

# Los motivos que han originado la regulación de la asistencia como medida de protección del discapacitado psíquico alternativa al procedimiento judicial de incapacitación

**M<sup>a</sup> Carmen Núñez Zorrilla**  
*Facultad de Derecho. Universidad  
Autónoma de Barcelona<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

El legislador catalán, en la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia* (en adelante; Ley Libro Segundo CCCat), ha regulado por primera vez la figura de la “asistencia”, dentro del Título dedicado a las instituciones de protección de la persona (*Capítulo VI del Título II* de la mencionada Ley). Se configura como una medida de protección de las personas mayores de edad que sufren algún tipo de disminución o deficiencia física o psíquica, que sin llegar a constituir una causa de incapacitación judicial, provoca en la persona que la

<sup>1</sup> El presente trabajo esta adherido al Proyecto de Investigación aprobado por la Dirección General de Investigación y Gestión del Plan Nacional I+D+I, en el marco (2008-2011), de referencia: DER2010-17949 (subprograma JURI); convocatoria 2010, que lleva por título “*Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación*”. Dirigido por la Dra. M<sup>a</sup> Carmen Gete-Alonso. Y al Proyecto (SGR-DGR); Grupo de Investigación de la Generalidad de Cataluña, reconocido financiado 2009-2013, por Resolución de 3 de julio de 2009, de la Comisión Ejecutiva de Ayudas a la Investigación, que tiene por objeto el estudio del *Derecho Civil Catalán*. Dirigido por el Dr. Ferrán Badosa.

sufre, la necesidad de depender de otra persona para el cuidado y la atención de sí misma o de sus bienes. La Ley faculta entonces, a la persona que padece la disminución (el asistido), para solicitar al Juez si lo desea, el nombramiento de un asistente. Que es la persona (mecanismo de protección) que se encargará de su cuidado. Con la particularidad de que el asistente es elegido libremente por la propia persona asistida, estando obligado el Juez a respetar, en principio, fielmente su voluntad (art.226-1 Ley Libro Segundo CCCat).

A diferencia de los otros mecanismos de protección que contempla la Ley (tutela, curatela, Defensor Judicial, administrador patrimonial...), que derivan de una disposición legal que ordena su constitución cuando se produce el supuesto de hecho contemplado en la norma, el establecimiento de la figura de la asistencia solo puede tener su origen en la propia voluntad del asistido. Es de él, de quien parte la iniciativa, y el que decide y consiente someterse libremente a este mecanismo de protección. La institución de la asistencia se instaura sobre la persona solo cuando ésta quiere. Y no cuando lo determina la Ley. Lógico es, entonces, que el ordenamiento confiera al asistido, en principio, el poder para elegir libremente a la persona que ejercerá sobre él las funciones de la asistencia, y que asimismo, esta decisión deba ser respetada por el Juez.

Antes de entrar en el análisis del contenido y del régimen jurídico de esta interesante figura, creo conveniente dar una respuesta al primero de los interrogantes que plantea: el porqué de su regulación.

Debemos tener presente que se trata de una figura no regulada en el ordenamiento estatal. Probablemente, el ordenamiento catalán, como casi siempre suele suceder con los ordenamientos autonómicos, no ha hecho más que anticiparse y dar respuesta con mayor rapidez que el estatal, a una necesidad social que demandaba una regulación. Si la regulación de esta figura por parte del legislador catalán ha surgido como respuesta o como solución a unos problemas o nuevas demandas sociales, entonces, ello significa que el ordenamiento estatal está pecando de retrógrado; que esta anticuado, o que va por detrás de una realidad a la que es necesario hacer frente. Más razón, todavía, en consecuencia, para averiguar los motivos que han impulsado su regulación por el ordenamiento autonómico. Para de esta forma, hacer un llamamiento al legislador estatal sobre estos motivos, incitándole y proponiéndole la regulación de esta figura; una regulación que tal vez, podría apoyarse o fundamentarse en los pilares de la autonómica.

A tal efecto, considero que los factores que a grandes rasgos ha tenido presentes el legislador catalán a la hora de contemplar esta institución, han sido básicamente, los siguientes:

- El cada vez mayor auge del derecho fundamental de la persona a la libre autodeterminación.

- El aumento considerable en nuestra población de personas que sufren enfermedades o deficiencias discapacitantes.
- Los inconvenientes del procedimiento judicial de incapacitación. Y
- la insuficiencia de los recursos públicos para ofrecer una atención especializada a todas las personas con discapacidad que lo necesitan.

Comencemos por el estudio exhaustivo del primero de ellos.

## **2. El reconocimiento legal del derecho a la autodeterminación personal. La necesidad de reforma de los mecanismos de protección de la persona discapacitada**

La nueva figura de la “asistencia” es un mecanismo de protección pensado para aquellas personas mayores de edad que sufren una *merma o disminución de sus facultades mentales*, debido a alguna enfermedad o deficiencia de tipo físico o psíquico. Lo importante, entonces, es que exista una disminución o alteración de la suficiencia de juicio o de entendimiento que afecte a la capacidad de autogobierno o capacidad natural de la persona. Lo más normal, es que esta limitación o impedimento en el autogobierno provenga de una enfermedad o deficiencia de tipo mental. Este será el supuesto típico o el más habitual. En cuanto a la minusvalía o disminución física; por sí sola no puede originar la causa que da lugar al establecimiento de este modelo de protección. Solo en la medida en que la anomalía física llegue a provocar una alteración en las facultades mentales de la persona, que afecte a su capacidad de autogobierno, se dará paso a este mecanismo.

Una persona que padece una discapacidad física puede encontrarse en plenas facultades mentales o tener la facultad de entendimiento suficiente para adoptar decisiones adecuadas y responsables sobre su propia persona y bienes. Ciertamente es, que esta persona puede necesitar de un tercero que le ayude a desenvolverse en las tareas de la vida diaria desde un punto de vista físico o material. Pero no en la faceta intelectual, que pese a todo, puede permanecer intacta, permitiendo a la persona la toma de decisiones plenamente racionales y conscientes. En este supuesto, el apoyo para paliar la limitación física debe obtenerse por otras vías, pero no por medio de la figura de la asistencia que aquí se analiza. Por otra parte, también puede darse en la práctica, el supuesto en el que la persona que presenta una limitación en su capacidad de autogobierno (discapacidad psíquica o mental), se encuentre, al mismo tiempo, con limitaciones de tipo físico que le vengan dadas como consecuencia de su disminución

psíquica o por otros motivos. Necesitando, entonces, la ayuda de otra persona, tanto para la protección de sus intereses en el aspecto intelectual como para el desenvolvimiento físico. Pudiendo darse el caso, de que la tercera persona que le presta el apoyo, desempeñe la ayuda en las dos facetas conjuntamente. En cualquier caso, debe quedar claro, que la figura de la *asistencia* que es objeto de este estudio, solo puede implantarse en la persona o nacer a la vida jurídica cuando existe una anomalía o insuficiencia en la faceta psíquica, con independencia de que, a más a más, el asistente pueda tener atribuidas funciones en el aspecto físico, si este también falla. La *asistencia*, al igual que la tutela o la curatela de la persona mayor incapaz, tiene su origen en la necesidad de apoyo o ayuda que incide directamente en la *capacidad natural o de autogobierno*. Ésta es la principal necesidad que se trata de cubrir. Lo que no quita, como he dicho, que el asistente, tenga, además, atribuidas funciones relacionadas con el desenvolvimiento físico o puesta en marcha en la práctica de las decisiones adoptadas que afectan a la persona asistida, derivadas de sus posibles deficiencias físicas.

Por otra parte, la disminución mental que padezca la persona, no debe ser de tal entidad o gravedad que le impida regirse a sí misma. De ser así, nos situaríamos entonces, en otro campo distinto; en el de la incapacitación o la limitación de la capacidad de obrar. Que tiene lugar cuando la persona sufre una limitación en su capacidad de autogobierno de tal índole, que se hace necesario limitarle su capacidad de obrar por medio de un procedimiento judicial de incapacitación, en el que se le designará un tutor o un curador.

El reconocimiento y el respeto de la persona como ser humano implica, ante todo, el respeto a su dignidad (art.10.1º de la Constitución (en adelante; CE)). La dignidad de la persona conlleva, a su vez, aparejados, el respeto a otros dos derechos fundamentales que le son inherentes: la libertad y la igualdad.

A través del pleno ejercicio de la libertad (art.17.1º CE), cada individuo elabora una personalidad e identidad propias. La persona se hace cargo de su vida: piensa y se conduce por sí misma, asumiendo su facultad de autodeterminación. Es la capacidad para expresar las facetas personales de la propia vida, para el libre desarrollo de la personalidad (art.10.1º CE).

El ejercicio de la libertad significa, por un lado, *autodeterminación libre*: la facultad de elección y decisión sobre nuestras acciones y los medios para llevarlas a cabo. Y por otro, *autodeterminación responsable*: ser consecuentes, hacerse cargo y responder de las acciones libremente escogidas.

El desarrollo libre de la personalidad en la formación del individuo se apoya en sus propias elecciones y decisiones; en el fomento de una vida autónoma y de una identidad propia, a la que también tienen derecho las personas con discapacidad. Éstas, no pueden ser excluidas del derecho fundamental a la *libre autodeterminación*. Pues la discapacidad no puede ser causa de discriminación.

En los ámbitos en los que la persona con discapacidad se desenvuelva con responsabilidad y conciencia, nadie puede decidir ni intervenir en su lugar. El mayor beneficio o interés del incapaz no consiste tanto en que otro decida en su lugar lo que más le beneficia, sino en procurar que la decisión se adopte con su intervención, estimulando una toma de decisión conjunta, resultante del diálogo, siempre que ello sea posible. Se trata de procurar que la persona con discapacidad disponga del máximo de autonomía posible para poder tomar decisiones por sí misma acerca de su vida<sup>2</sup>. En la sociedad moderna asistimos a un cambio radical en la manera de entender la discapacidad y la incapacidad. Actualmente, se enfoca desde otros ángulos y modelos muy distintos; cambio que en nuestro País todavía se encuentra en fase de asentamiento y consolidación. Pues falta todavía bastante camino legislativo por recorrer.

De la consideración de los discapacitados como sujetos inservibles o socialmente molestos, a los que se debía apartar de la vida social, sin voluntad ninguna de decisión o raciocinio. Se ha pasado a una consideración que parte de su situación de desventaja social, que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades; hacia un modelo integrador, en el que la integración social de las personas con discapacidad, en todos los órdenes, a todos los niveles y en pie de igualdad, es el objetivo esencial. En los últimos años, conforme se ha ido avanzando y profundizando en el bienestar de la población, la sociedad y los poderes públicos han ido considerando su deber de responder a las necesidades básicas de las personas con necesidades intensas de apoyo. Después de muchos años de ser conceptuados como sujetos no educables e incapaces para ocupar una participación activa en la sociedad, reducidos a una posición de dependencia pasiva, se ha cobrado conciencia de sus derechos y de sus posibilidades de evolución y aprendizaje. Se ha extendido la convicción y la conciencia de que estas personas tienen el derecho fundamental a una vida digna y lo más independiente posible, para que las decisiones sobre su vida sean asumidas principalmente por ellas mismas; el derecho a contar con los medios y recursos para desarrollar plenamente sus capacidades, y el derecho a un apoyo y atención personalizados sobre los que deberá tener posibilidades de elección.

<sup>2</sup> GAUZENMÜLLER ROIG, Carlos / ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Barcelona, 2005, pp. 54 a 63.

La completa integración social de los discapacitados en condiciones de no discriminación y accesibilidad universal, solo puede producirse respetando, fomentando y promoviendo su autonomía e independencia de vida en la medida de lo posible, para el desarrollo de su propia personalidad (art.10.1º CE). El tradicional modelo basado en la “sustitución” del discapacitado psíquico está dando paso a un modelo de derechos humanos basado en la dignidad de la persona, que aboga por un sistema de “apoyo”. Un modelo en el que la discapacidad no es contemplada únicamente de forma individual, en sí misma y aislada de su marco socio-cultural. Sino dentro del contexto en el que la persona con las facultades mentales disminuidas se desenvuelve y vive. Pues las circunstancias que le rodean influyen decisivamente en su comportamiento y desarrollo. La integración a todos los niveles de la persona discapacitada, puede ayudar a paliar y corregir las anomalías que padece, su mejora en la toma de decisiones, en una interacción mutua social, capaz de potenciar sus posibilidades de actuación y funcionamiento.

La capacidad y cualidades de la persona discapacitada han de ser consideradas en cada caso, ya que pueden evolucionar favorablemente de forma progresiva mediante su integración y participación en la sociedad, desarrollando su propia personalidad y autonomía.

La entrada de estos nuevos valores y principios en el ámbito de la capacidad de obrar, da lugar a que el *principio de protección* se contemple desde otra perspectiva, en la que prevalece el *principio de autonomía de la persona*. Sólo cuando el principio de autonomía falle o no sea posible conseguir la debida protección a través del mismo, habrá que dar entrada a los otros mecanismos de protección más sustitutivos de la voluntad de la persona. La tendencia es a suavizar las exigencias de sustitución o representación legal de estas personas en la actividad jurídica que puedan desarrollar, aumentando la iniciativa y personalidad de las mismas a través de la institución de la “asistencia”. Se trata de formas de protección más ágiles y flexibles; más respetuosas con la persona, temporales, revisables y voluntarias. Que se caracterizan, porque atienden más a la atención de la faceta personal que a la patrimonial. Y a ayudar a la persona a tomar decisiones adecuadas, más que a privarle de ámbitos de capacidad. No se trata de hacer prevalecer a toda costa la autonomía del enfermo o deficiente psíquico, en detrimento de la protección que merece. Pero si que debe ponerse de relieve, que el libre desarrollo de la personalidad de los incapaces y su dignidad como personas, exigen que las restricciones a sus posibilidades de actuación sean las estrictamente necesarias. Este cambio de mentalidad o fenómeno

al que asistimos: la autonomía de la persona con discapacidad, está destinado a producir cambios sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico-privado<sup>3</sup>. Un ordenamiento que actualmente adolece de una escasa e insuficiente regulación en esta materia. La regulación de la capacidad de obrar de la persona debe volverse más compleja. Como complejas son las enfermedades y deficiencias que pueden afectar a su capacidad de autogobierno. Cada individuo es distinto y tiene capacidades naturales diferentes que deben valorarse caso por caso. La discapacidad es muy variada en su etiología e intensidad. Y existen deficiencias o minusvalías que no requieren tanto de una representación que sustituya la personalidad o de una incapacitación, sino únicamente, de una “asistencia”. Debe estarse a favor de la menor restricción de derechos. Porque los principios que deben presidir esta materia son los de presunción de capacidad y de libertad (arts: 211-3 Ley Libro Segundo CCCat y 322 del Código Civil estatal (en adelante; CC).

Nos hallamos, por tanto, en los ordenamientos civiles, ante una situación de crisis de los modelos clásicos de protección de incapaces y de discapaces, que ya no son adecuados para dar respuesta a estas nuevas necesidades. La causa del discapaz y del incapaz requiere caminos variados, flexibles y anchos; no estrictos y uniformes corsés jurídicos que coarten, en vez de ensanchar, sus posibilidades de integración y de crecimiento como personas.

El reconocimiento de este ámbito de autonomía individual o *derecho de autodeterminación del individuo*, constituye, como se ha dicho, una exigencia de la propia dignidad de la persona (art.10.1º CE). Por cuyo motivo, toda restricción de las posibilidades de actuación afecta directamente a este derecho y a otros derechos fundamentales básicos que lleva aparejados: libre desarrollo de la personalidad e igualdad (arts:10 y 14 CE). Por ello, solo debe incapacitarse a un individuo cuando sea estrictamente necesario, por no ser posible proteger sus intereses de otro modo. De ahí, que nuestro ordenamiento deba idear otras fórmulas que no impliquen necesariamente incapacitación para proteger a la persona que sufre una disminución psíquica. En lugar de dejar al individuo completamente desprotegido, a la espera de que no quede más remedio que incapacitarlo directamente, como viene haciendo hasta ahora. Las personas con discapacidad intelectual deben contar con los medios para responsabilizarse de su propia vida y acciones, al igual que ocurre con las personas sin discapacidad. Tras una historia de marginación y exclusión, estas personas demandan el derecho a elegir cómo vivir sus vidas en esta sociedad y el derecho a hablar en su propio nombre, asumiendo el

<sup>3</sup> GARCÍA PONS, Antonio; *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid, 2008. P. 22 a 28, 49, 50, 117 y 119.

control de sus vidas hasta conseguir cotas de libertad similares al resto de los ciudadanos. Tenemos que hacer independiente la vida de las personas dependientes. Tenemos que hacer igualitaria la vida de las personas discriminadas.

Se trata, entonces, de configurar nuevas figuras y mecanismos ágiles y sencillos, que no impliquen incapacitación; que den juego a la autonomía de la voluntad, permitiendo la flexibilización, personalización y agilización del sistema. Y se trata también, de la adaptación y flexibilización de las figuras ya existentes, para llevar adelante el *principio de graduabilidad de la capacidad de obrar*, que introdujo nuestro Código Civil en el año 1983, y que hoy por hoy, todavía no hemos conseguido transformar en una auténtica realidad. Principio que implica, que la limitación de la capacidad de obrar de una persona deba ser la indispensable. Y extenderse sólo a aquellos asuntos en los que sea necesaria la intervención del mecanismo de protección.

La capacidad de obrar (facultad o aptitud de la persona para desarrollar y ejecutar en la práctica, por sí misma, actos, negocios y contratos válidos desde el punto de vista jurídico) es el cauce por el que transcurre el libre desarrollo de la personalidad. El respeto a la autodeterminación responsable de la propia vida en que ésta se traduce, se erige como un límite material para las normas que la restringen; límite que tiene un doble contenido: –de una parte, sólo la real ausencia o deficiencia de autogobierno puede justificar los recortes a la capacidad de obrar de la persona; –de otra, la capacidad de obrar solo puede verse limitada o reducida en aquellos ámbitos en los que a la persona le sea imposible autodeterminarse de forma consciente y responsable. El libre desarrollo de la personalidad es compatible con las limitaciones a la capacidad de obrar, sólo si éstas se adaptan al nivel real de autogobierno de la persona. Así es, porque la limitación de la capacidad de obrar debe tener un contenido graduable, en función de la valoración del nivel de autogobierno de la persona (madurez de juicio o de discernimiento).

Entre las dos posibilidades extremas en que puede encontrarse la persona aquejada de una disminución o deficiencia psíquica: tener o no tener suficiente juicio para adoptar una decisión por sí misma. Existe además, una zona intermedia, en la que puede resultar posible adoptar una decisión si se cuenta con la ayuda o el auxilio necesarios, cuando la voluntad o la capacidad de discernimiento existiendo, es insuficiente. La protección debe adaptarse exactamente a la requerida por el grado de autogobierno real de la persona, que varía en función de la clase de enfermedad o deficiencia padecida<sup>4</sup>. La imposibilidad de encajar todas las patologías, conductas y situaciones en una única categoría, impide desarrollar un modelo de

<sup>4</sup> GARCÍA LLERENA, Viviana; *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*. A Coruña, 2002. P. 57, 58, 59, 69, 79 y 130.

protección rígido, consistente en restringir o privar ineludiblemente a la persona de su capacidad de obrar. Cada tipo de discapacidad requiere unas medidas específicas que no pasan invariablemente por el camino de no hacer nada, o bien, de incapacitar a la persona. La dificultad para gestionar sus propios asuntos que puede afectar a los individuos, exige distintos estándares de protección según la situación especial de cada uno. No siendo posible garantizar el respeto a la dignidad, la libertad, la igualdad y la presunción general de capacidad, con férreos e inmutables modelos. El respeto a los mencionados derechos exige idear mecanismos intermedios; alternativas menos restrictivas, que respeten la capacidad de obrar el máximo posible. Sin más restricciones que aquellas que sean las estrictamente necesarias. Posibilitando que estas personas sean, no suplidas o sustituidas en su voluntad, sino ayudadas en el desempeño de la satisfacción de sus necesidades.

Por todo lo expuesto, los sistemas de protección que viene contemplando hasta la fecha nuestro ordenamiento (tutela y curatela), que comportan necesariamente la limitación de la capacidad de obrar de la persona, por medio de un procedimiento judicial de incapacitación, ya no responden a las exigencias que viene demandando la sociedad. Estos rígidos modelos, centrados principalmente en el aspecto patrimonial del sujeto, han agotado ya su ciclo, y ahora demuestran claras deficiencias para solucionar con eficacia los problemas de protección de este grupo de la población. Ello evidencia una necesidad de transformación de nuestras leyes en este ámbito. Nuestro ordenamiento debe acometer la tarea de reformar sus normas, posibilitando medios de protección alternativos a la tutela y la curatela, más centrados en la faceta personal del individuo, con contornos más flexibles; instituciones más atenuadas, rápidas y graduables, que no conlleven la limitación de la capacidad de obrar, tal y como hoy la entendemos, sino tan solo un apoyo o ayuda, y que se formulen con la extensión que requiera cada situación en particular.

En definitiva, debe procederse a incapacitar o a restringir la capacidad de obrar de la persona solo cuando no exista otro modo de proveer a su protección. De forma que la incapacitación, allí donde continúe existiendo, debe quedar como un expediente residual; como último recurso posible a los supuestos de ausencia total de facultades de razonamiento. Incluso en las instituciones de protección menos intensas, la actuación del mecanismo de protección debe concebirse reducida al mínimo indispensable para poder ayudar al sujeto. La ayuda a los discapacitados psíquicos a través de las técnicas indicadas, constituye una búsqueda de la igualdad<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> El derecho del discapacitado a no ser discriminado, en cuanto materialización concreta del derecho fundamental a la no discriminación contenido en el art.14 CE, es un

Como ya he puesto de relieve, una manifestación legislativa muy reciente de este cambio de tendencia, que se ha llevado a cabo en el ámbito del derecho privado, ha tenido lugar en la Comunidad Autónoma de Cataluña, con la figura de la “asistencia”. Regulada en los arts: 226-1 a 226-7 de la *Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*, que ha tomado conciencia de la importancia del derecho a la libre autodeterminación personal. Este derecho ha quedado claramente reflejado, además, en el art.212-7 de su texto normativo, en el que establece que; *la libre decisión de las personas es determinante en las cuestiones que puedan afectar a su dignidad, integridad y bienestar físico y mental, y, en particular, en lo concerniente al propio cuerpo y a la salud reproductiva y sexual*. Sin duda, es una institución que llega con retraso. Y para colmo, únicamente se ha regulado en el ordenamiento catalán; no en el estatal, ni tampoco en ningún otro ordenamiento civil autonómico de nuestro Estado. Sí ha sido regulada en los ordenamientos extranjeros, a algunos de los cuales me referiré más adelante.

Afortunadamente, este vacío normativo que predomina en nuestro sistema en el ámbito de la legislación civil, no se ha reproducido con tanta fuerza en la legislación de naturaleza administrativa. En este ámbito, sí que se han adoptado algunas normativas que defienden el modelo de *vida independiente* al que vengo haciendo referencia. Y que derivan del mandato que nuestra Constitución hace a los poderes públicos de llevar a cabo una política de previsión, tratamiento e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. A los que debe prestarse una atención especializada (art.49 CE). Este principio reconoce una serie de prestaciones a cargo de los poderes públicos, que tienen derecho a exigir un grupo concreto de personas, a las que va dirigida esta protección específica.

La primera norma que resalta en este ámbito, es la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos*. Cuyo objetivo es ayudar a que los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales, puedan realizarse completamente como personas mediante su integración en la sociedad (art. 1).

Configura como una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación, la educación, la orientación y la garantía de unos derechos económicos, jurídicos-sociales mínimos (art.3). Y ordena a los poderes públicos la promoción de la información necesaria para la completa mentalización de la sociedad en su conjunto, en la colaboración al reconocimiento y ejercicio de los derechos de los minusválidos, para su total integración (art.5).

derecho fundamental recogido expresamente en el Capítulo II del Título I de la Constitución.

Entiende por “minusválido”; *toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales* (art.7.1º).

Los derechos que les reconoce esta Ley, pueden catalogarse en dos grandes tipos: 1. los beneficios que son reconocidos individualmente y de forma personalizada, cuando el sujeto reúne los requisitos que exige la Ley, en cuanto al grado de minusvalía y capacidad económica. Dentro de estos, se engloban una serie de prestaciones sociales y económicas para los minusválidos que, por no haber desarrollado una actividad laboral y no haber contribuido al Sistema de la Seguridad Social, no se encuentran incluidos en su campo de aplicación. La acción protectora del sistema que configura la Ley, comprende:

- asistencia sanitaria y prestación farmacéutica;
- subsidio de garantía de ingresos mínimos;
- subsidio por ayuda de tercera persona;
- subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte;
- recuperación profesional, y
- rehabilitación médico-funcional (art.12).

Y 2. Los servicios y actuaciones sociales destinados a todo el colectivo de minusválidos, que tienen por objeto lograr su integración en la sociedad y la superación de la discriminación, mediante la superación de los obstáculos que impiden erradicarla. Dentro de éstos, la Ley se refiere a:

- la orientación familiar;
- los servicios de orientación e información al minusválido;
- los servicios de atención domiciliaria;
- los servicios de residencias y hogares comunitarios;
- las actividades deportivas, culturales, de ocio y tiempo libre;
- los servicios de asistencia en establecimiento especializado;
- la ejecución de obras en edificios, instalaciones y espacios para que resulten accesibles y utilizables por los minusválidos, y
- la adopción de las medidas adecuadas para facilitar el estacionamiento de automóviles (arts: 49 a 60).

Transcurridos más de 20 años desde la promulgación de la *Ley de Integración Social de los Minusválidos*, nuestro legislador estatal consideró necesario promulgar otra norma que la complementara y sirviera de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad. Ésta es la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*. Dos, fueron, principalmente, las razones que la justificaron:

- a) la persistencia en la sociedad de desigualdades pese al meritorio esfuerzo realizado por la *Ley 13/1982, de 7 de abril*. Y
- b) los cambios operados desde entonces, en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad, con la aparición de nuevos enfoques y estrategias.

Proclama el modelo de “vida independiente”, que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia, y no como meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, y no como personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos. Como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos, que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación. De acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, esta Ley extiende su ámbito de aplicación:

- al sector de las telecomunicaciones y sociedad de la información;
- a los espacios públicos, infraestructuras y edificación;
- a los transportes;
- a los bienes y servicios a disposición del público, y
- a las relaciones con las Administraciones Públicas (art.3).

La no accesibilidad a los entornos, productos y servicios, constituye, para esta Ley, una forma sutil de discriminación. A tal efecto, entiende que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, cuando se produzcan discriminaciones<sup>6</sup> directas o indirectas<sup>7</sup>, acosos e incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de las medidas de acción positiva legalmente establecidas (art.4). Por tal motivo, tiene por objeto establecer las medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

<sup>6</sup> Las medidas contra la discriminación son aquellas que tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable (art.6 de la Ley).

<sup>7</sup> Se entenderá que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral, un criterio o práctica, un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad. Siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima, o que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios (art.6 de la Ley).

A los efectos de esta Ley, tienen la consideración de “personas con discapacidad”; *aquellas a quienes se les haya reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100* (art.1). Se observa como la Ley comienza a sustituir el concepto de “minusválido” por el de “persona con discapacidad”; término éste más moderno y evolucionado. A su vez, dentro del grupo de los discapacitados, la Ley engloba, tanto a aquellas personas que por no haber desempeñado una actividad laboral y estar incapacitadas para el trabajo, son beneficiarias de una protección social que no se encuentra integrada en el Sistema de la Seguridad Social, como a aquellas otras que perciben prestaciones de la Seguridad Social. En ambos casos, para acceder a los derechos que reconoce esta Ley, el grado de minusvalía deberá ser igual o superior al 33 por 100.

Contempla un sistema extrajudicial para la resolución de las quejas y reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, sin formalidades especiales, que no podrá versar sobre aquellos asuntos en los que existan indicios racionales de delito. Este sistema arbitral será voluntario para las partes, debiéndose hacerse constar expresamente por escrito el sometimiento al mismo. Sin perjuicio de que las partes puedan recurrir, si lo desean, a la vía judicial o administrativa (art.17).

Regula el contenido específico de la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad desde la órbita civil. Dicha responsabilidad comprenderá:

- la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la violación del derecho;
- las medidas necesarias para prevenir violaciones ulteriores, y
- las medidas para restablecer al perjudicado en el pleno ejercicio de sus derechos.

Entre las que se encuentra la indemnización de daños y perjuicios. Con respecto a esta última medida de reparación, la Ley puntualiza que no estará limitada su cuantía por ningún tope máximo. Que la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico. Y que este tipo de indemnización se valorará atendiendo a las circunstancias de la vulneración y a la gravedad de la lesión. La Ley garantiza a las personas que hayan interpuesto una reclamación o iniciado un procedimiento judicial destinado a exigir responsabilidades por el incumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, la adopción de las medidas necesarias para su protección personal (art.18).

En materia probatoria, la Ley tiene presente el criterio de la flexibilización del principio general de la carga de la prueba, que contempla el art.217.6º de la *Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero del 2000* (en adelante; LEC). Que obliga al Tribunal a tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria en que se encuentra cada una de las partes en litigio. La Ley traslada este criterio a aquellos

procesos jurisdiccionales que versen sobre discriminaciones por razón de discapacidad. El criterio a tener en cuenta por el juzgador en tales procesos, consiste en entender que, cuando de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación, el Tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art.20.1º). El precepto, en mi opinión, no exige a la parte demandante la acreditación y prueba contundente, completa, irrefutable y fehaciente de los hechos originadores de la discriminación. No le exige la aportación de pruebas absolutamente incontestables, que no dejen lugar a dudas. Lo que más bien parece exigir a la parte actora, son unos principios de prueba de sus alegaciones, de los que pueda deducirse o desprenderse la existencia de la discriminación. Siendo así, entonces el Juez podrá exigir a la parte demandada que aporte medios de prueba que justifiquen el tipo de medidas adoptadas, para poder quedar exenta de responsabilidad. De manera que si esta parte no logra fundamentar o justificar la legitimidad de sus medidas, entonces incurrirá en responsabilidad.

Es un criterio que la norma adopta para facilitar la prueba a la parte demandante, por su condición de discapacitada. Para hacer efectivo el principio de igualdad de partes. Que permite al Juez, después de valorar el supuesto concreto, trasladar la carga de la prueba de la no discriminación al demandado, teniendo presentes las circunstancias que envuelven a cada una de las partes y su grado de dificultad para acreditar o probar los hechos. El Juez, entonces, atendiendo a las directrices de este precepto, deberá proceder a flexibilizar en mayor o menor medida el principio general de la carga de la prueba que rige en nuestro sistema (art.217.2º LEC), según sea la mayor o menor facilidad probatoria del demandante, teniendo presente su condición de discapacitado.

De acuerdo con la Ley, este criterio no podrá ser de aplicación a los procesos penales ni tampoco a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras. Por lo tanto, su aplicación queda acotada sólo a los procesos civiles y a los contencioso-administrativos que tengan como finalidad el establecimiento de una sanción contra la conducta discriminadora (art. 20. 2º).

La Ley obliga a los poderes públicos a adoptar una serie de medidas de acción positiva: apoyos específicos destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en todos los ámbitos de la vida social. Cuyo contenido no concreta, limitándose a describirlos a nivel general. Podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables.

Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios especiales para la comunicación. El desarrollo y ejecución de estas medidas de acción positiva, que ahora esta Ley solo anuncia de forma incipiente, queda en manos de una futura acción legislativa del Gobierno (arts: 8, 9 y Disposición Final Primera de la Ley).

El transcurso del tiempo ha dado lugar en nuestra sociedad, a la aparición de una serie de fenómenos directamente relacionados con el colectivo de los discapacitados, que por su especial trascendencia han merecido la preocupación y la necesidad de una regulación todavía más completa y moderna en este ámbito. Dicha regulación ha tenido lugar a través de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción y Atención a las Personas en situación de Dependencia*, que se ha elaborado para dar respuesta al considerable y cada vez mayor número de personas en situación de “dependencia”. De acuerdo con esta Ley, dicha situación consiste en 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 otra u otras personas, o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria, o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*. La misma es debida, en parte, al importante crecimiento de la población de más de 65 años, y con edad superior a los 80 años. Con la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Y por otro, a esta realidad derivada del envejecimiento, se añaden las situaciones de dependencia que tienen su origen, no en la edad de la persona, sino en el aumento de enfermedades o minusvalías psíquicas crónicas y físicas, debidos a otros factores, como por ejemplo, los índices de siniestralidad vial y laboral.

La Ley pone de manifiesto, que tradicionalmente, eran las familias y en especial, las mujeres, las que asumían el cuidado de estas personas. Constituyendo lo que hoy se denomina el “apoyo informal”<sup>8</sup>. Pero la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, ha hecho imprescindible una revisión del sistema vigente de atención para asegurar una adecuada prestación de cuidados a este colectivo de la población. Así, esta Ley se promulga con fundamento, principalmente, en el art.50 CE, que impone a los poderes públicos el deber de garantizar, mediante pensiones adecuadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Y el deber

<sup>8</sup> En la Ley 39/2006, el “apoyo informal” recibe la denominación de “cuidados no profesionales”, que son los derivados de la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada (art. 2.5º).

de promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud. Por medio de esta Ley, el Estado interviene en este ámbito, configurando una nueva modalidad de protección social extramuros a la Seguridad Social, que amplía y complementa la acción protectora proporcionada hasta la fecha por el Estado y por aquel Sistema. Y por medio de la cual, se desarrollan y concretan, además, las medidas de acción positiva a que aludía la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, que ya predijo este fenómeno social.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, regula las condiciones básicas que garantizan el ejercicio del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Este derecho es concebido por la Ley como un nuevo *derecho subjetivo de ciudadanía* que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad. Que otorga al ciudadano, al que reconoce como beneficiario, el derecho a participar y exigir un modelo de atención integral, que se articula administrativamente en tres niveles:

- el nivel mínimo de protección garantizado financieramente por el Estado;
- un segundo nivel de protección en régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, y
- un tercer nivel adicional de protección a desarrollar exclusivamente por las Comunidades Autónomas, si así lo desean.

Son titulares de los derechos reconocidos en esta Ley, las personas que se encuentran en alguno de los grados de dependencia establecidos en ella<sup>9</sup>. Tanto si ya venían percibiendo prestaciones externas a la Seguridad Social, como las que se encuentren incluidas en ella. Las prestaciones van orientadas a facilitar una existencia autónoma y a la consecución de una mejor calidad de vida y trato digno en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social. Facilitando la incorporación del sujeto en la vida activa de la comunidad y la realización

<sup>9</sup> La Ley distingue tres grados de dependencia: moderada, severa y gran dependencia (art.26). Pero no concreta el porcentaje de discapacidad que se exige o que da lugar a cada una de ellas. Lo cual, puede interpretarse, desde mi punto de vista, de dos formas distintas: – bien, entender que el porcentaje mínimo de discapacidad que la persona debe reunir para ser considerada dependiente a los efectos de esta Ley, es de un 33% en adelante. Considerándose el 33% como el grado mínimo de dependencia (grado I). Interpretación que se obtiene poniendo esta Ley en relación con su predecesora (la Ley 51/2003, de 2 de diciembre). – O bien, entender que no se exige la declaración de ningún grado concreto de discapacidad, siendo lo importante, que la persona se encuentre en situación de “dependencia”, al margen de si es o no, un discapacitado. Yo estoy de acuerdo con esta segunda interpretación.

de las actividades básicas de la vida diaria<sup>10</sup>(art.13). Configura dos tipos de prestaciones: 1. los servicios y 2. las prestaciones económicas.

Los primeros tienen carácter prioritario. Las segundas son subsidiarias, pues se reconocerán únicamente, cuando no sea posible la atención mediante el acceso a alguno de los servicios.

Los beneficiarios de los servicios participarán en la financiación de los mismos en función de su capacidad económica personal. Ésta se tendrá en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas. Pero en cualquier caso, ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del sistema por no disponer de recursos económicos (art.33).

El catálogo de servicios está integrado por:

- a) Los Servicios de Prevención de las situaciones de dependencia y los de Promoción de la Autonomía Personal<sup>11</sup>.
- b) El Servicio de Teleasistencia<sup>12</sup>.
- c) El Servicio de Ayuda a Domicilio<sup>13</sup>.
- d) El Servicio de Centro de Día y de Noche<sup>14</sup>. Y
- e) el Servicio de Atención Residencial<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> La Ley define las " actividades básicas de la vida diaria", 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 (art. 2.3º).*

<sup>11</sup> Tienen por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades, y de sus secuelas, mediante el desarrollo de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad, y a quienes se vean afectados por procesos de hospitalización complejos (art.21 de la Ley).

<sup>12</sup> Tiene como finalidad facilitar asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, para responder de forma inmediata ante situaciones de emergencia o de inseguridad, soledad y aislamiento. Puede ser un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio (art.22 de la Ley).

<sup>13</sup> Está constituido por 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 (art.23 de la Ley).

<sup>14</sup> Ofrece una atención integral (asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación, atención asistencial y personal) durante el período diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal, y apoyar a las familias o cuidadores (art.24 de la Ley).

<sup>15</sup> Ofrece servicios continuados de carácter personal y sanitario, prestados por los centros residenciales habilitados al efecto, según sea el tipo y el grado de dependencia y la 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 (art.25 de la Ley).

En cuanto a las prestaciones económicas, estarán siempre vinculadas a la adquisición de los servicios que detalla la Ley. Las Administraciones Públicas competentes se encargarán de supervisar el destino y utilización de las mismas al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas (art.17). Dentro de ellas, la Ley regula dos clases:

1. La prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales en el entorno familiar (art.18). Y
2. la prestación económica de asistencia personal, que tiene como finalidad la contratación de un asistente profesional<sup>16</sup> 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 (art.19)<sup>17</sup>.

La Ley prevé un procedimiento para la revisión del grado de dependencia, por mejora o empeoramiento, o por error de diagnóstico, que se iniciará a petición del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones Públicas. Las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la Ley (art.30).

A nivel Internacional, un avance significativo en el tema de la protección de las personas discapacitadas, lo constituye la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, el 13 de diciembre del 2006*. Ratificada por España en el año 2007, y que entró en vigor para España en el 2008. Es fruto del reconocimiento de la importancia de la cooperación internacional para contribuir significativamente a la mejora de las condiciones de vida de las personas con discapacidad, a paliar la profunda desventaja social en que se encuentran, y para promover su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, en todos los países del mundo. Entre los motivos que impulsan a los Estados a la elaboración de la misma, aquí interesa hacer referencia a:

<sup>16</sup> El "asistente profesional" es la institución o entidad pública o privada, con o sin ánimo de lucro, o la persona física profesional autónoma, que realiza o colabora en las tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, ya sea en su hogar o en un centro. De cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal (art.2.6º y 7º de la Ley).

<sup>17</sup> Destaca en la Ley que ahora se comenta, la preocupación por atender a la formación permanente y especializada de los cuidadores profesionales o no, que atiendan a personas en situación de dependencia. Los cuidadores profesionales deberán acreditar la cualificación profesional que al efecto exijan los poderes públicos, que les capacite para el ejercicio del cargo. Para ello, la Ley impone a los poderes públicos promover los programas y las acciones formativas necesarias para la implantación de este servicio (art.36).

- la configuración de la discapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actividad y al entorno, que evitan su participación plena en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás;
- la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad, que pese a las diferentes normativas e instrumentos adoptados hasta la fecha en este ámbito, siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones en la vida social, se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo, y siguen siendo todavía víctimas de múltiples y agravadas formas de discriminación;
- el reconocimiento del valor de las contribuciones que realizan y que pueden realizar este tipo de personas al bienestar general, y al desarrollo económico, social y humano de la comunidad;
- la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad para tomar sus propias decisiones, y
- el derecho que tiene la familia a la que pertenece el discapacitado, a recibir la protección y asistencia necesarias de la sociedad y del Estado.

Por todo ello, el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. Y promover el respeto de su dignidad.

La Convención define a la “persona con discapacidad”, como *aquella que tiene 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 las demás* (art.1). No concreta ningún porcentaje mínimo exigible de discapacidad, para que se le reconozca a la persona que sufre una disminución de este tipo, la condición de persona discapacitada. Es un aspecto que parece dejar en manos de los Estados parte. Define, asimismo, la “discriminación por motivos de discapacidad”, como *cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad, que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo* (art.2). Entre sus principios cabe resaltar:

- el respeto a la dignidad, a la autonomía individual, a la libertad para tomar las propias decisiones, y a la independencia de la persona;
- la igualdad de oportunidades, y
- la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (art.3).

Obliga a los Estados parte a adoptar todas las medidas pertinentes: legislativas, administrativas o de otra índole (modificar o derogar leyes, reglamentos, prácticas o costumbres...), para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Promoviendo la formación de los profesionales y de las personas que trabajan con personas con discapacidad, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios (art.4).

Destaca, en su art.12, el reconocimiento que realiza la Convención de la “personalidad jurídica” de las personas con discapacidad. No se detiene a definirla y la equipara a la capacidad jurídica. Pero tal y como se encuentra redactado el precepto, parece dar a entender que la concibe como la capacidad natural o de entendimiento de una persona para gobernarse a sí misma (capacidad de autogobierno), que le permite poner en práctica sus decisiones (capacidad de obrar). Se trata de dos conceptos distintos que en la práctica van estrechamente relacionados: la capacidad para llevar a cabo en la práctica actos, negocios o contratos válidos jurídicamente (capacidad de obrar), será mayor o menor según sea la mayor o menor capacidad de autogobierno de la persona (aptitud mental para adoptar decisiones adecuadas y reflexivas). La primera constituye la materialización concreta en la práctica de la segunda. Y sus limitaciones (limitaciones para actuar) dependerán de las limitaciones que sufra la capacidad de autogobierno. Sin embargo, la Convención no las distingue, sino que lo que hace es configurar aquella personalidad jurídica o capacidad jurídica como una especie de híbrido o de mezcla entre la capacidad de autogobierno y la capacidad de obrar, obligando a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para que este colectivo de personas tengan acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este apoyo se concreta en las medidas de salvaguardia adecuadas, que sean respetuosas con los derechos, con la voluntad y con las preferencias de la persona, medidas en las que se evite, ante todo, el conflicto de intereses y en las que no haya una influencia indebida en la voluntad del sujeto, que sean proporcionadas y adaptadas a las circunstancias concretas de la deficiencia de que se trate, que se apliquen durante el menor tiempo posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial. Esta reafirmación de la personalidad jurídica de la persona discapacitada, que implica el establecimiento de medidas de protección lo menos restrictivas posibles de su voluntad y de su autonomía decisoria, conecta con otro de los grandes principios que proclama esta Convención; cual es el “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad”, con opciones iguales a las demás personas. Para lo que la Convención impone a los Estados el deber de asegurar que tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo, incluida la asistencia personal que sea necesaria

para facilitar su existencia e inclusión en la comunidad, para evitar su aislamiento o separación de ésta (art.19). Y para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional. Tales servicios y programas deben comenzar en la etapa más temprana posible y basarse en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona. Promoviendo la formación continua para los profesionales y el personal que trabajen en estos servicios (art.26).

Este cambio de tendencia en la forma de concebir la protección de las personas con discapacidad, que consagra la Convención, que propugna el desplazamiento de los mecanismos sustitutivos de la voluntad por otros basados en el apoyo o asistencia, que atienden más a la esfera personal que a la patrimonial de la persona, en aras a conseguir su mayor independencia o autonomía, ha sido recogido en nuestro sistema, como hemos visto, en diversas normativas de naturaleza administrativa. Pero no en la mayoría de los ordenamientos civiles; entre ellos: el estatal, que por el momento, no está haciendo mucho caso de los compromisos asumidos en la Convención. Me reitero en que nuestra legislación interna está pendiente de una reforma, esperemos que no muy lejana.

Un ejemplo más de este proceso de adaptación y de reforma, que en este sentido se está llevando a cabo en las regulaciones administrativas, lo constituye la reciente *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, cuyo objetivo es la adecuación de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención. La mayoría de las disposiciones que reforma tienen naturaleza administrativa; entre ellas, modifica diversos preceptos de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, entre los que interesa destacar:

La modificación del párrafo 2º del apartado 1º del art.1, de la misma, que da una nueva redacción al concepto de “igualdad de oportunidades”, que concuerda ahora más con los principios de independencia y de mínima injerencia o restricción en la capacidad de obrar de la persona. Entiende ahora por “igualdad de oportunidades”: *la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de 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.*

La modificación del apartado 2º de este mismo artículo 1, que ofrece ahora una nueva versión más completa y moderna del concepto de discapacidad. En la anterior redacción, la noción que ofrecía la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de “persona con discapacidad” era muy deficitaria; simplemente indicaba que tenían esta consideración las personas con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. Todavía utilizaba el término “minusvalía”. Aunque se atisbaba un incipiente esfuerzo de desplazarlo por el de “persona con discapacidad”. Ahora, el concepto que introduce la Ley 26/2011, es el siguiente: *son personas con discapacidad aquellas que presentan 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. No obstante, dentro de éstas, únicamente tendrán la consideración de “personas con discapacidad”, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100.*

Por lo tanto, persona discapacitada sólo lo sigue siendo aquella que tiene reconocido oficialmente el grado de disminución indicado. Al igual sucedía en la Ley 51/2003. Pero con la diferencia de que en esta última, se hablaba del reconocimiento de *un grado de minusvalía* igual o superior al 33 por 100. Mientras que en el nuevo concepto que da la Ley 26/2011, se habla del reconocimiento *de un grado de discapacidad* igual o superior al 33 por 100.

Por medio de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, se finaliza así, la progresiva labor de sustituir por completo el término de “minusválido” por el de “persona con discapacidad”, adaptándolo plenamente al modelo de la Convención<sup>18</sup>. La conclusión de todo ello, es que tendrán acceso a las prestaciones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que a grandes rasgos dibujó su antecesora –la Ley 51/2003–, tanto los que con anterioridad a ella tenían todavía la calificación de minusválidos, como los discapacitados. Siempre y cuando se encuentren en alguno de los grados de dependencia que la misma contempla. Tal es así, porque la noción de “dependencia” engloba a *minusvalía* y

<sup>18</sup> Antes incluso de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, ya contribuyó de manera decisiva a este cambio en la terminología, al establecer en su Disposición Adicional Octava, que *las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad»*. Y que *a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.*

a *discapacidad*. Siendo este segundo término la evolución moderna del primero.

El apartado 2º del art.8, dedicado a las “medidas de acción positiva”, contemplaba la obligación para los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con un alto riesgo de sufrir un mayor grado de discriminación. Entre éstas, la Ley 51/2003, citaba a las personas con discapacidad severamente afectadas y a las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas. La nueva versión dada por la Ley 26/2011, de este apartado, las sustituye por *las personas con discapacidad de más necesidades de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones.....* Ofreciendo ahora, una nueva visión de las personas que sufren una discapacidad severa, concretamente de tipo intelectual o psíquico. Las cuales, se convierten en acreedoras de sistemas de protección basados, no tanto en la representación o suplantación de su voluntad, sino en medidas de apoyo dirigidas a que puedan alcanzar el mayor grado de autonomía posible en lo concerniente a la toma de decisiones sobre su propia vida. Un concepto de persona con discapacidad, por consiguiente, más adaptado a las necesidades de nuestro tiempo.

La modificación del apartado 1º del art.20, relativo a la carga de la prueba en los procesos sobre discriminación. En su redacción originaria, vimos como facultaba al Juez para distribuir la carga de la prueba, según fuera la disponibilidad y facilidad probatoria de cada una de las partes en litigio. De manera que si el demandante se encontraba en una situación dificultosa para demostrar con rotundidad los hechos, éstos podían tenerse por probados con la aportación de indicios razonables. Trasladándose al demandado la carga de probar la no producción de la discriminación. De la misma forma, si el Juez apreciaba que la parte actora se encontraba en situación de poder demostrar fácilmente o sin grandes dificultades la existencia de la discriminación que alegaba, entonces podía exigir a ésta un mayor esfuerzo probatorio, que concordaba más con el principio general que rige en nuestro sistema en esta materia, según el cual; corresponde a la parte que alega unos hechos, la carga de probar la certeza de los mismos (art.217.2º LEC). Ahora, la nueva redacción que la Ley 26/2011, da a este precepto, no concede al Juez esta facultad de moderación, sino que le impone la obligación de aplicar directamente un criterio en todos los casos de procesos sobre discriminación por razón de discapacidad. Tal criterio consiste en que, si de las alegaciones de la parte actora se deduce la existencia de indicios fundados de discriminación, ésta debe tenerse por producida. Trasladándose a la parte demandada la carga de probar la no discriminación, o que las medidas o conducta adoptadas son justificadas y proporcionadas. Está claro, que el criterio adoptado por la Ley 26/2011, favorece más al

discapacitado, al situarlo siempre en una condición de dificultad probatoria, por el hecho de ser un disminuido. Lo que le obligará únicamente, a aportar “indicios fundados” de discriminación, de los que se deduzca ésta. Pero no pruebas irrefutables. Personalmente, considero más acertada esta segunda opción que incorpora la Ley 26/2011.

Añade un nuevo art.21, con la finalidad de concretar la responsabilidad civil en que incurrirán las personas físicas o jurídicas, que en el sector público o privado, suministren bienes o servicios que se ofrezcan al público fuera del ámbito de la vida privada y familiar, incumpliendo el principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Las consecuencias de dicho incumplimiento se traducirán en una indemnización a favor de la persona discapacitada, por los daños y perjuicios que sufra a raíz de la conducta discriminatoria. Sin perjuicio de otras acciones civiles que pueda ejercitar.

En el ámbito del Derecho Privado, cabe hacer referencia a la “Disposición Adicional Séptima” de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto*, sobre “adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones”. En la que se insta al Gobierno para que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico, para dar cumplimiento al art.12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo concerniente al ejercicio de la capacidad jurídica por estas personas, en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida. El mencionado proyecto de ley deberá establecer las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen. Por medio de dicha Disposición Adicional Séptima, la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, avanza un primer paso hacia el anhelado cambio y evolución de los sistemas de protección que inciden en la capacidad de obrar de los que tienen disminuida su capacidad de autogobierno. El proceso de adaptación de nuestro ordenamiento privado estatal, ha llegado con retraso, pero parece ser que finalmente ha llegado. A mi entender, en esta Disposición Adicional Séptima, la Ley 26/2011, contiene un claro mandato al Gobierno Central para que realice las modificaciones y regulaciones oportunas en el ordenamiento civil estatal, que incidan concretamente, en las potestades para suplir o paliar las deficiencias en la capacidad natural de la persona. Como también, los cambios y novedades correspondientes en la legislación procesal, para adaptarla paralelamente a la nueva manera de funcionar de aquellas potestades. No hay duda de que nos encon-

tramos en el inicio incipiente de un largo camino por recorrer, que esperemos no se alargue demasiado.

### **3. El progresivo y considerable aumento en nuestra sociedad de personas que sufren enfermedades o deficiencias discapacitantes**

La discapacidad se manifiesta fundamentalmente a partir de los 50 años de edad, y aumenta de forma notable en el colectivo mayor de 64 años. El considerable aumento de la esperanza de vida se encuentra entre las principales razones del aumento de personas discapacitadas en nuestra sociedad. Pues, como es obvio, la prolongación de la vida supone una mayor exposición al riesgo de padecer alguna dolencia.

Europa envejece de forma progresiva y rápida. Estamos en el inicio de un fenómeno poblacional que está trastocando las estructuras demográficas y que tiene amplias repercusiones sociales, económicas y culturales. Un fenómeno que avanzará con rapidez y que demanda cambios importantes en nuestra sociedad respecto a este grupo de la población.

En España, gracias a los avances científicos, al alto nivel de nuestra sanidad pública y al desarrollo de las políticas sociales, se vive más tiempo y en mejores condiciones. Ello da lugar a que las personas mayores tengan mejor salud, sean más participativas, activas y se cuiden para ser independientes el mayor tiempo posible. El alargamiento de la vida añade más necesidad de atenciones por un posible mayor tiempo de la persona anciana en situación de dependencia. Las enfermedades degenerativas avanzan modificando su patrón global. Continuadas mejoras en la industria farmacéutica, la rehabilitación y los cuidados sanitarios han contribuido y proseguirán reforzando la tendencia a un retraso en la aparición de la discapacidad, o a paliar o disminuir sus efectos, prolongando una vida más llevadera, aunque dependiente. En cualquier caso, el aumento de la cifra de personas muy mayores, produce al mismo tiempo, un incremento de la dependencia en este grupo de la población.

Nuestro País, sigue las tendencias demográficas de los países de su entorno, aunque con peculiaridades propias. La principal diferencia que está marcando unos drásticos ajustes, tanto en la estructura social como económica, es la rapidez con que se han producido: mientras en los países europeos la transición demográfica hacia el envejecimiento comenzó hace más de un siglo, nuestro País ha recorrido el mismo espacio en menos de la mitad de tiempo. El incremento de la población mayor de 65 años y del número de personas que sobrepasan los 80 años (sobre-envejecimiento de la población),

constituye un importantísimo desafío para nuestra sociedad y exige un planteamiento estratégico para su abordaje<sup>19</sup>.

A partir de 2011, el crecimiento global de la población mayor volverá a intensificarse, debido a la incorporación de generaciones más numerosas. Este crecimiento alcanzará una particular intensidad a partir del año 2020, en el que empezarán a incorporarse a la población mayor las primeras generaciones del “baby-boom”, que en España comenzó a producirse a finales de los años 50. La presión sobre el sistema de provisión de cuidados para las personas dependientes ascenderá y surgirán con fuerza muchas otras demandas que competirán por los recursos, siempre escasos, en relación con las necesidades del sistema de protección social. De ahí, que sea tan urgente afrontar el desarrollo de un sistema de atención a estas personas, creando los medios técnicos y personales necesarios para hacer frente a estas demandas.

Tradicionalmente, han sido las familias las que han asumido el cuidado de las personas dependientes. Más exactamente, esa función ha recaído, casi en exclusiva, sobre las mujeres del núcleo familiar (madres, cónyuges, hijas o hermanas de las personas dependientes). Pero con el paso del tiempo, se han producido cambios sustanciales en el modelo de familia, especialmente, con la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo, que están haciendo disminuir la capacidad de prestación de cuidados informales, haciendo que el modelo de apoyo informal, que ya se encuentra en crisis, sea insostenible a medio plazo. No obstante y pese a ello, la persistencia de la tradicional asignación de roles sociales entre los sexos, continúa afectando negativamente a la integración, promoción social y laboral de las mujeres. Que siguen siendo quienes todavía se responsabilizan de la prestación de cuidados familiares a enfermos discapacitados y ancianos. Bien como actividad exclusiva, o cada vez más, como extensión de la jornada laboral extra-doméstica. Lo que supone en muchos casos, un importante obstáculo para su integración en el sistema productivo. Al ser aquella una tarea intensiva en trabajo y en tiempo, que se extiende durante largos períodos.

Pero la dependencia no afecta solo a los más mayores; en realidad recorre toda la estructura de edades de la población, aun cuando sean las personas de la tercera edad, las que con más intensidad se vean afectadas. Puede estar presente desde el nacimiento, desencadenarse a consecuencia de un accidente o de una enfermedad aguda en la infancia o en la juventud, o, más frecuentemente, ir apareciendo a medida que la persona envejece. Las personas con discapacidad constituyen un colectivo heterogéneo, con distintas deficiencias y con

<sup>19</sup> MINISTERIO DE SANIDAD Y POLÍTICA SOCIAL; *Presentación y resumen del Libro Blanco del Envejecimiento Activo. Temas para el debate*. Madrid, octubre de 2010. (En línea) <http://www.envejecimiento.com/>

grados diferentes de severidad en sus limitaciones. Las principales causas que generan discapacidad en España, al margen de la vejez, surgen, principalmente, en torno al embarazo/parto, a los accidentes y a las enfermedades crónicas, congénitas o no.

En los primeros años de edad, los principales generadores de deficiencias infantiles son: el riesgo perinatal (defectos y malformaciones congénitas, prematuridad, daño obstétrico en el momento del parto) y el socio-ambiental (niños que viven en situaciones sociales o culturales muy desfavorecidas, niños con grandes carencias afectivas, niños que crecen en ambientes familiares hostiles y desestructurados...).

En la adolescencia y durante la juventud, los accidentes (domésticos, de tráfico y laborales) y las enfermedades mentales (autismo, esquizofrenia, trastorno psicótico, trastorno de la personalidad, trastornos por drogadicción y alcoholismo, retraso mental, trastorno bipolar, etc.), son la principal fuente de discapacidad.

Y en la vejez, de entre las deficiencias de tipo psíquico destacan las demencias seniles, y dentro de ellas, concretamente, la enfermedad de Alzheimer<sup>20</sup>.

Efectivamente, si bien, el progresivo envejecimiento ensancha la población en situación de dependencia, no es menos cierto que estas situaciones se pueden dar en todas las épocas de la vida de la persona. Siendo la situación más crítica para la persona y su entorno, cuando la dependencia se presenta en la juventud. Pues se manifiesta de forma inesperada, imprevista (causas congénitas, accidentes externos traumáticos, etc), desestabilizando al entorno de la persona que la sufre, y pudiendo prolongarse a lo largo de toda su vida, dándose situaciones de dependencia dilatadísimas en el tiempo. Mientras que en las personas mayores, la mayoría de las veces, la discapacidad puede, de algún modo, preverse. Al ir ligada al envejecimiento. Siendo la situación de dependencia necesariamente más corta, pues el término de la vida se halla más cerca en el tiempo.

Lo cierto es que la demanda de cuidados para personas en situación de dependencia, que se ha venido incrementando de forma notable en los últimos años, va a seguir aumentando a un intenso ritmo durante las próximas décadas. El gran incremento de personas mayores de 80 años, el descenso de la natalidad, las mayores tasas de supervivencia de las personas afectadas por alteraciones congénitas, enfermedades y accidentes laborales y de tráfico, las nuevas enfermedades discapacitantes y la persistencia y crecimiento de entornos sociales y familiares que incrementan el riesgo de desarrollar

<sup>20</sup> MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES; *Libro Blanco de la Dependencia*. Madrid, 2005. Dir. Por Ángel Rodríguez Castedo. (En línea) <http://www.imsersomayores.csic.es/documentación/libro-blanco-dependencia.html>.

trastornos mentales, son factores que contribuyen a hacer de este fenómeno un problema social de primera magnitud<sup>21</sup>.

La dependencia no constituye un bloque homogéneo. No todas las situaciones de falta de autonomía personal son de igual calado. Y por consiguiente, los requerimientos de atención y asistencia deben ser diversos y conllevar respuestas de contenido diferente, a partir de dispositivos organizativos distintos. Muchas personas discapacitadas van a necesitar de alguien que se responsabilice y defienda sus derechos, les ayude a superar las dificultades que se irán encontrando en la vida, y evite que sean engañadas o perjudicadas, procurando, en la medida de lo posible, su integración social.

Cuando una persona no ha perdido todavía su capacidad de autogobierno y se da cuenta de su posible ineptitud para adoptar determinadas decisiones por sí misma, puede preferir auto-designarse a una persona que le ayude a ver la realidad con objetividad y sensatez de los factores que la envuelven, para poder llegar a adoptar decisiones meditadas, razonadas y que le beneficien. Es positivo facultar expresamente a una persona para que pueda tomar decisiones sobre su futura asistencia personal, con el grado de detalle que considere oportuno; que pueda poner en marcha un instrumento de protección cuando todavía conserve una cierta autonomía personal, a fin de que este instrumento pueda ir desplegando su eficacia progresivamente, y no cuando ya haya llegado la hora de incapacitarla. Determinadas afecciones psíquicas pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, más no anularlas. De forma que la persona que las padece solo necesite un asesoramiento externo, consejo y explicación objetiva de las circunstancias e intereses en juego; una guía u orientación en la toma de las decisiones que más le beneficien. Pero que al fin y al cabo, van a ser adoptadas por ella. Son situaciones en las que la disminución intelectual de la persona no alcanza el grado de gravedad necesario como para dar lugar a una auténtica limitación de su capacidad de obrar (incapacitación judicial). Un estado, al que podríamos denominar, de “capacidad disminuida”. En el que, sin llegar a reunir los requisitos de incapacidad, no funcionan con plenitud las aptitudes mentales. Ya sea por la edad o por otro tipo de afección. Una situación intermedia, que no priva al sujeto de conducirse con razón y de asumir las consecuencias de sus actos; que requiere de un tratamiento jurídico diferenciado que le reconozca

<sup>21</sup> CERMI; *La protección de las situaciones de dependencia en España. Una alternativa para la atención de las personas en situación de dependencia desde la óptica del sector de la discapacidad*. Dir. Por Luis Cayo Pérez Bueno. 2004 (En línea) <http://www.infodisclm.com/documentos/informes/libros/protección-depend-espana.pdf>.

la posibilidad de decidir y actuar, estableciendo los controles para ello<sup>22</sup>.

Estamos hablando, por tanto, de una medida de protección generalmente de naturaleza transitoria. Porque principalmente, está diseñada para atender a aquellos grupos de personas que presentan disminuciones o deficiencias en su capacidad mental de tipo leve o moderada. Que, o bien, acabarán desembocando en una dolencia más grave que finalmente hará necesaria la incapacitación del sujeto, con el establecimiento de otras medidas distintas de protección ideadas especialmente para la situación de incapacidad (tutela, curatela, rehabilitación de la potestad parental). O bien, acabarán con la estabilización, mejoría o recuperación de la persona.

Pero nada obsta, a que este mecanismo de protección pueda instaurarse igualmente con carácter indefinido en el tiempo, en aquellos supuestos en los que la dolencia, aunque leve, sea permanente en la vida de la persona. O incluso, cuando convirtiéndose en una disminución, en principio, incapacitante, se valore que no sea necesario incapacitar judicialmente a la persona porque ésta pueda llegar a estar suficientemente controlada, orientada y protegida a través del mecanismo de la asistencia, al que la persona ya se encuentra adaptada.

En el caso de los ancianos, por ejemplo, una de las patologías más frecuentes, son, como ya dije, las demencias: síndromes que vienen caracterizados por un deterioro progresivo y global de las funciones cognitivas, afectando a la personalidad del individuo en relación con su razonamiento o juicio. Pero las consecuencias de estas patologías no aparecen de forma súbita y todas a la vez. Sino que tienen un curso paulatino y progresivo, desenvolviéndose en etapas. Al comienzo de la enfermedad pueden aparecer disminuciones en las facultades intelectivas y volitivas, pero permanecer el sujeto con la suficiencia de juicio necesaria como para poder todavía regir su persona y bienes. Con posterioridad, y a medida que avanza la enfermedad, la persona irá perdiendo su voluntad paulatinamente, hasta que llegue un punto en el que dejará de tener el criterio y la aptitud mental necesaria para tomar decisiones adecuadas. Una situación así, aunque no es evitable, sí que es previsible. Entonces, porque no permitir que sea el propio sujeto, cuando todavía conserva sus facultades mentales, no demasiado deterioradas, quien organice lo relativo al cuidado de su

<sup>22</sup> BELLO JANEIRO, Domingo; *Autotutela e incapacitación voluntaria*. En *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Coord. Por Pérez de Vargas Muñoz. Madrid, 2007. P. 24, 25, 28 y 51.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.; *La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda*. En *Protección Jurídica Patrimonial de las Personas con Discapacidad*. Coord. Por Pérez de Vargas Muñoz. Madrid, 2007. pp. 308 y 310.

DEL COBRE VALDÉS DÍAZ, Caridad; *Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana*. En la misma obra citada. pp. 478 a 481.

persona y bienes. O quien disponga para sí mismo, de un mecanismo de protección temporal o definitivo, según se trate de una dolencia transitoria o destinada a permanecer.

La autonomía de la voluntad de este tipo de discapacitados psíquicos debe tener un papel relevante en la determinación del sistema de protección a que van a quedar sujetos.

Otro amplio grupo de personas que se defienden con autonomía en las actividades básicas de la vida cotidiana, pero que presentan dificultades para gestionarse a sí mismas en determinados aspectos, con unos estándares mínimos de calidad de vida, son aquellas que presentan retrasos mentales moderados, enfermos mentales con descompensaciones periódicas o cíclicas, personas aquejadas de inicios de deterioros cognitivos, consumidores de alcohol y de drogas, etc. Personas que pueden aspirar a una cierta rehabilitación o incluso a una rehabilitación total, con el logro de mayores cotas de autonomía y mejora de su calidad de vida. Pero que requieren de una supervisión, organización y orientación que les ayude a establecer unas pautas y una planificación de vida, que por sí solas no pueden generar sin ayuda<sup>23</sup>.

Es habitual que, en determinadas situaciones de pérdida progresiva de la capacidad, la frontera entre la capacidad plena y la incapacidad aparezca de forma borrosa. Bien por lo gradual del deterioro de las facultades mentales, bien por la alternancia de estados de lucidez con estados de demencia. Lo cual veda frecuentemente el recurso de acudir directamente a la incapacitación judicial.

Volvamos otra vez al supuesto del Alzheimer. Siendo ésta, una de las enfermedades mentales más frecuentes que afecta a los ancianos, que se caracteriza por una pérdida gradual de la capacidad intelectual y de la voluntad de la persona, hasta llegar a un momento en el que la pérdida de estas funciones impide de forma persistente a la persona gobernarse por sí misma. Aunque lamentablemente, esta patología evolucione siempre hacia una discapacidad grave e incurable, el tratamiento farmacológico, cada vez más avanzado, ayuda, en muchos casos a retrasar la evolución de la enfermedad. Debemos entonces, cuestionarnos, si lo más beneficioso para el anciano es proceder directamente a su incapacitación, cuando la enfermedad ya haya llegado a su punto más grave. O bien, proceder a incapacitarlo antes de que este momento llegue, en vistas a que más tarde o más temprano va a perder irremediabilmente su capacidad de autogobierno. O si por el contrario, puede resultar más adecuado arbitrarle, mientras tanto y antes de que pierda su capacidad de autogobierno, un mecanismo de protección que no presuponga su incapacitación, que respete su capacidad de autogobierno hasta el último momento,

<sup>23</sup> DE SALAS MURILLO; *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad*. Zaragoza, 2010. P.109, 212, 249 y 253.

y que tal vez, pueda incluso perdurar aun cuando la persona se vea abocada a una deficiencia incapacitante, evitando así su incapacitación judicial. Yo abogo por esta última opción. Personalmente, creo que es más beneficiosa para la persona por dos motivos: 1) porque le permite mantener su autonomía decisoria mientras conserva indicios de raciocinio. Siendo, por ello, sin duda, una solución psicológicamente menos traumática para ella. Y 2) porque además, considero que el hecho de que la persona se sienta útil, sienta que puede seguir valiéndose por sí misma, que todavía tiene capacidad para decidir sobre sus intereses, que no está siendo desplazada o anulada su voluntad, puede repercutir positivamente en su patología.

Siempre he creído que el estado anímico y psicológico de la persona puede llegar a influir en el empeoramiento o mejora de sus dolencias. Por ello, la figura de la asistencia previa a la incapacitación, puede ayudar a la persona a sobrellevar mejor las consecuencias más duras de esta última. O incluso, evitar su incapacitación. Habrá que valorar cada supuesto concreto. Pues el llegar a una u otra solución (incapacitación o asistencia) dependerá del tipo de disminución o enfermedad psíquica y de su evolución. Así como de la capacidad de la persona para afrontarla.

En definitiva, los avances médicos permiten, en muchos casos, la detección precoz y el diagnóstico previo de las enfermedades mentales. Razón por la cual, es lógico que quienes viéndose afectados por los primeros síntomas, deseen adelantarse al inexorable transcurso del tiempo y opten por quedar sometidos anticipadamente a un instrumento de protección que les ayude a regir su persona y/o bienes antes de llegar a la temida incapacidad. Este destacado sector de la población, cada vez más amplio, formado por sujetos capaces que son conscientes de su previsible pérdida de la capacidad de entendimiento, provocada por el padecimiento de ciertas dolencias, o sencillamente, por el transcurso de los años, quieren participar en la articulación de sus propias medidas de protección para ajustarlas, en la medida de lo posible, a sus necesidades concretas, sean de tipo personal o estrictamente patrimonial. La posibilidad de diagnóstico precoz de patologías degenerativas y su proliferación en el colectivo de los mayores y de los no tan mayores, determina nuevas necesidades de protección para personas que, siendo inicialmente capaces, están abocadas a una futura pérdida de capacidad. Debiendo el ordenamiento reaccionar en consecuencia, entendiéndose que esas personas tienen una voluntad y un ámbito de capacidad que debe reconocerse. Y que, entre otras cosas, se concreta también en la facultad de autorregular su futuro personal.

La figura de la asistencia, por otra parte, puede resultar también muy útil, en los supuestos de alteraciones o deficiencias mentales que aparecen por sorpresa, sin posibilidad de preverse. En estos casos, se necesita un período de tiempo para averiguar y analizar con exactitud el pronóstico y la evolución de la patología. Así como para averiguar las reacciones del sujeto ante la misma. Nos movemos en un plano

extremadamente complejo y delicado. Lo que quiero poner de manifiesto, es que, mientras tanto se llega a un diagnóstico acertado, puede resultar conveniente una medida como la asistencia, para asegurar, por el momento, la protección del que sufre la alteración.

#### **4. Los inconvenientes del procedimiento judicial de incapacitación. El procedimiento para el nombramiento del asistente como alternativa**

##### **4.1. Sus causas y finalidad**

El procedimiento judicial de incapacitación está diseñado para proteger solo a aquellas personas que, con motivo de padecer alguna enfermedad o deficiencia<sup>24</sup> persistente de carácter físico o psíquico, no pueden gobernarse por sí mismas (art.200 CC). Es un procedimiento que puede resultar beneficioso y necesario cuando se aplica en sus justos términos. Es decir, como medida excepcional, cuando no pueda proveerse la protección y el control de la persona por otras vías menos drásticas; se valore que las circunstancias familiares y personales aconsejan su incapacitación, y únicamente, cuando concurran las causas que determina el art.200 CC.

En ocasiones, aun cuando concurren en la persona las causas que técnicamente posibilitan su incapacitación, sin embargo, el procedimiento no resulta necesario, beneficioso o aconsejable. En aquellos supuestos, en los que por ejemplo, la persona que sufre la causa incapacitante, ya cuenta con familiares o allegados que pueden hacerse cargo de ella, asumiendo su cuidado y su control, sin que la situación se les escape de las manos.

Distintas serían las consecuencias en el caso de que no tuviera a nadie que se hiciera cargo de su situación. O que teniéndolo, el pariente o allegado no quisiera hacerse cargo de ella voluntariamente, o, estando dispuesto a encargarse de su cuidado, no fuera capaz de guiarla, orientarla o de controlarla debidamente. Ya sea por sus propias circunstancias personales que le imposibiliten para ello (ej:

<sup>24</sup> El art.200 CC, distingue entre *enfermedades* y *deficiencias*, refiriéndose las primeras, a las enfermedades psíquicas, es decir; los procesos patológicos que causan trastornos de conciencia, de conducta o personalidad, suponiendo el mal funcionamiento de las facultades mentales. Y las segundas, a las deficiencias psíquicas, como aquellas situaciones en que dichas facultades aparecen detenidas, disminuidas o deficientemente desarrolladas. Dentro del concepto de enfermedad mental se suelen incluir las psicosis, paranoias, neurosis y psicopatías. Mientras que entre las deficiencias se encuentran las oligofrenias congénitas o adquiridas, entre otras. Tal es, la definición dada por GANZENMÜLLER ROIG, Carlos y ESCUDERO MORATALLA, José Francisco; *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*. Barcelona, 2005. p.157.

enfermedad, motivos laborales.....). O por la actitud o el comportamiento totalmente indomable, rebelde e inestable del presunto incapaz, que hiciese imposible evitar la realización de conductas, por parte de éste, contraproducentes y muy perjudiciales para sí mismo o para terceros. En cuyo caso, el procedimiento judicial de incapacitación aparecería como necesario.

No son de extrañar, tampoco, aquellos supuestos en los que los familiares, siendo conscientes de que este procedimiento es necesario, sin embargo, se resistan a atravesar por él. Ya sea por miedo al procedimiento mismo o a las costas del proceso, desconocimiento e incertidumbre sobre sus consecuencias, por resultarles traumático o percibir como un verdadero escándalo familiar el hecho de verse implicados en un proceso judicial, etc. Supuesto en el que la incapacitación, siendo conveniente, no se llevaría a efecto. Tampoco resultaría aconsejable la incapacitación, aun concurriendo causa incapacitante, en aquellos casos en los que se valore que este procedimiento puede llegar a resultar excesivamente traumático o estigmatizante para la persona que va a ser incapacitada, hasta el punto de que ésta podría reaccionar poniendo en peligro su vida (ej: peligro de suicidio o fuerte disminución de su autoestima) o la de los demás (ej: a raíz de comportamientos violentos contra las personas que le rodean).

Exceptuando estas hipótesis o similares, el procedimiento judicial de incapacitación será necesario para proteger a la persona, siempre que concurren en ésta, claro está, las causas previstas en el art.200 CC. Tales son: la existencia de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

El legislador, acertadamente, no ha querido concretar en una lista cerrada todas las posibles enfermedades o deficiencias incapacitantes. De hecho, ello resultaría del todo imposible, dada la gran variedad de patologías o alteraciones mentales existentes y que todavía quedan por descubrir. Además, lo importante no es la enfermedad o deficiencia en sí misma, o el tipo de alteración, sino los efectos concretos que tiene sobre el individuo. Una misma enfermedad catalogada como incapacitante, puede afectar de forma diferente a dos personas. Puede darse el caso de que una de ellas consiga mitigar o estabilizar sus efectos con el tratamiento adecuado. Y que la otra no lo consiga, ni aun con la medicación pertinente, evolucionando esta misma enfermedad de manera negativa hasta llegar a anular la aptitud de autogobierno, del que no ha logrado frenar sus efectos. El pronóstico y la evolución de una enfermedad dependen de varios factores relacionados con el complejo mundo del cerebro humano. Por ello, puede fácilmente suceder, que médicamente, no sea posible predecir, de antemano, su manera de evolucionar en el individuo, sino solo por medio de la experiencia diaria. En consecuencia, una patología catalogada en principio como incapacitante, puede llegar a

serlo en una persona y en otra no. De ahí, el acierto y la conveniencia de no clasificar en una lista cerrada lo que es propio de una ciencia experimental en constante avance, que depende de criterios casuísticos, siempre variables y mejorables.

Lo verdaderamente importante, es que esta enfermedad o deficiencia provoque en el sujeto el *impedimento de autogobierno*. Con independencia de su carácter congénito o adquirido, de su origen fisiológico o psicológico. Siendo indiferente que sea producto de un hecho accidental, genético, traumático, derivado de contagio o de los hábitos del individuo. Caben todos los estados provocadores de una incapacitación. Teniendo esta consideración solo aquellos que provoquen el *impedimento de autogobierno*. El problema es que nuestro Código Civil no nos dice cuando puede entenderse que existe dicho impedimento, ni define lo que debe entenderse por capacidad de autogobierno, ni tampoco nos ofrece datos que nos permitan concretar su alcance. Se trata de un concepto que la ciencia jurídica ha ido acuñando a partir de la ciencia médica, que viene siendo definido como la aptitud mental de la persona para tomar decisiones y actuar en la práctica de forma reflexiva, consciente y responsable. Comprendiendo el significado y el alcance de las consecuencias de sus actos. De manera que no se perjudique gravemente a sí misma ni a los demás. La suficiencia de juicio para afrontar los problemas básicos o cotidianos de la vida diaria, de la forma que cabría esperar de un sujeto con una capacidad de entendimiento normal, atendiendo a su edad y entorno socio-cultural. En suma, la capacidad intelectual para comprender y evaluar racionalmente una situación, apreciando la oportunidad y consecuencias de un acto determinado. Y la capacidad para comportarse conforme a la propia voluntad, basada en una sana apreciación de la realidad. El impedimento o la limitación del autogobierno, consiste en una anulación o restricción de las facultades volitivas y cognoscitivas del sujeto, que le impide desenvolverse en las tareas cotidianas o elementales con un mínimo de independencia o autonomía. Y que le lleva, generalmente, a adoptar decisiones manifiestamente perjudiciales para su persona o bienes. Esta ausencia de voluntad puede afectar a la faceta personal (todo lo relacionado con el cuidado de su propia persona) o a la patrimonial (administración de sus bienes), o a las dos conjuntamente. Y puede dar lugar a una anulación total de la conciencia, en cuyo caso, el mecanismo de protección que se instaura es la *tutela*. O a una anulación parcial, en cuyo caso, el instrumento que se articula es la *curatela*.

Se identifica con la *falta de capacidad natural* de la persona. Entendida ésta, como la situación de eliminación o de disminución de las facultades intelectivas y volitivas, que al momento de realizar un acto o negocio determinado, impide al sujeto emitir un consentimiento válido. Es una noción que debe ponerse siempre en relación con el tipo, características y consecuencias concretas del acto en cuestión, por una parte. Y por otra, con la aptitud de la persona para

comprender las consecuencias prácticas que derivan del mismo, así como para adoptar, en base a tal conocimiento, una decisión consciente y reflexiva sobre su persona o bienes.

La misma enfermedad o deficiencia psíquica pueden dar lugar a que se posea capacidad natural para un acto y no para otro. Su apreciación depende, no solo de la suficiencia o madurez de juicio del sujeto, sino también, de la naturaleza del acto al que se aplica. Siendo tan variable, que en muchas ocasiones, no puede establecerse sobre ella reglas objetivas o apriorísticas. Sino sólo en función y a partir de la situación de la que se predica, y en el momento concreto en el que el acto va a ser realizado. Repito, que lo determinante no es el tipo de enfermedad o deficiencia mental en sí, sino los efectos que despliega en las facultades mentales de la persona para comprender el acto en concreto y para actuar según la comprensión que se posee<sup>25</sup>.

La anulación, o en su caso, la merma o disminución de la capacidad de autogobierno, es, entonces, lo que define la incapacidad o la enfermedad o deficiencia incapacitante. Aunque dentro de ella (de la capacidad de autogobierno) existan diferentes grados que dan lugar a diferentes niveles de limitación en la capacidad de obrar: anulación total (tutela) o parcial (curatela). Siempre que la deficiencia provoque el impedimento de autogobierno, nos moveremos en el campo de la incapacidad. Y no en otro caso. Sólo cuando comporte o derive en una alteración psíquica que provoque una insuficiencia de juicio o ineptitud para el autogobierno, se enmarcará en las causas que contempla el art.200 CC.

Las disminuciones que originan el establecimiento de la asistencia afectan a la capacidad de autogobierno de la persona, pero por regla general, no alcanzan la gravedad o intensidad que caracteriza a las causas de incapacitación. El grado de disminución en la capacidad de autogobierno que presenta el sometido a la asistencia, es más leve que la que presenta el incapaz. De manera que aquél puede regir su persona y bienes con cierta normalidad. Aunque con el peligro, siempre amenazante, de poder llevar a cabo en la práctica algún acto que le perjudique. En cualquier caso, cuando nos movemos en el campo de la asistencia, por regla de principio, podemos seguir afirmando que el sujeto sometido a la misma posee capacidad de autogobierno, aunque algo restringida.

De otra parte, si bien, ciertas deficiencias o enfermedades psíquicas obedecen o son consecuencia de las puramente físicas, como regla general, no puede decirse que la enfermedad o defecto físico, por mucho que influya en la vida de la persona, lleve aparejado, ineludiblemente, la ineptitud para el propio autogobierno. La

<sup>25</sup> GARCÍA LLERENA, Viviana; *El mayor interés en la esfera personal del incapaz*. Fundación Paideia Galiza. Madrid, 2002. P. 151, 152, 159 y 160.

incapacitación se hace en atención al grado de discernimiento del presunto incapaz, y no en atención a su grado de minusvalía física o a los impedimentos físicos concretos que posea. El mecanismo de protección que se le instaure (tutela o curatela) será acorde con este grado de discernimiento. Así como los recortes a su capacidad de obrar, también acordes con su capacidad natural. La enfermedad o defecto físicos o anatómicos, para que por sí solos puedan actuar como causa de incapacitación, deberán provocar una enfermedad o deficiencia mental que incida en la capacidad de autogobierno de la persona. Y este mismo criterio es aplicable a la figura de la *asistencia*, que como ya dije, tendrá lugar, única y exclusivamente, si existe en el individuo una disminución de tipo mental o psíquica, y no solo física.

Precisamente, el hecho de que las enfermedades de esta naturaleza puedan revestir diversos grados que influyen de manera diferente en la capacidad de discernimiento, es lo que ha llevado al legislador a admitir la graduación de la incapacitación, y su posible modificación y extinción<sup>26</sup>. La persona sin patología mental y con grave deficiencia física, deberá recurrir a otras vías asistenciales que le ayuden a suplir sus impedimentos físicos, para poder desenvolverse en la sociedad. Pero no a la vía de la incapacitación, ni tampoco a la de la *asistencia*, diseñadas para suplir las deficiencias en el autogobierno. Otra cosa, es que el mecanismo de protección diseñado específicamente por el ordenamiento para suplir la ausencia o disminución de la capacidad de autogobierno, desempeñe, al mismo tiempo, funciones destinadas a paliar las disminuciones físicas, cuando ambos tipos de disminución (la psíquica y la física) coincidan en una misma persona. Pero lo cierto, es que dichas tareas relacionadas con el aspecto material o físico, le son encomendadas al mecanismo de protección por el ordenamiento, precisamente, porque existe la limitación en la capacidad de autogobierno (limitación de tipo psíquico). También cabe pensar en la posibilidad de que ambas tareas (la relacionada con el autogobierno y la relacionada con el desenvolvimiento físico) sean ejecutadas por personas distintas (ej: cuando la minusvalía física sea de tal entidad o complejidad que requiera de un cuidador profesional especializado en la materia, o cuando las circunstancias laborales o personales de la persona designada como tutora o asistente le impidan atender con habitualidad las limitaciones físicas del sometido al mecanismo de protección, etc).

Para poder apreciar el Juez, en el procedimiento judicial de incapacitación, el grado de disminución en la capacidad de autogobierno del presunto incapaz, deberá practicar una serie de pruebas de obligado cumplimiento, entre las cuales se encuentra el dictamen

<sup>26</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid, 1992, pp. 190, 195 a 199 y 202.

pericial médico (art.759.1º LEC). Sin perjuicio de las pruebas médicas que pueda practicar a instancia de parte o de oficio (asesoramiento de profesionales expertos en la materia: psiquiatras, psicólogos, sociólogos, pedagogos, etc), cuando lo estime pertinente, para llegar a un juicio de valor acertado acerca de la capacidad de entendimiento del afectado. Los informes médicos son de vital importancia para que el Juez pueda obtener los datos precisos para graduar la capacidad de obrar del sujeto. Hasta tal punto son importantes, que la LEC dispone expresamente que “*nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal*” (art.759.1º). Siendo muy lógico que así sea. Pues debe tenerse presente, que el procedimiento de incapacitación debe culminar con una resolución en la que el Juez limite la capacidad de obrar al sujeto afectado, en el caso de valorar y de llegar a la conclusión, tras los informes médicos, de que se trata de un incapaz. Dicha limitación de la capacidad de obrar opera con la finalidad de proteger al propio incapaz de los actos que éste pudiera realizar en perjuicio de sí mismo. En estos actos, que el incapaz no podrá llevar a cabo por sí solo, se requerirá, para ser jurídicamente válidos, la intervención del mecanismo de protección instaurado por el Juez.

En consecuencia, para determinar la ausencia o insuficiencia de autogobierno, no van a ser suficientes los informes que hayan podido aportar las partes interesadas (demandante o demandado), elaborados por médicos elegidos por ellas. Se requerirá, además, el dictamen pericial psiquiátrico acordado por el Juez de oficio, en el que se evaluará la capacidad de la persona para gobernarse por sí misma; principalmente, en tres aspectos esenciales:

- en los aspectos patrimoniales (gestión y administración de su patrimonio; realización de negocios y contratos);
- en la dimensión adaptativa e interpersonal (relaciones con las personas que le rodean y con su entorno; capacidad para abordar los problemas ordinarios de la vida diaria en función de su edad), y
- en el aspecto personal (capacidad para realizar de manera autónoma las necesidades físicas más inmediatas; capacidad para atender sus necesidades personales y para el ejercicio de los derechos de la personalidad)<sup>27</sup>. La obligatoriedad para el Juez, de la realización de oficio, del informe pericial que le impone la LEC, tiene por objeto, potenciar su imparcialidad, neutralidad y objetividad, que pudieran verse reducidas si se

<sup>27</sup> ORTIZ GONZÁLEZ, Ángel Luis; *Derecho Procesal de la Discapacidad*. Capítulo X. En *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*. Coord. Por Alcaín Martínez, E/González-Badía Fraga, J/Molina Fernández, C. Granada, 2006, pp. 444 y 445.

atuviera únicamente a los informes médicos practicados a instancia de parte por los particulares interesados.

Esta obligatoriedad para el Juez en la práctica de la prueba médica, con el objeto de asegurar su imparcialidad y veracidad, debe regir, igualmente, cuando el mecanismo de protección que se instaure sea un asistente. Puesto que, aunque estemos hablando ahora de un mecanismo de protección más débil, ello no quita que la averiguación exacta de la capacidad intelectual del sujeto afectado sea igualmente importante que cuando nos encontramos ante una incapacitación judicial. En la asistencia el Juez debe cerciorarse muy bien de hasta donde alcanzan las facultades de discernimiento del sujeto, para de esa forma, poder articular la intervención del asistente solo en aquellos actos que lo requieran. Y al mismo tiempo, averiguar si la dolencia es o no incapacitante. Además, la instauración de este mecanismo de protección va a conllevar que los actos realizados por el asistido sin la intervención del asistente cuando sea necesaria, tengan una validez claudicante, al poder ser privados de eficacia. Lo que conlleva que en la asistencia también se le limite a la persona su capacidad de obrar en el tráfico jurídico. Se trata de una limitación bastante más atenuada que la que comportan los mecanismos de la incapacitación, como veremos con más detalle en páginas posteriores; pero de limitación de la capacidad de obrar al fin y al cabo. Lo que obliga a un examen detallado de la capacidad mental del sujeto.

Otro dato a tener en cuenta, es que para poder incapacitar a una persona, no se requiere que tenga reconocido oficialmente un grado de discapacidad psíquica igual o superior al 33%, a que alude la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre*. Pues puede suceder que al individuo se le certifique administrativamente dicho grado de discapacidad, pero que en opinión del Juez, y tras la realización de las oportunas pruebas médicas en el procedimiento de incapacitación, dicha disminución, que le provoca “discapacidad”, no tenga la entidad suficiente como para provocar “incapacidad”. De manera que el individuo que la sufra, será titular de los derechos que le reconoce aquella Ley, pero sin ser un incapacitado. El reconocimiento por el organismo competente de la Administración Pública, del grado de discapacidad, puede ser de gran ayuda desde el punto de vista clínico, cuando se aporte como medio probatorio en un procedimiento judicial, en el que tenga que dilucidarse acerca de la posible incapacitación de una persona. Pero ni mucho menos, es requisito *sine quanon*. Se trata de dos vías distintas para ofrecer protección a una persona discapacitada. La protección que ofrecen las leyes administrativas 51/2003 y 39/2006, de atención a la dependencia, están pensadas principalmente, para personas afectadas con minusvalías de tipo físico o sensorial. Los afectados con discapacidad de tipo psíquico también quedan incluidos, pero no son los destinatarios más directos de la norma. Y en ningún caso, estas normas tienen como finalidad la limitación de la capacidad de obrar del sujeto. No obstante, ambas

vías (la administrativa y la civil) presentan algunas notas en común: el estado de dependencia que provoque la enfermedad o deficiencia debe *prolongarse* en el tiempo; perdurar o persistir en la vida del afectado (arts: 200 CC y 2.2º Ley 39/2006, de 14 de diciembre). No estando cubiertas, tampoco, por las mencionadas leyes de atención a la dependencia, las situaciones que se desarrollen en un limitado o corto período de tiempo<sup>28</sup>.

Coinciden también, en el hecho de que la anomalía mental debe abocar a una situación de dependencia en el sujeto. A estos efectos, es importante distinguir, primeramente, entre discapacidad y dependencia. La “discapacidad” consiste en las dificultades o limitaciones para realizar una actividad concreta. Y la condición de discapacitado se tiene cuando se alcanza el grado que determina la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (art.1.2º). Mientras que la “dependencia” se refiere a la necesidad de ayuda o apoyos personales o técnicos para la realización de actividades. Son situaciones que pueden vivir separadas. Porque por ejemplo, una persona con una deficiencia visual grave, puede tener dificultades para el desplazamiento por su entorno, pero no requerir de ninguna ayuda externa. Pueden existir diversos grados de discapacidad sin que exista dependencia. Para ser beneficiario de las ayudas y prestaciones que contempla la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, la persona debe encontrarse en situación de “dependencia”. Entendida ésta, como aquel estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía psíquica, intelectual, física o sensorial, tienen necesidad de asistencia o ayudas prolongadas de otra persona, a fin de poder realizar los actos corrientes de la vida diaria. Ya provenga esta situación de una discapacidad, de alguna enfermedad o de la avanzada edad de la persona. Por lo tanto, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, es de aplicación, tanto a los discapacitados que además son dependientes, como a los dependientes, que pueden no ser discapacitados.

Pues bien, como venía sosteniendo, para poder incapacitar a una persona, la enfermedad o deficiencia debe provocarle, además de una disminución en la capacidad de autogobierno, una situación de dependencia (limitación intelectual + ayuda de tercero). Que se traduce en la instauración de un mecanismo de protección (tutor o curador) para ayudarle a resolver sus problemas y a adoptar decisiones que le beneficien<sup>29</sup>. Esta misma ecuación es trasladable a la

<sup>28</sup> KAHALE CARRILLO, Djamil Tony; *La cobertura de la situación de dependencia*. En *Estudios de Progreso. Fundación Alternativas*. (En línea) <http://www.falternativas.org>.

<sup>29</sup> Véase la noción de “dependencia” que nos ofrece el *Libro Blanco de la Dependencia*. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. Dir. Por Ángel Rodríguez Castedo. Madrid, 2005. (En línea) <http://www.imsersomayores.csic.es/documentación/libro-blanco-dependencia>.

figura de la asistencia, en el sentido de que para el establecimiento de la misma, se requerirá, no solo la disminución intelectual, sino además, la necesidad de la ayuda de otra persona –asistente–, para poderse desenvolver.

El otro requisito que debe reunir la enfermedad o deficiencia para ser incapacitante, es la *persistencia en el tiempo*. Debe tratarse de dolencias destinadas a permanecer o que se prevea su subsistencia durante un razonable período de tiempo en la vida de la persona. No pueden considerarse las crisis o alteraciones pasajeras, aunque puedan afectar incluso gravemente a la voluntad o lucidez de la persona. Por no estar predestinadas a pervivir más allá de sus síntomas inmediatos. Ello no significa, no obstante, que deba tratarse de una dolencia indefinida, incurable o irreversible. Por cuanto nuestro ordenamiento prevé la posibilidad de que la enfermedad disminuya, mejore o incluso desaparezca. En cuyo caso, deberá instarse el correspondiente procedimiento de modificación o de reintegración de la capacidad de obrar. Para adecuar la capacidad de obrar del incapacitado a las nuevas variaciones que sufra su capacidad de autogobierno (art.761.1º LEC). Pero si como se ha dicho, la “persistencia” es un requisito que debe reunir la enfermedad o deficiencia para que el sujeto pueda ser sometido a un mecanismo de protección por medio de la incapacitación. Entonces, cabe cuestionarse ¿qué sucede con aquel grupo de personas que presentan deterioros o trastornos psíquicos inhabilitantes, pero no tan persistentes?. Pacientes cuya enfermedad les lleva a recaer por un período de tiempo concreto, en el que no tienen capacidad de discernimiento para tomar una decisión responsable, pero que, una vez remitida la alteración psíquica transitoria con el tratamiento oportuno, vuelven a recuperar de nuevo la capacidad para tomar decisiones. Trastornos, cuya característica esencial sería lo transitorio y reversible de su patología. Así como también, cabría preguntarse, qué sucede con aquél otro tipo de alteraciones, en las que siendo previsible una predisposición a sufrir una patología incapacitante duradera en el tiempo, no obstante, resulta muy complicado o difícil pronosticar a ciencia cierta, que dicha patología, efectivamente, persistirá en el futuro.

Si lo que se pretende es que la figura de la asistencia sea un mecanismo capaz de adaptarse con mayor agilidad y flexibilidad a los distintos grados de disminución de la capacidad de autogobierno que puede sufrir una persona, habrá que concluir, que el requisito de la persistencia o de la previsible seguridad en la prolongación de la dolencia psíquica en el tiempo, no deba exigirse ahora en la asistencia con tanta intensidad como sí se hace cuando se trata de causas

Véase la distinción entre “discapacidad” y “dependencia” que nos aporta QUEREJETA GONZÁLEZ, Miguel; *Discapacidad/dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*. Noviembre, 2003. (En línea) <http://www.usuarios.discapnet.es>.

de incapacitación. La figura de la asistencia engloba, no solo a las dolencias con un diagnóstico seguro de duración en el tiempo. Sino también, a las previsiblemente no tan duraderas, o que pudieran darse en períodos breves de tiempo. Además, la asistencia sería una protección que también encajaría perfectamente, en aquellas situaciones en las que los juicios médicos de previsibilidad futura acerca de la posible prolongación o no de una alteración, estuviesen teñidos de inseguridad.

De la misma forma, si “el impedimento de autogobierno” es el otro requisito imprescindible que debe reunir la enfermedad o deficiencia para que pueda procederse a la incapacitación. Entonces, también cabe plantearse; qué ocurre con aquellos sujetos que presentan trastornos que, habiéndose diagnosticado su segura permanencia en el tiempo, sin embargo, no revisten la entidad suficiente como para impedir al individuo regir su persona o bienes. Dentro de este grupo, pueden englobarse, por un lado, aquellas enfermedades degenerativas progresivas que en su fase final acabarán ocasionando la anulación del autogobierno, pero que en el momento presente todavía no revisten la gravedad suficiente como para restringir aquella aptitud. De manera que, mientras la enfermedad no prive de aptitud para el autogobierno, por mucho que pueda diagnosticarse una privación futura segura, no tendrá el carácter de causa legal de incapacitación. Y por otro, aquellas otras deficiencias que, no agravándose con el paso del tiempo, o aun pronosticándose que evolucionarán hacia un empeoramiento, provocan una disminución en las facultades mentales que no llega a privar al sujeto de aptitud para regirse a sí mismo.

En estos supuestos, en los que la persona presenta deterioros mentales que no reúnen los requisitos para constituir causa legal de incapacitación. O en los que los contornos entre la capacidad y la incapacidad no son nítidos, sino borrosos, y ante la duda, no procede tampoco incapacitar, es donde se comprueba la insuficiencia de los actuales mecanismos de protección diseñados por el ordenamiento.

Pongamos por ejemplo, el caso de las personas que sufren un retraso mental leve o moderado. Durante la vida adulta, las personas afectadas por este tipo de trastornos acostumbran a adquirir habilidades personales, sociales y laborales adecuadas para una autonomía mínima. Pero generalmente, necesitan una supervisión, orientación y asistencia. De forma que contando con el apoyo adecuado, pueden llegar a vivir satisfactoriamente con un mínimo de independencia en la comunidad. O el caso de la psicosis esquizofrénica; en ella, se cumple el criterio de la persistencia, pero en muchos casos, no se cumple el de impedimento de autogobierno. Los tratamientos psicofarmacológicos han modificado sustancialmente el pronóstico y evolución de esta patología, que va evolucionando a

través de brotes psicóticos, que en el caso de evitarse, puede ser considerada una enfermedad larvada, que no afecta a la estructura intelectual y volitiva de quien la padece. O que decir de las demencias, que se caracterizan por el desarrollo de múltiples déficits cognoscitivos, pero que de los tres estados que pueden abarcar: –leve, moderada y grave–, la demencia en su fase leve, permite al sujeto mantener su autonomía y capacidad de juicio. Y en su fase moderada, aunque el individuo tiene su autonomía afectada, con el control necesario se le puede ayudar a vivir con la independencia mínima que exigen las actividades básicas elementales<sup>30</sup>.

## 4.2. La graduación de la incapacidad

Cuando el Juez dicta la sentencia declarando la incapacitación, determinará la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art.760.1º LEC). La determinación del alcance de la incapacitación por el Juez, comporta que deberá concretar de la forma más precisa y exhaustiva posible, los actos o negocios que no podrán ser llevados a cabo por el incapacitado por sí solo, por no disponer de la capacidad de entendimiento suficiente para celebrarlos. En estos actos o contratos, respecto de los cuales, el incapacitado encuentra su capacidad de obrar limitada, se requerirá la intervención del mecanismo de protección (titular de la potestad) para suplir o complementar esta falta de capacidad de obrar, que le viene dada por la falta de capacidad de autogobierno. Otorgando así, validez jurídica, a un acto que, de ser ejecutado exclusivamente por el propio incapacitado, de vendría ineficaz. El incapacitado, a partir de este momento, tiene su capacidad de obrar limitada, no por el hecho de que padezca anomalías físicas o sensoriales que le impidan u obstaculicen desenvolverse y llevar a cabo en la práctica por sí solo determinadas actuaciones, sino por el hecho de no tener capacidad natural para decidir ni para realizar por sí mismo, determinados actos con relevancia jurídica. Dado que la “limitación de la capacidad de obrar” se refiere a la falta de capacidad intelectual del individuo para tomar decisiones jurídicamente válidas. Esto es; a la ausencia de uno de los requisitos que el ordenamiento exige para poder emitir un consentimiento válido (arts: 1261.1º y 1263.2º CC).

<sup>30</sup> DELGADO BUENO, Santiago / RUIZ DE LA CUESTA, José María; *Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación*. En *Los discapacitados y su protección jurídica*. Consejo General del Poder Judicial. Estudios de Derecho Judicial. Dir. Por Pedro González Poveda y José Marcos Picón Martín. Madrid, 1999. pp. 56, 76, 77, 84, 91, 92, 190 y 191.

La concreción de la extensión y límites, o graduación de la incapacidad, no es tarea fácil para el Juez, que se encuentra, en esta ardua y complicada labor, con algunos obstáculos muy difíciles de salvar. Piénsese que la realidad práctica es siempre bastante más rica y variada que la previsión teórica. Y que en ocasiones, predecir de antemano la existencia o no, de suficiencia de juicio para determinados actos, puede resultar del todo imposible o muy difícil; sobre todo cuando se trata de enfermedades cíclicas, en las que únicamente podrá constatarse con certeza la existencia o no, de la aptitud de discernimiento necesaria, en el momento mismo de la celebración del acto. De forma que la enumeración en la sentencia, a modo de listado cerrado, de los actos que puede o no realizar el incapacitado, devendrá casi siempre, insuficiente. El problema se complica todavía más, a la hora de determinar de modo genérico y a priori, cuáles son los actos de naturaleza personal y los relacionados con el ejercicio de los derechos de la personalidad que puede realizar por sí solo el incapaz. Y digo que aquí, la cuestión se complica bastante más, porque es en la faceta personal donde el Juez debe tener bastante más cuidado a la hora de recortar la capacidad de la persona. Ante tal complejidad, el Juez puede caer fácilmente, en el error de incapacitar para la realización de actos respecto de los cuales el incapaz posea la capacidad natural necesaria, y viceversa. A ello se le añade, que los usos corrientes de la realidad judicial demuestran que el sistema de gradación de la incapacidad tiene escasa aplicación práctica. Tal vez, por el motivo indicado, o por razones de comodidad, la mayoría de las veces, los Jueces se limitan a optar entre los dos grados de incapacidad conocidos, sin detenerse a concretar, dentro de cada grado, el tipo de actos en los que se requerirá la intervención del mecanismo de protección. Limitándose a declarar al sujeto afectado, bien, en estado de “incapacitación total”, o de “incapacitación absoluta”. En cuyo caso, se dispone su sumisión a la tutela. O bien, en estado de “incapacitado parcial” o de “capacidad restringida”, en el que se le sujeta a curatela. Con el consiguiente peligro de dilapidar indiscriminadamente la capacidad de obrar de quien puede tener capacidad de entendimiento<sup>31</sup>. La rutinización del trabajo judicial, hace que, en muchos casos, no se delimite claramente, para cada supuesto concreto, el alcance de la incapacidad. Esta limitación gratuita estandarizada de la capacidad de los incapacitados, sin hacer un esfuerzo por personalizar la extensión de la incapacidad, constituye un atentado a la dignidad de la persona y al criterio de la gradación de la incapacidad que impone el legislador, en el art.760 LEC. No es de extrañar, entonces, que este tipo de pronunciamientos judiciales, no precisamente minoritarios, generen una suerte de desconfianza

<sup>31</sup> SANTOS MORÓN, María José; ob.cit. p. 38 y 39.

generalizada en los procesos de incapacitación, determinando la búsqueda de todos los medios posibles para huir de la misma<sup>32</sup>.

El Juez debería concretar, o en su caso, poder concretar la capacidad para cada tipo de acto: nula o limitada. Y en este último caso, el grado de limitación. Al objeto de efectuar, con la mayor precisión, un diagnóstico jurídico, lo más ajustado posible al diagnóstico médico. Con la finalidad de que tan sólo se prive al incapacitado de aquellas actuaciones que realmente pudieran comportar un riesgo para su propia persona o bienes<sup>33</sup>. El problema es que, como se ha visto, dicho cometido resulta prácticamente imposible, debido a la enorme dificultad que comporta el determinar de antemano, todos los actos para los que el incapaz cuenta con la aptitud de entendimiento necesaria, teniendo en cuenta, además, la naturaleza esencialmente variable e inestable de la mencionada aptitud de discernimiento. De ahí, que la incapacitación pueda fácilmente vulnerar derechos fundamentales de la persona. Y de ahí, la necesidad de que deba manejarse con extrema cautela.

### 4.3. Los mecanismos de protección

Los mecanismos de protección que puede acordar el Juez en la sentencia de incapacitación de un mayor de edad son:

- *La tutela*, es el mecanismo más fuerte y restrictivo de la capacidad de obrar. Pensado para cuando la persona adolece de una discapacidad severa, con falta de autonomía decisoria y de autogobierno para las actividades básicas de la vida diaria. La función del tutor es substituir, suplantando la voluntad de la persona. Decide en el lugar del incapacitado, y en su caso, actúa por él. O en otros términos: lo representa (arts: 222-1.b) Ley Libro Segundo CCCat y 222.2º CC). La tutela se instaura en aquellos casos en los que el incapaz tiene una capacidad de discernimiento prácticamente nula o inexistente para el acto en cuestión. Esta incapacidad total, puede afectar tanto a la esfera patrimonial como a la personal, o a ambas a la vez. Siendo importante recalcar que en la esfera personal del incapacitado es donde el Juez deberá prestar mayor cautela a la hora de recortar la capacidad de obrar. Ya que esta faceta, al constituir la expresión de los deseos, anhelos, necesidades y sentimientos más íntimos de la persona, se encuentra presidida por el principio de la mínima intervención

<sup>32</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina; *Incapacitación y mandato*. Madrid, 2008. p. 72 y 73.

<sup>33</sup> CALAZA LÓPEZ, Sonia; *Los procesos sobre la capacidad de las personas*. Madrid, 2007. pp. 204, 207 y 208.

o limitación (arts: 222-47.2° Ley Libro Segundo CCCat y 267 CC). Efectivamente, el principio general que contempla nuestro ordenamiento cuando se trata de facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, es que no pueden ser ejercitados por la persona que representa o complementa la capacidad de obrar del incapacitado. Por regla de principio, en el ejercicio de los actos personalísimos, no debe permitirse la injerencia del mecanismo de protección, sino que estos actos deben ser realizados, exclusivamente, por el propio incapaz. No obstante, esta regla general, viene matizada con el hecho de que el propio incapaz, por carecer de la suficiencia de juicio necesaria, no pueda ejercitar por sí solo determinadas facultades personalísimas, por la elevada probabilidad de ocasionarse a sí mismo graves perjuicios (ej: incapacitado que decida someterse a una operación de cirugía estética sin tener plena conciencia de la relevancia de su decisión). Por ello, la exclusión de la intervención del mecanismo de protección, sustituyendo o asistiendo al incapacitado, en esta faceta, no es absoluta. Al estar presidida por el mayor interés o beneficio del incapaz. Ya que depende de que éste posea suficiente capacidad de discernimiento. Solo en ausencia de la indicada aptitud psíquica, el tutor, o en su caso, el curador, podrán intervenir en este ámbito. La conclusión, es que el incapacitado podrá ejercitar sus derechos y acciones de naturaleza personal, en tanto que la sentencia no se lo haya prohibido. La incapacitación sólo afectará a la posibilidad de ejercicio de estas facultades cuando así lo disponga la sentencia expresamente<sup>34</sup>.

- *La curatela*, es un mecanismo menos intenso, ideado para cuando la incapacidad es parcial o limitada; una discapacidad moderada. El curador no substituye la voluntad del incapacitado, sino sólo la complementa. Quien toma las decisiones, de quien parte la iniciativa y quien actúa es el incapaz. Si bien, éste necesitará la previa autorización o consentimiento del curador para poder ejecutar el acto válidamente en la práctica. La curatela, al igual que la tutela, puede recaer en la faceta personal o en la patrimonial, o en ambas. Siendo un mecanismo que se adapta mucho mejor que la tutela a la protección de la persona en el ámbito estrictamente personal. Porque al ser menos restrictivo y absorbente, es bastante más respetuoso con el *principio a la libre autodeterminación personal* (arts: 223-1.b) Ley Libro Segundo CCCat y 287 CC). Tradicionalmente, se viene sosteniendo que este consentimiento

<sup>34</sup> SANTOS MORÓN, María José; *Incapacitados y derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. Fundación ONCE. Madrid, 2000, pp. 34 a 37.

previo que debe proporcionar el curador es una asistencia. Lo que puede provocar confusión con la figura que es objeto de este estudio. No debe confundirse la asistencia que presta el curador en la incapacitación (autorización previa) con la asistencia que proporciona el asistente en la figura de la asistencia (consejo, orientación, guía). Quizás, lo conveniente sería que los juristas abandonásemos a partir de ahora el término “asistencia” para referirnos al complemento de capacidad que debe proporcionar el curador, y lo utilizásemos únicamente en el ámbito que le corresponde –en la figura de la asistencia–.

- *La potestad parental rehabilitada*, se instaura cuando la persona es incapacitada durante la mayoría de edad, o cuando ya ha salido de la potestad parental por emancipación, y concurren los requisitos que exige la Ley para su rehabilitación. Comporta que los progenitores vuelven a retomar la titularidad de la potestad parental, pero con unas funciones que ya no son las típicas o propias de la potestad que se ejercía durante la minoría de edad. Sino con las funciones que expresamente determine el Juez en la sentencia de incapacitación. Dichas funciones pueden corresponderse a las del tutor o a las del curador del incapaz. Por lo tanto, es una potestad parental que se rehabilita con funciones asimiladas a la tutela o a la curatela (arts: 236-34 y -35 Ley Libro Segundo CCCat y 171 CC).

Estos son los posibles sistemas de protección a que puede quedar sometido el incapaz tras la sentencia, y las funciones que tienen encomendadas en el ámbito de los actos o negocios con trascendencia jurídica: suplir o complementar la falta de capacidad de obrar del incapacitado, con la finalidad de que éste pueda emitir un consentimiento válido, capaz de generar verdaderas relaciones obligatorias que le vinculen, desde el punto de vista jurídico. Pero cabe preguntarse, cuales son las funciones de estos mecanismos de protección en el plano extrajurídico. Es decir, en todas aquellas actuaciones que el incapaz no pueda llevar a cabo por sí solo, por la falta de las condiciones físicas necesarias. Me estoy refiriendo a aquellos supuestos en los que el incapaz, que lo es, por la ausencia de la capacidad de autogobierno, además, se encuentra afectado por una discapacidad física o anatómica (anomalías orgánicas en el aparato locomotor o extremidades, deficiencias del sistema nervioso, parálisis, paraplejias, tetraplejias, trastornos de coordinación de los movimientos, alteraciones viscerales, aparato respiratorio, cardiovascular, digestivo, sistema inmunitario, etc) o sensorial (trastornos relacionados con el oído, la vista y el lenguaje), que le impide ejecutar en la práctica materialmente, determinadas actuaciones de la vida diaria, que al fin y al cabo, van a incidir en su persona o bienes (ej: comer, beber, asearse, ir de compras, realizar operaciones bancarias, planchar la ropa, vestirse, sentarse, acostarse, arreglarse, ir al servicio, desplazarse

dentro y fuera del hogar, etc). Dicha limitación de tipo físico para los quehaceres de la vida diaria, puede tener su origen en la propia enfermedad mental o en otras causas que no tengan relación con la misma. Pero que en definitiva, convierten al sujeto en dependiente, además, desde el punto de vista físico.

Como sabemos, la dependencia puede manifestarse en el aspecto psíquico o intelectual de la persona, o bien, en el aspecto físico o sensorial. En este segundo supuesto, cabe cuestionarse si las funciones del tutor o del curador abarcarían también a la realización de las tareas y cuidados necesarios, destinados a salvar las barreras materiales con las que puede encontrarse el incapacitado para el desenvolvimiento de las actividades de la vida cotidiana. De los preceptos del Código Civil y de la Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, se desprende que este tipo de tareas sí que se encuentran incluidas en las funciones de la tutela. Veamos porque: el Código Civil estatal dispone que el tutor está obligado a “velar” por el tutelado, y en particular; a promover la adquisición o recuperación de la capacidad de éste, así como su inserción en la sociedad (art.269.3º). Por su parte, la Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, contempla el deber del tutor de “cuidar” al tutelado, asegurando su “bienestar moral y material”. Y de hacer todo lo posible para favorecer la “recuperación de su capacidad” y su “inserción en la sociedad”. O en su caso, para “prevenir su empeoramiento”, “mitigando las consecuencias de la incapacidad” (arts: 222-35.1º y -38). Los cometidos de *velar, cuidar, procurar la recuperación de la capacidad* para lograr la mejoría del incapaz o su rehabilitación, y facilitar su *inserción* en la comunidad, imponen al tutor, sin duda, una función que consiste en algo más que limitarse a adoptar decisiones en el lugar del incapaz. Tareas que, en definitiva, implican una ayuda o auxilio destinados a superar los obstáculos de tipo físico o sensorial con que puede toparse, para el desarrollo de las actividades elementales. El auxilio o apoyo en el desenvolvimiento de las tareas físicas es fundamental para ayudarle en la faceta psicológica. Sólo de esta forma puede pretenderse su plena inserción en la sociedad y la mejoría en su enfermedad. O en su caso, evitar su deterioro o empeoramiento. Y lo mismo debe predicarse, aun incluso con más fuerza, respecto de la patria potestad rehabilitada, cuando este sistema se instaure por el Juez en la sentencia de incapacitación con funciones asimiladas a la tutela (arts: 236-34 Ley Libro Segundo CCCat y 171 CC).

La institución que en este sentido ofrece más dudas, es la curatela. Los arts: 223-4 Ley Libro Segundo CCCat y 289 CC, se limitan a señalar que el curador solo asiste o complementa la capacidad del curatelado. Esta falta de concreción o de claridad del legislador en lo referente a las funciones propias del curador, se incrementa todavía más, por el hecho de que el ordenamiento parece centrar esta figura en el aspecto patrimonial del sometido a ella. Como si la curatela se ciñera exclusivamente a los actos de gestión y administración de los

bienes de la persona (arts: 223-4.3º y 223-6 Ley Libro Segundo CCCat y 290 CC).

A mi entender, la regulación que actualmente contemplan ambos cuerpos normativos (el estatal y el autonómico) sobre esta materia, es deficitaria y genera confusión. La curatela del pródigo no puede tener un contenido similar a la curatela del incapaz. Se comprende que la curatela del declarado pródigo abarque solo a su esfera contractual-económica. Pero lo que no se entiende en absoluto, es que la curatela del incapaz se configure alejada de su faceta personal. Cuando precisamente, la curatela, por su carácter menos restrictivo de la capacidad de obrar, resulta ser más respetuosa con la autonomía decisoria del curatelado en la gestión de sus intereses personales. Seguramente, el legislador, erróneamente, habrá pensado que en el supuesto de incapacitación parcial o relativa, el sujeto se encuentra siempre en pleno uso de sus facultades mentales para adoptar por sí mismo decisiones correctas en el plano personal. No necesitando más que una asistencia en el terreno económico-patrimonial. Nada más lejos de la realidad. Precisamente, en los actos y relaciones de naturaleza personal, es donde el incapaz puede hacerse más daño a sí mismo.

Esta configuración de la curatela refleja la finalidad para la cual fue creado desde sus orígenes el procedimiento judicial de incapacitación: como instrumento de protección de la situación patrimonial del afectado. Considerado éste, como un sujeto elevadamente influenciado y sugestionable, corría el peligro de ser engañado por sus familiares, amigos o terceros interesados en arrebatarle sus bienes o dinero. Los cuales podían incluso, forzar su voluntad, para que testara a su favor. Ante tal situación, la mejor forma de evitarlo consistía en acudir directamente al mecanismo de la incapacitación. A pesar de que el afectado pudiese conservar todavía su entendimiento. La oportunidad de la incapacitación se hallaba en la importancia de su patrimonio. Actualmente, esta tendencia continúa. La realidad refleja que la falta de medios alternativos provoca incapacitaciones por necesidad. Una necesidad que se centra y fundamenta en la protección de los intereses económicos del incapaz; que deja de lado la tutela de los derechos que afectan a la esfera estrictamente personal, para la cual, la incapacitación no fue diseñada<sup>35</sup>. Y es que, como vengo sosteniendo, esta faceta olvidada por el legislador, también debe ser objeto de protección. Todos sabemos que la faceta patrimonial del individuo es importante. Pero la personal también lo es, tanto o más que la anterior. Y sin duda, bastante más complicada a la hora de articular su protección. Debemos recapacitar en el hecho de que es, precisamente, en esta faceta; la personal, donde el individuo puede

<sup>35</sup> FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco; *Protección jurídica de la tercera edad*. Madrid, 2000, pp. 71, 75 y 76.

sufrir más daño y perjudicarse más a sí mismo. Dado que afecta a sus deseos, sentimientos, anhelos y emociones más íntimas; a su valoración como persona y autoestima. Y a nuestro legislador, lo único que se le ocurre es, o bien, dejar esta faceta totalmente al descubierto, con la institución de la curatela (que se ciñe solo al aspecto patrimonial). O bien, suplantarla completamente con el anulante mecanismo de la tutela. En mi opinión, no debe ser esta la forma de proteger a un incapaz. La curatela debería poder abarcar también a su esfera personal. Y dentro de ella, no solo a los actos con trascendencia jurídica que inciden en la capacidad natural o de entendimiento, sino también, a las funciones relacionadas con el cuidado de la persona, y con la ayuda para que ésta pueda desarrollar aquellas actividades en las que presenta limitaciones físicas o sensoriales. Sin embargo, esta conclusión no queda claramente reflejada en el ordenamiento. Por tal motivo, me veo obligada a buscar algún precepto en el que apoyarme, que pueda defender mi postura. Tanto el Código Civil como la Ley del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, apelan a la aplicación supletoria de las normas de la tutela para colmar las lagunas existentes en la regulación de la curatela (arts: 223-10 Ley Libro Segundo CCCat y 291 CC). Pues bien, si el propio legislador nos remite al régimen jurídico propio de la tutela para llenar los vacíos de la deficitaria regulación de la curatela en todo aquello en que no se opongá a la finalidad de esta última. Entonces, puedo permitirme afirmar que las funciones del curador sobre el incapaz, también podrían extenderse a complementar su capacidad de obrar en todos aquellos actos de naturaleza personal para los que éste careciese de la capacidad natural necesaria. Así como a las funciones de cuidado y de aseguramiento de su bienestar moral y material. Lo que implica el auxilio, el apoyo y la ayuda de tipo físico, necesarios, para favorecer la recuperación de su capacidad e inserción en la sociedad. O en su caso, para prevenir su empeoramiento y mitigar las consecuencias de la incapacidad (arts: 222-38 Ley Libro Segundo CCCat y 269.3º CC). Pues tales cometidos no entrarían en colisión con el espíritu de la curatela del incapaz, ni toparían con la finalidad de sus normas.

Las anteriores conclusiones me llevan a afirmar que nuestro legislador debe prestar más atención en la protección de los intereses de naturaleza personal. Sin necesidad de tener que llegar a la dolorosa situación de la incapacitación para tenerlos en consideración. En mi opinión, es beneficioso y necesario para la persona, que esta faceta se proteja antes de llegar a situaciones extremas, si lo que se quiere es facilitar su recuperación, mejoría o inserción social. Hay que enseñar y prevenir con antelación. Y nada mejor que el mecanismo de la asistencia para la protección de un ámbito de la persona que se resiste a la intervención de terceros y que reclama el máximo grado de autonomía posible. Afortunadamente, la redacción de los preceptos reguladores de la asistencia en el ordenamiento catalán, no ha dejado lugar a dudas acerca de la extensión de esta figura a las tareas de auxilio en la faceta física o corporal del asistido. Así nos lo dice claramente en su

art.226-2.2º, relativo al contenido de la asistencia. En el que dispone que *“en el ámbito personal, el asistente ha de velar por el bienestar de la persona asistida”*, abarcando, en consecuencia, las funciones del asistente, a más a más, la ayuda en las tareas de tipo físico que exija el bienestar y cuidado personal del sometido. Salvo cuando el asistente nombrado no se encuentre en condiciones de prestar este otro tipo de auxilio (ej: por grave discapacidad física del asistido que exija los cuidados especiales de un profesional, por motivos laborales o por circunstancias personales o limitaciones físicas que afecten al asistente, etc). En cuyo caso, la ayuda en esta faceta concreta deberá buscarse a través de otros mecanismos distintos.

Los contratos celebrados por el incapacitado a partir de la sentencia de incapacitación sin la intervención del mecanismo de protección, siendo ésta necesaria, podrán ser invalidados por el titular de la potestad (tutor, curador o titular de la patria potestad) mientras dure la situación de incapacidad. O bien, por el propio incapaz, a partir del momento en que recupere la capacidad<sup>36</sup> y dentro de los 4 años siguientes (arts: 1300, 1301 párr. 3º y 1304 CC, y 223-8 Ley Libro Segundo CCCat). Dicha invalidez, se fundamenta en una incapacidad natural probada y declarada judicialmente en el procedimiento de incapacitación. Que permite privar directamente al negocio de eficacia, por la formación anómala o irregular del consentimiento –ausencia o limitación en el autogobierno–. O lo que es lo mismo; por la falta del complemento de capacidad necesario para emitirlo, que deriva de la limitación en la capacidad de obrar que sufre el incapaz tras la sentencia. El contrato mantendrá su eficacia mientras no se ejercite la acción para invalidarlo. Y el ejercicio de esta acción será posible, siempre y cuando el negocio no haya sido confirmado por el titular de la potestad (arts: 1309 a 1313 CC). El ordenamiento confiere la opción a este último, en aras a la protección del incapaz, de, o bien, anular el contrato, si considera que es perjudicial para el incapaz. O bien, mantener su eficacia, si entiende que puede resultarle beneficioso, no ejercitando entonces, la acción para invalidarlo o confirmándolo. Esta misma opción es concedida por el ordenamiento al propio incapaz, a partir del momento en que recupera la plena capacidad de obrar. Para darle la oportunidad de poder privar de eficacia un contrato que celebró no estando en pleno uso de sus facultades mentales y que considere que le perjudica, una vez recuperado su sano juicio y la facultad de decidir lo que le conviene y lo que no. Y

<sup>36</sup> La cesación de la incapacidad únicamente tiene lugar cuando, previo procedimiento judicial, se declara así en la nueva sentencia que debe dictarse. No basta con el hecho de desaparecer la causa que originó la incapacidad, sino que es preciso que se declare oficialmente la nueva situación, tras un nuevo procedimiento judicial de reintegración de la capacidad de obrar (art.761.1º LEC); GETE-ALONSO Y CALERA, Mª Carmen; *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid, 1992. p.285.

siempre y cuando, claro está, el contrato no haya sido anulado antes por su mecanismo de protección.

El tercero que contrata con el incapaz no está facultado para anular el contrato en ningún momento. Tal es así, porque el ordenamiento parte de la presunción de que quien contrata con un incapaz sin la intervención del complemento de capacidad siendo necesario, lo hace aprovechándose de la situación de falta de juicio o de entendimiento de un sujeto que es fácilmente manipulable e influenciable; buscando, por consiguiente, mediante el engaño, un beneficio o provecho. Por ello, es considerado por la Ley un tercero de mala fe (la inscripción en el Registro de la declaración de incapacitación da publicidad a terceros de la situación), que como tal, debe acarrear con las consecuencias de una posible invalidez del contrato.

En la institución de la asistencia, como se verá, los actos o negocios llevados a cabo por el asistido, por sí solo, en los que se requiera la intervención del asistente, también podrán ser anulados. Aunque la causa de tal invalidez en la asistencia, viene a ser algo distinta a la causa que afecta a un incapaz propiamente dicho. En la asistencia, la causa de la anulación del acto se encuentra, no solo en la falta de discernimiento (falta de la capacidad natural normal), sino además, en la concurrencia de otro requisito: el perjuicio para el asistido. De manera que solo la concurrencia de ambos: falta de la capacidad natural necesaria declarada en la sentencia por el Juez + el perjuicio que el acto acarrea para el asistido (a demostrar cuando se ejercita la acción de anulabilidad), dará lugar al triunfo de la acción.

En cuanto a los actos realizados por el incapaz con anterioridad a la sentencia de incapacitación, deben presumirse válidos. No pudiendo, en modo alguno, ser atacados sobre la base de dicha ulterior declaración de incapacitación. Sino únicamente, sobre la base de una incapacidad natural (ausencia de conciencia y de voluntad) en el momento de la celebración del acto, plenamente probada y acreditada. Lo mismo que sucedería tratándose de una asistencia.

Cuando se trate de actos que comporten decisiones de naturaleza personal (capacidad para contraer matrimonio, capacidad para hacer testamento, consentimiento para tratamientos médicos en general, consentimiento a las intromisiones en el honor, intimidad e imagen, internamiento por razón de trastorno psíquico, ensayos clínicos, donación de órganos, tratamiento de datos de carácter personal, esterilización, técnicas de reproducción asistida, etc..) que no puedan ser adoptadas por el incapaz o por el asistido por sí solo; en general, la ausencia de la capacidad natural requerida o de la intervención del titular de la potestad o del asistente cuando sea necesaria, tendrá por efecto invalidar el consentimiento emitido por el incapacitado. Con las consecuencias que para cada caso, prevea el ordenamiento.

#### 4.4. Las especialidades y formalidades del procedimiento

El objeto sobre el que versa el procedimiento judicial de incapacidad –la capacidad de obrar de la persona y los derechos fundamentales que resultan afectados– implica la presencia, en este procedimiento, de un interés público relevante. Al Estado interesa, porque a toda la Comunidad afecta, la adecuada protección y control de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos. También interesa que no queden erróneamente como incapaces los que si pueden gobernarse a sí mismos. La resolución que pone fin al procedimiento de incapacidad tiene una importancia trascendental para la sociedad: sienta las bases de la actuación posible del incapaz, de cómo se le va a ayudar de cara a su presencia en la sociedad y de su rehabilitación y posible integración en la misma. A todos nos incumbe y afecta la modificación de la capacidad de obrar de un ciudadano, que va a comportar que éste no pueda celebrar por sí solo determinados contratos con terceros, ni emitir un consentimiento válido. Ello obliga a un control e intervención del Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales. Y a la participación del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad (art.749 LEC).

Lo que en este proceso está en juego, es una cuestión de orden público que debe defenderse adecuadamente. Por tal motivo, este tipo de procesos están regidos por una serie de principios y de formalidades especiales que los alejan de los procesos civiles ordinarios. En ellos, quiebran los principios dispositivo y de aportación de parte, y se introduce el principio inquisitivo y la investigación de oficio por parte de los órganos jurisdiccionales. Que podrán decretar de oficio cuantas pruebas estimen pertinentes para llegar a un enjuiciamiento sobre la capacidad del sujeto. Con independencia de las pruebas que se practiquen a solicitud del Ministerio Fiscal y de las demás partes interesadas, el órgano judicial está obligado a llevar al proceso cualquier medio de prueba destinado a formarle una valoración acertada, completa e imparcial sobre la concurrencia o no de las circunstancias determinantes de la incapacidad. Esta misma forma de proceder debe predicarse cuando de lo que se trate sea de nombrar un asistente. En el procedimiento para la instauración de la asistencia no quiebra tanto el principio dispositivo o de petición de parte, en la medida en que no puede iniciarse de oficio, sino solo a solicitud del propio afectado. Pero una vez promovido, su dinámica presenta inevitables similitudes con el procedimiento de incapacidad. La salvaguarda del interés público que está en juego en este tipo de procesos, justifica la búsqueda a ultranza de la verdad material, que conlleva un incremento de los poderes asumidos normalmente por el Juez (arts: 751 y 752 LEC). Éste, aunque quede obligado a la práctica de determinadas diligencias (examen personal del presunto incapaz, dictamen médico forense y audiencia a los parientes próximos. ex. art.759 LEC), podrá acordar de oficio la práctica de otras

diligencias, introduciendo hechos no alegados por las partes. Viendo ampliadas sus facultades de cognición en la búsqueda de la verdad de los hechos. El Juez decidirá con arreglo a los hechos que resulten plenamente probados, según las reglas de su sana crítica. Sin que su decisión final tenga necesariamente que coincidir con lo pedido en la demanda: el Juez puede valorar finalmente, una incapacidad o necesidad de asistencia más acentuada o menos que la solicitada en la demanda. Incluso puede decidir no incapacitar o no designar un asistente al sujeto, o incapacitarlo o instaurar la asistencia por causa distinta de la inicialmente solicitada. Es al Juez a quien corresponde determinar el alcance de la incapacitación o asistencia, basándose en un conocimiento profundo de los hechos, sin que quede vinculado por las peticiones de parte sobre su extensión y límites. Tiene libertad para realizar un pronunciamiento concreto relacionado con el objeto del proceso aunque no le haya sido solicitado<sup>37</sup>. En el procedimiento para el nombramiento del asistente, puede, por ejemplo, decretar que esta figura no es necesaria, por hallarse el sujeto en pleno uso de sus facultades mentales. O inversamente, puede apreciar que concurre causa de incapacitación y no causa para el nombramiento de un asistente. En cuyo supuesto, deberá dar traslado al Ministerio Fiscal para que sea éste quien promueva el oportuno procedimiento de incapacitación (art.757.3º LEC).

Con independencia de que el sujeto está facultado para solicitar su propia incapacitación, siendo entonces, parte demandante y demandada al mismo tiempo, lo que será bastante inhabitual en la práctica, el procedimiento judicial de incapacitación se caracteriza por ser un procedimiento contencioso – contradictorio. En el que el presunto incapaz tiene la condición de parte demandada. La LEC legitima a determinados familiares suyos y al Ministerio Fiscal para promover la declaración de incapacidad (art.757.1º y 2º). Esta legitimación que otorga el ordenamiento a determinadas personas para interponer una demanda solicitando la incapacitación de otra persona, encuentra su fundamento en la especial obligación que tiene el Estado de velar por los incapaces. Al tratarse ésta, de una cuestión al servicio del interés público o general. El resultado es que en la práctica, los familiares y parientes de la persona cuya incapacidad se pretende, se verán inmersos en una situación de oposición judicial contra esta última, si demandan su incapacitación. Con las desagradables consecuencias anímicas que ello puede acarrear para ambas partes, que al fin y al cabo, lo quieran o no, se van a ver enfrentadas en un proceso. En este punto el procedimiento de incapacitación presenta una importante diferencia con respecto al procedimiento para el nombramiento del asistente; en éste, el sujeto afectado jamás

<sup>37</sup> CHIMENO CANO, Marta; *Incapacitación, Tutela e Internamiento del Enfermo Mental*. Navarra, 2003. pp. 31 a 33.

tiene la condición de parte demandada, sino solo de parte demandante o solicitante. Nadie, excepto él está legitimado para promover el nombramiento de un asistente. No es un procedimiento contencioso y en él nunca se planteará el dilema de la oposición-controversia entre parientes y afectado. Ello es así, porque el tipo de deficiencias mentales que origina la asistencia no revisten una gravedad de tal entidad como para legitimar a otras personas distintas del propio afectado para solicitarla. Es una situación que no requiere tanta alarma social, o tanto interés público, al ser, aparentemente, menos peligrosa. Como el objeto de este procedimiento no es incapacitar, no se produce en él un control e injerencia del Estado tan exhaustivos como si tiene lugar en el procedimiento de incapacitación. Pese a que el procedimiento por el que se designa al asistente, también versa sobre una cuestión de interés público, aunque de intensidad menor, al no tratarse de un incapaz. Por tal motivo, el art.226-1.1.º Ley Libro Segundo CCCat, no legitima a nadie más para iniciar este procedimiento.

La LEC permite que el demandante, a la vez que pide la incapacitación, pueda acumular la petición de nombramiento de tutor o curador. En la misma demanda podrá solicitar y designar a la persona que propone para el desempeño del cargo tutelar, una vez declarada la incapacitación. Pero de no acumularse ambas acciones en la demanda, una vez concluye el procedimiento de incapacitación, será necesaria la incoación de un nuevo procedimiento para la constitución y nombramiento del tutor, curador o titular de la potestad. Este otro procedimiento, que tiene como requisito procesal previo la firmeza de la sentencia de incapacitación, habrá de tramitarse como procedimiento de jurisdicción voluntaria, conforme a las disposiciones contenidas en el Título I del Libro III de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* (arts: 1811 y sig), según indica la Disposición Derogatoria Única 1.1ª, de la *Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000*. Estando obligados a promoverlo las personas que detallan los arts: 222-14 Ley Libro Segundo CCCat y 228 y 229 CC).

La posibilidad de que la persona que solicita una incapacitación no concrete en la demanda a la persona que propone para el desempeño del cargo tutelar sobre el incapaz, conlleva el riesgo de que la efectiva protección de este último se dilate bastante en el tiempo. Por la necesidad de tener que atravesar, finalmente, por dos tipos de procedimientos. Mientras que este inconveniente no surge cuando lo que se trata de constituir es la figura de la asistencia. En este procedimiento no existe el riesgo de excesivas dilaciones en el tiempo. Dado que la mayor parte de las veces, la misma persona que lo inicia, se encargará de señalar a la persona que considere más idónea para el ejercicio del cargo (art.226-1.2º Ley Libro Segundo CCCat). Y de no ser así, lo hará el Juez en el mismo procedimiento único de jurisdicción voluntaria en el que se declare la constitución de la asistencia.

La estructura de parte única del procedimiento de jurisdicción voluntaria instaurado por el legislador catalán para el establecimiento de la asistencia, hace que este proceso se caracterice por ser más breve, rápido, flexible, sencillo y concentrado que el procedimiento contencioso que debe seguirse en la incapacitación; más rígido y formalista, al existir dualidad de partes, conflicto o controversia. Sin ser por ello, el de jurisdicción voluntaria, menos garantista que el contencioso de incapacitación. Pues los principios propios de este último –principio inquisitivo y de oficialidad– destinados a garantizar el respeto a los derechos fundamentales de la persona cuya incapacitación se pide, son perfectamente trasladables al procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que se nombra al asistente, en la intensidad que este procedimiento requiera. Aunque no tenga por objeto la incapacitación de la persona, va a tener como finalidad restringir su capacidad de obrar. Y en consecuencia, al tratarse de un procedimiento que afecta a la capacidad, considerada ésta, cuestión de interés público, ello hace que deban regir también en este procedimiento, aquellos criterios procesales típicos del procedimiento de incapacitación, destinados a salvaguardar la dignidad de la persona, el libre desarrollo de su personalidad, la igualdad, la libertad y la presunción de la capacidad de obrar. Derechos que también se encuentran implicados en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que se instaura la asistencia.

Sólo se inicia por la voluntad unilateral de una persona, quien solicita al Juez el nombramiento de un asistente. Por ello, puede decirse que en este proceso rige el principio dispositivo únicamente en su inicio. Dado que después, el Juez debe realizar una valoración y pronunciamiento, autorizando o denegando el acto solicitado, guiado por los principios básicos ineludibles que deben informar los procesos que versan sobre la capacidad de las personas: indisponibilidad del objeto del proceso e investigación de oficio en materia probatoria (arts: 751 y 752 LEC). Pues al igual que sucede en la incapacitación, el Juez actúa en este procedimiento, en cumplimiento de un deber público, que está por encima de los intereses de los intervinientes<sup>38</sup>.

Los derechos subjetivos e intereses tutelados en este procedimiento de jurisdicción voluntaria, tienen la misma naturaleza que los derechos que resultan lesionados en la jurisdicción contenciosa, de la que se sigue el procedimiento para la incapacitación. Por medio del establecimiento de la asistencia, la persona sometida a ella, va a ver de alguna manera, mermada o disminuida su capacidad de obrar. Precisamente, con la finalidad de protegerla de los actos o negocios que pueda realizar en perjuicio de sí misma. Por lo tanto, en el

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio; *Jurisdicción voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contenciosa*. En *Actualidad Civil*. Tomo 2001-4. Nº 36; 1 a 7 de octubre de 2001. Madrid, pp.1285, 1286 y 1290.

procedimiento en el que se nombra al asistente, aunque se restrinja con bastante menor intensidad la capacidad de obrar de la persona que en el procedimiento de incapacitación, existe un riesgo de lesión de los mismos derechos que pueden verse vulnerados en este último. Lo que conlleva que aquel procedimiento deba cumplir las mismas garantías que en este aspecto, informan al proceso contencioso de incapacitación. En consecuencia, en el proceso de jurisdicción voluntaria en el que se nombra al asistente, tampoco rigen en su plenitud los principios dispositivo y de aportación de parte, que caracterizan una cierta pasividad del Juez. El principio de aportación de parte solo rige, como ya dije, en la fase inicial del procedimiento. Pues únicamente puede iniciarse a petición del interesado. No pudiendo ser promovido de oficio por el Ministerio Fiscal. Pero una vez iniciado, la naturaleza de los derechos indisponibles e intereses colectivos en juego, da lugar a que el Juez deba regirse por criterios de independencia e imparcialidad, y de búsqueda de oficio de la verdad material. Que lo pueden apartar legítimamente en su pronunciamiento, de la concreta petición formulada por el interesado. El Juez tiene amplios poderes para la aportación de hechos y para acordar de oficio la práctica de las pruebas o justificaciones que considere convenientes. Sin que esté obligado a la aceptación de los hechos en que los interesados estén de acuerdo, ni vinculado por las alegaciones del solicitante. Por otra parte, la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés general en este procedimiento, revela también, que en él no predominan las facultades dispositivas de los interesados. Ya que a dicho Ministerio tampoco le vinculan los acuerdos o hechos aportados por éstos. Y él mismo puede y debe formular cuantas peticiones considere convenientes para la mejor defensa de los intereses que se le confían<sup>39</sup>.

Los principios mencionados fueron recogidos en el *Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 24 de julio de 2007*<sup>40</sup>, que fue retirado por el Gobierno en octubre de ese mismo año. El Proyecto, que fue aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2006, pero que finalmente no consiguió salir adelante, respondía al compromiso formal y legal del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria en el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000* (Disposición Final Decimooctava de la LEC del 2000). En tanto no se aprobara la mencionada disposición normativa, continuaba vigente, con determinadas excepciones, la regulación sobre jurisdicción voluntaria contenida en el Libro III de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881* (arts: 1811 y sig), según establece la Disposición

<sup>39</sup> GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido; *La Jurisdicción Voluntaria. Doctrina y Formularios*. Navarra, 2008, pp. 203 a 205.

<sup>40</sup> Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VIII Legislatura. Serie II. 621/000115.

Derogatoria Única.1.1<sup>a</sup> de la LEC del 2000. Actualmente, todavía estamos sin una Ley que regule la jurisdicción voluntaria en un cuerpo moderno distinto de la Ley procesal civil general. Por lo que para esta materia, tenemos que seguir remitiéndonos al anticuado y disperso régimen normativo contemplado en la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*. La intención del Proyecto era descargar de trabajo a los Jueces, haciendo recaer una parte de los expedientes en otros funcionarios especializados: Notarios, Registradores y Secretarios Judiciales. Con el objeto de agilizar la tutela de los derechos de la persona y de los expedientes en materia Civil y Mercantil. Intentó configurar un procedimiento general lo suficientemente flexible como para poder ser aplicado a todos los expedientes, regulando, paralelamente, las particularidades procedimentales que demandaban las especiales características de algunos expedientes. En suma, se articulaba una regulación uniforme, actualizada y eminentemente práctica, que redundaba en un procedimiento rápido y ágil, conectado con la realidad social de nuestros tiempos. El *Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria* profundizaba en una separación de competencias para deslindar de manera adecuada aquellos expedientes que por su naturaleza debían permanecer atribuidos al Juez, respecto de aquellos otros que no exigían su intervención. Se liberaba así, a los Jueces, de atribuciones contempladas en la LEC de 1881, que pasaban a otros funcionarios debidamente cualificados. Se trataba de materias que en el Siglo XIX fueron atribuidas expresamente a los Jueces por su prestigio y por la seguridad jurídica que producía su intervención, o por razones de simple tradición histórica. Cuando en la actualidad, esa intervención redundaba en una sobrecarga innecesaria para los Tribunales.

En esta nueva normativa sobre jurisdicción voluntaria, todos los expedientes en materia de condición o estado civil de la persona, asuntos relativos al derecho de familia y aquellos en que estén comprometidos intereses de menores o incapacitados, continúan siendo de atribución exclusiva a los Jueces. El resto de expedientes pasa a ser de competencia de los secretarios judiciales, que incrementan de manera notable sus competencias, especialmente, en materias como conciliación, derechos reales, obligaciones, sucesiones, Derecho Mercantil y Marítimo. Concediéndose, al mismo tiempo, al interesado, la posibilidad de acudir de forma opcional, bien al Notario o al Registrador. O bien, al Secretario Judicial, con el correspondiente ahorro de medios que ello implica para la Administración de Justicia. Los efectos de la decisión con que concluya el expediente, tienen idéntico valor cualquiera que sea el operador jurídico al que se haya acudido<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> IURIS CIVILIS. BLOG JURÍDICO DE DERECHO CIVIL; *La Jurisdicción Voluntaria*. (En línea) <http://www.iuriscivilis.com>

No obstante, pese a no estar vigente el mencionado Proyecto, los principios procedimentales que recoge en materia de expedientes relativos a incapaces, pueden sernos de gran ayuda a la hora de orientarnos en la confección de un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el establecimiento de la asistencia. Así, el principio inquisitivo y de oficialidad, en detrimento de los principios dispositivo y de aportación de parte, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria que versan sobre la capacidad de las personas, se comprueban claramente en los siguientes preceptos de su texto:

En su art.5, relativo a los expedientes sobre menores e incapaces, faculta al Juez para ordenar la práctica de cuantas diligencias y actuaciones estime oportunas, para asegurarse de la procedencia de lo solicitado o de cualquier extremo útil para la resolución del expediente. No está, por tanto, vinculado el Tribunal, ni a la aportación de hechos, ni a la proposición de pruebas realizadas por el solicitante o los demás intervinientes. Iniciado el procedimiento a solicitud del interesado, el impulso de la actividad procedimental puede producirse de igual forma, de oficio o por la actuación de los interesados.

En materia probatoria, cuando el expediente afecte a los intereses de un incapaz, el Tribunal tiene la facultad, al propio tiempo que la obligación, de proceder a la práctica de todos los medios de prueba y diligencias necesarias o útiles para formar su convencimiento. A ello se refiere el art.24.4º, cuando dispone que se practicarán también en el mismo acto de la comparecencia o, si no fuere posible, en los 10 días siguientes, las diligencias que el Tribunal acuerde de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal cuando intervenga, a fin de decidir con acierto sobre los hechos de los que dependa la resolución definitiva del expediente. El art.25.3º, cuando establece que el Tribunal podrá fundar su decisión en cualesquiera hechos de los que hubiese tenido conocimiento de las alegaciones de los interesados, de las pruebas y de la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados. Y el art.16, cuando ordena al Tribunal dar audiencia en el expediente a las personas que deban ser oídas por expresa disposición legal, facultando para acordar, asimismo, de oficio o a instancia del solicitante, la audiencia de cualesquiera otras personas que considere convenientes.

Contempla la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, en defensa del interés público, en los expedientes de jurisdicción voluntaria administrados por el Juez, cuando afecten al estado civil o condición de la persona, o esté comprometido el interés de un menor o incapaz (art.18).

SISEJ (Sindicato de Secretarios Judiciales); *La Jurisdicción Voluntaria*. (En línea) <http://www.sisej.com>

Al impulso de oficio también se refiere el Proyecto en los expedientes para el nombramiento de tutor o curador, en los que prevé la actuación de oficio, tanto del Juez como del Ministerio Fiscal, en interés del incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas (art.72.2º).

Otro acercamiento a las reglas y principios informadores propios de la jurisdicción contenciosa, se produce en el art.12, en el que el Proyecto proclama la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a los expedientes de jurisdicción voluntaria<sup>42</sup>.

## **5. La insuficiencia de medios y recursos del Estado para procurar una atención especializada a las personas en situación de dependencia**

Desde siempre, en nuestro sistema, el cuidado de los más débiles –mayores y dependientes– se ha dejado principalmente en manos del propio afectado (de sus recursos) o de su familia. A pesar de que constitucionalmente se asume la misión de los poderes públicos de afrontar la protección de este colectivo (arts: 49 y 50 CE), lo cierto es que la pauta que siempre ha seguido nuestro ordenamiento, es que esos cuidados deben atenderse prioritariamente con los propios recursos del sujeto o la atención y recursos de sus familiares. Sólo cuando no sea posible cubrir estas necesidades de los mayores o discapacitados con cargo a su propio patrimonio personal o al de sus familiares, será cuando deberá asumir la Administración la misión de satisfacerlos.

De hecho, esta intervención subsidiaria del Estado la encontramos reflejada en la normativa civil existente en nuestro sistema destinada a la protección de los dependientes. Pueden citarse como ejemplos de ello:

- *la obligación legal de alimentos entre parientes* (arts: 237-1 a -14 de la Ley del Libro Segundo CCCat y 142 a 153 CC);
- *la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad;*
- *el contrato de alimentos vitalicio* (arts: 1791 a 1797 CC), y la propia figura de la *incapacitación*.

En la que para el desempeño del cargo tutelar la Ley llama con carácter obligatorio y preferente a determinados familiares del incapaz (arts: 222-10 y 236-34 Ley Libro Segundo CCCat y 171 y 234 CC).

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio; *Hacia una teoría general de la jurisdicción voluntaria*. Madrid, 2007, pp. 33, 53, 56,134 y 136.

La tradicional solidaridad familiar, enraizada en una educación y forma de pensamiento generacional, ha permitido y todavía sigue permitiendo que el Estado escape a la implementación de políticas públicas que aborden la cuestión de la dependencia de forma integral y en toda su complejidad. Las políticas públicas han venido caracterizándose por el diseño de un tejido asistencial incompleto, residual, despreocupado y sólo subsidiario en el mejor de los casos. Esta forma de intervención o de abordar el problema de la dependencia por parte de los poderes públicos, se muestra cada vez más precaria e insuficiente, debido a que los roles sociales y el estatus económico de las familias han cambiado, y el Estado se enfrenta a una problemática de dimensiones cada vez más grandes.

Paralelamente, aquellas figuras ideadas por el ordenamiento para hacer recaer la mayor parte de la carga asociada al cuidado y atención de los dependientes sobre éstos y sus familias, se muestran cada vez más inservibles. Veamos por qué.

Comenzando por la *obligación legal de alimentos entre parientes*, no está diseñada para dispensar una atención centrada en la ayuda, orientación, guía y consejo del que tiene disminuida su capacidad de autogobierno. Ni tampoco para proporcionarle un cuidado personal. Sino únicamente, los recursos económicos necesarios para cubrir el estado de necesidad cuando carece de medios de subsistencia. Por lo que los parientes del sujeto dependiente pueden cumplir perfectamente con esta obligación de manutención cuando les corresponda, desprendiéndose tranquilamente de aquella otra labor de atención personal. Al no estar obligados a ello. Pues la obligación legal de alimentos, a lo que obliga a los parientes, es a cubrir las necesidades puramente alimenticias, que son las de tipo material o económico. Para que surja esta obligación, lo que se requiere es una carencia de medios económicos para subsistir. El estado de necesidad en su vertiente económico-patrimonial, es el presupuesto básico que debe darse para dar nacimiento a los alimentos de origen legal. De forma que si una persona con su capacidad de autogobierno disminuida dispone de los medios económicos necesarios para mantenerse, no estará legitimada para reclamar alimentos por vía legal. Lo que le obligará a recurrir a otros mecanismos para cubrir este otro tipo de necesidad. Además, el alimentista debe seguir en su reclamación el orden de prelación entre parientes fijado en la Ley. Que bien puede no convenir para nada al caso. Dado que en el desempeño de la asistencia, al igual que sucede en la tutela, en la curatela y en la rehabilitación de la potestad parental, es importante que existan buenas relaciones personales entre el asistente y el asistido. Debe recapitularse en el hecho de que, al fin y al cabo, se trata de un cargo humanitario, que requiere para su buena marcha y la consecución de su finalidad, de un buen entendimiento entre ambas partes. En consecuencia, las especiales cualidades personales y predisposición del asistente para el desarrollo de esta labor, son circunstancias vitales

a tener en cuenta. Sus valores éticos o morales, carácter, ganas y capacidad para ayudar, manera de pensar y de vivir, y sobre todo, su llevadera relación personal con el asistido, son trascendentes para que el desarrollo del cargo como es debido, pueda tener continuidad. Por este motivo, la Ley prohíbe el ejercicio de los cargos tutelares a los que tuvieren enemistad manifiesta o se hallen en una situación de conflicto de intereses con el sometido. Así como a los que observen una conducta que pueda perjudicar su cuidado (arts: 222-15.f) y h), 222-17 y 236-35 Ley Libro Segundo CCCat y 244.2º, 3º y 4º, y 247 CC). Permitiendo que la persona llamada al cargo pueda excusarse del mismo alegando la falta de relaciones personales con el tutelado que puedan dar lugar a un mal cumplimiento de la función o hacerla muy gravosa o dificultosa (arts: 222-18.1º Ley Libro Segundo CCCat y 251 CC). Criterios éstos, trasladables, sin duda alguna, a la institución de la asistencia que aquí se estudia.

En cuanto a la *Ley de 18 de noviembre de 2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad*, constituye un claro ejemplo de los esfuerzos acometidos por el Estado para posibilitar que desde el propio patrimonio del discapaz, compuesto por sus propios bienes o por los que sean aportados al mismo por sus familiares u otras personas, sean satisfechas sus necesidades presentes y futuras. La Ley, en previsión de la cada vez mayor supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, regula la constitución de una masa patrimonial sujeta a un régimen especial de administración, que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad. Beneficiaria de este patrimonio lo es, la persona con discapacidad afectada por un determinado grado de minusvalía. Con independencia de que concurra o no en ella causa de incapacitación judicial, o de que haya sido o no incapacitada.

Hay que decir, que la idea del legislador, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos al mismo, para garantizar los gastos que deba afrontar el beneficiario en el futuro, no ha sido mala. Pero de nada sirve la regulación de un patrimonio protegido, cuando la persona en cuyo interés debe constituirse, o en su caso, las otras personas legitimadas para realizar aportaciones al mismo, carecen de recursos económicos. El legislador, al regular esta figura, esta partiendo de la base de la existencia de unos medios económicos a disposición del beneficiario del patrimonio, o en su caso, de la existencia de personas dispuestas a realizar aportaciones porque tienen medios económicos para hacerlo. Por lo que el principal problema queda sin resolver: el de la protección de la persona dependiente cuando carece de recursos para costearse un cuidador personal y las personas allegadas también carezcan de medios económicos para sufragar este tipo de gasto, o simplemente, se nieguen a satisfacerlo.

En cuanto al *contrato de alimentos vitalicio*, que también introduce la *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad*, por medio de la creación de un nuevo Capítulo II, dentro del Título XII, del Libro IV del Código Civil, que engloba los arts: 1791 a 1797. Las razones de la regulación de esta figura vienen a ser muy similares a las que han llevado al legislador a la regulación del patrimonio protegido del discapaz: la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores y el cada vez mayor porcentaje de personas mayores y no tan mayores dependientes, que carecen de familiares dispuestos a encargarse de ellos, ya sea porque no pueden o porque no quieren. A diferencia de la obligación legal de alimentos entre parientes, de naturaleza estrictamente patrimonial, el contrato de alimentos es una figura diseñada para cubrir principalmente la atención y el cuidado personal. Esta fórmula contractual, que genera una relación jurídica duradera de carácter personal y cuasi-familiar, dando lugar a derechos y deberes de cariz más bien ético o moral, interesa especialmente, a quienes llegan a la vejez aislados por la enfermedad o privados de una familia que pueda atenderlos. Así como a aquellas personas que siendo jóvenes, por determinadas circunstancias (enfermedad mental, minusvalías físicas, ...) no pueden valerse por sí mismas, y que, aunque puedan disponer de medios económicos suficientes para su mantenimiento, carecen de familiares o de personas cercanas que puedan ofrecerles la asistencia personal que necesitan para sobrevivir. Lo que principalmente se trata de conseguir acudiendo a la celebración de este tipo de contrato, es una atención personalizada y familiar. Al margen de que también pueda tener aparejada una prestación puramente alimenticia. Presentándose como una alternativa a las residencias de la tercera edad. Puesto que permite que la persona dependiente conserve su entorno, permaneciendo en su propia casa o en la de otras personas allegadas, con las que tiene vínculos de amistad o de confianza, o incluso en la de personas extrañas, consiguiendo al menos, un trato más cálido y afectivo, cuando las personas pertenecientes a su núcleo familiar no le ofrezcan este tipo de atención. Pues puede darse perfectamente el caso de que la persona afectada disponga de dinero más que suficiente para atender sus necesidades materiales, y aun así, celebre el contrato de vitalicio, porque lo que quiere es cubrir otro tipo de necesidad que precisamente el dinero o las cosas materiales no pueden darle: el cuidado y la atención personal. Por medio de este contrato, la persona discapacitada o dependiente (alimentista-cedente) se obliga a transmitir el dominio u otro derecho real sobre algún o algunos bienes muebles o inmuebles a otra persona –cuidador personal– (alimentante-cesionario), a cambio de la obligación de esta última de prestarle alimentos o cuidados y asistencia, o ambas cosas conjuntamente, con convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte (generalmente durante la vida del alimentista), y en la extensión y medida que asimismo se acuerde, según las necesidades del alimentista. Siendo habitual en la práctica, que

este contrato se configure de forma que la prestación del alimentante vaya dirigida, no justamente hacia la persona que le hace entrega de los bienes (cedente), sino en beneficio de un tercero ajeno a la relación obligatoria, del que no se percibe ninguna contraprestación a cambio (contrato con estipulación a favor de tercero, del art.1257.2º CC).

Un supuesto típico sería aquel en el que unos padres hacen entrega de unos bienes a una persona (alimentante), a cambio de que ésta lleve a cabo una prestación de cuidado y asistencia, no hacia los padres (cedentes de los bienes), sino a favor del hijo discapacitado de éstos, del que no se recibe nada a cambio. El hijo dependiente no es parte en el contrato celebrado entre sus progenitores (cedentes de los bienes) y el cuidador (cesionario). Pero se le atribuye, en virtud del mismo, un derecho a exigir el cumplimiento de la prestación alimenticia estipulada a su favor.

El mismo supuesto puede darse a la inversa: ej; un hijo que no puede hacerse cargo de su madre, cede un bien o bienes a otra persona, a cambio de que ésta cuide de su madre enferma de por vida.

El contrato de vitalicio presenta así, la ventaja, de poder satisfacer aquél tipo de necesidad que consiste en la ayuda, consejo, asesoramiento y orientación, en lo que concierne a la toma de decisiones de una persona que puede tener disminuida su capacidad de autogobierno. Porque cabe perfectamente, dentro del contenido de las funciones del alimentante, que éste se obligue a prestar al alimentista (persona dependiente) aquél auxilio y apoyo que debe prestar el asistente en la figura de la asistencia. En tanto que deudas de alimentos lo son, en general, aquellas que tienen como finalidad cubrir alguna necesidad directamente relacionada con la vida o subsistencia de la persona, ya sea en el aspecto económico o personal. El concepto de “alimentos” engloba la satisfacción de alguna necesidad humana, ya venga referida a la propia dignidad de la persona, a aspectos materiales de subsistencia, o al desarrollo de su personalidad en el aspecto intelectual o psíquico. Lo esencial, es que tenga por objeto una prestación directamente relacionada con las necesidades vitales del alimentista, que puede necesitar, bien de sumas de dinero para alimentarse, o bien, de algún otro tipo de ayuda que sólo otra persona puede darle<sup>43</sup>. Esta otra forma de ayuda puede consistir en una actividad del alimentante centrada en paliar o compensar las deficiencias mentales o de raciocinio que puedan afectar a una persona, ayudándole en la adopción de decisiones y en la realización de actos beneficiosos y adecuados para ella. De modo similar a como tiene lugar en la figura de la asistencia. No obstante, presenta una diferencia muy importante con ésta; y es que, evidentemente, el contrato de

<sup>43</sup> NÚÑEZ ZORRILLA, M<sup>a</sup> Carmen; *El contrato de alimentos vitalicio: configuración y régimen jurídico*. Barcelona, 2003, pp. 12, 19, 20, 27, 52 y 73.

alimentos vitalicio no implica ni conlleva una limitación de la capacidad de obrar del afectado, como sí tiene lugar en la asistencia. Dado que una persona solo puede ver limitada su capacidad de obrar por medio de un procedimiento judicial en el que se constate y pruebe de manera fehaciente su deficiencia de autogobierno. Lo que conllevará que aquellos actos o negocios realizados por el afectado sin la intervención del complemento de capacidad cuando sea necesaria, puedan ser invalidados o privados de eficacia. Consecuencia ésta, que no produce la celebración de una relación contractual alimenticia. El contrato de vitalicio, al no implicar una limitación en la capacidad de obrar del alimentista, éste, en principio, sería capaz para la realización por sí solo, de todo tipo de actos en el tráfico jurídico. Sin que el alimentante estuviese facultado, con fundamento en la relación contractual que le une al alimentista para anular los actos llevados a cabo por éste sin su orientación. Lo que al fin y al cabo, origina que este contrato sea una figura que tampoco se adapta a las necesidades de protección de la persona que padece una insuficiencia en su autogobierno. Precisamente, porque la no limitación de su capacidad de obrar, va a comportar la validez de todos sus actos, incluidos los que resulten para ella perjudiciales. Y en este sentido, la protección que puede dispensar este contrato es muy reducida.

Además, pese a las ventajas que ofrece este contrato, seguimos encontrándonos con otro problema: la persona dependiente-alimentista, o en su caso, sus parientes o familiares, necesitan poseer un patrimonio –bienes muebles o inmuebles– para poder celebrar este contrato, que es típicamente oneroso. Así que de nuevo, el legislador está partiendo de la base de que la persona dependiente o sus allegados disponen de medios económicos para cubrir esta necesidad. Cuando en la práctica, cada vez son más las personas en situación de dependencia que carecen de medios económicos para subsistir o solventar su situación.

La otra figura diseñada por el legislador para hacer recaer el peso de esta función en los propios familiares del dependiente es la *incapacitación*. Y más recientemente, la institución de la *asistencia* regulada en el ordenamiento catalán. En ambas, el Juez debe seguir los criterios de preferencia que le marca la Ley para la designación del mecanismo de protección (tutor, curador, rehabilitación de la potestad parental o asistente). Estos criterios ordenan al Juez a elegir el cargo entre los familiares y parientes que marca la norma en defecto de designación voluntaria realizada por el propio afectado. En la que, generalmente, éste nombrará también a algún pariente, familiar o persona allegada o de confianza, que deberá ser respetada con carácter prioritario por el Juez. Solo en el supuesto excepcional en el que los familiares mencionados en la norma no existan o no sean considerados por el Juez idóneos para el ejercicio del cargo, éste podrá elegir a otra persona que no presente relación familiar

o de parentesco con el sometido (arts: 222-4, 222-5 y 222-10 Ley Libro Segundo CCCat, y 223, 224, 234, 235, 239 párr.últ, y 242 CC).

Las personas titulares de estas funciones de protección están obligadas por Ley a ejercer el cargo de manera gratuita. Excepto en los casos en los que el Juez pueda asignarles una remuneración, solo cuando el patrimonio del afectado lo permita (arts: 221-3 y 222-13 Ley Libro Segundo CCCat y 274 CC). Por lo que, aparentemente, no se le plantea aquí al Estado el problema de la carencia de recursos económicos de la persona dependiente para procurarse este tipo de atención. Esta circunstancia se intenta salvar configurando las funciones tutelares como un “deber” de las personas llamadas por Ley al cargo (arts: 221-2 Ley Libro Segundo CCCat y 216 CC). Un cargo que ante todo y por regla de principio, se diseña como “gratuito”, salvo cuando la cuantía del patrimonio del sometido permita al Juez el señalamiento de una retribución al titular de la función.

Sin embargo, cabe preguntarse de qué forma va a poder hacer frente una familia a este supuesto deber moral altruista de atención, cuando cada vez son más las familias que ni siquiera tienen recursos económicos para sustentarse a sí mismas. Lógico es, pensar que, para poder sobrellevar el desempeño de una función como esta, ante todo, la familia o como mínimo, aquel miembro de la familia sobre el que la misma recaiga, debe disponer de los medios económicos suficientes para cubrir como mínimo sus propias necesidades existenciales. Y con los tiempos de penuria económica que corren actualmente, en los que cada vez son más las familias con todos sus miembros en situación de desempleo, la cuestión que inmediatamente surge es: ¿realmente una persona en situación de insuficiencia o de precariedad económica se encuentra capacitada para sobrellevar este cargo de manera correcta?. Así que aquí, el Estado, esta partiendo de nuevo de la premisa de que la persona necesitada de protección, o bien, los que deben ejercer esta protección disponen de los medios económicos suficientes para afrontarla. Y de no ser así, entonces tienen que cargar con la labor de manera gratuita. Sin que la propia norma civil se moleste en hacer ninguna referencia a posibles ayudas públicas directas para ellos. Ni tan siquiera a algún tipo de apoyo personal, formativo o de asesoramiento para aprender a sobrellevar mejor este tipo de funciones.

Además, otro problema añadido que se le sigue planteando al Estado en las figuras de la incapacitación y de la asistencia, es el hecho de que las familias se encuentran cada vez más al límite de su potencial de cuidados; ya no pueden seguir soportando solas la carga que supone la atención a las personas dependientes de su entorno. Este agotamiento de la capacidad para el cuidado de sus dependientes ha sido consecuencia de las transformaciones experimentadas por la estructura familiar tradicional. Transformaciones que se manifiestan en un menor número de descendientes, una mayor

longevidad de los ascendientes, y en el proceso de incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, con el objetivo de que puedan desarrollar una carrera profesional en igualdad de condiciones que los hombres. Las personas que tradicionalmente se han encargado del cuidado de los dependientes: generalmente las hijas, esposas o hermanas de éstos, integran lo que viene denominándose el “apoyo informal”. Se trata de mujeres que presentan muy bajos niveles de estudios, que mayoritariamente no tienen una actividad laboral retribuida, y que suelen convivir con la persona que atienden. El tiempo que diariamente suelen dedicar al cuidado de estas personas es muy elevado; básicamente, porque la mayor parte de éstas padece alguna enfermedad o sigue un tratamiento médico. Por tal motivo, no es de extrañar que sus perspectivas laborales se vean drásticamente reducidas. Esta situación limita la libertad de las mujeres para la elección de su carrera profesional. Y en el caso de compatibilizar la atención a las personas dependientes con el trabajo remunerado fuera del hogar, aumenta su carga de trabajo debido a la suma de obligaciones laborales y familiares, y a la falta de apoyo que suelen recibir de su pareja. Son ellas las que soportan la carga física de la tarea y las que, en consecuencia, ven resentirse su salud. Y con ello, el deterioro de su vida afectiva y social. Las madres y esposas aceptan su papel de cuidadoras principales de su hijo/a o cónyuge con discapacidad. Es su rol. Su actitud es de resignación; aceptan su papel de cuidadoras principales porque es su obligación. En cuanto a las hijas, también afrontan el cuidado con gran compromiso, llegando a cuidar a ambos progenitores al mismo tiempo. La norma de la reciprocidad está presente a lo largo de su vida: existe la creencia de que “como te cuidaron a ti, tú tienes que cuidarlos a ellos”.

Otra de las consecuencias que sufren los cuidadores informales<sup>44</sup> es la que afecta a su estabilidad emocional. El impacto psico-

<sup>44</sup> El “cuidado informal” se identifica con el cuidado proporcionado por esposas, parejas, otros miembros del hogar, otros familiares, amigos, vecinos y personas que tienen una relación personal o social con la persona a la que atienden voluntariamente. El requisito para que se considere como cuidado informal, es que éste no se incluya como una prestación social ni se retribuya como si fuera un servicio comprado en el mercado. Si bien, ello no excluye la posibilidad de que el cuidador informal reciba algunos pagos informales de la persona a la que atiende.

A mi parecer, la atención procurada por el cargo tutelar en la incapacitación o por el asistente en la figura de la asistencia, sería catalogable como apoyo informal. Puesto que, aunque el ordenamiento conciba estas funciones como un deber, en realidad, se trata de un deber más ético o moral que propiamente un deber jurídico.

Ello es debido a que la propia Ley permite a la persona llamada para el ejercicio del cargo, que pueda librarse del mismo alegando como excusa cualquier causa que entorpezca u obstaculice su ejercicio, lo haga especialmente gravoso o dificultoso, o pueda afectar a su normal desarrollo (véanse los arts: 251 CC y 222-18 Ley libro Segundo CCCat). Creo que la Ley deja una puerta bastante ancha en cuanto a las posibles excusas a las que puede acogerse el sujeto llamado por ésta al desempeño del cargo, porque tiene muy presente que en realidad, detrás del hipotético deber que en ella se contempla, se trata

lógico de la dependencia es muy determinante y requiere una fase relativamente larga de aceptación y adaptación. La perturbación emocional se expresa a través de sentimientos como la soledad, la impotencia, el sufrimiento psicológico, la ansiedad, la dificultad de concentración, la depresión, la disminución de la vida social, la fatiga constante, el insomnio, los sentimientos de culpabilidad y los problemas de salud<sup>45</sup>. Los cuidadores coinciden en señalar que las personas discapacitadas son como “esponjas” que les absorben la energía y la ilusión. Con frecuencia la dependencia supone un deterioro de la relación entre el dependiente y el sujeto que le cuida. Las exigencias del cuidado, da lugar a tensiones y conflictos familiares, afectando también a las relaciones de pareja. La falta de disponibilidad de tiempo personal y la necesidad de contar con momentos de libertad para ellos mismos, es una idea permanente en el discurso de estas personas.

Por otra parte, es evidente que la persona discapacitada supone una carga económica para la propia familia como consecuencia de los gastos especiales de adquisición de productos específicos. Y por la imposibilidad de desarrollar una actividad laboral. Las atenciones médicas que precisan algunas patologías requieren pagar a especialistas privados con frecuencia. El incremento de los gastos se debe a los tratamientos que las personas discapacitadas necesitan, tanto a nivel médico como de cuidados y de medicamentos específicos. En algunos casos, la Seguridad Social solo puede sufragar una parte del coste de estas necesidades. Las familias también experimentan un empobrecimiento debido a la renta cesante, que viene marcado por la necesidad de que uno de sus miembros deje de trabajar para cuidar a la persona afectada<sup>46</sup>. Las personas en situación de dependencia necesitan unas atenciones y actuaciones especiales que su propia familia, en la mayoría de los casos, no le puede facilitar, no

de un cargo humanitario, completamente voluntario, que solo puede ejercerse adecuadamente cuando el titular de la función tenga verdadero interés, una predisposición o una motivación personal que le lleve a querer ejercerlo de forma libre y voluntaria. Más, si se tiene en cuenta que se trata de un cargo gratuito. Por ello, la Ley permite al llamado liberarse del mismo de forma relativamente fácil; porque no interesa al ordenamiento ni tampoco al sometido, que el titular de la función lo ejercite a disgusto. Siempre podrá alegar alguna excusa que le permita escapar de una responsabilidad no deseada.

Por contra, el “cuidado formal” sería el prestado por un profesional especializado retribuido por el Estado, o en virtud de una relación contractual a cambio de una remuneración (como sucede por ejemplo, en el contrato de vitalicio). Así como también, podría catalogarse como formal la asistencia prestada por un familiar o persona allegada al sometido, cuando la misma es retribuida o compensada económicamente por el Estado.

<sup>45</sup> SÁNCHEZ FIERRO, Julio; *Libro Verde sobre la dependencia en España*. Grupo de Trabajo “Dependencia” de la Fundación AstraZeneca. En <http://www.observatoriodeladiscapacidad.es>. Madrid, 2004. p.191.

<sup>46</sup> IMSERSO; *Dependencia y familia: una perspectiva socio-económica*. En *Colección Estudios Serie Dependencia*. N.12013. Dir. Por Dolores Diz y Menéndez, 2010. P: 27, 28, 257, 258, 260, 282, 301 y 302. En <http://www.imsersomayores.csic.es>

tanto por no querer, sino por no encontrarse capacitada para ello. Y en lo que concierne a sus pensiones, de disponer de ellas, tampoco son de una cuantía tal que les permita hacer frente a los costes que genera esa nueva situación. No parece socialmente asumible que los últimos años de vida de las personas mayores o que la mayor parte de la vida de las personas discapacitadas transcurran de manera auténticamente ruinoso para ellas mismas y para sus familiares, si es que los tienen. O que la situación se convierta en un motivo más de abandono familiar y de rechazo social.

Este desproporcionado e injusto peso otorgado desde siempre por el sistema social a la familia, y especialmente, a la mujer, en el cuidado de un colectivo tan amplio de la población, ha comenzado a mostrar síntomas de quiebra. Como he señalado, el incremento de la esperanza de vida y la caída en las tasas de natalidad, y por ende, de las personas que pueden prestar dicha atención; unido a la transformación radical de la posición social de las mujeres y de su rol dentro y fuera del hogar. A lo que está dando lugar, es a una menor capacidad futura del sistema de apoyo informal para atender las situaciones de dependencia. Todo ello, invita a la transformación del modelo sobre el que se ha sustentado la asistencia a este colectivo en España. No solo porque realiza una atribución excesiva de responsabilidad a las familias, sino además, porque ha tenido como consecuencia que el Estado haya desatendido en gran medida la provisión de servicios sociales de atención a este tipo de personas. Para ser más precisos, dentro de la Unión Europea, España, que es el país donde la familia es la máxima proveedora de atención y cuidados a las personas dependientes, es de los últimos en gasto social de apoyo familiar en porcentaje del PIB<sup>47</sup>.

Los cuidados que este colectivo precisa, no han solido estar previstos en los modelos clásicos de protección social. La mayoría de estos sistemas continúan marcados por connotaciones ideológicas sustentadas en modelos familiares, que no tienen en cuenta el profundo cambio social que significa la reconstrucción del sistema de género y la consiguiente simetría de roles que está en trance imparable de producirse. El reparto del bienestar entre familia y Estado continúa penalizando a las mujeres. Y como tendremos la oportunidad de ver más adelante, las reformas que se han ido produciendo no tienen la dimensión que se precisaría para ajustarlas a las nuevas necesidades. Nuestro país, constituye todavía ejemplo y paradigma del modelo de bienestar “familista”, según el cual, las políticas públicas dan por supuesto que las familias deben asumir la provisión del bienestar a sus miembros. Sin que, por parte de los mecanismos

<sup>47</sup> MONTERO SOLER, A; *La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible*. En *situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Dir. Por Rafael Calvo Ortega y Yolanda García Calvente. Navarra, 2007, pp. 68 a 74.

protectores, se dediquen suficientes prestaciones en este ámbito. Los recursos que ofrecen los servicios sociales siguen siendo muy precarios y no permiten al discapaz tener autonomía propia en el cuidado de su persona. Siendo justamente en los países en los que ha habido más apoyo informal, donde existen menos prestaciones públicas de apoyo a la dependencia. En definitiva, la responsabilidad del cuidado a las personas dependientes sigue siendo un asunto que se resuelve mayoritariamente en el plano de lo individual, de la intimidad familiar y a costa, casi siempre, del sacrificio y renuncia de las mujeres. Que priorizan la responsabilidad que les ha sido socialmente atribuida por encima de sus opciones laborales y personales<sup>48</sup>.

Si seguimos el orden de prelación que consagran los arts: 222-10 Ley Libro Segundo CCCat y 234 y 242 CC, la Ley llama en último término para el ejercicio del cargo tutelar o de asistente, a las entidades públicas o privadas especializadas en este campo, que sin ánimo de lucro se dediquen al desempeño de este tipo de funciones (Fundaciones, Asociaciones..). Esta opción, a pesar de ocupar el último lugar en el orden de llamamientos que consagra la Ley, sin embargo, parece ser hoy por hoy, en nuestro País, la más viable. Las entidades públicas, porque estarán subvencionadas con fondos públicos. Y las entidades privadas, porque cuentan con los recursos económicos y personales que aportan de forma voluntaria sus propios miembros, para la consecución de objetivos que benefician o interesan a éstos. Pese a ello, estas entidades presentan dos inconvenientes: de un lado, las personas jurídicas que se dediquen a este tipo de finalidades van a ser cada vez más escasas para atender a un número cada vez más elevado de personas con discapacidad. Y de otro, porque en realidad no son la mejor opción para las personas que se encuentran en situación de dependencia. Para este tipo de personas, lo más conveniente serían las atenciones prestadas por sus propios familiares, parientes o allegados, con los que mantuvieran una relación de amistad, o por lo menos, una relación llevadera. Pero por los motivos explicados, este tipo de atención, que sería la ideal, cada vez resulta más difícil en la práctica. Por ello, a mi modo de ver, una posible solución pasaría por el pago directo al cuidador informal que desempeñara el cargo tutelar, de una retribución dineraria a cargo del Estado, que sería subsidiaria y complementaria de la retribución que pudiera corresponderle a cargo, en primer lugar, del patrimonio del sometido. Y para el caso de no existir cuidador informal en condiciones de prestar este tipo de atención, otra opción alternativa podría consistir en la prestación de este servicio por una persona física o jurídica profesional especializada, también remunerada en primer término con los recursos económicos del asistido y subsidiariamente por el Estado.

<sup>48</sup> IMSERSO; *Libro Blanco de la Dependencia*. Madrid.

En el caso del cuidador informal (familiar, pariente, allegado, conocido), sería conveniente además, proporcionarle los conocimientos específicos necesarios por medio de cursos de formación especializados. Es importante que la formación de los cuidadores comprenda el desarrollo de habilidades de comunicación y la capacidad para enfrentarse a situaciones críticas. Deben adquirir los conocimientos suficientes para hacer un seguimiento de la situación de dependencia, de modo que puedan ofrecer en cada momento el apoyo y la orientación necesaria<sup>49</sup>. La complementariedad entre el apoyo informal y los servicios formales, ayudaría a que pudiesen mantenerse durante más tiempo los cuidados que presta la familia. Cuando existen servicios formales de apoyo, las familias no se desentienden, sino que se sienten ayudadas y más seguras y animadas para poder continuar desempeñando buena parte de la atención durante mucho más tiempo. Es necesario desarrollar programas específicos dirigidos directamente a la familia desde los servicios sociales, que complementen el trabajo altruista que desarrollan los familiares. El objetivo debe ser reducir la carga del cuidador familiar y enseñarle la forma de sobrellevarla mediante el ofrecimiento de los apoyos adecuados, evitando así, la claudicación. Sería aconsejable ofrecerles información, orientación y asesoramiento sobre cada caso concreto, de forma individualizada. Proporcionándoles los conocimientos y habilidades para poder enfrentarse a los problemas en las mejores condiciones posibles. Debe tratarse de priorizar los servicios que permitan a las personas dependientes permanecer en su domicilio y en su entorno; rodeados de los suyos. Mediante una planificación individualizada de cada caso. Y solo en el supuesto de no ser posible este tipo de intervención, por no existir personas en el entorno familiar o amistoso, que se encuentren en condiciones de poder desempeñar el cargo, debería articularse la intervención por medio de los cuidadores profesionales; aquellos que desde la formación han obtenido una titulación específica que les capacita para realizar este tipo de intervenciones fundamentadas en el desarrollo de la autonomía funcional en la vida cotidiana del discapacitado. Abarcarían desde la estimulación y el aprendizaje en el ámbito de las capacidades emocionales, cognitivas y de socialización. Hasta la intervención en la faceta física –asistencia en las principales actividades de la vida diaria (levantarse, acostarse, bañarse, vestirse, comer, higiene íntima, compra de alimentos, cocinar, lavar, etc)– cuando sea necesaria<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> GRUPO DE TRABAJO “DEPENDENCIA” de la FUNDACIÓN ASTRAZENECA. Dir. Por Julio Sánchez Fierro. En *Libro Verde sobre la Dependencia en España*. Madrid, 2004, p.192. En [www.observatoriodeladiscapacidad.es](http://www.observatoriodeladiscapacidad.es)

<sup>50</sup> En este sentido, haría falta homogeneizar el panorama formativo actual, tanto con respecto a la denominación del puesto de trabajo, como con respecto a los contenidos, la duración y la titulación oficial de los estudios que se cursan sobre esta materia; IMSERSO;

A diferencia de las actividades tradicionales de los servicios de ayuda a domicilio<sup>51</sup>, el servicio del asistente personal profesional, además, apoya en las actividades fuera de la vivienda. Prestando en general, ayuda en todas aquellas tareas que las personas con discapacidad llevarían a cabo ellas mismas de no estar limitadas por las consecuencias de sus deficiencias funcionales. Se trata de cubrir apoyos en todas aquellas actividades y decisiones que uno no puede solventar por sí mismo de manera diligente, ni siquiera recurriendo a ayudas técnicas.

La función del asistente personal profesional consiste en apoyar una vida lo más autónoma posible en todas las actividades de la vida diaria. Sin la participación constante de un familiar, de un amigo, de un voluntario, o de la solidaridad ajena. Una asistencia que se centra en las posibilidades de cada persona individualmente considerada. Con la finalidad de buscar soluciones que permitan decidir y autocontrolar hasta donde sea posible, la capacidad de decisión y la forma de resolver los problemas habituales de las personas discapacitadas.

La dependencia que depende exclusivamente de la solidaridad voluntaria de una tercera persona –apoyo informal–, limita enormemente las posibilidades de desarrollo de las personas afectadas. La experiencia demuestra que un servicio de asistencia personal de estas características es absolutamente insuficiente e insatisfactorio. El apoyo informal no profesionalizado debe complementarse con la profesionalización del apoyo cualificado. Un apoyo que ayude en todas aquellas tareas, momentos y situaciones que demande cada usuario individualmente, y no bajo un programa general predefinido. Que respete el derecho de las personas afectadas a decidir sobre su propia vida hasta donde cada uno pueda hacerlo. Y que facilite la dedicación de las familias a sus tareas habituales. Que evite, en definitiva, que la convivencia con la persona dependiente se convierta en una carga para todos los miembros de la familia<sup>52</sup>.

El modelo de protección pública que propongo, debería contemplar una cobertura universal que alcanzase a todas las personas afectadas, sea cual fuere su capacidad económica; que fuese reconocido como un derecho subjetivo del interesado, al que la sociedad debería hacer frente poniendo los medios necesarios para garantizar su satisfacción, a través de un catálogo de prestaciones que de-

*Libro Blanco de la Dependencia*. Dir. Por Ángel Rodríguez Castedo. Madrid, 2005, pp. 49, 61, 63, 66 y 81. En <http://www.imsersomayores.csic.es>

<sup>51</sup> Este tipo de servicios parten de la consideración de que las necesidades de asistencia se restringen a la vida en el hogar, ignorando o dejando en el abandono la aspiración y el derecho de participación en la sociedad.

<sup>52</sup> FUNDACIÓN LUIS VIVES; *El Movimiento de Vida Independiente. Experiencias Internacionales*. Coord. Por J. Vidal García Alonso. Madrid, 2003, pp 111 a 114. En <http://www.forovida independiente.org>.

dicasen especial atención, también, a las personas con discapacidad intelectual. Un sistema que no anteponga de manera tan tajante la solidaridad de los parientes a la de la propia Administración; que no articule la intervención asistencial sobre la base de un férreo principio de subsidiariedad. Que en definitiva, sea respetuoso con los arts: 49 y 50 de nuestra Constitución. Los cuales se dirigen exclusivamente a los poderes públicos, para imponerles el deber de realizar políticas sociales que garanticen la atención especializada y el bienestar de los disminuidos y de las personas de la tercera edad. Obligación que deben cumplir con independencia de las obligaciones de la familia y conjuntamente con ésta. El deber va dirigido a los poderes públicos, no a la familia. Y este deber no es subsidiario respecto a las obligaciones familiares, sino complementario y paralelo; destinado a ayudar a la familia. La responsabilidad de financiar los servicios de atención a este colectivo de ciudadanos que carecen de recursos económicos corresponde de modo principal a la Administración. La solidaridad social debe caminar al lado de la solidaridad familiar, e incluso, actualmente, dadas las penosas condiciones en las que se encuentran muchas familias, debería ir por delante. El pretendido principio de subsidiariedad, en el que siempre ha descansado el esfuerzo del Estado, debe ser entendido de otra forma: la responsabilidad familiar es cada vez más subsidiaria respecto a la responsabilidad pública.

Debe tenerse en cuenta, además, que la expansión de los servicios de atención especializados, sería un factor importante de creación de empleo en nuestro País. Si se canalizasen parte de los recursos de que se dispone, para la formación y la contratación de asistentes cualificados, sus efectos sobre el empleo podrían ser cuantiosos e inmediatos<sup>53</sup>.

Un intento de revisar el precario sistema de atención tradicional en nuestro País, con el establecimiento de una serie de prestaciones que tienen por finalidad descargar al apoyo informal de tan ardua tarea, lo constituye la ya mencionada *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción a las personas en situación de dependencia*. Que configura un sistema universal de atención accesible para todos los ciudadanos, con independencia de su capacidad económica. La Ley establece un nivel mínimo de renta a partir del cual los beneficiarios han de contribuir a la financiación del servicio (copago) en función de su capacidad económica. Por debajo del mínimo, la persona está exenta de contribuir en la financiación. Establece, asimismo, un nivel máximo de contribución, que no superará, en ningún caso, el 90% del valor de referencia de la prestación asignada.

<sup>53</sup> CAYO PÉREZ BUENO, Luis; *La configuración de la autonomía personal y la necesidad de apoyos generalizados como nuevo derecho social*. En Vlex.com (versión de 20 de abril de 2011).

Es de destacar, que la Ley 39/2006, ha supuesto la creación de 165 mil empleos entre los años 2009 y 2010. De estos, un total de 123 mil puestos de trabajo se han creado en el ámbito específico de la atención a personas en situación de dependencia. Y 42 mil empleos indirectos en el resto de sectores productivos. Siendo la responsable de un descenso en -0'16 puntos porcentuales en la tasa de desempleo. Con el consiguiente ahorro considerable en prestaciones por desempleo<sup>54</sup>. Sin embargo, pese a las importantes ventajas y avances que esta Ley ha comportado, se constatan en ella, paralelamente, algunas deficiencias que convendría en un futuro solucionar. Para el aspecto que aquí nos interesa, las insuficiencias de la Ley 39/2006, se centran básicamente, por un lado, en la prestación económica *para cuidadores en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*, de su art.18. Y por otro, en la *prestación económica de asistencia personal*, de su art.19. El problema inicial que ambas prestaciones presentan, es que la Ley configura las prestaciones económicas con carácter excepcional y subsidiario; solo para cuando no sea posible la atención a la persona mediante alguno de los servicios del catálogo de su art.15, que tienen carácter prioritario. A ello se le añade que la prestación para el cuidador no profesional en el entorno familiar solo se asigna cuando se dan las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda que contempla la Ley en su art.14.4º, y así lo establece el Programa Individual de Atención. Cabe decir al respecto, que la excepcionalidad de la prestación resulta totalmente extraño en un País donde son las familias mayoritariamente las que realizan la asistencia personal de sus dependientes. Este pretendido carácter subsidiario no es acorde con la actual realidad de la sociedad española y los limitados recursos con los que cuenta para la satisfacción de este tipo de necesidades. También resulta contradictorio con uno de los principios básicos que consagra dicha Ley, consistente en la permanencia de la persona que se encuentra en esta situación, siempre que sea posible, en el entorno en que desarrolla su vida. Lo que se realiza más adecuadamente a través de este tipo de prestaciones económicas. Además, el establecimiento de esta prestación con carácter excepcional también se contrapone con el derecho del dependiente a decidir cómo quiere ser atendido.

Es de resaltar, pese a ello, como aspecto positivo tenido en cuenta por el legislador en esta prestación, la inclusión del cuidador no profesional en el régimen general de la Seguridad Social y las acciones de apoyo a él dirigidas, que incorporan programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso (art.18.3º y 4º).

<sup>54</sup> MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD; Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. 4 de noviembre de 2011. En <http://www.imsersomayores.csic.es>

A mi entender, la prestación económica y demás ayudas al cuidador no profesional no deberían ser concebidas con carácter excepcional. Pues está claro que en el futuro va a seguir constituyendo un elemento clave del sistema de protección a la dependencia. Además de ser la forma que sigue resultando elegida mayoritariamente por las personas carentes de autonomía para ser atendidas<sup>55</sup>.

En cuanto a la prestación económica de asistencia personal, configurada por la Ley con la finalidad de contribuir a la contratación de un asistente personal cualificado o profesional que facilite al beneficiario una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria, presenta el problema añadido de que va dirigida exclusivamente a las personas con gran dependencia. Es decir, a aquellas que presentan una pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial. No encajando, en consecuencia, con la figura de la asistencia que aquí se analiza, pensada precisamente, para aquellos supuestos en los que la persona padece una falta de autonomía mental menos grave o intensa. La prestación económica para la asistencia personal que consagra el art.19 de la Ley 39/2006, debería haber abarcado, asimismo, la atención a personas con grados de dependencia menos severos (también al grado I y al grado II). Para de esa forma, poder remunerar al asistente profesional nombrado por el Juez entre las personas llamadas por Ley al cargo de asistente, cuando no haya sido posible el desempeño del mismo por las personas que están llamadas por la Ley con carácter preferente. Lo ideal sería que en este supuesto, el Juez pudiese designar a un cuidador profesional cualificado. Esto es, a una persona formada y preparada especialmente para desempeñar este cargo, cuyo objeto de su profesión lo constituyen este tipo de actividades. Y que esta designación fuera puesta en conocimiento de la Administración Pública competente por el propio Juez que ha efectuado la designación. Sin perjuicio de la facultad que también tendrían el propio asistido y sus parientes de comunicar este hecho al órgano administrativo, con el objeto de que se tramite la mencionada ayuda económica y demás ayudas y apoyos públicos aparejados. Claro que ello, acabaría por convertir el mencionado cargo en remunerado. Cuando la Ley lo concibe con carácter gratuito. Pero cierto es, también, que pese a estar informado por el principio de gratuidad, la propia Ley, al regular los cargos tutelares, admite su remuneración cuando el patrimonio del sometido lo permita. Lo que, desde mi punto de vista, deja puerta abierta a la posibilidad planteada. Además, debe tenerse presente que las normas han de ser interpretadas adaptándolas a la realidad

<sup>55</sup> MONDÉJAR PEÑA, María Isabel; *La figura del cuidador no profesional en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia y su encuadre dentro de las instituciones de guarda. En Familia y Discapacidad*. Coord. Por Silvia Díaz Alabart. Madrid, 2010, pp. 207 a 209, 214 y 217.

social del tiempo en que han de ser aplicadas (art.3.1º CC). Lo contrario nos llevaría a negar una realidad social cada vez más acuciante y preocupante. Y a estancarnos en un sistema que ya no encaja en la realidad actual, o que ya no sirve para solucionar los problemas actuales en este ámbito. Lo expuesto me lleva a afirmar la necesidad de que la Ley 39/2006, deba ser modificada para solucionar los problemas mencionados. Como asimismo, y en coherencia con ello, también aquellos preceptos de nuestra normativa civil dedicados al procedimiento para el nombramiento del cargo tutelar (asistente) y a su ejercicio, con la finalidad de incluir las reformas pertinentes para conjugarlos con la Ley 39/2006.

Cabe decir también, que los servicios ofertados por esta Ley pecan de insuficientes. Porque no son lo suficientemente amplios como para adecuarse a las necesidades concretas de la persona afectada, ni a su libertad de elección. Aunque no son éstos los únicos problemas que presenta. Los ciudadanos que solicitan las ayudas se quejan también de lo mucho que se tarda en cobrarlas desde que se tramita la solicitud. Entre los problemas de gestión se destaca la demora con la que suelen aprobar tanto las resoluciones de concesión de ayudas como su disponibilidad efectiva. Se denuncia también la cantidad de certificados y de papeles necesarios para gestionar la solicitud<sup>56</sup>. Lo más grave, sin embargo, es que el desarrollo de la *Ley 39/2006*, se encuentra actualmente prácticamente paralizado, debido a la profunda crisis económica por la que atraviesa nuestro País. Muchas Comunidades Autónomas han disminuido considerablemente el número de beneficiarios registrados en el sistema. Pese al aumento imparable de personas que se encuentran en situación de acceder a él. Las Comunidades Autónomas están cerrando el grifo a las ayudas, al mismo tiempo que cada vez aumentan más las listas de espera. Lo que lleva a cuestionarnos la viabilidad financiera del sistema de atención a la dependencia. Y es que la sociedad solo puede esperar el modelo de bienestar que le permita sus ingresos, sus recursos y su actividad económica.

A día de hoy (18 de noviembre de 2011), el Sistema Nacional de Salud acumula ya una deuda con los proveedores sanitarios superior a los 15 millones de euros. Y las Administraciones autonómicas deben 1.268 millones de euros al sector de la dependencia. Los impagos ponen en peligro a más de 5.000 empresarios, 300 mil puestos de trabajo y un millón de personas en situación de dependencia que son atendidos diariamente. Habiéndose comprometido el Gobierno a financiar el 50% de la asistencia, resulta que a la hora de la verdad, su financiación no alcanza ni al 20%. Y sin dinero, el resultado es que

<sup>56</sup> IMSERSO; *Dependencia y familia: una perspectiva socio-económica*. En Colección Estudios. Serie Dependencia. Dir. Por Dolores Dizy Menéndez. Madrid, 2010. P.297 y 298. En <http://www.imsersomayores.csic.es>

actualmente hay una lista de espera de más de 300 mil dependientes<sup>57</sup>.

Otra de las carencias a destacar, es que la *Ley 39/2006*, no está pensada realmente para los enfermos mentales. Aunque en última instancia se incluyó a este colectivo bajo el paraguas de que daría cobertura a todas las discapacidades, el sistema está acusando deficiencias en la protección de estas personas. No hay un solo escalón para acceder a las ayudas en el que no tropiece la enfermedad psíquica. Quizá por este motivo, apenas están en el sistema solo entre un 1% y un 4% del total de las personas que padecen estas enfermedades en España. No llegan al sistema, no reciben las prestaciones, y lo que es más grave: no las solicitan. Las reclamaciones de ayuda de estos enfermos solo representan el 1% del total de las recibidas por dependencia. La solicitud es el primer obstáculo para estas personas. No acceden al sistema por desconocimiento o por estigma. A ello se le añade que el baremo que se utiliza para medir el grado de dependencia de los discapacitados mentales no calibra con corrección, pues se diseñó para medir la discapacidad física. Con las personas que presentan deficiencias mentales esta valoración no sirve. Porque la insuficiencia mental no lleva aparejada necesariamente la carencia anatómica, aunque sí la ejecutiva que les impide desempeñar funciones básicas de la vida diaria, a pesar de estar dotados físicamente para ello. Parece ser que este problema se solucionará con el nuevo baremo que se está diseñando, que en teoría, debe estar listo para el 2012. La prueba irrefutable de que el baremo actual no es eficaz con estas personas, es que se está reformando para ajustar la cobertura que merecen estos usuarios<sup>58</sup>.

La carencia de recursos económicos para sufragar los gastos que origina el desarrollo de la *Ley 39/2006*, está provocando el retorno al sistema tradicional anterior; un sistema en el que la atención a la dependencia se apoya fundamentalmente en la solidaridad familiar y en el voluntariado; un sistema que vuelve a dejar la mayor parte del peso en los familiares y en las pocas personas que de manera altruista estén dispuestas a prestar su apoyo. En definitiva; un sistema en el que el Estado solo juega un papel residual. Porque cuando ha pretendido reaccionar, ya ha sido tarde. En este sentido, la nueva regulación de la asistencia comporta un avance en los mecanismos de protección de la persona, pero un avance, a mi parecer, incompleto e insuficiente. Puesto que pese a las ventajas que reporta esta nueva institución, la misma ha sido diseñada partiendo otra vez del principio de solidaridad familiar, exactamente igual a como se encuentran diseñadas las instituciones de protección en la incapacita-

<sup>57</sup> El Economista.es. Diario de los empresarios, directivos e inversores. Viernes, 18 de noviembre de 2011.

<sup>58</sup> En <http://www.elpais.com>: 21-11-2011.

ción: patria potestad prorrogada y rehabilitada, tutela y curatela. En las que los mecanismos de apoyo del Estado brillan por su ausencia. Por tal motivo, si la situación económica no se reconduce y se pone remedio urgentemente a los problemas señalados<sup>59</sup>, los mencionados mecanismos de protección acabarán convirtiéndose, probablemente, en papel mojado. Por las enormes dificultades con que se toparán para poder cumplir su función por sí solos. Dando lugar a una situación muy preocupante y desoladora de personas necesitadas de una asistencia que no podrán tener.

## **6. Análisis de la institución de la asistencia en algunos países de nuestro entorno**

### **6.1. Francia**

La *sauvegarde de justice*, regulada en los arts: 433 a 439 del Código Civil francés, se configura como una medida de protección temporal, fundamentalmente para proteger a aquellos sujetos que padecen una alteración pasajera o disminución leve o puntual de sus facultades mentales. Pudiendo ordenarse también, como medida cautelar provisional previa a la constitución de la tutela o de la curatela, para un sujeto que se encuentra sometido a un procedimiento judicial de incapacitación.

Se trata de una institución de protección mínima, que ni origina ni presupone una incapacitación jurídica.

Puede ser ordenada por el Juez o por el Ministerio Fiscal tras la valoración del certificado médico correspondiente y la audiencia al sujeto afectado.

Es un régimen muy poco intrusivo en la autonomía personal y patrimonial, porque permite que la persona pueda seguir ejerciendo sus derechos y actuar en el tráfico por sí misma. Estableciéndose más cautelas en el aspecto patrimonial. En esta faceta –la patrimonial– en principio, las medidas de control que conlleva esta medida solo son: por un lado, la obligación de quienes estuviesen legitimados para pedir la constitución de la tutela, de realizar, bajo supervisión judicial, los actos de conservación que requiera la gestión del patrimonio de la persona protegida. La misma obligación compete al director del centro de tratamiento, o, en su caso, al que la aloje en su domicilio.

<sup>59</sup> Entre las reformas necesarias para conseguir la viabilidad de esta figura, propongo: las ayudas económicas al apoyo informal. Y la creación de la figura del asistente profesional extensible a las situaciones de disminución mental leve no incapacitante. Asimismo, debería procederse a realizar las modificaciones oportunas en los ordenamientos civiles para compaginar los mecanismos de protección con las ayudas estatales.

Y por otro, las acciones de anulabilidad, de rescisión y de reducción, que el ordenamiento pone al alcance del protegido para poder impugnar determinados negocios asumidos durante la vigencia de la medida, que resulten perjudiciales para sus intereses. Acciones éstas, que podrán ser ejercitadas también por sus herederos en el caso de que aquél falleciera dentro de los 5 años siguientes a su muerte.

Para el ejercicio de estas acciones los tribunales tendrán en cuenta, particularmente: la utilidad o no de la operación, el tamaño o consistencia del patrimonio de la persona protegida y la mala o buena fe de aquellos con quienes contrajo las obligaciones.

La acción de anulabilidad, con la finalidad de deshacer los efectos del negocio, será operativa cuando se pruebe la falta de la capacidad natural necesaria de la persona, en el momento de la celebración del negocio.

La acción de rescisión por lesión, permite rescindir aquellos contratos en los que se haya incurrido en un desequilibrio patrimonial substancial entre las prestaciones de las partes. La importancia de la lesión corresponde valorarla al Juez. La Ley no fija una determinada cuantía.

Y la acción de reducción por exceso, ejercitable cuando la persona protegida celebra un negocio que implica la realización por su parte de una prestación desproporcionadamente mayor a la cuantía de su fortuna<sup>60</sup>, tiene como finalidad lograr también su ineficacia.

En el caso de que el protegido hubiere ordenado un mandatario para la administración de sus bienes con anterioridad al establecimiento de la *sauvegarde de justice*, este mandato continuará vigente durante la salvaguardia. A menos que sea revocado o suspendido por el Juez, que deberá oír al mandatario. En todo caso, tras el establecimiento de la salvaguardia, el Juez puede designar a un mandatario especial para llevar a cabo uno o varios actos relativos a la gestión del patrimonio del protegido. El Juez puede atribuir a este mandatario la facultad para el ejercicio de las acciones de anulabilidad, de rescisión y de reducción. La persona bajo *sauvegarde de justice* no podrá, entonces, llevar a cabo aquellas actuaciones que hayan sido encomendadas al mandatario especial, bajo pena de nulidad.

La *sauvegarde de justice* finalizará por el transcurso del plazo para el cual haya sido fijada; por una nueva declaración médica hecha al Fiscal acreditativa de que ha cesado la situación anterior; por el cumplimiento de los actos para los cuales haya sido ordenada, y por la apertura de una medida de curaduría o de tutela.

<sup>60</sup> SANTOS MORÓN, María José; *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*. Madrid, 2000, p. 25.

## 6.2. Alemania

En Alemania, bajo la influencia de las nuevas corrientes psiquiátricas, se operó en 1992, por medio de la *Ley para la Reforma del Derecho de la Tutela y Curatela para mayores de edad*, una reforma legislativa que derogó los regímenes de la tutela y de la curatela de personas mayores, suprimiendo la institución de la incapacitación, que quedó sustituida por un único régimen; el de la asistencia (*Betreuung*), regulada en los arts: 1896 a 1908 del BGB. Cuya característica principal es la conservación de la capacidad de obrar del sujeto a ella sometido.

La principal finalidad de la reforma fue reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizando el respeto de sus derechos de la personalidad y en especial, el ejercicio de su derecho a la autodeterminación. De ahí, que uno de los principios que inspiran la nueva regulación sea el denominado *principio de necesidad*. En base al cual, solo debe someterse un sujeto al asistente (*Betreuer*) cuando no haya sido posible proteger sus intereses de otro modo. Debiendo extenderse únicamente su ámbito de actuación a aquellos asuntos que puntualmente lo requieran. Este ámbito dependerá de las circunstancias de cada caso, considerándose como a la patrimonial. Pudiendo abarcar, tanto funciones de representación (sustitución-equivalentes a las de un tutor) como de simple complemento de capacidad (asentimiento-equivalentes a las de un curador), según sea lo que el Juez valore como conveniente para el afectado<sup>61</sup>. En los supuestos en los que sea necesario el consentimiento del asistente para la validez del acto llevado a cabo por el asistido –supuestos de reserva de consentimiento–, la Ley contempla la posibilidad de que, aun así, el acto pueda ser realizado válidamente por el asistido por sí solo, sin el consentimiento previo del asistente, cuando le reporte utilidad o beneficio. Esta misma regla se aplica cuando la declaración de voluntad se refiere a un asunto de la vida diaria de poca importancia. De esta manera, la persona asistida conserva al máximo sus facultades de actuación en el tráfico jurídico. En la medida en que lo permita su capacidad natural.

El nombramiento del asistente se hace judicialmente; bien a petición de la propia persona, bien de oficio, cuando el Tribunal tenga conocimiento de la existencia de la situación necesitada de protección.

La *Betreuung* presupone la existencia de una enfermedad psíquica o de una discapacidad física, psíquica o mental, que impida al sujeto ocuparse total o parcialmente de sus asuntos. La sentencia

<sup>61</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen; *Las instituciones de protección de mayores de edad*. En *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*. Valencia, 2003, p. 275.

judicial que la establezca debe contener una clara delimitación de las competencias del Betreuer, que pueden extenderse únicamente a los bienes del asistido o solo al cuidado de su persona, o a ambas esferas<sup>62</sup>. Aunque se da más importancia a las cuestiones de carácter personal que a las patrimoniales<sup>63</sup>.

El sujeto afectado puede proponer a una persona para el desempeño del cargo de asistente. En cuyo caso, el Juez deberá respetar esta propuesta, excepto cuando resulte contraria a los intereses del sometido. Éste, también puede excluir a una persona concreta, y ello deberá ser tenido en cuenta por el Juez. Por lo que el asistente no podrá ser nombrado contra la voluntad del afectado. En el caso de que éste no propusiera a persona alguna para el nombramiento de asistente, el Juez tomará en consideración en la selección, primeramente, las relaciones de parentesco, especialmente, las relaciones con sus padres, hijos y cónyuge. Los cuales, están obligados a ejercer la asistencia de manera gratuita, excepto cuando no sean idóneos para el cargo. Ya sea por la existencia de conflictos de intereses con el asistido, o por cualquier otro impedimento relativo a su actividad profesional o circunstancias personales.

Solo en defecto de las personas indicadas o cuando no exista ninguna persona idónea que voluntariamente se preste para llevar a cabo la asistencia de manera no retribuida con fondos públicos, el Juez podrá elegir como asistente, bien al trabajador de una asociación de asistencia reconocida oficialmente<sup>64</sup>, bien a un funcionario especializado en asuntos de asistencia legal, o bien, a una persona física que se dedique a esta actividad de modo profesional, la cual tendrá derecho a una remuneración a cargo del patrimonio del asistido, y subsidiariamente, a cargo de los fondos públicos. De esta manera, el Código Civil alemán prevé que las funciones tutelares, que son ejercidas en última instancia por profesionales cualificados cuando no puedan ser ejercidas por las personas que no tienen derecho a retribución (parientes, allegados y familiares) primeramente llamadas por la Ley, sean remuneradas con cargo a los fondos públicos. En estos supuestos, la remuneración de los tutores o asistentes profesionales corre a cargo, en primer lugar, del patrimonio del sometido, y en su defecto, del erario público. El BGB se remite para las particularidades de esta retribución, a la regulación de la Ley especial de remuneraciones de los tutores y asistentes legales (art.1836 BGB).

<sup>62</sup> SANTOS MORÓN, María José; *op. cit.*, pp. 16 a 18.

<sup>63</sup> GARCÍA RIPOLL MONTIJANO, Martín; *La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo*. En *Actualidad Civil*. Dir. Por Xavier O'Callaghan Muñoz. N° 21. Año 1999-2. Madrid, p. 557.

<sup>64</sup> Que no tiene derecho a una remuneración con cargo a los fondos públicos, pero sí a ser indemnizada por los gastos que le acarree el ejercicio de la función, primeramente, a costa del patrimonio del sometido, y subsidiariamente, con cargo a los fondos públicos.

Se prevé que el Juzgado de Tutelas pueda nombrar a una pluralidad de asistentes, si se valora que de esta manera se pueden gestionar mejor los asuntos del asistido. En este caso, el Juez debe delimitar el ámbito de funciones que corresponde a cada uno.

El contenido de la asistencia comprende el deber de cuidar de los asuntos del asistido de manera que se procure su bienestar, con el alcance e intensidad que determine el Juez en la sentencia.

Para el desempeño de su función, el asistente siempre deberá tomar en consideración los deseos y aspiraciones del asistido. Salvo cuando sean contrarios a su interés y bienestar. En cuyo caso, el asistente podrá contradecirlos.

El asistente también debe hacer lo posible para contribuir a que la enfermedad o discapacidad del asistido disminuya o mejore; para evitar su empeoramiento o atenuar sus consecuencias.

En la esfera personal la Ley alemana expresa con detalle el tipo de actuaciones en las que no se permite la injerencia del asistente. Así, las declaraciones de voluntad dirigidas a contraer matrimonio o formar pareja de hecho, las disposiciones de última voluntad y cualesquiera otras para las que el Juez haya valorado la capacidad de obrar suficiente del asistido, podrán llevarse a cabo por éste por sí solo. Las comunicaciones telefónicas, la recepción, apertura y retención de su correo, solo formarán parte de las funciones del asistente si el Juez lo ha ordenado expresamente.

La esterilización del asistido solo podrá ser consentida por el asistente:

- cuando no contradiga la voluntad del asistido;
- cuando éste permanezca permanentemente en estado de incapacidad para dar su consentimiento;
- cuando existan muchas probabilidades de que sin esterilización se produzca un embarazo;
- cuando como consecuencia de ese embarazo sea de esperar un peligro para la vida o un grave perjuicio corporal o mental para el estado de salud de la embarazada, y
- cuando el embarazo no se pueda evitar por ningún otro medio. En los supuestos en los que el asistente esté facultado para prestar su consentimiento a la esterilización, requerirá la autorización previa del Juzgado de Tutelas.

La medida de internamiento del asistido por el asistente solo será lícita cuando a causa de una enfermedad o discapacidad psíquica del asistido, éste corra el peligro de suicidarse o de causar daños graves a su salud. O cuando sea necesaria una revisión médica, o curación o intervención médica que no se pueda llevar a cabo sin el internamiento, y el asistido, a causa de su enfermedad no pueda percibir la necesidad del internamiento. El internamiento consentido por el asistente requerirá la autorización previa del Juzgado de Tutelas.

No obstante, podrá prescindirse de esta autorización judicial previa cuando el internamiento deba llevarse a cabo con urgencia. En cuyo caso, la autorización deberá obtenerse posteriormente sin demora.

La medida de la asistencia no será necesaria cuando el asistido tuviere un apoderado para la gestión de sus asuntos, con facultades para actuar de manera tan eficaz a como lo haría un asistente. En este supuesto, el apoderamiento continuará vigente.

Se contempla la finalización de la asistencia por la remoción del asistente, que tendrá lugar, en general, cuando éste ya no esté en condiciones de gestionar los asuntos del asistido o exista cualquier otro motivo relevante para adoptar la remoción. Y por su revocación cuando desaparezcan sus presupuestos. También se extinguirá cuando lo solicite el asistido, si el asistente fue nombrado a petición suya, excepto cuando entonces sea exigible legalmente la ordenación de una asistencia de oficio, por concurrir en el asistido incapacidad de obrar.

La Ley alemana declara aplicables a la *Betreuung* algunos preceptos reguladores de la tutela, por sus analogías con ésta: así, por ejemplo, aspectos relativos a las excusas para el ejercicio del cargo, inventario del patrimonio del asistido, deberes de administración de sus bienes, actos de inversión de su dinero, disposiciones sobre créditos y títulos valores y autorizaciones para determinados negocios que inciden en la situación económica del asistido; responsabilidad del tutor frente al pupilo por los daños causados como consecuencia de la violación culpable de los deberes inherentes al cargo; el derecho del tutor al resarcimiento de los gastos por el ejercicio del cargo; los aspectos relativos a la remuneración del tutor<sup>65</sup>; los deberes de control, asesoramiento y vigilancia del Juzgado de Tutelas sobre la llevanza del cargo<sup>66</sup>, y el deber del tutor de informar al Juez cada vez que éste lo exija, sobre el ejercicio de la tutela y sobre la situación personal del pupilo, entre otros<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Al respecto cabe señalar, que la tutela se ejercita gratuitamente cuando su ejercicio no es profesional. Es decir, cuando es desempeñada por los parientes y familiares llamados por la Ley o por alguna otra persona idónea voluntariamente. Estos solo tendrán derecho a una remuneración cuando la extensión o las dificultades de los negocios que conlleve la función lo justifique, y siempre que el pupilo tenga recursos económicos. Contrariamente, cuando la tutela es desempeñada profesionalmente por una persona que se dedica como objeto de su actividad profesional a la realización de funciones de asistencia, entonces será remunerada con fondos públicos.

<sup>66</sup> El Juez asesora a los tutores, colabora en la instrucción de éstos respecto a sus deberes. Vigila la totalidad de sus gestiones y toma medidas contra las violaciones de sus deberes mediante órdenes y prohibiciones adecuadas. Pudiendo imponer al tutor la contratación de un seguro de daños que pudiera causar el pupilo.

<sup>67</sup> Interpretación basada en la traducción de LAMARCA MARQUÉS, Albert; *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2008.

### 6.3. Italia

En el Código Civil italiano, la medida de la asistencia –*Amministrazione di Sostegno*– introducida por la Ley de 9 de enero del 2004 (arts: 404 a 413 del actual Código Civil), se configura para la persona que por efecto de una enfermedad o de una discapacidad física o psíquica, se encuentra en la imposibilidad, incluso parcial o temporal, de actuar en su propio interés.

La medida, que puede ser temporal o por tiempo indefinido, puede ser establecida a solicitud del propio afectado o de alguno de los sujetos indicados en el art.417 del Código Civil italiano: cónyuge o conviviente estable de pareja, parientes dentro del 4º grado, parientes por afinidad dentro del 2º grado, tutor, curador o Ministerio Público. De otra parte, existen una serie de personas que se encuentran obligadas a solicitar la medida al Juez, o bien, a dar aviso de su oportunidad al Ministerio Público, cuando tengan conocimiento de los hechos que hagan oportuna la apertura del procedimiento: los responsables de los servicios sanitarios y sociales directamente relacionados con el cuidado y asistencia de la persona.

El procedimiento se inicia con demanda, que debe indicar: los datos del beneficiario, su domicilio habitual, las razones por las que se solicita el nombramiento del administrador de sustento, así como los nombres y domicilios, si son conocidos por el solicitante, del cónyuge, de los descendientes, de los ascendientes, hermanos y convivientes del beneficiario.

En este procedimiento, en el que siempre interviene el Ministerio Público, el Juez debe escuchar personalmente al afectado, teniendo en cuenta sus requerimientos y deseos. Y antes de llegar a un pronunciamiento, debe realizar de oficio, las comprobaciones médicas oportunas que le permitan valorar con exactitud e imparcialidad la capacidad de discernimiento del sujeto que va a ser sometido a la *Amministrazione di Sostegno*.

La designación del administrador de sustento puede recaer en la persona elegida por el mismo interesado, en previsión de su propia incapacidad futura. O en su defecto, en las personas llamadas por la Ley al ejercicio del cargo. Entre ellas, el Juez debe preferir en la elección: al cónyuge o conviviente estable, al padre, la madre, el hijo o hermano/a, al pariente dentro del 4º grado, o al sujeto designado por el padre supérstite en testamento, documento público o escritura privada autenticada. A falta de las personas indicadas, o cuando las mismas no sean consideradas idóneas para el ejercicio del cargo, el Juez puede llamar a otra persona física o jurídica que reúna los requisitos de la Ley.

En la resolución de nombramiento del administrador de sustento, el Juez debe especificar:

- la identificación de la persona beneficiaria y del administrador;
- la duración del encargo, que puede ser incluso por tiempo indeterminado;
- el objeto del encargo y los poderes del administrador;
- los actos en los que se requiere la intervención del administrador;
- los límites a los gastos que el administrador puede sostener en atención a su función, y
- la periodicidad con la que el administrador debe informar al Juez sobre la actividad desarrollada y sobre las condiciones de vida personal y social del beneficiario.

El nombramiento del administrador y su cancelación deben hacerse constar en el Registro Civil.

Una vez establecida la medida, el Juez, de oficio, podrá modificar o dejar sin efecto las decisiones asumidas en la resolución judicial de nombramiento. Y si la duración del encargo es por tiempo determinado, el Juez podrá prorrogarlo, incluso de oficio, motivadamente.

Las funciones del administrador de sustento pueden consistir en representar o bien solo en complementar la capacidad de obrar del sometido, en todos aquellos actos para los cuales éste carezca de la capacidad natural necesaria, según se valore en el procedimiento.

En el desarrollo de sus funciones el administrador de sustento debe tener en cuenta, en todo momento, las necesidades y aspiraciones del beneficiario. E informar al Juez, en el caso de desacuerdo con éste. En cualquier caso, en los supuestos de conflictos de intereses (desacuerdos) entre el administrador y el beneficiario, o de actos llevados a cabo por el administrador que puedan resultar dañosos para el sometido, o de negligencia en el desempeño de sus funciones, o de desatención de los requerimientos del beneficiario, éste, el Ministerio Público o los sujetos indicados en el art.417 del Código, pueden recurrir al Juez, el cual deberá adoptar las medidas oportunas en interés del sometido.

Los actos llevados a cabo por el administrador de sustento en violación de las disposiciones legales o extralimitándose en los poderes conferidos por el Juez, pueden ser anulados a solicitud del administrador, del Ministerio Público, del beneficiario o de sus herederos. También podrán ser anulados los actos realizados por el beneficiario personalmente, en violación de las disposiciones legales o de la resolución judicial que dispone la necesidad de la intervención del administrador, a solicitud de éste, del beneficiario o de sus herederos. La acción prescribe a los 5 años contados desde el momento en el que cesa el estado de sujeción a la medida.

Cuando el beneficiario, el administrador, el Ministerio Público o alguno de los sujetos indicados en el art.417 del Código, consideren que existen los presupuestos para la cesación de la *Amministrazione*

*di Sostegno*, o para la sustitución del administrador, podrán instar de manera motivada al Juez la decisión. El Juez procederá incluso de oficio, a la declaración de cesación de la *Amministrazione di Sostegno* cuando esta no sea idónea para la plena protección del beneficiario. En tal hipótesis, si se considera que debe promoverse un juicio de interdicción (incapacitación) o de inhabilitación (nombramiento de un curador), el Juez debe informar al Ministerio Público a fin de que proceda. En este caso, la *Amministrazione di Sostegno* cesa con el nombramiento del tutor o del curador provisional, o con la declaración de interdicción o de inhabilitación.

En general, el Código Civil italiano declara aplicables a la figura de la *Amministrazione di Sostegno* las disposiciones de la tutela, en la medida en que resulten compatibles con aquélla. Entre ellas: la excusas para ser tutor, las causas de ineptitud, la necesidad de recabar la autorización judicial previa para determinados actos de trascendencia económica, la nulidad de las disposiciones testamentarias y de las donaciones del sometido a favor del tutor antes de que sean aprobadas las cuentas de la tutela, entre otras<sup>68</sup>.

#### 6.4. Holanda

El Código Civil Holandés, distingue dos tipos de medidas de protección para adultos:

- la *tutoría de protección* (mentor), para la faceta personal, regulada en el Título 1-20 del Libro 1, dedicado al “Derecho de la Persona y de la Familia” (arts: 01:450 a 01:461), y
- la *administración fiduciaria*, para la faceta estrictamente económica o patrimonial de la persona, regulada en el Título 1-19 del Libro 1, dedicado al “Derecho de la Persona y de la Familia” (arts: 01:431 a 01:449).

Los motivos que originan el establecimiento de ambas medidas de protección, radican en la imposibilidad del adulto de cuidar de sus propios intereses personales o financieros, debido a su condición física o mental, temporal o permanente.

Tratándose de una *tutoría de protección*, también podrá ser solicitada cuando no estando incurso en la causa originadora de la misma en el momento de su solicitud, se prevea o sea de esperar, que en un futuro inmediato, el adulto se pondrá en una situación personal que da lugar a esta medida de protección.

<sup>68</sup> Interpretación del Código Civil italiano basada en la traducción a cargo del abogado ROJAS JAÉN, Juan. En <http://www.es.scribd.com>.

Las personas legitimadas para solicitar estas medidas son: el propio afectado, su cónyuge, conviviente estable de pareja o compañero de vida, los parientes consanguíneos en línea directa o colateral hasta el 4º grado, el tutor, el administrador fiduciario (en el caso de estar nombrado), el mentor (en el caso de estar nombrado), la persona o institución que gestione la salud del enfermo o el Ministerio Público. No obstante, cuando se trate de un supuesto en el que la situación de impedimento en la faceta personal deba producirse en un plazo inmediato, la *tutoría de protección* solo podrá ser solicitada por el propio interesado.

En el nombramiento del mentor o del administrador, el Juez debe atender, en primer lugar, a las preferencias explícitas del adulto. A menos que existan razones profundas o contundentes para oponerse al candidato propuesto por aquél. En defecto de persona propuesta por el adulto, el Juez deberá preferir: al cónyuge, conviviente estable de pareja o compañero de vida. Y por último, y en defecto de los anteriores: a los padres, hijos y hermanos.

Las funciones del tutor/mentor en la faceta personal consistirán en representar al adulto en todos aquellos actos relacionados con su cuidado, tratamientos médicos y apoyo generalizado en todos los actos de naturaleza personal, excepto en los casos en los que dicha representación se excluya. Existiendo un control judicial permanente. En la faceta patrimonial, al administrador le corresponde gestionar los activos y patrimonio del adulto de manera eficiente, procurando su máximo rendimiento, en todos aquellos actos sometidos a la medida de protección. Estando obligado a rendir cuentas al Juez de su administración en la periodicidad que se establezca. Cabe la posibilidad de que puedan nombrarse 2 ó más administradores, si el Tribunal lo considera conveniente para la correcta gestión de los bienes. Cada uno de los cuales, solo podrá realizar las actividades comprendidas en su ámbito de administración.

Los titulares de las medidas de protección deben informar al adulto de todos los actos que le conciernan, e involucrarlo, al máximo posible en sus funciones. En general, deberán permitir e impulsar que el adulto lleve a cabo los actos por sí mismo, cuando consideren que es capaz de hacer una evaluación razonable de sus intereses.

El tutor y el administrador responderán frente al adulto cuando no cuiden de sus intereses de manera diligente.

Se contempla para ellos una indemnización por los gastos ocasionados por el ejercicio del cargo. Y además, una remuneración que irá a cargo de los recursos económicos del adulto, que fijará el Juez, siempre que dichos recursos lo permitan.

La *tutoría de adultos* y la *administración fiduciaria*, finalizan, principalmente, al expirar el período de tiempo para el que fueron establecidas, cuando el adulto fallece o cuando desaparecen los motivos que dieron lugar a las mismas, a petición del adulto, del tutor o del administrador, o del Ministerio Público.