta curioso descubrir cómo en ocasiones se entiende que es mejor que sea reconocido un

⁸⁶ Se considera que un municipio es vecino de otro, a estos efectos, cuando la distancia media está entre 45 minutos y 1 hora de desplazamiento.

⁸⁷ También es cierto que actualmente la prestación de cuidador en el ámbito familiar es compatible con otros servicios como, por ejemplo, el de centro de día o el de centro de apoyo a la integración, por lo que los datos estadísticos habrán de ser analizados teniendo esto en cuenta.

grado y nivel de dependencia más alto porque ello implicará una prestación económica más cuantiosa, cuando lo deseable es no tener ningún grado de dependencia o, al menos, el mínimo posible. Insisto de nuevo en la idea de que nos olvidamos que el objetivo primero de la Ley es promover la autonomía de aquellos que, sea por el motivo que sea, edad, enfermedad, discapacidad, tienen esa autonomía limitada.

También es cierto que para proporcionar a los ciudadanos los servicios que se establecen por esta norma, tiene que haberlos, aunque se puedan concertar con centros residenciales de carácter privado. Todavía actualmente siguen siendo insuficientes y, en la coyuntura económica que atravesamos, será difícil que se aumente su número. Por otro lado, en el caso concreto de nuestra Comunidad Autónoma, como veíamos en los párrafos precedentes respecto de quién puede ser la persona que preste los cuidados, hay un factor que dificulta la implantación de los servicios como medio de atención para las personas en situación de dependencia, y es la dispersión geográfica pues mucha de la población de Asturias de edad avanzada vive en pueblos pequeños en los que o bien no hay las suficientes residencias, centros de día, etc., o bien para acceder a ellos tendrían que hacer largos desplazamientos; además, y creo que este sería un factor explicativo importante, en el ámbito rural continúa siendo la familia y, en concreto las mujeres, las protectoras, las cuidadoras de todos aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Otro de los servicios que aparece recogido en la Ley 39/2006 son los centros de día. En principio son estos centros una medida adecuada para aquellas personas que se encuentran en los grados I y II de dependencia, es decir la dependencia moderada y la severa. Se entiende que hay una dependencia moderada cuando se precisa ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, la pauta de frecuencia es de al menos una vez al día, o bien se tienen necesidades de apoyo para su autonomía personal que, en este caso, será intermitente o limitado.

Siguiendo con la tipología establecida por el Decreto 43/2011, los centros de día para personas mayores son “centros gerontológicos. de carácter terapéutico y asistencial que durante el día presta atención a las necesidades básicas, terapéuticas y sociales de la persona mayor, promoviendo su autonomía funcional y personal, facilitando el respiro familiar y permitiendo una permanencia adecuada en el entorno habitual de vida”.

⁸⁸ Fuente: SAAD-IMSERSO, Servicio de Estadísticas de la Subdirección General Adjunta de Valoración, Calidad y Evaluación. Situación a 1 de mayo de 2012.

En el caso de las personas con discapacidad psíquica en situación de dependencia, nos encontramos con una doble posibilidad. Por un lado centros de día destinados a personas entre 50 y 65 años, concebidos como “unidades de carácter social y asistencial que, en horario diurno, prestan atención a las necesidades básicas y sociales” de estas personas y cuya finalidad es promover la autonomía personal, facilitar el apoyo de la familia, promover el envejecimiento activo y permitir una permanencia adecuada en su entorno habitual de vida.

Por otro lado existen los centros de apoyo a la integración, que son centros “de atención y formación para aquellas personas de 18 a 50 años de edad que presenten alguna discapacidad o dependencia, cuyo objetivo es favorecer la integración sociolaboral, la promoción de la autonomía, la independencia personal y el incremento de la calidad de vida y bienestar de éstos mediante la elaboración de programas personalizados de apoyo”. Así viene recogido en el artículo 3.3.d) del Decreto 43/2011.

Actualmente, este servicio es compatible con la prestación de cuidador en el entorno familiar. Esta posibilidad surgió como respuesta a la demanda por parte de las familias pues realmente una persona que se encuentra en situación de dependencia lo está las 24 horas del día, los siete días de la semana, al permanecer en estos centros una serie de horas al día, el resto del tiempo así como los fines de semana se entiende que están siendo apoyados y cuidados por sus familias.

Estaría dando estos servicios contenido al principio de radicación recogido en el artículo 3.i) de la Ley 39/2006 que establece la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida.

Teniendo en cuenta aquellas personas con discapacidad psíquica cuyo grado de dependencia reconocido es severo o moderado, que se corresponden con los grados de dependencia II y I⁸⁹ respectivamente. Junto con la citada promoción de la autonomía también serían especialmente indicados, los servicios o prestaciones que veremos a continuación, si potencian a su vez el retraso de la situación de dependencia o que la misma se vea agravada.

En el ámbito del servicio de promoción de la autonomía personal se establecen diferentes posibilidades. Por lo que respecta a las personas con discapacidad psíquica creo que serían relevantes el servicio de habilitación y terapia ocupacional. Encuentra-

⁸⁹ Hay que tener en cuenta que el Grado I nivel I no entrarán en el sistema de la dependencia hasta el año 2014, con lo que actualmente no puede beneficiarse de estos servicios o prestaciones a través del sistema de la dependencia, si lo podrá hacer desde los servicios sociales oportunos.

mos el contenido de este servicio en el punto número 1 de la Resolución de 3 de agosto de 2011 de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo sobre determinación del contenido de los servicios de promoción de la autonomía personal dirigidos a las personas en situación de dependencia en grado I. Se define como el conjunto de intervenciones dirigidas, en función de las necesidades de cada persona, a prevenir o reducir una limitación en la actividad o alteración de la función física, intelectual, sensorial o mental, así como a mantener o mejorar habilidades ya adquiridas, con la finalidad de conseguir el mayor grado posible de autonomía personal, adaptación a su entorno, mejora en la calidad de vida e integración en la vida comunitaria, hace referencia también esta Resolución, a la orientación de las actuaciones de este servicio que será, entre otras, la integración en un entorno normalizado.

No se puede negar que es muy positivo todo aquello que pretenda, como se viene reiterando a lo largo de este trabajo, todo lo que potencie la autonomía de la persona, todo lo que sirva para reducir las limitaciones, pero creo que las referencias hechas a la adaptación al entorno y a la integración en la vida comunitaria y en un entorno normalizado, hacen que volvamos la mirada al enfoque médico-rehabilitador de la consideración de la discapacidad visto en el inicio, términos como adaptación e integración por parte de la persona discapacitada al entorno que le rodea, no parecen los más adecuados en la normativa del siglo XXI.

En la misma línea ya vista y aplicable a personas con discapacidad psíquica, nos encontramos también con el servicio de estimulación cognitiva y el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional, estos últimos están enfocados al mantenimiento de las personas en su entorno físico y relacional.

Otro de los servicios contemplados y al que hacemos una mención más detallada, es el servicio de habilitación psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual, que son definidas en el punto 5 de la Resolución como el conjunto de actuaciones encaminadas a prestar apoyos, transitorios o permanentes, a personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, a fin de mejorar sus posibilidades de mantenerse en el entorno familiar y social en las condiciones más normalizadas e independientes que sea posible.

Me parece este un servicio especialmente interesante por todo aquello que pretende en cuanto a la autonomía personal y al mantenimiento de la persona en su ámbito más próximo, creo que se podría en este caso entender la expresión condiciones normalizadas no tanto desde el punto de vista de que la persona asimile su vida a

aquello que se entiende como normal, como a posibilitar que desarrolle su día a día en un entorno que le permita sentirse seguro e independiente.

Es preciso mencionar que todos estos servicios en nuestra Comunidad Autónoma no se prestan de manera diferenciada en los diferentes centros (centros de día, de apoyo a la integración, etc.), sino que están integrados dentro de las actividades que se realizan en los mismos, por lo que si la persona en situación de dependencia opta por ellos, el Programa Individual de Atención que se establezca, será de prestación económica vinculada a servicio. En un mismo PIA podrán establecerse como máximo dos de los servicios mencionados.

Otra de los servicios recogidos en la Ley 39/2006 sería el de ayuda a domicilio, que de acuerdo con el artículo 23 sería “el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función”. Podrán estar referidos a la atención de las necesidades domésticas o bien con la atención personal a la hora de llevar a cabo las actividades de la vida diaria. Entiendo que debe ser prestado este servicio por personal debidamente cualificado y, esencialmente tendrá que ser prestado, siempre que la situación de la persona en situación de dependencia lo permita, como un apoyo en la realización de las actividades a las que se hace referencia.

Existe también un servicio, creo que poco conocido, que se integra dentro de los centros antes vistos para personas mayores o para personas con discapacidad. En el caso de los centros para personas mayores y de acuerdo con el ya mencionado Decreto 43/2011, se define en el artículo 2.3.c) como “dispositivos de alojamiento permanente de carácter integrador y socioterapéutico, donde conviven grupos reducidos de personas mayores en situación de fragilidad psicosocial o dependencia leve. El modelo de intervención en estas pequeñas unidades pretende, mediante el apoyo individualizado, estimular y conservar las capacidades de la persona y el mantenimiento en sus actividades cotidianas así como la preservación sobre el control sobre su vida”.

En el caso de las personas con discapacidad existen viviendas tuteladas o viviendas con apoyos según el Decreto para personas con discapacidad o dependencia, con un intervalo de edad de entre 18 y 65 años. En ellas se llevan a cabo programas especializados de intervención y su finalidad es la promoción de una vida autónoma e integrada en la comunidad.

Finalmente haré referencia a la prestación económica de asistencia. La Ley 39/2006 no la articula como un servicio y sólo está dirigida a las personas en situación

de gran dependencia, es decir el grado III en sus dos niveles. Su finalidad es promover la autonomía de estas personas, concretamente, según lo contenido en el artículo 19 de la Ley “contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria”. Pienso que no fue este servicio concebido para las personas en situación de dependencia con discapacidad psíquica, está enfocada a personas en edad joven, con una movilidad reducida que, por ejemplo, necesiten de otra persona que los acompañe al centro de trabajo, a la facultad, que los ayude a tomar apuntes en las clases, etc. No cabe que sea una persona del ámbito familiar porque estaríamos entonces hablando de la prestación de cuidador familiar.

Según los datos estadísticos mencionados con anterioridad, actualmente en nuestra Comunidad Autónoma solamente una persona recibe esta prestación, creo que no se debe a que como prestación económica tenga menor prioridad que los servicios sino a que, no es fácil encontrar grandes dependientes que puedan ser beneficiarios de la misma, ya que normalmente éstos van a estar en centros residenciales o serán beneficiarios de una prestación de cuidador, además no tienen fácil acceso al trabajo o a la educación, unas veces por sus circunstancias personales y otras porque la sociedad no les da esas oportunidades.

Entiendo que debería ser una posibilidad a valorar, que de esta prestación también pudiesen ser beneficiarios otros grados y niveles de dependencia y, en relación con el contenido del presente trabajo, especialmente destinados a personas en esta situación con discapacidad psíquica.

Aunque la Ley 39/2006 aún tiene un recorrido muy corto, poco más de cinco años, creo que debería ser revisada para potenciar mucho más todo lo que tenga que ver con el enfoque social visto en el primer apartado del trabajo, pues su punto de vista tiene mucho más que ver con el modelo rehabilitador. Es cierto, a mi entender, que no es una Ley fácil de aplicar, ya que es necesario establecer parámetros en base a los cuales dar contenido a los derechos reconocidos por la misma, pero lo cierto es que es la persona en situación de dependencia la que se tiene que amoldar a los servicios y prestaciones establecidos. Sólo el tiempo y... la disponibilidades presupuestarias de las Administraciones, nos podrán dar idea de su evolución.

5. CONCLUSIONES

Tras casi veinte siglos de evolución en relación con la concepción de la discapacidad se ha implantado el denominado modelo social, que parte para su consideración no sólo de las condiciones particulares de la persona sino que da una especial importancia al entorno en el que esta se mueve, en la medida que ese entorno le permite o le impide desarrollar su vida en plenitud. Entiende este modelo que nadie se debe sentir excluido de la sociedad, independientemente de cuales sean sus circunstancias. Afortunadamente no ha llegado todavía el punto final en la evolución de la consideración de la discapacidad, aunque es cierto que todavía nos podemos encontrar con vestigios que, en cierta medida, nos recuerdan a modelos pasados como ocurre con la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

También ha sido importante la evolución en cuanto a la consideración jurídica, la Convención de Nueva York ha supuesto en este sentido un punto de inflexión en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, que debe servir de referencia a toda la normativa que se apruebe por la que puedan verse afectadas estas personas. Teniendo en cuenta que el ámbito de aplicación de la Convención es internacional, los derechos de las personas con discapacidad deben ser respetados y promovidos en todos los países firmantes de la misma, aún así se debe seguir trabajando para que esos derechos existan en todo el mundo.

Dicha normativa, de acuerdo con el modelo social deberá potenciar todo lo que tenga que ver con la igualdad de oportunidades, de igual modo tendrá que promover aquellos aspectos relacionados con la autonomía personal, tanto de las personas con discapacidad como de las personas en situación de dependencia, alejándose de ser caracterizada como una legislación meramente protectora o paternalista. Ni la discapacidad ni la dependencia pueden convertir a las personas en ciudadanos de segunda clase por los que se deban tomar las decisiones que les puedan afectar.

La modificación de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad psíquica deberá ser una opción tomada con todas las garantías legales y, siempre que se entienda que no es posible otra solución mejor. De igual manera, una vez considerada la oportunidad de esta modificación, la sentencia judicial que reconozca la misma deberá tener en cuenta las características concretas de la persona y, adoptar las medidas más adecuadas y que sean respetuosas con sus derechos e intereses, no limitando aquellos derechos que ésta pueda ejercer por sí misma.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, así como todas las disposiciones normativas que la desarrollen, deben ser revisadas en orden a potenciar todas aquellas prestaciones que favorezcan la autonomía personal, así como establecer, en la medida de lo posible, la obligación de que deba ser tenida en cuenta y debidamente constatada, la libre voluntad del beneficiario de tales prestaciones.

Es importante que toda persona ante una situación de vulnerabilidad que sea consecuencia de una discapacidad, de una situación de dependencia o de ambas al mismo tiempo, sepa que puede contar con apoyos tanto en la vida diaria como a la hora de tomar decisiones de especial trascendencia, esos apoyos debe ofrecérselos la Administración y ser los adecuados en cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

Aguado Díaz, A. *Historia de las Deficiencias*. Escuela Libre Editorial. Colección Tesis y Praxis. Madrid, 1995.

Bolás, J. “Comentarios a la Exposición de Motivos de la Ley 41/20032, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Volumen II. Aspectos económicos y patrimoniales. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid. Obra Social. Madrid, 2007.

Courtis, C. “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”. *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004.

Creuhet del Amo, D. *La tutela fiduciaria*. Ed. Reus. Madrid, 1921.

De Lorenzo García, R. *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y Discapacidad*. Fundación Once. Ediciones del Umbral. Madrid, 2003.

De Lorenzo, R., ; Palacios, A. “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional” en *Los derechos de las personas con discapacidad*. Volumen I. Aspectos jurídicos. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid-Obra social. Madrid, 2007.

Entrena Palomero, B. “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad”, en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Volumen II. Aspectos económicos y patrimoniales. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid. Obra Social. Madrid, 2007.

Fábrega Ruiz, C.F. “Realidad y nuevos horizontes de la guarda de hecho de las personas con autogobierno limitado” en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. (De Salas Murillo, coord.) Colección El Justicia de Aragón. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2010.

Fierro, A. "Historia reciente" en *Historia del Retraso Mental*-Scheerenberger. Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes. Ed. SIIS. San Sebastián, 1984.

Gallego Domínguez, I. "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coord. por J. Pérez de Vargas. La Ley-Actualidad. Madrid, 2007.

García Pons, A. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Colección La Llave. Madrid, 2008.

Mayor Fernández, D. "La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006". Estudio doctrinal. Boletín del Ministerio de Justicia. Núm.2133. Julio de 2011.

Monzón Moreno, P. "Régimen fiscal de los patrimonios protegidos", en *Los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Volumen II. *Aspectos económicos y patrimoniales*. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid. Obra Social. Madrid, 2007.

O'callaghan, X. "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho" en *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos jurídicos*. Volumen I. Consejo General del Poder Judicial. Caja Madrid-Obra social. Madrid, 2007.

Palacios González, D. "Reflexiones críticas sobre la constitución del patrimonio protegido de las personas con discapacidad y su utilidad práctica" en *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (De Salas Murillo, coord.). Colección El Justicia de Aragón. Ed. El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2010.

Pedraza Laynez, J. "La Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad y el Tribunal Supremo". Comunicación dentro del Congreso Internacional *La protección de las personas mayores*. Córdoba. Octubre, 2009.

Romañách, J.; Lobato. M. "Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano". Foro de Vida Independiente. Mayo, 2005.

Scheerenberger, *Historia del Retraso Mental*. Real Patronato de Educación y Atención a Deficientes. Ed. SIIIS. San Sebastián, 1984.

Varela Autrán, B. *La discapacidad en el Derecho Español y en la Constitución Española*. IV Jornadas Fundación Æquitas: Discapacidad Intelectual y Derecho. Colección La Llave. 2ª edición. Madrid, 2005.

Verdugo Alonso, M.A. *Personas con Discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*. Siglo Veintiuno de España Editores. Madrid, 1995.

Verdugo Alonso, M.A y Jordán de Urríes, F.B. *La concepción de discapacidad en los Modelos Sociales*. Investigación, Innovación y cambio. V Jornadas Científicas de Investigación sobre personas con discapacidad. Salamanca:Amaru.

Vivas Tesón, I. *Más allá de la capacidad de entender y querer....Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tutivo español*. Ed. Fundación para la promoción y apoyo de las personas con discapacidad. Badajoz, 2012.

SAAD-IMSERSO, Servicio de Estadísticas de la Subdirección General Adjunta de Valoración, Calidad y Evaluación.

www.avifes.org [acceso 17 de junio de 2012]

www.down21.org/salud/neurobiologia/discapacidad_int.htm [acceso 17 de junio de 2012]