

Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con Alzheimer



El presente estudio ha sido financiado gracias a la Fundación PwC y realizado por el Departamento de Derecho Público de Landwell-PwC

Autores:

Rodrigo Marrero Macías
Ignacio San Juan Vilches
Ottón Sanchez Vizcaíno Valdés
Pablo Toral Oropesa
Pedro Molina Prados
María Bolós Larios

Coordinación

Rodrigo Marrero Macías

Dirección

José Luis Beotas López
José Miguel López García

“El olvido está lleno de memoria”

Mario Benedetti

Índice

Capítulo 1. Procedimiento de incapacitación	7
Capítulo 2. Instituciones de guarda de la persona con discapacidad	23
Capítulo 3. Internamiento no voluntario	39
Capítulo 4. Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas	53
Capítulo 5. Protección patrimonial de las personas con discapacidad	69
Capítulo 6. Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	83
Capítulo 7. Ámbito laboral	99
Capítulo 8. Protección frente a los malos tratos	121
Capítulo 9. Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia	137
Capítulo 10. Toma de decisiones difíciles	151

Capítulo 1

Procedimiento de incapacitación



CONTENIDOS

1. Concepto de discapacidad
2. Concepto de incapacitación
 - A. Capacidad jurídica
 - B. Capacidad de obrar
 - C. Incapacitación
3. Protección constitucional de la discapacidad
 - A. Previsiones constitucionales
 - B. Principales normas de España de protección a las personas con discapacidad
4. Procedimiento de incapacitación
 - A. Principios inspiradores del procedimiento de incapacitación
 - B. Las personas con discapacidad como titulares de la tutela judicial efectiva
 - C. Legitimación activa
 - D. Competencia
 - E. Trámites

Resumen de los principales puntos del tema

1. Concepto de personas con discapacidad:

Aquellas personas que tengan 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.

2. Incapacitación:

Es el procedimiento judicial por el cual un juez declara mediante sentencia la incapacidad de una persona para la realización de determinados actos. Puede ser de carácter total (personal y patrimonial) o parcial (patrimonial), siendo necesaria la figura del tutor o del curador para complementar la capacidad de la persona declarada incapaz.

3. Protección constitucional de la discapacidad:

La Constitución española, la norma de más alto rango en nuestro país, recoge la protección de las personas con discapacidad en sus artículos 49, 14 y 9, en los cuales se regula la obligación de los Poderes públicos de fomentar la integración de todos los ciudadanos, así como el principio de igualdad.

4. Principales normas de España de protección a las personas con discapacidad:

En nuestro país se ha ido desarrollando distinta normativa según los mandatos constitucionales. De la misma es necesario destacar dos: i) Ley 3/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos: sus principios guían toda la normativa en materia de discapacidad; ii) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad de las Personas con Discapacidad.

5. Procedimiento de incapacitación:

Es el procedimiento judicial por el cual se procede a averiguar si la persona para la que se pide la incapacitación reúne los requisitos que exige la Ley para poder ser declarada como tal.

1. Concepto de discapacidad

La definición del concepto de discapacidad ha sido objeto de numerosas construcciones doctrinales y terminológicas a lo largo de la historia, debido principalmente a que ni el concepto ni el término han resultado satisfactorios para describir la situación que tratamos en el presente punto del tema.

En primer lugar conviene recordar lo que establece la Real Academia Española, que define el concepto de “discapacitado” como: *“dicho de una persona: que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”*.

No obstante, con el tiempo y la lucha constante y efectiva de las personas con discapacidad, se ha conseguido ir abandonando la utilización de “discapacitado” (una acepción que podría ser considerada negativa), sustituyéndola por “personas con discapacidad” o “personas discapacitadas” (fórmula menos utilizada), además de ir definiendo el concepto y adaptando la terminología a la realidad actual: de esta forma se han superado conceptos y terminología asociada que adolecían de un suficiente grado de objetividad, imparcialidad y descripción.

A modo de precedente histórico, de los esfuerzos internacionales que se han venido produciendo debemos destacar que en el año 1980 la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una clasificación general y comprensiva de lo que debía entenderse por discapacidad, que iba desde las causas médicas y de salud hasta llegar a las manifestaciones últimas en la vida diaria. Esta clasificación, conocida como CIDDM (Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías), ha sido de gran valor durante todo este tiempo, habiendo tenido gran repercusión en esferas como la rehabilitación, la educación, la política, la normativa, etc.

Esta primera clasificación de la CIDDM diferenciaba:

1. **Deficiencias:** que se presentan en lo corporal, fisiológico u orgánico.
2. **Discapacidades:** entendidas como la restricción en la/s actividad/es de un individuo debido a cualquier deficiencia.
3. **Minusvalías:** entendidas como situaciones desventajosas, derivadas de deficiencias o discapacidades, que limitan o impiden la participación social en niveles considerados normales.

Sin embargo, muchas personas con discapacidad mostraron su falta de identificación con la clasificación enunciada, por lo que la OMS decidió someterla a una revisión y reformulación conceptual que se expresa en la CIDDM-2¹ o CIF. El primer cambio que introdujo esta Resolución es el documento denominación “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”.

De esta manera, se pretendió que los términos “funcionamiento” y “discapacidad” fueran genéricos y que abarcasen tres dimensiones: i) funciones y estructuras corporales; ii) actividades en el nivel individual; iii) participación en la sociedad.

En el ámbito español, se ha podido observar cómo la terminología empleada para las personas con discapacidad (que incide directamente en el concepto) ha ido sufriendo igualmente una transformación y adaptación, tanto a las influencias internacionales, como a los esfuerzos de las distintas entidades representativas de las personas con discapacidad.

De este modo, hemos pasado de la terminología empleada por la Constitución española de “disminuidos” (art. 49), a la Disposición Adicional Octava de la Ley 39/2006, de Promoción de la

¹ Aprobada por Resolución WHA54.21.

Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que establece lo siguiente:

“Terminología.

Las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’.

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”.

En último lugar, debemos destacar el concepto actual de lo que se entiende por persona con discapacidad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional; este concepto viene definido en el artículo 1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan 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”.

2. Concepto de incapacitación

En el Ordenamiento jurídico español se diferencia entre “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”, conceptos que son necesarios distinguir y aclarar para poder obtener un concepto preciso del significado de incapacitación.

A. Capacidad jurídica

La **capacidad jurídica** parte de que toda persona, por el mero hecho de serlo, es sujeto de derechos y obligaciones a lo largo de toda su vida.

Parte esta concepción del artículo 29 del Código Civil que estipula que: “*El nacimiento determina la personalidad [...] y tal y como han recogido las profesoras Elena Comes Muñoz y Blanca M.ª Escalonilla Morales, “entronca con los principios de igualdad y dignidad que la Constitución española reconoce a todo ser humano”.*

Por esta razón, los principales caracteres de la **capacidad jurídica** son los siguientes:



A la luz de las características enunciadas, la capacidad jurídica la tiene toda persona independientemente de sus circunstancias o condiciones personales, las cuales no tendrían incidencia alguna a la hora de ser sujeto de derechos y obligaciones en el tráfico jurídico.

Ejemplo

Imaginemos una persona con Alzheimer la cual, por la evolución propia de esta enfermedad, ha llevado a que la misma no sea consciente de su persona, su familia y su patrimonio.

Estas condiciones particulares que rodean a la persona no afectan en modo alguno a que siga manteniendo la titularidad de sus propiedades y las obligaciones que estas conllevan: pago de impuestos, tasa de basuras, etc.

De esta forma su **capacidad jurídica** no se ve afectada en modo alguno por las circunstancias de la persona.

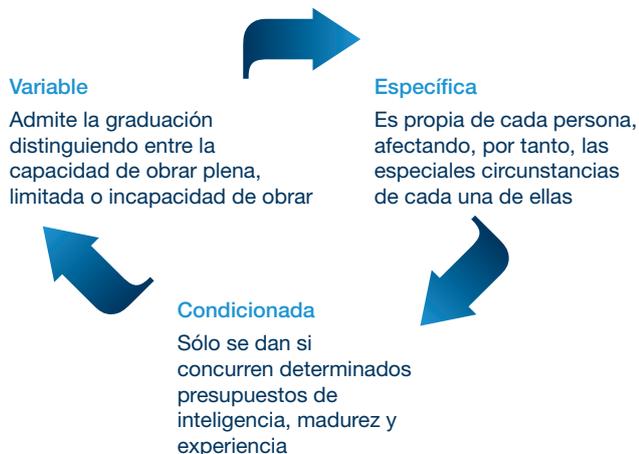
De esta manera, podemos afirmar que la discapacidad puede afectar a la capacidad de obrar (en contraste con la capacidad jurídica, que es inmutable). Sin embargo, la limitación de la misma no puede operar automáticamente, sino que se necesitará bien una **sentencia** que lo disponga expresamente o bien una **previsión legal** (como ocurre en caso de los menores de edad).

En conclusión: quien carece de una capacidad natural de autogobernarse, por cualquier circunstancia natural, ostentará plenamente la capacidad jurídica, pero podrá ver limitada su capacidad de obrar.

B. Capacidad de obrar

La **capacidad de obrar** se define como la posibilidad de realizar actos jurídicos con validez en el tráfico jurídico, teniendo por lo tanto no sólo validez sino eficacia.

Los principales caracteres de la **capacidad de obrar** vienen enunciados por las profesoras Elena Comes Muñoz y Blanca M.ª Escalonilla Morales, siendo los que se recogen en el siguiente diagrama:



Las circunstancias particulares de cada persona pueden afectar directamente en la capacidad de obrar: pueden llevar a la limitación de la misma.

C. Incapacitación

Una vez que se han diferenciado tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar es necesario identificar qué es lo que se entiende por incapacitación.

Tal y como se ha expuesto en el punto anterior, la capacidad de obrar puede ser condicionada y limitada si las condiciones de la persona así lo requieren y lo decide un juez.

De este modo, la incapacitación viene configurada en nuestro Ordenamiento jurídico como una limitación parcial o absoluta de la capacidad de obrar que tiene que ser declarada judicialmente mediante sentencia (art. 199 del CC).

Sin embargo, es necesario que se den los motivos que recoge el Código Civil en su artículo 200: la presencia de *“enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*.

En otras palabras, cuando una persona no pueda gobernarse a sí misma por causa de una enfermedad o discapacidad de cualquier tipo, se puede iniciar un procedimiento judicial de incapacitación, mediante el cual será el juez el que decida si efectivamente se dan las causas para la incapacitación y las consecuencias que esta tendrá para los actos realizados por la persona.

3. Protección constitucional de la discapacidad

A. Previsiones constitucionales

La Constitución española de 1978 establece en su artículo 49 un precepto específico de protección para las personas con discapacidad, expresándolo de la siguiente manera:

“Los Poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Esta previsión constitucional fue pionera, junto con la Constitución de Portugal, en incluir dentro de su texto un artículo mediante el cual se establece un mandato expreso a los Poderes públicos para que establezcan una política activa en la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Hasta ese momento era, cuanto menos, no habitual, que los textos constitucionales dedicaran alguno de sus preceptos a las personas con discapacidad, abriendo una puerta a los textos constitucionales posteriores a recoger previsiones en este tema, en mayor o menor medida.

El referido artículo 49 de la Constitución española se integra dentro de los “Principios Rectores de la Política Social y Económica” y no dentro de los “Derechos y Libertades Fundamentales”.

Los “Principios Rectores de la Política Social y Económica” son aquellos que deben inspirar la acción de los Poderes públicos en su gestión a favor del interés común.

Esto no debe llevar a pensar, en ningún caso, que nos encontramos ante una mera declaración de intenciones carente de sustrato material, es decir, que los derechos de las personas con discapacidad no están estructurados y protegidos como ocurre con otros dentro del texto constitucional.

Esta condición de principios rectores debe ser considerada tal y como establece el artículo 53.3 de la Constitución:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

La importancia de este artículo (que vincula directamente a todos los Poderes públicos en sus actuaciones) resulta a todas luces indudable, puesto que se debe recordar que en un tema como la protección a los derechos de las personas con discapacidad están implicados todos los Poderes del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

En este sentido, la actuación de los Poderes públicos debe garantizar entre otros los siguientes principios para la defensa de los intereses de todos los ciudadanos:

- **El principio de igualdad, no discriminación y cohesión social**

El artículo 14 de la Constitución española reviste una especial importancia para el tema que tratamos, puesto que consagra el Derecho a la igualdad, formal y material, en los siguientes términos:

² Los profesores Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios han clarificado este aspecto de la siguiente manera: “Pero esta condición de informadores de estos principios en absoluto es retórica [...]. El artículo 53.3 CE impide considerar tales principios como normas sin contenido, obligando a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes, como también ha dejado clarificado el propio Tribunal Constitucional (SSTC 19/1982, de 5 de mayo; 15/1989, de 26 de enero; 14/1992, de 10 de febrero). Efectivamente, el citado Tribunal Constitucional considera que estamos ante unos principios que obligan al legislador (STC 172/1989, de 19 de octubre) y al conjunto de los Poderes públicos (STC 83/1984, de 24 de julio) y han de informar la práctica judicial (STC 14/1992, de 10 de febrero)”.

“Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Como se desprende del anterior artículo, la virtualidad del artículo 14 no se agota con el concepto general de igualdad, sino que presta una especial atención a determinados tipos de discriminación que históricamente han producido unas desigualdades muy significativas, entre ellas, cualquier circunstancia personal (que puede ser entendida como la discapacidad que, en mayor o menor medida, puede acompañar a una persona).

Además, el artículo 9.2 de la Carta Magna estipula:

“Corresponde a los Poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Pues bien, de la lectura de estos dos artículos se desprende la consagración de los principios de igualdad y no discriminación, íntimamente relacionados, puesto que la actitud que obedece a un propósito claramente discriminatorio conculcará obligatoriamente el Derecho a la igualdad (entre otros) y el principio de cohesión social que pretende la mejora de la calidad de vida de las personas.

De esta manera la obligación de promover las condiciones de igualdad efectiva y real en todos los campos de la vida es un mandato y, por lo tanto, una obligación de todos los Poderes públicos del Estado.

En definitiva este principio trata de remover todos los obstáculos para conseguir la igualdad efectiva.

- **La participación en la sociedad de las personas con discapacidad**

La participación, configurada como un derecho esencial de cualquier persona, cobra especial importancia en el ámbito de las personas con discapacidad: sólo en su virtud se puede alcanzar la efectiva integración y defensa de los derechos de estas personas.

Ello implica que para que realmente se consiga una mejora sustantiva en la calidad de vida de las personas con discapacidad es necesario que, dentro de los órganos legislativos o representativos (por ejemplo, mediante su inclusión en comités o conferencias sectoriales), este colectivo tenga presencia propia.

Lo que determinará, entre otras cosas, que las medidas que se puedan adoptar en el seno de las actividades públicas se ajusten y adapten de manera más realista a las necesidades de las personas con discapacidad.

B. Principales normas de España de protección a las personas con discapacidad

Tal y como hemos enunciado en este tema, el punto de partida del desarrollo legislativo en materia de defensa de los derechos de las personas con discapacidad viene del artículo 49 de la Carta Magna.

Por lo tanto, desde la aprobación de la Constitución se ha venido desarrollando una labor legislativa que comenzó con la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (conocida como LISMI).

Esta Ley se caracteriza porque trata de aunar toda la actuación institucional pública en favor de las personas con discapacidad y sus familias. Por esta razón, ha venido siendo considerada como una Ley marco, en el sentido que establece los principios que han de guiar toda la normativa y posteriores actuaciones en materia de discapacidad.

Establece esta norma en su artículo 3 que:

“Los Poderes públicos prestarán todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos que les reconoce esta Ley, constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social”.

Esta obligación corresponde, en función de su ámbito de competencias tanto a la Administración General del Estado, como a las Comunidades Autónomas, entidades locales, sindicatos, entidades y organismos públicos y las asociaciones y personas privadas.

Mediante esta norma se pretende, por tanto, la verdadera integración de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida: educativo, cultural, laboral y social.

En el desarrollo legislativo de nuestro país, otra norma de especial importancia es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (conocida como LIONDAU).

Esta norma que completa la anterior fue dictada 20 años después de la LISMI e introduce nuevos conceptos de discriminación e igualdad de oportunidades, esto es, amplía el abanico de supuestos que tienen la consideración de discriminatorios a la vez que describe nuevas garantías para las personas con discapacidad.

Además, los Poderes públicos, conscientes del peligro de dictar normas en cierto modo abstractas y generalistas, recogen de manera expresa en sus disposiciones finales mandatos de desarrollo de la norma y su aplicación en fases y tiempos.

Resulta especialmente destacable de la norma su artículo 2, que resalta la aptitud de las personas con discapacidad para poder llevar una vida autónoma introduciendo el concepto de vida independiente en los siguientes términos:

“La situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad”.

Así, la persona con discapacidad pasa a ser conceptualizada únicamente como aquella integrante de un colectivo que debe protegerse y entenderse como una persona capaz de llevar a cabo labores y participar en similares términos que el resto de la sociedad en la vida activa y productiva.

4. Procedimiento de incapacitación

En este cuarto punto del tema se tratará todo el procedimiento de incapacitación, para lo cual es necesario trazar una breve introducción explicativa que despeje las dudas en relación a su objeto, quién puede declararla y su finalidad.

Objeto

La incapacidad es una situación derivada de una enfermedad o discapacidad física o psíquica, de carácter permanente, que priva a algunas personas de su capacidad de obrar.

Como medida de protección de estas personas que no poseen una voluntad consciente y libre, ni suficiente discernimiento para adoptar las decisiones adecuadas en la esfera personal y/o en la de administración de sus bienes, la Ley ha previsto la declaración de incapacidad.

Quién puede declararla

Al tratarse de un asunto de una importancia capital en la esfera más íntima de las personas y con consecuencias tan trascendentes, el Ordenamiento jurídico determina que la incapacitación sólo puede declararla un juez mediante sentencia, tras haberse tramitado el oportuno procedimiento judicial.

...

... Las causas para poder declarar a una persona como incapacitada vienen recogidas en el Código Civil (art. 200), que, si bien no determina las enfermedades o deficiencias que dan lugar a la incapacitación, exige como requisitos ineludibles que las mismas sean persistentes en el tiempo, no meramente temporales, y que impidan a la persona gobernarse.

Finalidad

La declaración judicial de incapacitación hay que entenderla en un sentido positivo y protector de la persona, pues tiene por finalidad posibilitar que personas que o bien carezcan de capacidad suficiente de obrar o con su capacidad disminuida, puedan actuar a través de sus representantes legales o con la debida asistencia, buscando siempre la protección jurídica y, en definitiva, el mayor beneficio de los mismos.

A. Principios inspiradores del procedimiento de incapacitación

El procedimiento de incapacitación es contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil³ (en adelante LEC), regulado como un cauce procesal específico (arts. 748 y ss.) para sustanciar y conocer la acción de incapacitación.

De estos artículos se desprende una serie de principios que inspiran y guían el mismo, los cuales han sido tratados por las profesoras Elena Comes Muñoz y Blanca M.^a Escalonilla Morales y son los siguientes, que serán expuestos de manera muy breve:

1. Principio de especialidad

Es un proceso de carácter especial puesto que, si bien se remite al juicio verbal⁴ (un tipo de procedimiento más sencillo) para su sustanciación, tiene sus propias características y rasgos que le aportan esa especialidad.

2. Principio de legalidad, potestad exclusiva de la jurisdicción o “proceso debido”

Estos principios explican la premisa fundamental que se ha indicado en la introducción de este punto y que no es otra que nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial, previo procedimiento y en virtud de las causas establecidas por la Ley.

3. Principio del interés del presunto incapaz demandado o del mayor beneficio del discapacitado

Este principio se vincula a dos notas características: la necesidad y la proporcionalidad. Esto viene motivado a que el beneficio de la persona sujeta a una posible incapacitación exige que se acredite la necesidad de la incapacitación para su adecuada protección y la proporcionalidad entre la restricción que conlleva la declaración de incapacidad, junto con el beneficio que supondría para el mismo.

4. Principio de oficialidad de la acción o carácter inquisitivo del proceso

Este principio significa que, por el interés público que tiene la protección del beneficio de la persona presuntamente incapaz, siempre intervendrá preceptivamente el Ministerio Fiscal (art. 749 de la LEC). Además, se hará una búsqueda de la verdad material (de la situación real de la persona), siendo

² Ley 1/2000, de 7 de enero.

³ La Ley de Enjuiciamiento Civil recoge dos tipos de procedimientos declarativos: el juicio verbal y el juicio ordinario.

el propio juez el que puede acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, al margen de las aportadas por las partes.

Igualmente existirá flexibilidad en la aportación y práctica de las pruebas, así como indisponibilidad del objeto del proceso . Como consecuencia de todo ello existe una atenuación de la necesidad de congruencia de la sentencia, esto es, que el juez podrá tomar las medidas que estime más beneficiosas para la persona, cualquiera que fueran las peticiones de las partes.

5. Principio de contradicción

Este principio explica que el procedimiento de incapacitación se configura como un proceso en que existen dos partes, el demandante o actor, que sería la parte que solicita la declaración de incapacitación para su familiar, y la demandada, siendo esta la persona sujeta al proceso de incapacitación. Ambas con su propia representación (abogado y procurador).

Sin embargo, si el demandado –el presunto incapaz– no se presentara asistido por abogado y procurador, o no asistiera, podrá asistirlo el Ministerio Fiscal, siempre que no sea el promotor de la demanda, o el defensor judicial que se le nombre si no hiciera uso de su derecho a personarse y oponerse.

B. Las personas con discapacidad como titulares de la tutela judicial efectiva

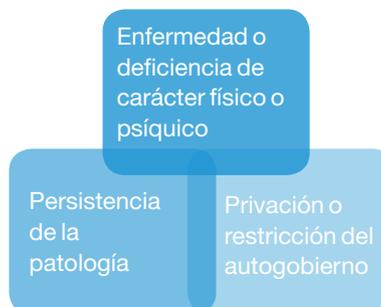
En este apartado se analizará qué personas pueden ser sujetos de declaración de incapacitación y cuáles son los requisitos que se vienen exigiendo tanto por la normativa como por la jurisprudencia para que el juez, mediante sentencia, proceda a la incapacitación.

En primer lugar tenemos que establecer como premisa fundamental que las personas con discapacidad no son sujetos de un procedimiento de incapacitación por el mero hecho de la discapacidad. Es necesario que se den una serie de presupuestos que incidan directamente sobre su posibilidad de autogobernarse.



Una vez sentada esta premisa fundamental, que deberá tenerse en cuenta a lo largo de todo el tema para una correcta comprensión, se procederá a realizar un análisis de los criterios que se tienen en cuenta por parte de los jueces para la declaración de la incapacitación.

En primer lugar, debemos volver a citar el ya mencionado artículo 2006 del Código Civil, que define las causas de incapacitación, siempre como *numerus apertus* (no son las causas únicas) con una concepción más jurídica que técnico médica, y que son las siguientes:



⁶ “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

⁵ Esto significa que no cabe la renuncia, allanamiento, transacción ni arbitraje y el desistimiento exige la conformidad del Ministerio Fiscal.

El significado concreto de estos caracteres es el siguiente:

Enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico

En primer lugar es necesario clarificar lo que se entiende jurídicamente por “*enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico*” puesto que como ya hemos dicho, no es lo mismo el concepto médico que el jurídico.

De hecho, si bien es necesario que exista una enfermedad o deficiencia, no es esencial que el diagnóstico médico (enfermedad concreta) sea claro, siendo suficiente la existencia de una patología acreditada, persistente e invalidante.

El Tribunal Supremo ha dictaminado que se entienden por “*enfermedad o deficiencia*”: “*Aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanencial y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en la conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes*”⁶.

Se desprende de este pronunciamiento judicial que la enfermedad o deficiencia: i) debe afectar la capacidad volitiva, es decir, la voluntad; ii) ha de inhabilitar para el ejercicio de los derechos civiles.

De este modo se tiene que tener en cuenta que las circunstancias de la persona sólo serán valoradas cuando limiten o, en su caso, anulen la capacidad de autogobierno.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la nueva línea jurisprudencial se está viendo afectada por la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que va a influir desfavorablemente a este tipo de apreciaciones, algo que será tratado en el presente curso.

Persistencia de la patología

La persistencia o previsión de la misma explica que las personas que ven limitada o anulada su capacidad de autogobierno por motivos de enfermedad o deficiencia con carácter temporal no pueden ser sujeto de un proceso de incapacitación.

La persistencia debe ser entendida como una permanencia continuada en el tiempo, e incluso, de carácter progresivo, en el caso de las demencias, donde se encuentra el Alzheimer, que suele encuadrarse dentro de estos casos.

En este sentido, es necesario precisar que en lo relativo a los intervalos lúcidos que se dan en determinadas enfermedades y que tienen una manifestación cíclica, la jurisprudencia ha declarado que pueden ser causa de incapacitación.

Todo ello va encaminado a la protección de la persona, de tal manera que cuando el carácter no sea permanente requerirá la persona una protección puntual y proporcional, pero cuando haya una permanencia patente, la protección deberá ser continuada y acorde con la situación de la persona.

Es necesario precisar que “*persistencia*” no equivale a “*irreversibilidad*” puesto que la LEC recoge un procedimiento específico para modificar o rehabilitar la incapacitación ya adoptada.

Privación o restricción del autogobierno

Este es el presupuesto fundamental, básico y capital de todo el proceso de incapacitación, absolutamente necesario para que la sentencia judicial pueda acordar la misma.

El autogobierno se puede definir como la capacidad real y efectiva que tiene la persona de tomar decisiones sobre los distintos aspectos de su vida con pleno conocimiento de las causas y consecuencias que tienen en su esfera jurídica.

⁶ STS 31-12-1992.

Es el juez el que, preceptivamente, valora la capacidad de conocimiento y voluntad de la persona y, así, gradúa según las habilidades funcionales la restricción de derechos que conllevará la declaración de incapacidad.

De este modo será necesario investigar en el procedimiento de incapacidad caso por caso el grado de autonomía concreto en el ámbito de las funciones básicas, también denominadas ABVD (actividades básicas de la vida diaria), es decir, el aseo, la alimentación, el transporte, etc., así como será necesario analizar las relaciones sociales, laborales (si las tuviera) y la planificación y programación de sus propios intereses.

Ejemplo

Por ser ilustrativo, traemos el ejemplo que don Fernando Santos Urbaneja expuso en las Jornadas de la Fundación Aequitas en el año 2004:

Dos hijos interponen demanda de incapacitación contra su padre porque no están de acuerdo con la nueva relación que mantiene. Se reproduce el contenido del Acta de examen del presunto incapaz.

A preguntas del juez, don Diego responde:

Que se levanta a las ocho de la mañana, se viste, desayuna y se va al hogar del pensionista, que es la actividad que más le gusta.

Que no sabe leer ni escribir.

Que él se viste solo. Que, aunque tiene 92 años, va solo al médico, al Hogar del Pensionista y a la farmacia. Que Francisca sólo le ayuda a bañarse.

Que también vota solo en las elecciones.

Que al banco va voluntariamente con Francisca y no porque esta le fuerce.

Que es pensionista y tiene en el banco dos millones de pesetas.

Que actualmente la pensión es de 56.000 ptas.

Que le paga a Francisca 90.000 ptas. mensuales porque le da la gana.

Que desea continuar con Francisca porque se encuentra convenientemente atendido, incluso en exceso, y que se siente mejor con ella que con sus propios hijos.

De esta manera, el juez decidió no declarar la incapacitación de esta persona, por no

padecer enfermedad de carácter persistente y no tener mermadas sus capacidades de autogobierno, al encontrarse lúcido y con buenas capacidades cognitivas y volitivas.

C. Legitimación activa

La legitimación activa es la posibilidad que tienen determinadas personas establecidas por la Ley para promover –interponer– la demanda de incapacitación. La Ley ha tasado que sólo quien ostente respecto del demandado (el presunto incapaz) el vínculo familiar previsto puede interponer la demanda. Por lo tanto, se trata de una legitimación cerrada.

En este sentido, la LEC (art. 757) distingue dos tipos de supuestos para estipular quiénes son las personas legitimadas para interponer la demanda, según sea el presunto incapacitado mayor o menor de edad:

“1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.

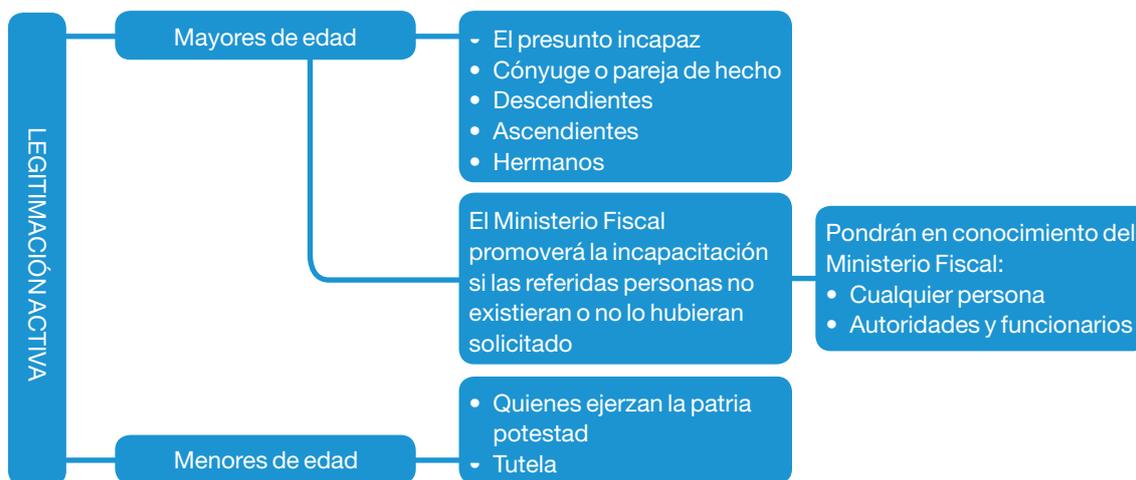
2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

[...]”.

En el siguiente cuadro se muestra las personas legitimadas:



Si bien son claros los términos relativos a qué personas pueden interponer la demanda de incapacitación, resulta necesario hacer algunas precisiones:

- En primer lugar, no tiene legitimación el juez de oficio; no podrá iniciar el procedimiento judicial de incapacitación, aunque sí que podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación concreta del presunto incapaz.
- En el caso de los menores de edad, la LEC establece que sólo podrán promover el procedimiento los progenitores que ejerzan la patria potestad. Esto supone que quienes la tuvieran suspendida o hubieran sido privados de la misma no podrán promover la acción de incapacitación.

A partir del presente punto, se procederá a realizar una descripción de los principales pasos que se siguen para poder declarar la incapacitación de una persona.

D. Competencia

Los juzgados y tribunales españoles son competentes en materia de incapacitación para todos los españoles, además de poder adoptar las medidas de protección a la persona y sus bienes,

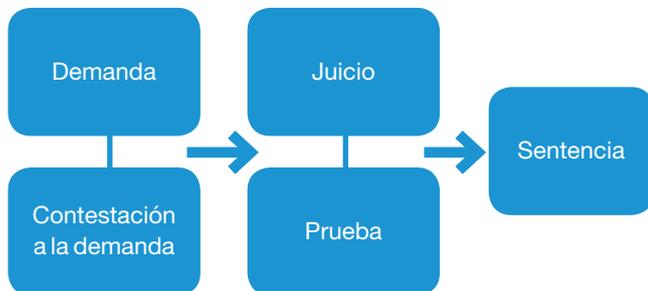
cuando la persona resida en España y no tenga nuestra nacionalidad.

En este sentido, serán los tribunales de primera instancia **del lugar en que resida la persona** a la que se refiera la declaración que se solicite, los encargados de conocer la demanda de incapacitación que se promueva (art. 756 de la LEC). Es destacable que:

- En el presente caso no se establece que los tribunales competentes serán los del domicilio del demandado (presunto incapaz), sino los del lugar de residencia.
- Debe entenderse por lugar de residencia habitual la que viene utilizando normalmente y es previsible que lo siga haciendo para el futuro. Por lo tanto, el legislador optó por establecer el lugar donde pasa la mayor parte del tiempo la persona sujeta a un proceso de incapacitación.
- En el lugar de residencia no sólo se va a realizar el emplazamiento y las notificaciones necesarias, sino que también se realizará la práctica de la exploración judicial (en el supuesto de que no pueda desplazarse al juzgado).
- En caso de personas ingresadas en centros de larga estancia, siempre que no se prevea la

vuelta a su domicilio, se puede tomar el mismo como lugar de residencia habitual (las personas con Alzheimer ingresadas en un centro residencial, se presume que trasladan allí su domicilio, a no ser que el ingreso tenga carácter temporal).

Pues bien, una vez que se ha dejado sentados estos presupuestos básicos para la comprensión del procedimiento, se analizará el mismo, que se puede adelantar en el siguiente diagrama:



E. Trámites

Demanda

La demanda es el escrito mediante el cual se promueve la incapacitación de una persona y es preceptivo abogado y procurador para interponerla; además, la misma deberá reunir todos los requisitos recogidos, con carácter general para todas las demandas, del artículo 399 de la LEC, esto es:

- Datos y circunstancias identificativos de la parte que demanda.
- Datos y circunstancias identificativos de la parte demandada (persona que se pretende incapacitar).
- El domicilio o la residencia habitual en donde puedan ser emplazados.
- Exposición de los hechos y los fundamentos de Derecho.
- Precisión de lo que se solicita.

Otros documentos que deben acompañar a la demanda son los siguientes:

- Certificado literal de nacimiento del demandado.
- Certificado literal de nacimiento del demandante.
- Certificado literal de nacimiento para la persona propuesta para tutor.
- Los antecedentes penales del propuesto para tutor (en caso de no aportarse, el juzgado lo solicitará de oficio).
- Certificado médico acreditativo de la enfermedad que padece la persona que se pretende incapacitar (si no se pudiera aportar, lo podrá solicitar el juez).

Una vez presentada la demanda, el juez examinará la misma con carácter previo y de oficio, pudiendo rechazar la demanda que venga promovida por persona que no esté legalmente legitimada para hacerlo⁸.

El plazo para el emplazamiento de la parte contraria, en este caso la persona que se pretende incapacitar, es de 20 días.

Contestación de la demanda

Una vez presentada la demanda se le da traslado a la persona frente a la que se interpone (a la que se pretende incapacitar), que tendrá 20 días para contestar a la demanda, igualmente mediante abogado y procurador.

En caso de no tener abogado y procurador, el Ministerio Fiscal, siempre que no hubiese sido este el que promoviera el procedimiento, podrá llevar la defensa del mismo, actuando como defensor judicial (art. 758 de la LEC).

Al igual que ocurre con la demanda, la contestación también tiene que reunir una serie de requisitos contemplados en el artículo 405 de la LEC, que además de los recogidos en el punto

⁸ Debemos recordar que las personas que no estén legitimadas para promover la demanda de incapacitación podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la situación, para que sea este el encargado de promoverla.

anterior para la demanda son: i) los fundamentos de oposición de las pretensiones del demandante; ii) excepciones⁹ que tuviere por conveniente.

Con la contestación a la demanda lo que se pretende es que el presunto incapaz pueda defender su capacidad si lo estima conveniente.

Juicio y prueba

Una vez presentada la demanda y la contestación a la misma, así como resueltas las posibles excepciones procesales que pudieran existir, tendrá lugar el acto del juicio donde se practicarán cuantas pruebas sean necesarias para dilucidar la posible incapacidad de la persona.

Entrando en el tema de la prueba es necesario precisar que el papel del juez es más activo que en otro tipo de procesos, siendo competente para solicitar cuantas pruebas sean necesarias encaminadas a aclarar la verdad material, o lo que es lo mismo, la situación exacta de la persona presuntamente incapaz.

Sin embargo, si bien es verdad que el juez puede solicitar cuantas pruebas estime conveniente, el artículo 759 de la LEC establece cuáles son las tres pruebas que no pueden faltar en ningún proceso de incapacitación, bajo pena de nulidad del procedimiento; estas pruebas son:

A. Audiencia a los familiares

Esta prueba tiene como objeto que el juez pueda hacerse una composición exacta de la situación de la persona, haciendo una indagación de las condiciones físicas y psíquicas, además de sociales, que inciden en el sujeto. Asimismo, también se pedirá su opinión sobre la persona más adecuada para ser tutor cuando se resuelva la incapacitación.

Este trámite de audiencia es preceptivo y no excluyente con la prueba testifical que se pudiera solicitar por las partes. Es necesario

tener en cuenta que puede ocurrir que la persona presuntamente incapaz no tenga familiares próximos por lo que, si esto es así y queda debidamente acreditado, no será necesaria la audiencia por imposibilidad de la misma.

En último lugar es necesario aclarar que la opinión expresada al juez por parte de los familiares es preceptiva pero no vinculante, si bien será de ayuda para la formación de la opinión del juez.

B. Examen por el juez de la persona sujeta al procedimiento

Este examen debe ser realizado personal y directamente por el juez que va a decidir sobre la incapacidad y tiene un valor muy importante, debiendo examinar el mismo las facultades cognitivas y volitivas (de conocimiento y voluntad), para poder comprobar, entre otras, el efectivo autogobierno o la ausencia de este.

El examen deberá tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- Autoconsciencia y orientación.
- Memoria inmediata.
- Capacidad de abstracción.
- Realización autónoma de ABVD (actividades básicas de la vida diaria).
- Aspecto personal.
- Conocimiento de la moneda.
- Capacidad de administración de sus bienes.

En el caso de personas con Alzheimer, particularmente en casos de grado severo, puede ser complicada la realización de este examen, pero ello no es óbice para la exclusión

⁹ Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo. (art. 251 del CC).

del mismo; es decir, el juez deberá proceder al examen pero adaptándolo al caso concreto.

C. Dictámenes periciales necesarios

El último de los aspectos que recoge el artículo como preceptivos recae en la necesidad de que el juez pueda contar con dictámenes periciales para poder formar su opinión, que le llevará a decidir sobre la posible incapacidad de la manera más concreta y acertada posible.

Habitualmente existe un médico forense adscrito al juzgado que será el encargado de realizarlo, si bien ello no excluye la posibilidad que tiene el juez de nombrar otros.

Sentencia de incapacitación

Como ya se ha señalado, no puede existir incapacitación de ninguna persona sin la correspondiente sentencia judicial, que decidirá sobre la misma (art. 199 del CC), siendo el acto que la constituye, la individualiza y la gradúa.

La sentencia especificará los actos que la persona declarada incapaz podrá realizar por sí misma siguiendo lo dispuesto en la LEC, en concreto en el artículo 760, que establece:

*“La sentencia que declare la incapacitación **determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763”.***

En este sentido, los pronunciamientos de una sentencia serán:

- Declaración de la **incapacidad total**, siempre que se determine que la persona sujeta al procedimiento no tiene la capacidad para la realización de las ABVD (actividades básicas de la vida diaria), ni para administrar sus bienes.
- No obstante, si no fuera necesario esta medida, la sentencia declarará la **incapacidad parcial**, cuando se estipule que la persona puede realizar determinados actos por sí misma y que tiene la

capacidad de adoptar determinadas decisiones que conciernen a su persona; pero que, para actos de mayor trascendencia o complejidad necesita el auxilio de otra persona, señalando la sentencia cuáles son dichos actos.

- Individualizar la protección que necesita cada persona, a sus especiales condiciones, insuficiencias y necesidades de apoyo. Asimismo, la incapacitación deberá inscribirse en el Registro Civil y, si fuere necesario, en el Registro de la Propiedad.
- Por último, la sentencia determinará la persona o institución que va a ejercer la guarda del incapaz, nombrando tutor o curador al interesado, o bien, prorrogando o rehabilitando la patria potestad de sus progenitores, en el caso de menores de edad.

Además de ello, la Sentencia puede contener otros pronunciamientos como son:

- El Derecho de sufragio activo

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 5/1983, de 19 de junio, establece que *“carecen de sufragio los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho a sufragio”.*

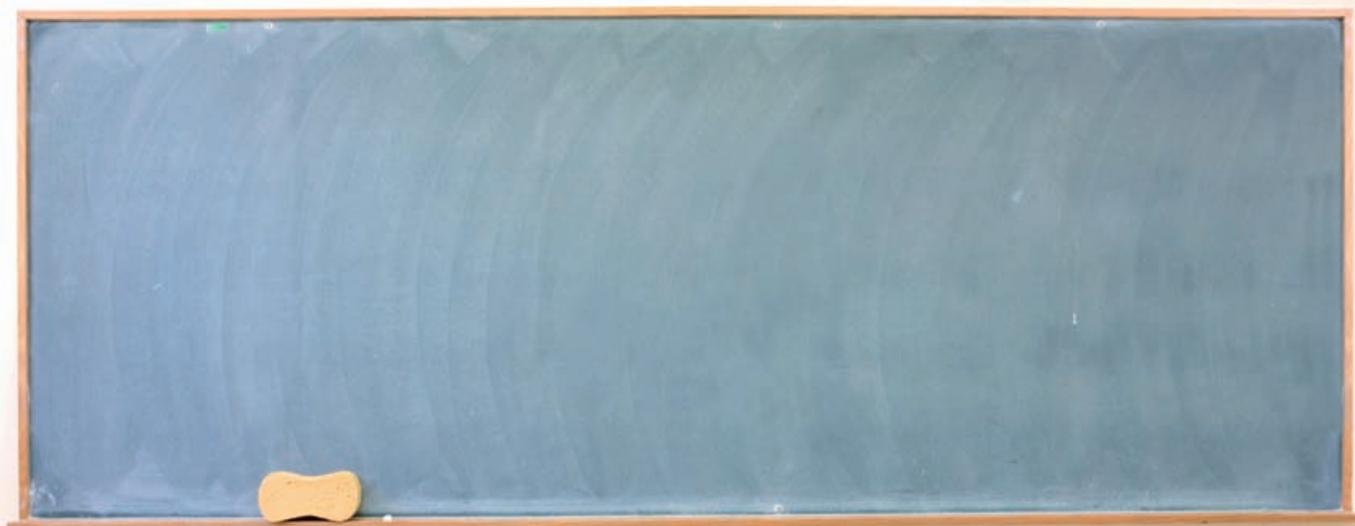
- Internamiento
- Esterilización

(Otra de las acciones que se pueden ejercitar en el procedimiento de incapacitación es la acción de esterilización; el fin último de esta medida es que la persona declarada incapaz pueda vivir su sexualidad con libertad evitando el posible riesgo que pudiera tener para su descendencia.)

Nota final: es necesario destacar que, el procedimiento descrito en el presente tema resulta actualmente de aplicación en virtud del Ordenamiento jurídico vigente, no obstante, es previsible que pueda verse afectado por futuras modificaciones normativas derivadas de la ratificación por parte de España de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (*vid.* Tema 6).

Capítulo 2

Instituciones de guarda de la persona con discapacidad



CONTENIDOS

1.- Diferentes figuras de guarda de la persona declarada incapaz

2.- Sistema tutelar

- A. Personas que pueden desempeñar el cargo de tutor
- B. Constitución del cargo de tutor
- C. Ejercicio de la tutela

3.- Guarda de hecho

- A. Concepto
- B. Ejercicio
- C. Efectos

4.- La curatela

- A. Concepto
- B. Sujetos sometidos a curatela
- C. Constitución
- D. Ejercicio

5.- El defensor judicial

- A. Concepto
- B. Constitución
- C. Ejercicio

Resumen de los principales puntos del tema

1. Figuras de guarda de la persona declarada incapaz:

La normativa vigente en cada momento ha venido configurando distintas formas de representación legal para personas que, por diferentes causas, tengan su capacidad de obrar limitada (tal es el caso de los menores y las personas que hayan sido declaradas judicialmente incapaces).

2. Tutela:

La tutela se puede definir como la figura jurídica encargada de la guarda y custodia de menores o personas declaradas judicialmente incapacitadas, teniendo la obligación de velar en todo momento por el bienestar y el interés del tutelado. Podrán desempeñarla personas físicas y personas jurídicas (éstas de manera subsidiaria) y estarán sujetas a control judicial.

3. Guarda de hecho:

Implica los cuidados que recibe de otra persona y le permite desenvolverse en la vida diaria y social. No es necesario que ningún título jurídico lo constituya, aunque sí se establece un control judicial y la posibilidad de impugnar sus actos sólo en el supuesto de que se consideren perjudiciales para la persona a su cargo

4. La curatela:

Se establece mediante resolución judicial o por ley para completar la capacidad del sujeto en situación de incapacidad parcial. Estarán sometidos a curatela: emancipados, impedidos, los que obtuvieren el beneficio de mayor de edad, los declarados pródigos, entre otros. Extinguiéndose por mayoría de edad, adopción del menor, fallecimiento y por resolución judicial.

5. El defensor judicial:

El Ordenamiento jurídico no permite que un menor o una persona incapaz se halle desamparado en la representación y defensa de sus intereses personales y patrimoniales. De este modo, si nadie ejerce ni la patria potestad ni la tutela ni la curatela, o bien existe una oposición de intereses, se procede al nombramiento, por parte del juez, de un defensor judicial que represente y ampare los intereses del mismo.

1.- Diferentes figuras de guarda de la persona declarada incapaz

Ya hemos tratado en este curso la protección que debe ofrecer el Ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos, independientemente de sus condiciones particulares, para poder conseguir, de esta manera, el ejercicio pleno de sus derechos y la participación real en la sociedad.

A tal fin, la normativa vigente en cada momento ha venido configurando distintas formas de representación legal para personas que, por diferentes causas, tengan su capacidad de obrar limitada (tal es el caso de los menores y las personas que hayan sido declaradas judicialmente incapaces).

Estas distintas formas de representación se han ido adaptando a los tiempos, pues si en época romana la mujer era considerada sujeto de representación legal (tutela), hoy en día esto sería inconcebible, rechazable y totalmente contrario a los principios generales del Derecho.

Actualmente, la representación legal ha mantenido su esencia propia al configurarse como un sistema de complemento de la capacidad para determinadas personas, bien por razones de edad (menores) o por encontrarse en situación en que su capacidad de obrar se vea limitada y sea necesaria la asistencia de otra persona para complementar o, en su defecto, sustituirla.

El Ordenamiento prevé varias figuras que, de una manera u otra, tienen como objeto la protección de los intereses de la persona que pudiera necesitar un complemento en su capacidad. Estas figuras son: i) la **tutela**; ii) la **curatela**; iii) el **defensor judicial**; iv) el **guardador de hecho**, que si bien no es una figura jurídica propiamente dicha, sí que tiene unas connotaciones jurídicas importantes que será necesario tener en cuenta.

En este sentido, las funciones tutelares (donde se pueden encuadrar todas las figuras mencionadas) constituyen, como dice el Código Civil, un deber,

ejerciéndose en todo momento en beneficio del tutelado y bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

A continuación, se efectúa una aproximación a todas y cada una de estas figuras, estudiando la normativa que las afecta, las formas de constitución, el procedimiento de la adopción de la figura, los motivos de nombramiento, exclusión y remoción.

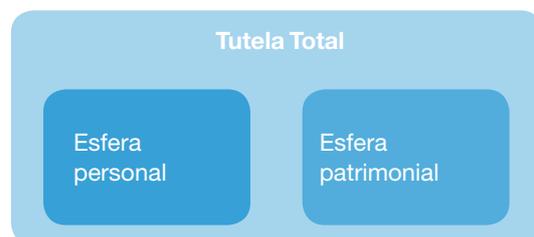
2.- Sistema tutelar

La tutela se puede definir como la figura jurídica encargada de la guarda y custodia de menores o personas declaradas judicialmente incapacitadas, teniendo la obligación de velar en todo momento por el bienestar y el interés del tutelado.

La tutela, como figura de representación legal, tiene una especial vocación para aquellos casos en que se haya sentenciado que existe una incapacidad total, si bien es verdad que hay que tomar esta afirmación con matices, debiendo expresarse las actividades que comprende.

De este modo es necesario distinguir:

- **Tutela total sobre la persona y bienes:** puede considerarse la más común y estaremos en este caso cuando el tutor actúe tanto en la esfera personal de la persona declarada incapaz (tutelado) como en la esfera patrimonial, administrando y gestionando sus bienes.



- **Tutela parcial¹⁰ sobre bienes:** se dará cuando el tutor limite su actuación a representar en la esfera patrimonial al tutelado, bien porque la persona tutelada mantenga su autogobierno o porque la tutela sobre la persona haya recaído en otro tutor distinto.

¹⁰ La tutela parcial (por ejemplo, tutela sobre bienes) está prevista para aquellos supuestos en que el incapaz puede regir su persona, pero en cuanto a la administración de sus bienes la curatela se muestra como mecanismo protector insuficiente, decretándose en estos casos la tutela plena restringida sólo sobre el patrimonio del incapaz (SAP Córdoba, 11-12-2000).

En cuanto al contenido de la tutela, es necesario destacar el elemento personal y la importancia que tiene, puesto que abarca las relaciones personales e íntimas y, al igual que ocurre con la patria potestad (ambas tienen una función similar), se constituye como elemento esencial la protección y beneficio de la persona.

Así el tutor, como se ha indicado, debe velar en todo momento por el interés y bienestar del tutelado, concepto este que no sólo abarca el ámbito material, es decir, de la correcta administración de los bienes del tutelado, sino que va más allá, procurando la atención moral y personal del mismo.

En lo que respecta al tutelado, se le exige respeto y obediencia al tutor, tal y como ocurre en el caso de los hijos hacia los padres, obligación que se mantendrá siempre que dure la tutela.

A. Personas que pueden desempeñar el cargo de tutor

Una vez identificado el concepto de “tutor”, interesa centrarnos en las características que debe tener el mismo, los requisitos legales y, en especial (por la importancia que puede tener), la diferencia entre personas físicas y jurídicas a la hora de ejercer labores de tutela.

Personas físicas

Los requisitos que deben tener las personas físicas para que puedan ser nombradas tutores, por sentencia judicial, son los siguientes:

- El primero de tales requisitos consiste en que esté en posesión de la capacidad de obrar plena (recordemos que en el tema anterior se exponía brevemente la existencia en el Ordenamiento jurídico español de la “capacidad jurídica” y la “capacidad de obrar”). Esta previsión es fácilmente comprensible, puesto que una persona que ha sido incapacitada judicialmente no podrá desempeñar el cargo de tutor de otra persona.

- En segundo lugar, no estar en situación de ninguna de las incapacidades especiales que estipula el artículo 241 del Código Civil. Las cuales son:

- i) los privados o suspendidos de la patria potestad o su ejercicio;
- ii) los removidos de una tutela anterior;
- iii) los condenados por cualquier delito, por lo que hagan suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela;
- iv) las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida;

- v) los que tuvieran enemistad manifiesta con el tutelado;

- vi) los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que adeudaren sumas de consideración;

- vii) los quebrados o concursados no rehabilitados, salvo que la tutela sea solamente de la persona;

- viii) las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho;

- ix) los que estén cumpliendo pena privativa de libertad;

- x) los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial.

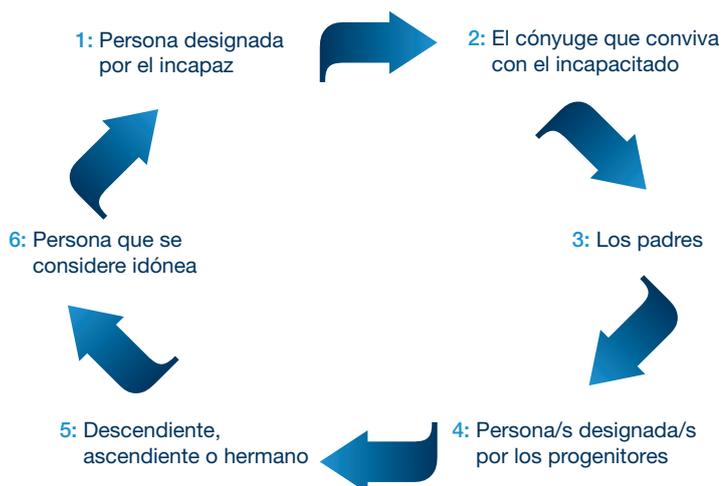
- En tercer lugar, que no haya alegado ninguna excusa recogida en el artículo 251¹¹ del Código Civil o que las mismas no fueran aceptadas.

Si bien la regla general es la de nombrar a un solo tutor de la persona declarada como incapaz,

¹¹ “Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.”

el artículo 236 del Código Civil permite que en ciertos casos pueda designarse a más de uno: i) en caso de los padres, siempre que el incapacitado sea mayor de edad y estemos fuera del caso de la prórroga de la patria potestad; ii) en caso del tío/a y su cónyuge; iii) cuando se separen los cargos de tutor de la persona y tutor de bienes, por darse circunstancias que así lo recomienden.

Estos podrían ser los rasgos fundamentales que el juez debería tener en cuenta cuando fuese a nombrar tutor a una persona física; ahora bien, de quienes rodean a la persona declarada incapaz, ¿quién debe ser tutor?, ¿existe preferencia de unas personas sobre otras? Estas respuestas nos las da el Código Civil y van por el siguiente orden:



El orden y la prioridad de las personas que podrán ser nombradas como tutores de las declaradas incapacitadas son las siguientes:

1. Siempre tendrá preferencia para el nombramiento la persona designada por el propio incapacitado.
2. El cónyuge que conviva con el tutelado (por lo que queda excluido el separado o divorciado).
3. Los padres, siempre que no tengan la patria potestad.
4. La persona o personas designadas por los progenitores en testamento o en documento público.

5. El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.
6. La persona que por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este considere más idónea el juez.

Esta relación de personas no es imperativa para la Autoridad judicial, que en su decisión final (que habrá de ser siempre motivada) podrá apartarse de la misma siempre que lo considere más beneficioso para el incapacitado.

Personas jurídicas

Al margen de las personas físicas, y de manera subsidiaria (se preferirá la persona física a la jurídica), también podrán ser nombradas personas jurídicas para el desempeño del cargo de tutor; de esta manera el artículo 242 del Código Civil establece:

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

De este modo, como ha señalado el magistrado del Tribunal Supremo, Xavier O’Callaghan, a las personas jurídicas se les exige dos requisitos adicionales:

- Que no tengan fines de lucro (asociaciones y fundaciones), por lo que quedarían excluidas sociedades civiles y mercantiles.
- Que entre sus fines figure la protección de menores o incapacitados, lo que debe entenderse con un criterio amplio, siendo suficiente un fin benéfico o asistencial.

En este sentido, la persona jurídica, cuando sea nombrada tutora por la autoridad judicial, asumirá el nombramiento con todos sus deberes, obligaciones y derechos, haciéndose cargo de la representación legal, la rendición de cuentas, la aportación de informes, etc.

Por lo tanto, serán las personas físicas (representantes, dependientes, empleados,

etc.), vinculadas a las personas jurídicas, quienes gestionen esta tutela en todas las actividades que establezca la sentencia de incapacitación.

En principio, las normas que se aplican a las personas jurídicas son las mismas que para las físicas (al margen de los requisitos ya mencionados), pero debemos tener en cuenta que existen particularidades que sólo se pueden aplicar a estas últimas, como, por ejemplo, la distancia de donde se halle el incapacitado con respecto a la entidad tutelar, que hubiere conflicto de intereses, que haya sido declarada en concurso y, por supuesto, la prohibición paterna.

Dentro de las personas jurídicas, merece una atención particular la denominada tutela automática o administrativa. Esta corresponde a las entidades públicas en el marco del territorio de las Comunidades Autónomas y, en su caso, los municipios, que tengan encomendadas las competencias de Servicios Sociales, hasta que se proceda al nombramiento de tutor y siempre que se verifique una situación de desamparo.

Esas entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para la protección de las personas, poniéndolas en conocimiento del Ministerio Fiscal y debe ser notificado a los padres, tutores o guardadores de hecho.

B. Constitución del cargo de tutor

El ejercicio de la tutela comienza, como se ha dicho, con la toma de posesión en virtud de su nombramiento por decisión judicial; en este sentido debemos recordar que, una vez finalizado mediante sentencia el procedimiento de incapacitación, el juez declara a una persona como tutor, que debe tomar posesión aceptando el nombramiento, asumiendo la representación legal del tutelado con arreglo a las leyes y a las previsiones contenidas en la sentencia.

Esta toma de posesión se realiza ante el juez, el cual le informará de las obligaciones que conlleva el nombramiento, tanto en la esfera personal como en la patrimonial. Una vez aceptado el cargo, comienza a ejercer la tutela, siempre bajo la autoridad del juez.

Sin embargo, existen unas causas que permiten la excusa del cargo configuradas como las que dispensan para el ejercicio de esta función. No se puede olvidar que el ejercicio de las funciones tutelares constituye un deber, por lo que, tal y como figura en el artículo 217 del Código Civil, sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente establecidos.

El artículo 251 del Código Civil establece cuáles son las causas que permiten la excusa ante el juez; son las siguientes:

“Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.”

Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela”.

Dentro de este aspecto, se deben de destacar los siguientes puntos:

- a) En primer lugar, que el interesado tiene un plazo de 15 días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, para poder alegarlas.
- b) En segundo lugar, el juez decidirá sobre las mismas, esto es, no por la simple alegación que ante el Órgano judicial se admite, sino que será el juez el que motivadamente decida sobre la misma.

Al margen de las causas enunciadas para el caso del nombramiento, podrán ser alegadas en cualquier otro momento durante el ejercicio de la tutela, siempre que la causa fuera sobrevenida, es decir, que no existiera en el momento de la constitución del cargo de tutor.

Pero, ¿qué ocurre si se dan causas sobrevenidas para que el que venía ostentando el cargo de tutor no pueda seguir haciéndolo, incapacitándolo para el ejercicio del cargo? En este caso, el Código Civil establece una serie de

causas de remoción (la sustitución de la persona, hasta entonces tutora).

Las causas de remoción, al igual que ocurre con las excusas, vienen recogidas en el Código Civil en el artículo 247, que establece:

“Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”.

De este artículo se infieren tres motivos distintos:

- Causa legal de inhabilidad: puede existir porque sobrevenga una causa de inhabilitación especial (que ya hemos tratado) o bien porque haya una falta de capacidad de obrar que impida el desempeño de su tarea como tutor.
- “Mala conducción en el desempeño de la tutela por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio”: significa que el tutor que no cumpla de manera correcta su función, por el motivo que sea, será removido por parte del juez para poder seguir defendiendo el beneficio e interés de la persona sometida a tutela.
- Cuando surgieran problemas de convivencia: siempre que los mismos fueran graves, continuados y afectaren en un grado tal que hiciera imposible la función de la tutela de manera correcta.

C. Ejercicio de la tutela

Sentados los presupuestos sobre las características y requisitos que deben reunir las personas que sean nombradas como tutoras, se observará en el presente punto el cumplimiento de las obligaciones que conlleva el ser nombrado tutor.

Obligaciones del tutor

El Código Civil exige una serie de obligaciones de carácter previo al ejercicio del cargo de tutor, que

podemos dividir en obligatorias y potestativas (en función de lo que decida el juez para el caso concreto):

Obligatoria

- La realización de un inventario: que comprende los bienes a los que alcance la tutela; de este modo si la tutela es total, abarcará todos y cada uno de los bienes, si es una tutela de persona, no se hará inventario y si el caso es una tutela parcial del patrimonio, pues los bienes que queden afectados por la misma.

Se debe realizar una vez que haya tomado posesión del cargo de tutor, en un plazo de 60 días (prorrogables); la formación del mismo se realiza de manera judicial, con la intervención del Ministerio Fiscal y citación de las personas que el juez estime convenientes.

Si el tutor no incluyera en el inventario los créditos que tuviera contra el tutelado, se entiende que renuncia a los mismos.

Potestativas

- Fianza: el Código Civil atribuye la potestad al juez para imponerla o no, según los casos, al igual que una vez impuesta retirarla, con justa causa, como forma de asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan como tutor.
- Depósito: como garantía complementaria se puede exigir el depósito de determinados bienes, como, por ejemplo, dinero en metálico, joyas, objetos preciosos o valores mobiliarios.

El depósito se podrá hacer en establecimientos públicos o privados y, si el juzgado lo estimara conveniente, en la Caja General de Depósitos, Caja o Banco solvente, cajas de seguridad de bancos o notaría, dependiendo del tipo de objeto a depositar.

Los gastos que se produzcan serán por cuenta de los bienes del tutelado.

Actos prohibidos

En primer lugar, debemos diferenciar los actos que tiene prohibidos el tutor por Ley de aquellos a los que su representación legal no alcanza por ser actos de contenido personalísimo y que trataremos de manera diferenciada.

- Actos prohibidos

El Ordenamiento jurídico ha estipulado que determinados actos deben ser prohibidos por poder existir un conflicto de intereses entre tutor y tutelado, por lo que en beneficio del incapacitado, en protección de sus intereses y derechos se declaran nulos todos los actos que contravengan esta prohibición, apreciable de oficio e imprescriptible.

Los actos que son prohibidos se concretan en los que producen conflicto de intereses, en todos los actos a título gratuito y en los actos a título oneroso, como dice el artículo 221 del Código Civil:

“Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título”.

Por razones de claridad, interesa dar una breve explicación de lo que debe entenderse por actos a título oneroso y a título gratuito:

- Actos a título oneroso: esta prohibición abarca la adquisición, transmisión de los bienes del tutelado y extensible a todos los actos sin que sea preciso realizar una averiguación de si existen conflictos de intereses, aunque este sea el fundamento de todas las prohibiciones.

Esta prohibición es aplicable mientras dure la tutela, no extendiéndose indefinidamente en el tiempo.

- Actos a título gratuito: esta prohibición se extiende al tutor (al igual que ocurre con el curador y el defensor judicial) en relación con el acto de recibir bienes o derechos por contrato a título gratuito (sin contraprestación económica) de la persona sometida a representación legal y también de su causahabiente.

Estas liberalidades han de tener un contenido patrimonial de cierta importancia puesto que sería incongruente aplicarlo a supuestos de regalos sin trascendencia económica.

A diferencia de lo que ocurre con el punto anterior, esta prohibición va más allá de la propia tutela, pues se mantiene mientras dura el ejercicio de la misma y hasta que se produce la aprobación de cuentas del tutor.

- Actos a los que no alcanza la representación legal

La actuación del tutor no es ilimitada abarcando todos los actos, sino que el Código Civil (art. 267) establece una serie de excepciones que establecen los supuestos en los que la representación legal no alcanza: estos son los actos que el tutelado puede realizar por sí solo, bien porque así lo establezca la Ley o porque lo determine la sentencia de incapacitación.

Interesa destacar los actos personalísimos, que son aquellos que sólo puede realizar el sujeto por sí mismo, sin posibilidad de que otra persona, ni el tutor, los pueda hacer por él, tales actos son los siguientes:

- Matrimonio: es un negocio jurídico típicamente personalísimo que requiere una capacidad mínima para discernir por parte de la persona con discapacidad (esté o no incapacitado), comprobando la misma en el expediente del Registro Civil y si puede hacerlo será la propia persona la que contraiga matrimonio, nunca a través del tutor.

- Derechos de la personalidad: estos derechos son la referencia de la propia personalidad, como intimidad, imagen, honor..., en cuanto forman parte de esta teniendo consecuentemente un contenido inmaterial, inherentes al sujeto y fuera del ámbito de protección del tutor.

En los casos relativos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, regulados por la Ley Orgánica 1/1982, establece en su artículo 3 que el consentimiento para poder no apreciar intromisión ilegítima deberá presentarse por la persona declarada incapaz si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

En caso de que no lo permitan, el consentimiento deberá otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a ponerlo en conocimiento previo del Ministerio Fiscal. Si aquel en el plazo de ocho días se opusiera, debe resolver el juez.

- Testamento: al igual que ocurre con el matrimonio, la capacidad para testar se encuadra dentro de los actos personalísimos, por lo que el tutor no podrá realizar el testamento por su tutelado; en este sentido el magistrado O'Callaghan ha clarificado este punto de la siguiente manera:

“Primero: si se trata de persona que no está incapacitada, se aplica la presunción general antes aludida; el notario, si tiene dudas sobre su estado mental, deberá hacerle reconocer médicamente y le aplicará el artículo 665, aunque no esté previsto más que para el incapacitado. Segundo: si se trata de persona incapacitada, si la sentencia contiene pronunciamiento sobre su capacidad de testar, se estará a lo que en ella se disponga (aunque es ciertamente dudoso, que una sentencia de incapacitación prive no ya de la capacidad legal de obrar sino de la capacidad natural de testar); si no contiene pronunciamiento expreso sobre su capacidad de testar, se aplica la previsión concreta de este artículo: el notario designará dos

facultativos que previamente le reconozcan y si estos estiman que está en su cabal juicio, el notario autorizará el testamento (... y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad, concluye el artículo 665)”.

c) Responsabilidad

La premisa que preside en todo momento lo relacionado a la protección de la persona declarada incapaz es la búsqueda del mayor beneficio para esta.

De este modo, el Ordenamiento jurídico configura una serie de responsabilidades para la correcta gestión de las tareas que conlleva la tutela. Dichas responsabilidades se pueden dividir en tres momentos temporales distintos: i) antes de iniciar la tutela; ii) en el ejercicio de la misma; iii) en la extinción.

- Antes del ejercicio: el artículo 229 del Código Civil establece que quien esté obligado a promover la constitución de la tutela (desde el momento en que conociera el hecho causante de la incapacitación), los parientes obligados a promover la misma, así como las personas bajo la que se encuentre, serán responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados, si no observaran su obligación.
- En el ejercicio: el tutor debe informar anualmente al juez sobre la situación de la persona bajo su tutela, así como rendir cuentas de su administración.

Esta rendición de cuentas anual no obsta para que el juez o el Ministerio Fiscal puedan en cualquier momento exigir del tutor informe sobre la situación del incapacitado, así como de la gestión y administración de sus bienes.

Si la actuación fuera considerada incorrecta, podrá dar lugar a la remoción como tutor.

- En la extinción: existe la obligación de presentar una rendición de cuentas. Dependiendo del resultado, se podrá observar la posibilidad de responder por parte del tutor de los daños

y perjuicios que se hayan podido producir al tutelado; además, tendrá la responsabilidad de responder por mora en el pago del saldo deudor resultante de las cuentas finales.

d) Retribución

Esta se debe entender como una contraprestación económica por los inconvenientes que se pudieran derivar del desempeño del cargo: la misma es una compensación, nunca un beneficio económico.

Si el juez estimara el derecho del tutor a recibir una retribución económica, deberá fijar la cuantía, que siguiendo el Código Civil tendrá que ser entre el 4 y el 20% del rendimiento líquido de los bienes del tutelado.

Al fijar el importe de la compensación, el juez deberá tener en cuenta dos factores:

- El trabajo que tendrá que hacer el tutor.
- La rentabilidad de los bienes.

Del mismo modo, el tutor que sufre daños y perjuicios sin culpa tiene derecho a ser indemnizado con cargo al patrimonio del tutelado, siempre con carácter subsidiario a cualquier otra solución.

e) Control judicial

Desde la constitución del cargo de tutor, la labor del juez es, como se ha venido a denominar, una función indirecta, que sólo tiene lugar mediante el control del ejercicio de la tutela de la actuación del tutor.

Para ello, tanto en la esfera personal del tutelado como en la patrimonial existen determinadas actuaciones que requerirán una autorización judicial:

Autorización judicial en materia personal

- Internamiento del tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

Autorizaciones judiciales en materia patrimonial

- Celebrar contrato de arrendamiento como arrendador, por tiempo superior a seis años.
- Celebrar contratos de préstamo, lo mismo como prestamista que como prestatario.
- Hacer gastos extraordinarios en los bienes del tutelado.
- Aceptar una herencia sin beneficio de inventario.
- Formular una demanda judicial en nombre del tutelado (excepto por razones de urgencia o de escasa cuantía).
- Todo acto de disposición a título gratuito de bienes y derechos del tutelado a favor de otra persona.
- No aceptación de todo acto a título gratuito.
- Toda renuncia de derechos.
- Repudiación de herencias.
- Actos de disposición de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios.
- Contratos de carácter dispositivos susceptibles de inscripción en todo Registro (Propiedad, Mercantil, etc.).
- Disposición de créditos contra terceros o adquisición de créditos contra el tutelado.
- Contratos de transacción o arbitraje.

En cuanto a los trámites por los que se debe pasar, antes de dictar las autorizaciones, judiciales son los siguientes:

- Audiencia al Ministerio Fiscal.
- Audiencia al propio tutelado, siempre que fuera posible.
- Informes periciales que se estimen convenientes o dictámenes periciales sobre el valor o precio de bienes que dispongan.

3.- Guarda de hecho

A. Concepto

Para definir el concepto de “*guarda de hecho*” tenemos que distinguir los dos elementos que lo configuran:

- a) En primer lugar, la situación de “*guarda*”: cuidados y atenciones que recibe de otra persona y que le permiten desenvolverse en la vida diaria y social.
- b) El segundo de los elementos “*de hecho*” conlleva a que no existe un título jurídico que lo constituya como representante en sentido estricto.

En la actualidad son tres los artículos que regulan “la guarda de hecho”: 303, 304 y 306 del Código Civil, que establecen:

Artículo 303

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Artículo 304

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

Artículo 306

Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.

De este modo es importante observar que lo que ha hecho la regulación del Código Civil es observar la situación fáctica y real que se da en la sociedad, prever su existencia, regularla, y ejercer un cierto control mediante informes, dar validez a determinados actos y observándose la posibilidad de compensar los daños y perjuicios que se hayan causado al guardador y finalmente prever el nombramiento de tutor.

B. Ejercicio

Ninguna norma regula el ejercicio de la guarda de hecho, pero sí que se le puede aplicar el principio general de actuación, es decir, actuar con buena fe y con la diligencia de un buen padre de familia, todo ello con el objetivo del mayor beneficio para la persona sujeta a su cargo y cuidado.

Sin embargo, como ya se ha enunciado, el juez puede intervenir en la actuación del guardador de hecho, pidiendo informes sobre la persona y sobre el patrimonio, así como la adopción de las medidas que estime adecuadas para la protección de la persona sujeta a su guarda.

Sin perjuicio de lo dicho, podemos traer como ejemplo las instrucciones de la Fiscalía de Valencia que van encaminadas a reducir el ámbito de la tutela a los casos en que es realmente necesaria, pudiendo mantenerse los supuestos de guarda de hecho, cuando sea necesario.

Esta Fiscalía realiza una sistematización de las formas de actuar en cuanto a la atención de personas mayores con discapacidad. Parte de los supuestos a los que tiene acceso a través de inspecciones.

Lo novedoso de esta tesis es que establece que no se debe proceder a solicitar de forma automática la declaración de incapacidad de todas aquellas personas en las que sin más se dan los requisitos del artículo 200 del Código Civil (ya mencionados), puesto que si son parientes directos, y el bienestar de la persona está acreditado, con carácter general no serán necesarias otras medidas de vigilancia. Estaremos ante una guarda sin control judicial.

Si, por el contrario, no son parientes directos, deberá investigarse la situación patrimonial y personal, de donde se concluirá si debe instarse el procedimiento de incapacitación o mantener al guardador. En este segundo caso, se solicita del juzgado que siga el control del internamiento, por un lado, y, por otro, que suministre este mismo los datos del guardador para que establezca las medidas de control y vigilancia previstas.

C. Efectos

Los efectos de la guarda de hecho no se regulan en el Código Civil (salvo para unos determinados aspectos patrimoniales), pero nada dice sobre la esfera personal.

En este sentido, los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o del presunto incapaz pueden haber resultado bien beneficiosos o bien perjudiciales para la persona a su cargo.

- Actos beneficiosos: si estamos ante el caso en que los actos puedan ser considerados beneficiosos no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad o beneficio.
- Actos perjudiciales: podrán ser impugnados, y lo serán en base al artículo 1259 del Código Civil, en virtud del cual *“ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal”*.

El otro aspecto que se regula es la cuestión de daños. Si los mismos han sido sufridos por el guardador sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de estos, con cargo de los bienes de la persona a su cargo, si no puede obtener por otro medio el resarcimiento.

Si el daño lo ha sufrido la persona sometida al guardador de hecho, en virtud de los principios generales de actuación, el guardador de hecho deberá responder de los mismos.

4.- La curatela

A. Concepto

La curatela es la institución de guarda que se establece cuando se declara a una persona en situación de **incapacidad parcial**, esto es, que conserva cierto grado de autogobierno o autonomía, que le permite adoptar las decisiones más sencillas sobre su persona y/o bienes.

Por lo tanto, la curatela tiene como objeto completar la capacidad del sujeto y se puede considerar como una institución de menor

trascendencia y menos agresiva con la limitación de la capacidad de la persona, puesto que la persona sometida a curatela no se constituye en incapaz, pero sí que precisará para determinados actos jurídicos un complemento a su capacidad.

Al igual que ocurre con la tutela, y al estar incluidos dentro de las instituciones tutelares, estará sometida a control judicial.

B. Sujetos sometidos a curatela

El Código Civil establece las personas que están sujetas a curatela, interesándonos en particular el artículo 287.

Artículo 286

Están sujetos a curatela:

Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.

Los declarados pródigos.

Artículo 287

Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

En este sentido interesa realizar las siguientes precisiones sobre los supuestos recogidos en el Código Civil transcritos:

- En primer lugar, tanto los menores de edad emancipados que carezcan de padres, bien por fallecimiento o jurídicamente por haber sido privados de patria potestad, como los habilitados de edad, esto es menores sujetos a curatela por haber sido emancipados judicialmente, tienen capacidad de obrar, pero hay una serie de actos que no pueden realizar por sí solos, sino que precisan complemento de capacidad.
- En segundo lugar, los declarados pródigos por sentencia judicial, la cual determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle, esto es, el curador.

- En tercer lugar, los incapacitados, cuya sentencia de incapacitación o resolución judicial que la modifique no haya declarado su incapacidad total, sino una serie de actos que precisen complemento de capacidad del curador.

C. Constitución

La constitución de la curatela, al igual que ocurre con cualquier institución tutelar, debe ser constituida judicialmente, mediante un procedimiento similar al que se tramita para la tutela, determinándose en la sentencia el sometimiento de la persona a curatela, en atención al porcentaje de capacidad que mantiene.

En cuanto a las personas e instituciones que pueden ser curadores, las causas que impiden ser curador, las excusas para el ejercicio de la curatela y las obligaciones y derechos que conlleva el cargo, son las mismas que para el tutor.

En este sentido, por remisión del artículo 291 del Código Civil, no podrán ser curadores los quebrados y los concursados no rehabilitados, y con preferencia para el nombramiento el artículo 292 del mismo cuerpo legal señala que si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa.

D. Ejercicio

El curador no tiene otro cometido que el de dar el complemento de capacidad a aquellos actos jurídicos que el sometido a curatela no puede realizar por sí solo y a diferencia de lo que ocurre con el tutor, no es el representante legal de la persona.

De este modo, los actos en que se considera necesaria la intervención del curador, deben quedar delimitados en la sentencia que haya establecido la curatela. Sin embargo, cuando la sentencia no especifica el alcance de la curatela, se entiende que el curador tiene que asistir a la persona sometida a curatela en los mismos actos

que el tutor necesita autorización judicial. En ocasiones, la curatela se ciñe a la administración de los bienes. En estos casos, el curador asistirá en la administración ordinaria y, también, en la realización de negocios jurídicos que la persona por sí, no puede efectuar. Esto supone que para firmar escrituras públicas o suscribir contratos, debe intervenir el curador junto con el incapacitado, impidiendo así que otras personas puedan aprovecharse de su impericia.

Otras veces, la curatela se refiere a la esfera estrictamente personal, y requiere del curador la asistencia, por ejemplo, para el seguimiento del tratamiento médico por parte del incapacitado.

Tiende a someterse a esta clase de curatela a las personas que padecen enfermedades, que si bien a priori las incapacitan, pueden controlarse a través de un tratamiento farmacológico permitiéndoles llevar una vida normal. Las dificultades surgen cuando la persona no tiene conciencia de su enfermedad (como ocurre en algunos enfermos mentales) o, simplemente, cuando se niega a tomar la medicación.

En los supuestos en los que no se diera la autorización, bien porque no se haya solicitado, bien porque habiéndose solicitado no se hubiese concedido, si la persona sometida a curatela realizase igualmente el acto, este será anulable.

En todo caso, el ejercicio de la función del curador está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, por lo que sus decisiones podrán ser objeto de impugnación ante el juez, aunque tal posibilidad no se encuentre prevista expresamente en el Código Civil.

En cuanto a las prohibiciones en el ejercicio de la labor de curador, le son aplicables las mismas establecidas para el tutor.

Por último es necesario establecer cuales son las causas de extinción de la curatela, que al igual que ocurre con la tutela durará mientras se mantiene la situación que da lugar a la misma; estas causas son:

- Cuando el menor de edad cumple 18 años, salvo que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

- Por la adopción del menor de edad sometido a curatela.
- Por fallecimiento del curador y/o de la persona sometida a curatela.
- Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación o que modifique la sentencia de incapacitación sustituyendo la curatela por la tutela.

5.- El defensor judicial

A. Concepto

El Ordenamiento jurídico español no permite que un menor o una persona declarada incapaz se encuentre sin representación legal que defienda sus intereses personales y patrimoniales. Por ello, se prevé que si nadie ejerce ni la patria potestad, ni la tutela, ni la curatela, o si existe una oposición de intereses, se procede al nombramiento del defensor judicial que represente y ampare los intereses del mismo.

La actuación de esta figura debe considerarse provisional y transitoria y se prevé en los siguientes casos:

1. Cuando exista un conflicto de intereses entre el incapacitado y sus representantes legales –padres o tutor– o el curador.
2. Cuando el tutor, o el curador, haya sido destituido de su cargo, mientras se nombra a otra persona para desempeñarlo.
3. Cuando el tutor, o el curador, haya alegado alguna causa de excusa para no seguir ejerciendo la guarda, mientras se nombra a otra persona que lo sustituya.
4. Durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actuará como defensor judicial del presunto, asumiendo su representación y defensa. En los casos en que el propio Ministerio Fiscal inicia el pleito, si el presunto incapaz no comparece a defenderse en el plazo establecido, se nombrará un defensor judicial que le represente en el juicio mediante

procurador y asuma su defensa a través de abogado.

Antes de pasar al siguiente punto es necesario hacer unas apreciaciones sobre la diferenciación entre defensor judicial y la defensa durante el proceso judicial que recae en el letrado.

El cargo de defensor judicial puede recaer en cualquier persona física, no siendo imprescindible que sea técnica en derecho, nombrada por un juez para ejercer las funciones de amparo y representación de los menores e incapacitados de forma transitoria en ciertos casos.

Durante el proceso judicial de incapacitación, el Ministerio Fiscal actúa como defensor judicial del presunto incapaz, asumiendo su representación y defensa.

En los casos en que el propio Ministerio Fiscal inicia el proceso, si el presunto incapaz no comparece a defenderse en el plazo establecido, se le nombra un defensor judicial que le represente en el juicio mediante procurador y que asuma su defensa a través de abogado.

La defensa judicial en este caso puede recaer en un letrado, coincidiendo así la defensa judicial y la defensa técnica en el procedimiento, o bien en otra persona, quien se asiste de letrado y procurador para su defensa y representación en el proceso.

B. Constitución

El nombramiento del defensor judicial lo realiza el juez y, tal y como dispone el artículo 300 del Código Civil, nombra a quien estime más idóneo para el cargo; de este modo, podrá ser cualquier persona, sin necesidad de que sea pariente, y tal y como expusimos tampoco es necesario que sea letrado.

En cuanto a la capacidad general, las incapacidades, remoción y excusas previstas para el defensor judicial son las mismas que las establecidas para el tutor en virtud del artículo 301 del Código Civil.

C. Ejercicio

Tal y como adelantamos, el cargo de defensor judicial es temporal y provisional, así como supletorio a la patria potestad y su misión es velar por la persona y sus bienes, pero exclusivamente en un caso en concreto o que sea requerido para ejercer la administración provisional de los bienes del incapaz. En el supuesto de que sustituya transitoriamente al tutor, asumirá la guarda de la persona incapaz y de sus bienes.

De este modo, el defensor judicial tendrá las funciones que le haya asignado el juez, dependiendo de las necesidades que motivaron su nombramiento.

Cuando concluya el cometido para el que fue designado, o cuando se nombre tutor o curador al incapaz tras aceptarse el cargo, según los casos, se entenderá extinguida la figura del defensor judicial que debe rendir cuentas de su gestión al juez una vez finalizada.

Capítulo 3

Internamiento no voluntario



CONTENIDOS

- 1.- Supuestos en los que se puede dar el internamiento
- 2.- Regulación actual: necesidad de autorización judicial
- 3.- El internamiento: naturaleza, duración y clases
 - A. Naturaleza y finalidad
 - B. Clases de internamiento
 - C. Duración
- 4.- Procedimientos: ordinario y urgente
 - A. Ordinario
 - B. Urgente
- 5.- Traslados
- 6.- Tratamiento ambulatorio
- 7.- Conclusión

Resumen de los principales puntos del tema

1. Supuestos en los que se puede dar el internamiento:

El “*internamiento*” es el ingreso de una persona en un centro donde pueda recibir una atención acorde con las necesidades que tiene e “*internamiento involuntario*” es la ausencia de voluntad favorable al mismo. Para ello, la Ley establece la necesidad de autorización judicial.

2. Internamiento:

se constituye como una institución de protección del afectado y de las personas que lo rodean. En este sentido, la sentencia de incapacitación establece sobre la necesidad o no del internamiento y podrá ser: voluntario o forzoso, siendo en este último preceptiva la intervención judicial.

Su duración dependerá de que los facultativos lo consideren necesario e igualmente puede ser urgente en casos en que se den circunstancias apreciadas por un profesional que hagan desaconsejable demorar el mismo.

3. Procedimiento:

podrá ser ordinario o urgente; en el primero el control judicial será previo y en el segundo será posterior al internamiento.

Es competencia del juez conocer los expedientes de autorización de internamiento y podrán instar dicha autorización las personas que pueden interponer a demanda de incapacitación. Tras la resolución judicial de internamiento, se revisará la situación del afectado: el internamiento queda sujeto a control periódico.

4. Traslados:

las autoridades sanitarias de cada Comunidad Autónoma establecen distintos protocolos para el traslado e internamiento de personas. Las fuerzas y cuerpos de seguridad serán un último recurso, estableciendo como prioridad lograr el consentimiento del afectado.

5. Tratamiento ambulatorio:

Es la sumisión al tratamiento aun no concurriendo su consentimiento.

Posibilidad del consentimiento por representación (Ley de Autonomía del Paciente).

1.- Supuestos en los que se puede dar el internamiento

Desde un punto de vista estrictamente gramatical, el término “internamiento” hace referencia al ingreso de una persona en un lugar donde su ámbito de libertad se ve reducido. A su vez el término “involuntario” incide en la ausencia de una voluntad favorable al mismo.

De esta primera aproximación observamos que las notas definitorias de este tipo de internamientos chocan con los derechos y libertades consignados en nuestro Ordenamiento jurídico y en el ámbito internacional.

En concreto, la Constitución española en su artículo 17 consagra como uno de los derechos fundamentales el derecho a la libertad de todos los ciudadanos:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad...”.

El derecho garantizado por este artículo ha sido objeto de reconocimiento a nivel internacional, entre otros por los siguientes textos:

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 3).
- Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 3).
- Declaración de los Derechos y Libertades Fundamentales, aprobada en virtud de la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 1989 (art. 2).
- Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos, de 1981 (art. 6).

No obstante, la libertad del individuo no tiene un carácter absoluto, pues esto nos llevaría al absurdo de que alguien cuyas facultades psíquicas están alteradas (de tal forma que no es capaz de comprender el alcance de sus actos) no puede ser detenido o internado en un centro contra su voluntad.

Ejemplo

Imaginemos a una persona de 70 años, diagnosticada de Alzheimer hace 10 años, que es incapaz de manifestar su voluntad (lleva años sin pronunciar una frase con sentido) ¿quiere decir esto que, como tiene derecho a la libertad, no puede ser ingresada en un centro sin su consentimiento, que por otra parte no podrá prestar, pues no es consciente de su estado?

La respuesta lógica y jurídica coincide al entender que sería posible el internamiento contra o sin la concurrencia de la voluntad de la persona afectada.

En este sentido, el artículo 17 de nuestra norma fundamental, continúa señalando:

“Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”.

De acuerdo con este precepto, el internamiento sólo podrá llevarse a cabo en los supuestos y con las condiciones exigidas por la Ley.

La Ley a la que hace referencia este artículo viene integrada esencialmente hoy en día por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC en lo sucesivo) cuyo artículo 763 dispone:

“El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento”.

A la vista de este precepto cabe concluir que para que se produzca el internamiento de una persona sin contar con su consentimiento es necesario:

- La persona no debe estar en condiciones de decidirlo por sí.
- La existencia de un padecimiento de carácter psiquiátrico.

Nuestro ordenamiento ha optado por un criterio terapéutico frente a los criterios de peligrosidad. (Tal y como señaló Cristóbal Francisco Fábrega Ruiz en su ponencia “*Problemática específica de los internamientos de carácter residencial*”, presentada dentro de las Jornadas organizadas por la Fundación Aequitas y el Centro de Estudios Jurídicos sobre el ingreso involuntario: novedades y problemas celebradas en Madrid, los días 9 y 10 de marzo de 2009.)

Este enfoque permite concluir que cuando se hace referencia a un padecimiento psiquiátrico no sólo debe entenderse en el sentido de enfermedad mental, sino también como las deficiencias y enfermedades seniles que provocan un trastorno psíquico que altera la facultad de decidir.

No obstante, esta es una cuestión no exenta de polémica, como veremos en el apartado siguiente.

- Autorización judicial expresa (que, con carácter general, deberá ser previa, excepción hecha de los supuestos de urgencia).

En consecuencia: en el supuesto de personas afectadas por demencias seniles y/o la enfermedad de Alzheimer, para que proceda el internamiento involuntario, la persona afectada no habrá de estar en condiciones de decidir o no sobre su internamiento.

Ejemplos

1. Rosa tiene 54 años y lleva varios días preocupada porque el médico le ha diagnosticado Alzheimer en sus primeros estadios y sus hijas quieren ingresarla en un centro especializado. En este supuesto y dado el estadio inicial de la enfermedad, Rosa es perfectamente capaz de discernir si quiere o no ser ingresada (sin que sea un peligro para sí o para los demás), por lo que no procedería el internamiento al que hace referencia el artículo 763 de la LEC.
2. Transcurridos cinco años, la enfermedad de Rosa le imposibilita recordar si apagó

el gas después de cocinar o no. Sus hijas, a pesar del cariño que ponen en el cuidado de su madre, se han dado cuenta de que ya no pueden velar por su seguridad y la de los vecinos del edificio donde viven. Por lo tanto, han decidido ingresarla en un centro especializado. Sin embargo, su madre hace tiempo que no articula frases con sentido, por lo que se plantea si en este caso se requerirá, conforme al artículo 763 de la LEC la obtención de la correspondiente autorización judicial.

En el primer supuesto Rosa es perfectamente capaz de decidir si quiere ingresar o no en un determinado centro, por lo que no sería posible su ingreso forzoso.

CONCLUSIÓN

Procederá el internamiento cuando aun pese a no existir la voluntad favorable del internado (por ser contraria o no poder manifestarla) lo autorice un juez sobre la base del criterio de los profesionales sanitarios, por resultar beneficioso para la persona respecto de la que se pretende el internamiento, siempre que en la misma concorra padecimiento mental.

2.- Regulación actual: necesidad de autorización judicial

Dos son los niveles de regulación que debemos distinguir: i) estatal y ii) autonómico.

A. Nivel estatal

La normativa reguladora del internamiento involuntario viene integrada hoy en día por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y más concretamente por su artículo 763 (antes citado). Este precepto, debe completarse con:

- a) El artículo 271 .1 del Código Civil, que sujeta el internamiento del sometido a tutela a la obtención de autorización judicial.

b) El artículo 760.1 de la LEC, que dispone que la sentencia de incapacitación se pronunciará en su caso sobre la necesidad de internamiento.

c) El artículo 763 de la LEC dispone:

*“El internamiento, por razón de **trastorno psíquico**, de una persona que **no** esté en **condiciones de decidirlo por sí**, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el

tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

*4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la **obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida**, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

*Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, **cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente**”.*

La lectura detenida de este precepto nos lleva a concluir la importancia que se atribuye a la autorización/aprobación judicial en los supuestos de internamiento forzoso. Este precepto es heredero de la tradición española de legislar pensando en personas con una afección de tipo psiquiátrico y no por enfermedades degenerativas que, como el Alzheimer, afectan a la correcta formación de la voluntad y a sus facultades para valerse por sí mismos en la vida diaria. Lo

expuesto nos lleva a cuestionarnos si el artículo 763 de la LEC sería aplicable por igual a las siguientes situaciones:

Ejemplo

Avelino sufre una enfermedad psiquiátrica grave (esquizofrenia activa sin medicación) que pone en peligro su integridad física y la de las personas que lo rodean. El tratamiento de su enfermedad requiere, para su efectividad, el internamiento de Avelino en un centro psiquiátrico, a lo que este manifiesta su absoluta oposición alegando que todo es una conspiración entre el médico y sus hijos para quedarse con la casa.

Ejemplo

Adela es una anciana de 82 años, diagnosticada de la enfermedad de Alzheimer hace siete y que vive con su hijo (Juan) de 59 años. Juan a su vez se ve afectado por una deficiencia visual del 90% a consecuencia de la evolución de la diabetes que padece. Una tarde un amigo de la familia que lleva años colaborando con Juan en los cuidados de su madre le sugiere a éste que quizá Adela estaría mejor atendida en un centro especializado, ofreciéndose a ayudarla económicamente.

Juan, tras sopesar los pros y los contras de ingresar a Adela, llega a la conclusión de que a pesar del amor que le profesa, lo cierto es que ya no es capaz de atenderla como lo harían en un centro especializado, por lo que, tras muchas cavilaciones, decide que sería positivo para su madre ingresar en un centro de este tipo, pero lo cierto es que su madre no puede aceptar, ni negar el internamiento pues hace ya seis meses que no dice nada coherente.

Al respecto, dos son las posturas que Doctrina y Jurisprudencia han adoptado:

- a) El artículo transcrito no debe aplicarse al ingreso en residencias.

Los defensores de esta postura argumentan:

- El trastorno psíquico y la atención psiquiátrica que justificaría la intervención judicial no se dan en las personas que, afectadas por una enfermedad degenerativa, ingresan en una residencia geriátrica. Lo que motiva su ingreso esencialmente no es tratar su enfermedad sino motivos de tipo asistencial.
- Las restricciones a que se verían sometidas estas personas en una residencia no son diferentes de aquellas a las que se verían sometidas en el domicilio de sus familiares, sin que entonces se requiera autorización judicial.
- La aplicación del procedimiento previsto en el artículo transcrito puede llegar a ser pernicioso para las personas a quienes se intenta proteger al someterlas a desplazamientos, visitas y controles médicos y jurisdiccionales, que alteren su rutina diaria y su estabilidad.

Esta es la posición sostenida, entre otros, por la Audiencia Provincial de la Rioja (Auto de 27 de octubre 1998) al considerar que el internamiento no es por trastorno psíquico, sino por cuestiones de índole asistencial¹³.

- b) El artículo 763 de la LEC debe ser de aplicación al ingreso en residencias.

- El ingreso de una persona que no puede decidir por sí misma, supone una limitación del principio de libertad. Lo que cualifica un ingreso como internamiento no es el tipo de centro en que se produce, ni la finalidad asistencial que se persigue, sino el régimen cerrado del centro en que se lleva a cabo el ingreso –restricción de la libertad del individuo– y la ausencia de la voluntad de la persona ingresada.

- Si se exige autorización judicial para ingresar a un paciente afectado por un trastorno psiquiátrico con una finalidad curativa y generalmente temporal, tanto más cuando dicho internamiento tiene su origen en una

¹³ La inaplicación del artículo 763 también se sostiene por la Audiencia Provincial de Barcelona, por ejemplo en su Auto de 24 de julio de 1996.

enfermedad degenerativa, como el Alzheimer, en que el ingreso tendrá carácter indefinido.

La necesidad de obtener autorización judicial fue defendida por la Fiscalía en su circular 2/1984, de 8 de junio, y por la Audiencia Provincial de Segovia, entre otros, en su Auto 76/2000, de 27 de marzo ¹⁴:

“En definitiva, la acogida de personas de la Tercera Edad con etiología de las diversas demencias enumeradas o cualquier enfermedad de tipo psíquico, que determine su posible incapacidad, en hospital o residencia, en cuanto no se le permita salir de la misma en cualesquiera circunstancias que sea, equivale a detención a los efectos del artículo 5.1 e) del CEDH y, por ende, se precisa autorización de dicho internamiento (“detención”) por la autoridad judicial”.

B. Legislación autonómica

Algunas Comunidades Autónomas amparándose en su competencia exclusiva en materia de Servicios Sociales y aprovechando la ausencia de pronunciamientos uniformadores al respecto de nuestro más alto Tribunal (Tribunal Supremo), han regulado sobre el internamiento de personas mayores en centros sociales poniendo de manifiesto la división antes manifestada entorno a si el mismo requiere o no la aplicación del procedimiento previsto por el artículo 763 de la LEC¹⁵:

Comunidad Autónoma Andaluza

En Andalucía, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores dedica su artículo 45 al ingreso en centros sociales de forma muy similar a como lo hace el artículo 763 de la LEC:

“1. Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento. En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal

consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.

2. Los responsables de centros residenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

3. Ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo en los supuestos en que medie resolución judicial.

4. Los servicios de inspección velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores e, igualmente, podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro”.

Comunidad Autónoma Catalana

Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que (en el año 1990) optó por obligar a las residencias a utilizar el sistema de autorización judicial para ingresar en residencias a personas que tenían mermadas las facultades necesarias para decidir sobre su ingreso en una de ellas.

Sin embargo, las dificultades prácticas que tal sistema mostró y el desasosiego de los familiares ante la comunicación del ingreso de sus seres queridos en una residencia motivó un cambio radical en el planteamiento. Empleando la competencia en conservación de su Derecho Civil propio, introdujo dos artículos en el Código de Familia de Cataluña, que regulan estas situaciones:

Artículo 255. Autorización judicial y comunicación del internamiento

“1. El internamiento de una persona por razón de trastorno psíquico, cualquiera que sea su edad, en una institución adecuada y cerrada requiere

¹⁴ En similares términos, Auto de la Audiencia Provincial de Valencia 31/2002, de 6 de mayo, y de la Audiencia Provincial de Toledo 1/2003, de 16 de enero.

¹⁵ De entenderse que los internamientos en centros residenciales están incluidos en el ámbito de los definidos por el artículo 763 –por ejemplo, por producirse una unificación de la jurisprudencia– esta normativa autonómica podría resultar inaplicable.

autorización judicial previa si su situación no le permite decidir por sí misma. No se requiere esta autorización si razones de urgencia médica hacen necesaria la adopción de esta medida, pero en tal caso el director o directora del centro donde se efectúe el internamiento debe dar cuenta del hecho al juez o jueza del partido judicial al que pertenece el centro, en el plazo máximo de veinticuatro horas. La misma obligación se produce cuando la persona voluntariamente internada se halla en una situación que no puede decidir libremente por sí misma la continuación del internamiento.

2. Una vez se ha efectuado la solicitud de internamiento o se ha comunicado el internamiento, el juez o jueza, después de realizar la exploración personal y oír el dictamen del facultativo o facultativa que designe y el informe del Ministerio Fiscal, debe acordar motivadamente la autorización o denegación del internamiento o su continuación. El juez o jueza, cada dos meses, debe revisar la situación de la persona internada.

3. En el caso de que se pretendan aplicar tratamientos médicos que puedan poner en peligro la vida o integridad física o psíquica de la persona afectada, es de aplicación lo establecido en el artículo 219 para estos tratamientos, y las funciones atribuidas por el artículo 219 al tutor o tutora, en este supuesto, son ejercidas por los familiares de la persona internada o, si no los hay, por el juez o jueza”.

Artículo 256. Actos del guardador o guardadora

“La actuación del guardador o guardadora de hecho debe ser siempre en beneficio de la persona en guarda y debe limitarse a tener cuidado de la misma y administrar de forma ordinaria sus bienes.”

Dejando al margen discusiones de tipo doctrinal sobre el contenido de estos artículos, su introducción sirvió de base a la aprobación del Decreto 284/1996, cuyo artículo 7 regula la materia, distinguiendo tres posibilidades para los casos en que quien ingresa no puede manifestar su voluntad de hacerlo:

- El ingreso lo efectúa un familiar directo o el tutor de la persona: no es necesaria la comunicación al juzgado, únicamente la firma del contrato asistencial entre la residencia y el familiar de referencia o tutor.
- El ingreso lo efectúa una persona que no se considera familiar directo (un amigo o un sobrino) pero que actúa en la forma en que normalmente lo harían estos. En estos casos, el contrato asistencial se firmará entre la residencia y el que efectúa el ingreso, considerándosele como guardador de hecho no familiar. La residencia deberá comprobar que la situación de guardador de hecho no familiar ha sido debidamente comunicada al juzgado (en la práctica las residencias redactan el documento que es firmado por el guardador de hecho y lo envían a la fiscalía).
- El ingreso no lo efectúa alguien que tenga una relación cercana con el internado: en este caso, el director del centro se considera como guardador de hecho, debiendo enviar al juzgado (con copia a la fiscalía) una comunicación acompañada de cierta documentación.

A modo de conclusión, las distintas asociaciones representativas de los intereses de las personas con discapacidad, han venido luchando por la adaptación de la normativa relativa a estos temas, a la realidad social (mayor esperanza de vida, mayor número de personas afectadas por enfermedades degenerativas asociadas al envejecimiento). De este modo se garantizaría el respeto a la dignidad y libertad de las personas que sin ser enfermos mentales propiamente dicho ven limitada su capacidad de manifestar su voluntad y/o de valerse por sí de forma totalmente independiente.

3.- El internamiento: naturaleza, duración y clases

A. Naturaleza y finalidad

Desde un punto de vista jurídico los internamientos incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 763 de la LEC tienen naturaleza estrictamente procesal.

A pesar de la posibilidad real de la existencia de intereses contrapuestos a ventilar en el procedimiento, estos procedimientos se configuran como de jurisdicción voluntaria.

Mucho más interesante que la configuración del internamiento como institución procesal resulta determinar cuál es la finalidad de la institución.

Se trata de una institución de protección del afectado y de las personas que lo rodean. Los criterios que, conforme a lo dispuesto por el artículo 763 de la LEC, justifican el internamiento son los siguientes:

- Autoagresividad (riesgo para sí).
- Heteroagresividad (riesgo para los demás).
- Pérdida o graves dificultades para la administración personal.
- Grave enfermedad mental que aun no presentando inicialmente los elementos anteriores, suponga un riesgo de agravación.

Se trata de una medida de protección del propio internado que se ve incapacitado para adoptar la decisión por sí de forma consciente y, en todo caso, independiente de los procedimientos de incapacitación. (Sin perjuicio de que la sentencia de incapacitación haya de resolver, en su caso, sobre la necesidad o no de internamiento, cuando así se haya solicitado por los intervinientes.)

B. Clases de internamiento

A la vista de todo lo expuesto cabe distinguir dos tipos de internamiento:



Internamiento voluntario

Es internamiento voluntario todo aquel que se produzca con el consentimiento del internado.

La voluntad inicial debe recabarse en ausencia de vicios que la invaliden y ha de subsistir durante todo el internamiento (de lo contrario, la prolongación debería ser objeto de intervención judicial).

En relación con la validez de la manifestación de voluntad habrá de estarse a lo dispuesto por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, que requiere que la persona haya sido informada previamente.

El consentimiento informado se define como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”.

Debe recordarse que (salvo en el supuesto de Cataluña, respecto del ingreso de ancianos en residencias) no bastará con que el consentimiento sea otorgado por sus familiares debidamente informados (o en el caso de incapacitados, por su tutor o guardador), sino que es exigible en estos casos autorización judicial.

Internamiento forzoso

Esta categoría de internamientos hace referencia a aquellos que se producen sin la concurrencia de la voluntad del afectado (por ser esta contraria al internamiento o por no poder manifestarla).

En estos supuestos, resulta preceptiva –necesaria– la intervención judicial.

Dicha intervención podrá ser previa –autorización del internamiento– o, en los casos de urgencia, posterior –aprobación del internamiento.

En cuanto a los supuestos en que la intervención judicial es posterior al internamiento, se requiere la concurrencia de la urgencia: que no resulte posible esperar a la tramitación del procedimiento de autorización pues la demora sería gravemente perjudicial para el afectado.

Duración

En cuanto a la duración del internamiento, hay que distinguir entre el ordinario y el urgente.

a) Internamiento ordinario

El artículo 763 LEC, en su párrafo cuarto, dispone:

“4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

La redacción de este precepto está en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, manifestada –entre otras– en su sentencia 5 de noviembre de 1981 (caso X contra el Reino Unido):

“... un enajenado detenido en un establecimiento psiquiátrico por una duración ilimitada o prolongada tiene en principio el derecho, al menos en ausencia de control judicial periódico y automático, de interponer a intervalos razonables un recurso ante un Tribunal para impugnar la legalidad de su internamiento...”.

“... debe haber siempre un control posterior, ejercido en intervalos razonables, pues los motivos que justificaban, en su origen, el internamiento pueden no existir ya en otro momento posterior”.

Según puede observarse, no se establece un plazo máximo de duración ni ningún criterio al respecto más que la propia evolución clínica del enfermo. En este contexto, surge la polémica sobre la necesidad de la autorización judicial para poner fin al internamiento, existiendo quien reclama que el juez es quien debe acordarlo mientras que otros opinan no ser necesaria la autorización judicial para decidir el alta del enfermo.

En el caso de enfermos de Alzheimer, de admitirse la necesidad de autorización judicial para su internamiento; es claro que, conforme a lo expuesto, el mismo se prolongará en el tiempo irremediamente (salvo avances significativos en el tratamiento de la enfermedad).

b) Internamiento urgente

El internamiento urgente requiere la apreciación de circunstancias que hagan desaconsejable demorarlo apreciadas por un profesional. Ello no impide que dicho internamiento haya de ser objeto de control judicial, con el objeto de verificar si el mismo se llevó a cabo conforme a Derecho o no.

Sus requisitos son los siguientes: el responsable del centro donde se haya producido el internamiento deberá comunicarlo al juzgado lo antes posible y, en todo caso, dentro de las 24 horas siguientes. Una vez comunicado el ingreso, el juez debe dictar Auto motivado, ratificando o deslegitimando el internamiento (en el plazo máximo de 72 horas).

4.- Procedimientos: ordinario y urgente

De forma general, existen dos tipos de procedimientos, a saber: a) el procedimiento ordinario –control judicial previo–; b) el procedimiento urgente –control judicial posterior.

Ordinario

a) Competencia

La competencia para el conocimiento de las solicitudes de internamiento corresponde a los juzgados de primera instancia del orden civil (con carácter general de conformidad con lo establecido por el art. 756 de la LEC), salvo en aquellos lugares donde existan juzgados especializados en incapacidades y tutelas, en cuyo caso, serán estos quienes habrán de adoptar la decisión

De entre los juzgados de primera instancia, la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que será competente el del lugar de residencia de la persona cuyo internamiento se plantea.

Para los casos en que a lo largo del internamiento se produzca el traslado del afectado a otro centro (fuera del ámbito del juzgado que acordó el mismo), dos son las soluciones adoptadas:

- La competencia permanece en el juez del lugar de residencia del lugar de residencia del incapacitado¹⁶.
- Existen voces discrepantes, incluso dentro de la fiscalía, que entienden que en estos casos debería procederse a la remisión del expediente al juzgado del lugar de residencia del internado (con el objetivo de facilitar el contacto del juez que conoce del caso de este).

En estos supuestos, el juez podrá abstenerse de seguir conociendo o plantearse la correspondiente declinatoria¹⁷ por las partes o el Ministerio Fiscal¹⁸.

b) Legitimación activa

La LEC no explicita quiénes tienen la legitimación activa en este tipo de procesos. Ante esta

ausencia, la doctrina (los estudiosos de la materia) han considerado como tales:

- A las mismas personas que lo están para interponer la demanda de incapacitación (el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable, los descendientes o ascendientes, los hermanos de quien no se encuentra en situación de decidir por sí)¹⁹.
- En ausencia de las personas anteriores el Ministerio Fiscal²⁰.
- El tutor o tutora cuando la persona se encuentre judicialmente incapacitada²¹.
- Cualquier persona podrá poner en conocimiento del juez o de la fiscalía la necesidad del internamiento.

c) Inicio y tramitación del proceso: la audiencia y la fase probatoria

El artículo 763 de la LEC impone al juez la práctica de una serie de diligencias: i) examinar por sí a la persona afectada; ii) oír el dictamen de un facultativo designado por este; iii) oír al Ministerio Fiscal y al afectado. Todo ello, sin perjuicio de que el juez pueda practicar cualquier otra prueba que estime oportuna.

El examen de la persona siempre deberá llevarse a cabo de forma que se respete su dignidad, debiendo ser personal y pudiendo efectuarse a puerta cerrada (art. 355 de la LEC). Por lo tanto, podrá realizarse en el domicilio del demandado cuando su salud así lo justifique.

d) Resolución judicial

La resolución judicial revestirá la forma de Auto motivado (en el que se autorice o no el internamiento). El Auto no incluirá cuestiones relativas a la puesta en práctica de la medida,

¹⁶ Esta es la postura mantenida en el Auto del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 1994

¹⁷ La declinatoria es un procedimiento por el que se solicita al juez que se separe del procedimiento por no ser competente.

¹⁸ En este sentido se ha pronunciado la fiscal Carmen de la Fuente dentro del tercer módulo del curso de protección jurídica de personas con discapacidad del CERMI.

¹⁹ Artículo 757 de la LEC y circular de la Fiscalía General del Estado de 8 de junio de 1984.

²⁰ De conformidad con lo establecido en los artículos 749 y 758 de la LEC.

²¹ Artículo 271 del Código Civil.

que corresponderá –en todo caso– a los servicios sociosanitarios y personas interesadas²².

e) Revisión de la situación del afectado

El internamiento queda sujeto a control periódico. En el propio Auto se fijará la obligación de los profesionales que atiendan al afectado/a de informar periódicamente sobre la necesidad de mantener el internamiento, siendo el máximo cada seis meses²³.

Al margen de la obligación antes referida, el juez podrá acordar cualquier otra medida que estime oportuna (no obstante, la sobrecarga de trabajo de los juzgados hace que no suelen acordarse más diligencias).

Asimismo, es preciso tener en cuenta que:

- a) El facultativo que atiende a la persona internada podrá dar el alta a su paciente en cualquier momento si considera que han cesado los motivos que dieron lugar a la adopción de la medida, debiendo comunicarlo inmediatamente a la autoridad judicial.
- b) La doctrina se ha planteado si el juez está vinculado por esta decisión médica o, por el contrario, puede someter a control dicha decisión.

f) Representación y defensa

El artículo 763 de la LEC es claro al permitir que el afectado comparezca en juicio representado y asistido por abogado y procurador; es más, cuando no lo haga, el Ministerio Fiscal velará por sus intereses, salvo que sea el promotor del proceso, en cuyo caso se le nombrará defensor.

Urgente

La tramitación del procedimiento urgente es, en realidad similar a la del ordinario, puesto que en ambos casos el juez recibirá, ya a instancia

de parte, ya por remisión de informe médico del centro de internamiento, comunicación sobre la situación en que se encuentra la persona afectada por la enfermedad.

Las principales diferencias se encuentran en relación con:

- Competencia para conceder la autorización, siendo competente el juez del lugar en que radique el centro donde se haya efectuado el ingreso.
- La legitimación activa, ya que en el caso de los internamientos de urgencia, tal como dispone el artículo 763 de la LEC, será el responsable del centro donde se haya practicado el ingreso, la persona obligada de comunicar el mismo al juez, a fin de que se proceda a la regularización de la medida.

Dicha autorización deberá solicitarse al juzgado lo antes posible y, en todo caso, en el plazo de 24 horas desde el ingreso.

- El plazo para la práctica de pruebas y demás actuaciones exigidas se ve limitado a un máximo de 72 horas (plazo máximo para emitir un pronunciamiento), lo que en la práctica puede resultar difícil de cumplir.

5.- Traslados

El traslado debe llevarse a cabo bien por los familiares del internado, bien por los servicios sanitarios. En su momento se planteará la cuestión de cómo debe llevarse a cabo el traslado del enfermo cuando el mismo presente resistencia, llegando incluso a mostrarse violento.

El recurso a las fuerzas y cuerpos de Seguridad del Estado constituye una posibilidad de último recurso. En concreto, las autoridades sanitarias de cada Comunidad Autónoma tienen establecidos protocolos a seguir para el traslado de personas.

En dichos protocolos:

²² Todo ello sin perjuicio de que se autorice el auxilio de la fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado cuando sea preciso.

²³ El artículo 255 del Código de Familia catalán establece ese plazo en dos meses.

- a) Se suele regular como prioridad lograr el consentimiento del afectado resistente mediante el diálogo. Igualmente, la medicación sedativa se contempla para el caso del fracaso del mismo.
- b) En cuanto al empleo de medios mecánicos de retención, sólo deberán emplearse cuando de otro modo se pueda poner en peligro la integridad del trasladado o de terceros. En estos casos, se suele incluir la obligación de vigilar periódicamente los sistemas de retención y de configurarlos de forma que no produzcan daños al afectado.

6.- Tratamiento ambulatorio

La medida de internamiento involuntario constituye una restricción radical a la libertad del afectado. Por lo general, el tratamiento de una enfermedad degenerativa como el Alzheimer, al menos en sus fases iniciales, puede llevarse con un seguimiento farmacológico y terapéutico.

Sin embargo, el enfermo de Alzheimer puede no ser consciente de su enfermedad y de la necesidad de seguir un tratamiento o no estar en condiciones que requieran su internamiento. En estos casos, cuando la sociedad se ha planteado como alternativa al internamiento, el tratamiento ambulatorio involuntario: es decir, la posible sumisión a tratamiento (aun no concurriendo su consentimiento) de aquellas personas que carecen de conciencia de su enfermedad o que se niegan a soportar los efectos secundarios de la misma, abandonando periódicamente el tratamiento farmacológico.

La única normativa que hace referencia expresa a este tipo de internamientos es el Convenio de Oviedo de 1997, cuyo artículo 7 prevé la posibilidad de actuación respecto de la persona que sufra un trastorno mental.

El precepto mencionado exige para la aplicación del tratamiento sin la concurrencia de la voluntad del afectado que:

- a) La ausencia de tratamiento conlleve un riesgo gravemente perjudicial para su salud.

La propia Ley de Autonomía del Paciente prevé la innecesariedad del consentimiento de la persona cuando exista riesgo inmediato para su integridad física y psíquica (si bien se ha de consultar, siempre que sea posible, a sus familiares o personas vinculadas).

- b) El tratamiento involuntario se acuerde dentro de los límites legalmente exigibles.

La cuestión que se plantea es cuáles son esos límites legales, dado que en nuestro ordenamiento no existe una regulación al respecto.

- Ante esta ausencia de regulación, cierto sector de la doctrina y de los juzgados se han inclinado por entender aplicable por analogía lo dispuesto por el artículo 763 LEC²⁴.

Los defensores de esta tesis entienden que, en la medida en que el tratamiento involuntario supone una restricción de los derechos a la libertad (art. 17 de la Constitución), la dignidad de la persona (art. 10 de la Constitución) y la integridad física y moral (art. 15 de la Constitución) requiere la intervención judicial, por entender que quien puede lo más puede lo menos.

Esta tesis es la mantenida, por ejemplo, por la fiscalía y el juzgado de primera instancia, número 13 de Valencia.

Ahora bien, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia de 16 de julio de 2001, ha aclarado que el principio “quien puede lo más puede lo menos” tiene que aportar suficiente previsión normativa en la exigencia constitucional de certeza del Derecho.

El hecho de que unas medidas puedan tener rasgos comunes, no implica que los presupuestos y condiciones que legitiman su adopción y mantenimiento sean idénticos. Por este motivo esta fundamentación no siempre es aceptada

²⁴ Este es el sistema seguido en Huelva y Madrid, donde el tratamiento siempre es pautado por los profesionales sanitarios y la experiencia, desde el punto de vista de la evolución de los pacientes, ha sido valorada positivamente.

por todos los operadores jurídicos y ha sido expresamente rechazada por algunos juzgados.

- Establecimiento de la medida cautelar de sumisión a tratamiento ambulatorio de acuerdo con el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que autoriza, en cualquier momento del procedimiento, a instar una medida destinada a la protección de la persona o de su patrimonio)

Puesto que la Ley no establece una enumeración tasada de las posibles medidas a adoptar y puede considerarse que, dentro de los límites de los derechos individuales, cabe la sumisión no voluntaria a tratamiento ambulatorio .

Por último, cabe plantearse cuáles serán las garantías a adoptar en el supuesto de tratamiento forzoso de una persona declarada judicialmente incapaz. En este sentido habría que afirmar que la persona incapacitada judicialmente se encuentra privada de su capacidad de obrar y, en consecuencia, sometida a la autoridad y protección de su tutor.

Aun reconociendo que el afectado por la medida debe de intervenir en la decisión sobre su tratamiento (siempre que pueda), tanto el Convenio de Oviedo (art. 6.3) como la Ley de la Autonomía del Paciente (art. 9.3) establecen la posibilidad de otorgar el consentimiento por representación, correspondiendo al tutor la toma de decisiones sobre el tratamiento más adecuado, tras haber sido debidamente informado.

En concreto, el artículo 9.5 de la Ley de Autonomía del Paciente establece que *“la prestación de consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades a atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal”*.

Puede así considerarse que, salvo en casos de riesgo grave para la salud pública o para la propia persona (art. 9.2 de la citada Ley), el tutor requerirá de la previa autorización judicial para acordar una decisión de este tipo .

7.- Conclusión

A pesar de la ausencia de una legislación adaptada a una realidad cambiante y a la protección de un sector de la población en constante crecimiento (personas afectadas por demencias seniles y enfermedades degenerativas que, como es lógico, afectan a la autonomía personal), desde el ámbito internacional y comunitario se están haciendo notables esfuerzos por cambiar esta realidad, destacando los siguientes hitos:

- La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España)
- La Recomendación REC (2004)10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de las personas con trastornos mentales.

En definitiva, los legisladores deben afrontar cuanto antes la tarea de adaptar nuestro ordenamiento a la realidad del envejecimiento de la población y al incremento de las patologías asociadas a ese envejecimiento.

Dicha regulación pasa, sin duda, por aclarar el procedimiento a seguir para el internamiento de las personas afectadas por enfermedades degenerativas como el Alzheimer y por regular el tratamiento ambulatorio involuntario, salvaguardando así la dignidad inherente a todo ser humano.

Capítulo 4

Voluntades anticipadas y/o instrucciones previas



CONTENIDOS

1.- Poderes preventivos

- A. Concepto de poder preventivo
- B. Normativa
- C. Contenido de los poderes preventivos
- D. Documento público o notarial: formas de otorgar el poder

2.- Autotutela

- A. Concepto de poder preventivo

3.- Testamento vital

- A. Contenido y capacidad
- B. Delimitación del concepto respecto de figuras afines
- C. Legitimación
- D. Registro

Resumen de los principales puntos del tema

1. Poderes preventivos:

se utiliza para otorgar un poder, por el cual una persona quiera prever su futura y posible falta de capacidad, otorgando a otra persona la potestad de actuar en su nombre más allá del momento en el cual se produjera su incapacitación, para realizar aquellas actuaciones que implicaran la necesaria acción con la capacidad y facultades para concluir negocios jurídicos válidamente durante el tiempo que durase la incapacitación.

2. Autotutela:

es la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones, en documento público notarial, que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación. Podrá adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

3. Autoincapacitación:

esta institución supone que cualquier persona podrá instar su propia declaración de incapacitación, sin que sea necesaria que otra persona ajena, tenga que realizarlo. Con ello se permite que cualquier ciudadano inste a la justicia en casos en los que pueda encontrarse en una situación de incapacitación.

4. Testamento Vital (o Declaración de Voluntades Anticipadas):

es el documento en el cual una persona con plena capacidad de obrar expresa su voluntad para que la misma sea cumplida, llegado el momento en que no fuera capaz de hacerlo personalmente. Diversas CCAA han adoptado medidas para materializar la efectividad de la regulación estatal.

1.- Poderes preventivos

En España, con una pirámide poblacional donde la tercera edad cuenta con elevados niveles de presencia que se prevé se vean incrementados de forma notable en los años venideros (en 2020 la población española será la más envejecida del mundo), cobran gran relevancia las enfermedades propias de edades avanzadas. Tales enfermedades llevan aparejados procesos neurodegenerativos o de irreversible disminución de las capacidades cognitivas y volitivas, de ahí que, por extensión, sean también de gran trascendencia todas las medidas que se adopten para hacer frente a las mismas institucional, económica, sostenible y humanamente.

La cuestión adquiere aún mayor relevancia cuando una enfermedad afecta a la capacidad para decidir del enfermo y hace necesaria la activación de los diferentes recursos jurídicos existentes para permitir conferir válidamente a otras personas, ya sean los juristas o familiares, capacidad para interpretar las intenciones de la persona.

Por lo tanto, tienen una especial importancia los mecanismos de anticipación a procesos de pérdida de la capacidad jurídica de obrar, más aún cuando permiten al individuo usar los mismos sin necesidad de recabar la tutela judicial, como en el caso de los llamados *poderes preventivos*.

Estos mecanismos son la materialización jurídica del derecho del interesado a administrar su persona y patrimonio libremente o en caso de no poder hacerlo en un futuro, para lo cual se realiza una indicación expresa de su voluntad sobre la forma en que le gustaría que se hiciera.

Concepto de poder preventivo

El apoderamiento constituye el negocio jurídico por el cual una persona que otorga el poder (llamada poderdante) legitima a otra, que recibe el poder (denominada apoderado) para que actúe en el tráfico jurídico en nombre de aquel.



El contenido del poder puede ser tan amplio como el propio interesado hubiera querido configurarlo: puede llegar a la atribución de facultades para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio. Únicamente se excluye la realización de actos de carácter personalísimo (contraer matrimonio, otorgar testamento, etc.).

El término poder preventivo se utiliza para describir un tipo de poder, por el cual, una persona, generalmente aquejada de una enfermedad degenerativa o que, aun estando sana, quiere prever su futura y posible falta de capacidad sobrevinida como consecuencia, por ejemplo de una enfermedad o un accidente (piénsese en casos de enfermedades genéticas donde existe alto porcentaje de transmisión por parte de los progenitores a sus hijos, manifestándose la misma a determinadas edades), otorga a otra persona la potestad de actuar en su nombre más allá del momento en el cual se produzca su incapacitación, para realizar aquellas actuaciones que impliquen la necesaria acción con la capacidad y facultades para concluir negocios jurídicos válidamente durante el tiempo que dure la incapacitación.

El objetivo que busca la persona que otorga un poder preventivo es revestir su decisión de una protección tal, que su voluntad subsista aun cuando ella misma hubiera perdido su capacidad para revocarlo. Se pretende, por lo tanto, blindar la eficacia de los mismos una vez haya perdido su capacidad.

Este poder preventivo no deja de ser un tipo reforzado del clásico “contrato de mandato”, por el cual una persona confiere a otra la potestad de realizar un acto o varios en su nombre o por cuenta propia, pero actuando por encargo del mandante, durante un período determinado o de forma indefinida.

El problema puede surgir en el momento en que se produce uno de los supuestos (contemplados en el art. 1732 del CC) que determinan la extinción del mandato en su día conferido. Así, dicho artículo dispone la terminación del mandato por las siguientes causas:

“1.º Por su revocación.

2.º Por su renuncia o incapacitación del mandante.

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario”.

La modificación del artículo 1732 del Código Civil realizada por la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, configuró la regulación de este tipo de poderes, mediante la adición del siguiente párrafo:

“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

En consecuencia, la nueva redacción del artículo 1732 del Código Civil contempla la posibilidad

de que la persona enferma otorgue a otra válidamente la capacidad para actuar en su nombre en dos tipos de supuestos:

a) Que **hubiera una sentencia judicial de incapacitación**, después de la cual el poder preventivo puede seguir surtiendo sus efectos cuando concurren dos presupuestos:

- Que la persona que otorgue el poder y así lo hubiera previsto expresamente en el propio poder (de forma que si el poderdante no hubiera hecho previsión expresa, el poder se extingue una vez recaída resolución judicial).
- Que la sentencia judicial de incapacitación no hubiera previsto su extinción.

Cuando ambos requisitos se cumplan, aun habiendo sentencia de incapacitación, el poder otorgado por el mandante (la persona enferma) seguirá produciendo sus efectos.



b) Que, sin existir una sentencia judicial de incapacitación, el mandante hubiera previsto en su poder un momento a partir del cual el poder se activará y comenzará a producir efectos (una vez hubiera comenzado la pérdida de capacidades). Este momento a partir del cual se produce la falta de capacidad del poderdante deberá ser siempre apreciada por el *medio* que hubiera establecido el propio interesado en el propio poder.

Estos *medios* pueden consistir en la decisión de un profesional médico cualificado, (mediante informe pericial, por ejemplo) o dejarse en manos de un órgano colegiado. No obstante, debe quedar claro o de que dicha decisión es

siempre revisable por un juez, quien, tras emitir su sentencia de incapacitación, podrá decretar la extinción del poder preventivo.

Los supuestos en los que este mecanismo puede aplicarse son varios:

- En el caso de enfermedades degenerativas, como el Alzheimer, donde la pérdida de capacidades es progresiva hasta que se produzca –en su caso– la incapacitación judicial (donde, por lo tanto, puede que no exista una protección judicial adecuada hasta que la misma sea instada, si bien sí existe una incapacidad de hecho del individuo para regir sus propios asuntos).
- Otro supuesto es el de pérdida transitoria de capacidad, donde posteriormente se vuelve a recobrar la misma, siendo ineficiente la solicitud de declaración de incapacitación (lo que se pretende entonces es poder operar en nombre de la persona transitoriamente incapaz de hecho hasta que recobre su capacidad en un futuro inmediato).

La activación de los poderes, puede depender de que se produzca un hecho cierto, esto es, la condición que estableció el poderdante o tener lugar nada más nacer el poder. En este último caso, será considerado poder preventivo cuando contenga la previsión de no extinguirse si se produce la incapacitación del poderdante.

Poder sometido a condición



La realización de actuaciones preparatorias mientras se conserva la claridad de ideas, en orden a cerrar cuestiones trascendentales que regirán su futuro antes de producirse la definitiva

pérdida de su razón por causa del irrefrenable avance de la enfermedad, constituye un ejercicio de sana responsabilidad, facilita la labor de los futuros intérpretes de la voluntad del incapaz y simplifica, en general, la existencia de los familiares y el resto de actores unidos por lazos emocionales.

Se trata, a fin de cuentas, de respetar la autonomía de la voluntad y evitar la suplantación de la voluntad de la persona que un día tuvo capacidad para decidir libremente; aspecto que se ve reforzado con la posterior intervención judicial (luego examinaremos en qué términos) mediante la cual se pretende evitar potenciales abusos susceptibles de generarse como consecuencia de la falta de capacidad sobrevinida.

Se puede entender que cuando de la verdadera efectividad de la protección del *poder preventivo* se trata, debemos ceñirnos al ámbito de aplicación representado por aquellos espacios temporales donde se produce una pérdida de capacidad del poderdante que ve nublado su criterio, sin que hasta el momento haya recaído sentencia judicial de incapacitación pronunciándose sobre las medidas concretas de protección personal y patrimonial del individuo o mecanismo de protección.

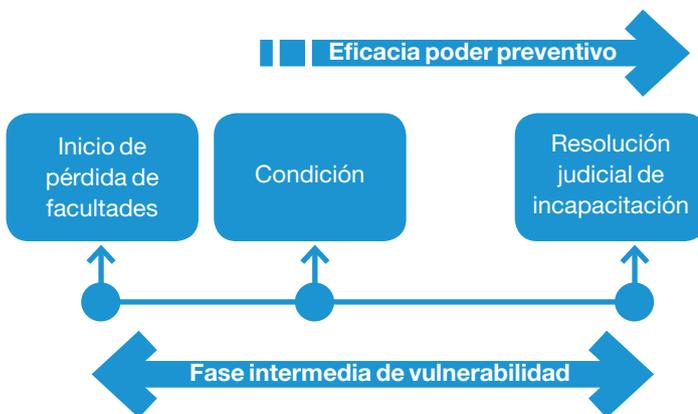
Una vez recaída sentencia judicial de incapacitación, también nos encontraremos ante un poder preventivo, en la medida en que la persona que lo otorgó pretendió manifestar anticipadamente su voluntad aun a pesar del pronunciamiento judicial, pero cuya efectividad y potencial de protección se ven mermados por la existencia de una sentencia judicial que ya ha establecido pautas concretas de protección personal o patrimonial.

En este sentido, parece coherente pensar que la misma sentencia deberá pronunciarse sobre la extinción o continuidad del poder preventivo, tratando siempre de que la decisión adoptada no constituya un perjuicio para el interés del incapacitado de forma que se salvaguarde la voluntad del mismo hecha cuando aún gozaba de buen juicio.

La utilización del poder preventivo adquiere sentido en dos situaciones muy concretas y es conceptualmente también un poder preventivo, aunque mermada su virtualidad, en un tercero:

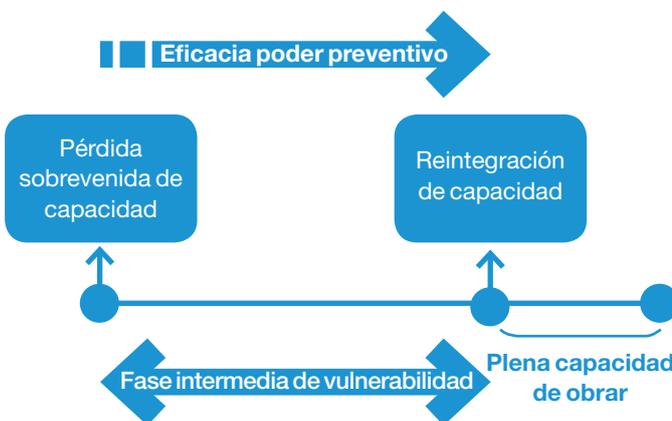
- a) La fases que comprende desde el inicio de pérdida de capacidades cognitivas y mentales hasta que se dicte la sentencia judicial de incapacitación.

Fase intermedia hasta la pérdida total de capacidad



- b) Períodos de pérdida transitoria de capacidad. Supuestos donde se pierden facultades durante un período relativo que no se va a ver dilatado en el tiempo. Una vez recuperadas sus facultades, el interesado podrá libremente decidir sobre la posibilidad de conservar la validez del poder o instar su extinción.

Pérdida transitoria de capacidad



- c) Un tercer momento, una vez emitida la sentencia judicial de incapacitación, cuando en los poderes se contemplara la posibilidad, siempre que dicha decisión sea compatible con el pronunciamiento judicial, de mantener la eficacia del poder aun declarada la incapacidad del mandante.

Normativa

En este ámbito, cabe destacar diferentes disposiciones:

- La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, supuso un hito en el reconocimiento cohesionado del derecho del paciente a ver respetada su autonomía decisoria en el ámbito de los tratamientos e intervenciones médicas para regular el reconocimiento del “consentimiento informado” y el instrumento de las “instrucciones previas”.

No nos detendremos en este aspecto dado que la misma es objeto de estudio más profundo más adelante. Simplemente apuntar que contiene en su artículo 11 la obligación de crear un Registro nacional de instrucciones previas.

- Por su parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, llevó a cabo una modificación importante de la normativa tributaria, así como del Código Civil, con el objetivo de establecer las medidas necesarias que garantizaran a las personas en situación de discapacidad las condiciones reales para el disfrute efectivo de sus derechos constitucionales en las mismas condiciones de igualdad que el resto de ciudadanos, tal y como exhorta el artículo 9.2 de la Constitución.

La crisis del Estado de Bienestar hace necesaria la realización de examen de conciencia y redefinición de los mecanismos de protección social, en especial, cuando se encaminan a la protección de las personas con algún tipo de enfermedad que las incapacite para el normal desarrollo de su vida cotidiana o, peor aún, la obtención de ingresos por sus propios medios.

Con el fin de racionalizar los recursos empleados por el Estado para la protección de un cada vez mayor número de este tipo de personas, se establecieron en esta Ley mecanismos de protección que habilitaron al propio afectado para hacerse cargo de parte del gasto público que estas atenciones suponen para el Estado.

De este modo, con el fin de descargar a las arcas públicas del coste que ello supone, ¿no sería más efectivo configurar un sistema moderno con figuras útiles que permitan garantizar la asunción por el individuo de parte de los costes derivados de los servicios de atención requeridos siempre y cuando disponga de recursos para hacer frente a los mismos, con el fin de posibilitar la viabilidad de la protección social pública y su concentración en aquellas personas que realmente pudieran necesitarlo?

Con este pensamiento nace la Ley que permite orientar el patrimonio de las personas afectadas por algún tipo de discapacidad a la satisfacción de sus necesidades vitales.

- Más recientemente, la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, surge con medidas más concretas y mecanismos específicos para asegurar el sostenimiento de personas afectadas con distinto grado de dependencia para el desarrollo de sus funciones vitales, con el fin de garantizar su dignidad y derecho a la igualdad efectiva.

En el texto legal se nos da una definición de **autonomía**, entendida como *“la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”*.

Por otro lado, con motivo de garantizar la protección de la autonomía del individuo, se reconocen los siguientes derechos:

- A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad.

- A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.
- A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.
- A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.
- Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.
- Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.

Ello da una idea del compromiso asumido por el legislador para preservar el derecho del individuo, en especial cuando se encuentra aquejado de alguna enfermedad, a decidir libremente.

- Los últimos avances han venido de la mano de normas como el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, el cual constituye la respuesta del ordenamiento a la necesidad de dotar un instrumento clave que permita el respeto de la voluntad manifestada anticipadamente.

En esta norma se pretende crear un Registro nacional, en cumplimiento de la premisa establecida en el artículo 11 de la Ley de Autonomía del Paciente, que permita tener un conocimiento centralizado de las Instrucciones Previas que hayan sido inscritas en los Registros autonómicos, imponiendo la obligación de comunicarlas al registro central. Por su parte, las distintas Comunidades Autónomas cuentan con sus propias Leyes reguladoras del Registro de instrucciones previas, que regulan los aspectos formales sobre la manera en que deben reunir este tipo de instrumentos y los pasos a seguir para posibilitar su inscripción en el Registro autonómico (ejemplos son la Ley 3/2005, de

23 mayo, de la Comunidad de Madrid, o la Ley 9/2005, de 30 septiembre, en La Rioja).

Contenido de los poderes preventivos

El alcance del poder preventivo puede ser tan amplio como así lo hubiera querido configurar la persona que lo otorgó. Pudiendo ser de contenido general o para la realización de actos concretos. Asimismo, puede referirse a aspectos tanto **personales** (decisiones sobre la vida cotidiana, cuidadores, alimentación, intervenciones médicas, sometimiento o no a determinados tratamientos, donación de órganos) como **patrimoniales** (administración de bienes, derechos de contenido económico, sociedades de las cuales el incapaz fuera titular).



El poder otorgado en términos generales abarca únicamente los actos de administración, mientras que si se le quisiera conferir un mayor contenido, el poderdante debería especificar aquellas facultades concretas, que sobrepasen la esfera del ámbito de la mera administración, que desee otorgar a favor del apoderado. En este último supuesto, al tratarse del conocido como “mandato expreso”, se deberá realizar de acuerdo con las formalidades establecidas para dicha figura²².

Por otro lado, debe hacerse referencia a la **persona del apoderado**, quien puede ostentar dichas funciones y las condiciones de su ejercicio. El poder puede señalar como apoderado a una única persona o delegar la capacidad de decisión

en varias o, incluso, en un órgano o comité institucionalizado.

Se consigue en este último caso dotar de una mayor seguridad al proceso de toma de decisiones sobre el futuro del poderdante incapaz. Visto desde perspectiva, podría dar lugar a una situación en la que se entorpezca el proceso en perjuicio del afectado, incluso llegando al bloqueo del órgano decisor, si no se hubieran previsto mecanismos de resolución de conflictos internos.

Este último aspecto muestra la gran importancia de establecer previamente medidas que permitan el desbloqueo de situaciones de estancamiento, mediante el otorgamiento, por ejemplo, de un voto de calidad a uno de los miembros, o la disolución del órgano y nombramiento de nuevos miembros (contemplando por supuesto el régimen transitorio, por medio de medidas provisionales que eviten la desatención del afectado).

En relación a los supuestos de conflicto, mientras el poderdante conserve su capacidad, las situaciones de abuso por parte del apoderado son fácilmente controlables, puesto que el poder siempre es libremente revocable en cualquier momento por su titular.

Sin embargo, cuando se produce la pérdida de capacidad, ya sea de hecho o de derecho, dicha potestad se pierde y son necesarios mecanismos adicionales de control que permitan corroborar el leal ejercicio del cargo de apoderado.

La sentencia judicial que se pronuncie sobre la incapacitación puede revocar dicho poder si se observa que ha sido utilizado de forma perversa para los intereses del afectado. Pero, hasta el momento, en previsión de que los intereses del incapaz puedan verse perjudicados, conviene introducir cautelas en el poder preventivo que permitan la fiscalización de las decisiones tomadas por el apoderado o el reparto de facultades entre distintos apoderados que evite la concentración de poder en una única persona.

²⁴ La diferenciación entre las esferas de protección personal y patrimonial es tal, que se describen en la casuística de nuestros tribunales, supuestos en los cuales se han querido mantener las facultades de representación en manos de una determinada persona (generalmente el cónyuge o un familiar cercano), mientras que el juez ha designado a otra diferente, con mayor cualificación, quien administraba determinados aspectos de contenido patrimonial (sobre todo cuando se refería a la gestión en el ámbito societario).

Si finalmente se opta por alguna de las vías anteriormente apuntadas, la siguiente pregunta a responder será la forma en que, en caso de ser varias personas los apoderados, pueden adoptar sus decisiones. Las mismas se tomarán de forma mancomunada o bien solidaria, dependiendo de lo que el poderdante hubiera establecido. Si nada se dice, debe acudirse al criterio más restrictivo.

Incluso podrían incluirse previsiones de sustitución del apoderado por otro diferente, para los casos donde la pérdida de capacidad se produjera en la persona del apoderado, o cualquier otro hecho expresamente contemplado.

Por último, si bien el mandato se presume gratuito (salvo en los casos establecidos legalmente), el propio poder podrá contener la posibilidad de remunerar el cargo del mandatario.

En conclusión, la imaginación y expectativas del poderdante establecen los límites de los poderes preventivos y dibujan los trazos del futuro esbozado por el sujeto que quiera anticiparse a las contingencias que pudieran producirse en un mañana incierto, siempre y cuando respeten los preceptos legales que no tengan carácter dispositivo.

Documento público o notarial: formas de otorgar el poder

Nada dice la norma sobre la forma que deben presentar los *poderes preventivos*. Por lo tanto, al no establecerse una disposición específica contraria, debemos entender que rige el principio de libertad de forma.

El artículo 1710.2 del Código Civil parece confirmar esta premisa al disponer que el mandato puede ser expreso o tácito, pudiendo otorgarse mediante documento público, privado o incluso de palabra.

No obstante, si bien esta es la regla general y rige para el mandato de contenido ordinario, cuando nos refiramos a actos que supongan transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, la norma requiere mandato expreso.

Estos poderes pueden ser otorgados tanto en escritura pública como en documento privado, si bien parece recomendable revestir del mayor grado de certeza al documento que exprese la voluntad de la persona que un día no podrá volver a manifestarla válidamente. Por lo tanto, será recomendable que el documento notarial acredite lo decidido.

Como luego veremos, el artículo 223 del Código Civil permite a cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente (en previsión de ser incapacitada judicialmente), adoptar mediante documento público notarial cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes. Por ello, no han faltado las voces que han reclamado la posible aplicación analógica de este artículo a la regulación de los poderes preventivos dado que la referencia del precepto es genérica. Si dicha interpretación fuera aceptada, podría verse reforzado el argumento que obliga a plasmar los poderes preventivos en documento público notarial.

2.- Autotutela

Nuestro ordenamiento jurídico contempla una serie de supuestos en los cuales frente a la imposibilidad de determinados individuos de gobernarse o administrar su patrimonio, se dispone la representación de su voluntad por medio de la figura del tutor.

No nos detendremos en este concepto puesto que ya se encuentra desarrollado en este trabajo. Únicamente recordar que estarán sujetos a tutela: i) los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; ii) los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; iii) los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela; y iv) los menores que se hallen en situación de desamparo.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2003 nos da una primera aproximación del concepto de autotutela, entendiendo como tal *“la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación, lo cual puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas”*.

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

La norma contempla, por lo tanto, que el sujeto pueda prever el nombramiento de su tutor, para el supuesto de que se produjera en el futuro su incapacitación. Si se prefiere y como reconocen algunos autores, se trata más bien de anticipar la denominada “capacitación” del individuo, en la medida en que lo que se quiere es que alguien que no tendría posibilidad de actuar en el tráfico jurídico, pueda hacerlo, si bien a través de otra persona.

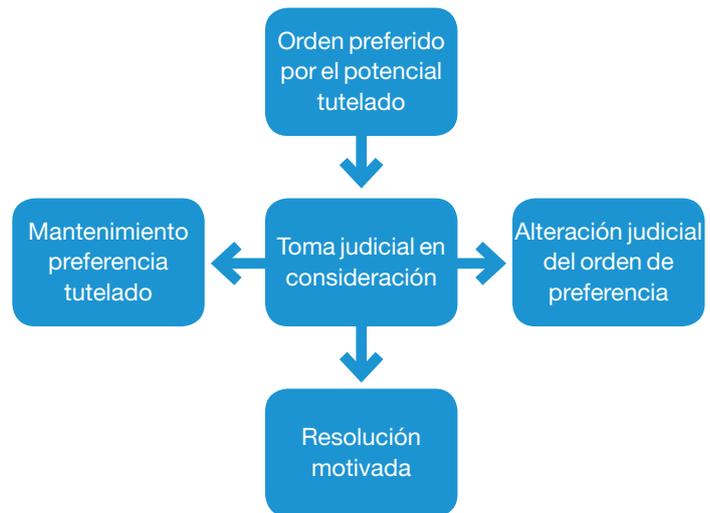
Para llevar a cabo la formalización de esta declaración de voluntad se exige que la misma sea elevada a público mediante la intervención de un notario. Ello responde a la necesidad de revestir dicha declaración de voluntad del mayor rigor para garantizar su fehaciencia, ya que el documento que la contenga, deberá ser utilizado para interpretar y dar cumplimiento a la voluntad del incapacitado (prestada en su día cuando conservaba sus facultades mentales intactas).

En principio, con el término “autotutela” reconocemos aquellos casos en los que el interesado plasmó su voluntad en este documento notarial donde designa a la persona que debiera actuar como su tutor ante una eventual situación de incapacidad. Ello no es óbice para que dentro del mismo documento, se puedan contener otro tipo de disposiciones que contengan estipulaciones sobre otros aspectos, tanto respecto del ámbito personal, como del patrimonial, que deban regir el futuro de su vida.

Es decir, existe la posibilidad de introducir en un mismo documento los ya examinados *poderes preventivos*, junto con la designación del tutor por el propio incapaz. En este último caso, no debe perderse de vista la cautela de otorgar el documento mediante documento público puesto que, como hemos apuntado, si bien los poderes

preventivos no requieren dicha formalidad (aunque se postula como muy recomendable), no podría admitirse la validez de la autotutela que no hubiera cumplido con dicha formalidad.

El esquema básico de funcionamiento de la designación tutelar sería el siguiente:



El concepto se define así en contraposición con la “tutela por disposición legal” o bien establecida por “decisión judicial” (un tercero, en definitiva) donde la designación del tutor no corresponde ya al propio aspirante a tutelado, sino que la decisión escapa del ámbito de acción de su voluntad.

Al respecto debe matizarse que, en los casos de autotutela, más que nombrar un tutor, se legitima al sujeto a proponer un nombre que será tenido en cuenta por el juez para la designación del tutor. Por ello, quien finalmente decide es el juez, si bien, debe hacer lo posible por respetar la voluntad del interesado, de forma que una resolución contraria a la voluntad libremente expresada por el afectado, debe siempre estar motivada y razonada desde la perspectiva del mayor interés del incapaz.

Ello puede hacer pensar que la decisión preferente es la del futuro tutelado, sin embargo, el Juez está habilitado para alterar dicho orden de preferencia. Al respecto, cabe precisar que la configuración del orden de preferencia situando al tutelado en primera instancia no es caprichosa, sino que

se quiere resaltar el valor que el ordenamiento confiere a la voluntad libremente manifestada por el mismo sin perder de vista que la decisión final corresponde al Órgano jurisdiccional. Un ejemplo ilustrativo es la sentencia número 407/2007, de 14 de noviembre, de la AP de La Coruña cuando reconoce que:

*“Podría darse eficacia a la voluntad demostrada por el incapaz cuando aún no lo era, como **pauta interpretativa** de que él mismo consideraba como solución más beneficiosa para él en caso de incapacidad, la existencia de un tutor ajeno a los conflictos personales, sentimentales y económicos de las personas más vinculadas a él por lazos afectivos o familiares”.*

Por otro lado, para que el juez contradiga el deseo del tutelado, deberán concurrir los requisitos de **excepcionalidad** y el de **respeto al mayor interés del incapacitado**. En este caso, la resolución expondrá de forma razonada la causa que motivó la decisión judicial como mecanismo que permita evitar la transgresión injustificada de la voluntad inicial por parte de la decisión judicial.

Para que el instrumento de la autotutela se perfeccione una vez declarada la incapacidad del futuro tutelado, deberían cumplirse necesariamente, según lo apuntado, dos requisitos fundamentales:

- Aceptación de la institución tutelar por la persona designada para el cargo. Al contrario que los poderes preventivos, donde se trataba de un negocio, como decíamos, recepticio.
- Ratificación de la designación vía judicial.

Al contrario de lo que pudiera pensarse, el principal conflicto que nos muestra la casuística de esta institución no viene motivado por la problemática jurídico-teórica que la aceptación pudiera ocasionar, sino por el problema real y humano que genera la falta de disposición de las personas potencialmente designables como tutores, dado que supone enfrentarlos a una institución que conlleva no sólo una sobrecarga excepcional de trabajo, sino la asunción de un enorme ámbito de responsabilidad.

Autoincapacitación

Mención especial debe hacerse en relación con lo que se ha querido conocer comúnmente como la autoincapacitación en la medida en que esta novedad introducida por la Ley 41/2003, constituye un nuevo avance en la evolución por salvaguardar el derecho a decidir de todo ciudadano.

El artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad, legitima al propio futuro incapaz para iniciar la propia acción de incapacitación, versando del siguiente tenor literal:

*“La declaración de incapacidad puede promoverla el **presunto incapaz**, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz”.*

Supone ciertamente un notable avance en el proceso de maduración del respeto al ejercicio del individuo a decidir por sí mismo en aquellas cuestiones que tienen incidencia en su futuro personal y patrimonial.

Ejemplo

Piénsese en supuestos en los cuales el sujeto comienza a experimentar los primeros síntomas de una enfermedad que le hace prever la falta de fiabilidad de los actos que vaya a llevar a cabo en el futuro. Para evitar el posible autoperjuicio que el oscurecimiento de su razón pudiera provocarle, en especial cuando de aspectos patrimoniales se refiere, el individuo en un ejercicio de responsabilidad, insta la iniciación del procedimiento.

El temor a quedar incapacitado sin la posibilidad de recobrar su capacidad de decisión no debe retraer el interés del afectado por ejercitar esta posibilidad que le brinda el ordenamiento: al igual que en su momento se le permite recabar la tutela judicial con el fin de que esta determine si concurren o no las causas legales de incapacitación, la misma norma confiere la opción al ya incapacitado de

iniciar el procedimiento para ser reintegrado en su estatus y que recupere todos sus derechos y sus capacidades.

“La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”²⁸.

Una vez iniciado, el procedimiento transcurrirá como cualquier otro ordinario de incapacitación, dándose audiencia al presunto incapaz y a sus familiares más próximos, recabando los dictámenes periciales que procedan.

En todo caso, no cabe la declaración de incapacitación sin la existencia de un dictamen pericial médico que se pronuncie sobre las aptitudes físico-psíquicas del perjudicado. Ninguna decisión judicial será tomada sin previamente haber valorado la opinión del profesional médico, junto con las circunstancias del supuesto concreto. Se trata, en definitiva, de configurar un procedimiento con las notas de rigor y respeto a la libre determinación del individuo.

El procedimiento reflejado en la LEC para el ejercicio de la autoincapacitación es el mismo que el de la incapacitación (con la salvedad de la persona que lo inicia). Por lo tanto, nos remitimos al capítulo referido al procedimiento de incapacitación normal (Tema 1). En todo caso, simplemente apuntar que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, pronunciándose, en su caso, sobre la necesidad de internamiento.

Por lo expuesto, al método tradicional de designación tutelar, como era el nombramiento testamentario o por documento notarial de un tercero (el código habla de los padres), se añade uno más, el de la designación mediante documento notarial que se comunica de oficio al Registro Civil para su constancia. De tal suerte y manera, que el juez podrá recabar al mismo certificación para tener conocimiento de su existencia.

²⁸ Artículo 761 de la ley de enjuiciamiento Civil

3.- Testamento vital

El tercero de los instrumentos de protección del ámbito personal y patrimonial en favor de la persona incapaz o incapacitada, para que pueda prestar su voluntad, viene representado por el conocido como testamento vital.

No es sino otro de los mecanismos que el ordenamiento brinda al sujeto previsor en beneficio de la simplificación de procesos (que exigen poder ofrecer una rápida respuesta para garantizar la salvaguarda de los derechos y libertades constitucionales reconocidas al individuo).

El testamento vital, o la declaración de voluntades anticipadas, constituye la manifestación más elevada del respeto a la voluntad del enfermo a determinar el trato a su juicio más digno, conforme a sus creencias e ideología, durante su tránsito final.

La cristalización de este instrumento jurídico se produce en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, cuando en su artículo 11, bajo la denominación de “Instrucciones previas” entiende por testamento vital aquel documento en el cual una persona con plena capacidad de obrar, expresa libre y anticipadamente su voluntad para que la misma sea cumplida, llegado el momento en el cual no fuera capaz de hacerlo personalmente.

Contenido y capacidad

Cuando de “Instrucciones previas” (“Voluntades anticipadas” o “Testamento vital”) hablamos, entendemos que la manifestación de voluntad expresada debe versar sobre la aplicación o no de determinados cuidados o tratamientos de salud sobre los que pudiera existir algún tipo de desacuerdo técnico o ideológico en cuanto a la idoneidad de su utilización.

Nos referimos con ello a los conocidos como “tratamientos paliativos”: aquellos tratamientos que, sin producir una mejoría sobre la salud del individuo, pueden garantizar una mayor calidad de vida en fases terminales (aunque su utilización pudiera implicar un acortamiento vital). Asimismo, el concepto incluye la decisión de dejar de aplicar un tratamiento médico concreto que mantenga artificialmente la vida del enfermo, así como la posibilidad de someterlo a una determinada intervención quirúrgica que pudiera entrañar algún tipo de riesgo.

De la misma forma, nos encontramos ante un documento de Instrucciones previas cuando el mismo se pronuncie sobre el destino de los órganos y el cuerpo del otorgante llegado el día de su fallecimiento. En resumen, el documento de Instrucciones previas expresa la voluntad que quien ya no puede manifestarla respecto a dos ámbitos:

- a) La aplicación o no de determinados tratamientos.
- b) El destino de partes del cuerpo y órganos del difunto.

La aplicabilidad de este instrumento normalmente se verá materializada como fórmula para reflejar la intención del paciente respecto de la posibilidad de continuar manteniendo su vida artificialmente, mediante la utilización de métodos terapéuticos que no vayan a implicar una mejoría de su estado de salud (pudiendo desencadenar en situaciones que en ocasiones huyen del concepto de tratamiento puramente paliativo).

En este tipo de supuestos, parece más o menos unánime entre los representantes de los distintos

pensamientos, ideologías y creencias presentes en nuestra sociedad, que la existencia de este documento facilita la decisión final de los familiares y la labor del médico consistente en dejar de aplicar el tratamiento.

El instrumento podría tornarse especialmente útil si se dispusiera de mecanismos tecnológicos que permitieran al médico consultar rápidamente la voluntad del paciente en situaciones de extrema urgencia, en los que una respuesta rápida podría implicar la eficaz protección del mayor número de bienes posibles (piénsese, por ejemplo, en el caso en que una mujer embarazada gravemente enferma tenga que ser operada de extrema urgencia, la posibilidad de consultar su voluntad fugazmente podría salvar al neonato, a la propia madre o a ambos, al mismo tiempo que garantizar el respeto a su derecho de decisión).

De igual forma, cobra sentido si la persona pretendiera dejar por escrito su voluntad de ser incinerada una vez producido el óbito, quisiera destinar sus órganos o su cuerpo al estudio de la ciencia o, por el contrario, si su deseo fuera el de no hacerlo pero sí ceder los mismos a quien los necesitara para sobrevivir.

Si atendemos a la posibilidad de contar con un método de consulta rápido y accesible para el facultativo, donde el trámite burocrático se viera reducido al máximo sin pérdida del respeto a la eficaz protección de datos especialmente sensibles, se podrían ganar valiosas horas en el tratamiento y aprovechamiento de órganos que permitirían dar una segunda oportunidad a aquellas personas que lo necesitaran.

Las instrucciones previas son **libremente revocables** en cualquier momento por su titular. El único requisito que establece la ley es que ello se haga por escrito. Es coherente dicha afirmación con el principio fundamental que pretende garantizar esta regulación: ya que si en su día, pudo existir el documento de instrucciones previas como libre manifestación de su autonomía personal, la posibilidad de revocarlo constituye la reafirmación de este derecho.

Es importante apuntar que la potestad para documentar la voluntad del sujeto respecto de los aspectos relativos a su futura protección personal mediante el instrumento de las *Instrucciones previas* no es ilimitada o carente de cualquier tipo de frontera legal, dado que son proscritas aquellas manifestaciones de voluntad que fueran contrarias al ordenamiento o la “lex artis”²⁹ de la profesión sanitaria.

Ello cobra significación sin duda, en los casos de eutanasia, donde las disposiciones manifestadas por el afectado en lo concerniente a la forma de afrontar su destino final, pueden en ocasiones estar enfrentadas con la legislación penal que tipifica como delito la ayuda al suicidio. En este tipo de casos, las manifestaciones contrarias a las normas se tienen por no puestas. No obstante, la diversidad de conductas tipificadas y la variedad de interpretaciones que este campo admite, hace que debamos remitirnos a capítulos posteriores, en los que específicamente se trata esta materia.

Respecto a la capacidad para otorgar el documento de Instrucciones previas, parecería lógico afirmar que sólo pudiera ser ejercitada por aquellas personas que, como reconoce la Ley de Autonomía del Paciente, sean mayores de edad y capaces.

Esta apreciación debe ser acogida con cautela e interpretada bajo el principio legal de conferir un mayor ámbito de autonomía al sujeto que tuviera su capacidad reducida. Tal aspecto contrasta con la Ley de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía (Ley 5/2003, de 9 de octubre) cuando, en su artículo cuarto, *reconoce la posibilidad de otorgar testamento vital, a los incapacitados judicialmente, salvo que la resolución judicial de incapacitación se pronunciara en contra de dicha posibilidad.*

El otorgamiento de esta potestad al incapaz no es discrecional, ni carente de control, puesto que

se establece su fiscalización por el facultativo responsable de la asistencia sanitaria quien, a su criterio, podrá cuestionar dicha capacidad y ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que en su caso, proceda a incoar procedimiento judicial de modificación del contenido y alcance de la resolución de incapacitación.

La Ley andaluza confiere así amplias facultades para aquellas personas que en principio no pueden emitir actos válidamente aceptados en Derecho sin la mediación de un representante. Ello parece que contradice el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, donde se establece que, para otorgar el consentimiento informado, se hará por medio de representante cuando el paciente esté incapacitado legalmente. Si bien la intención es noble, su virtualidad o efectividad real es más bien limitada, ya que parece viable que el precepto pudiera interpretarse más como un deber de escuchar la opinión del incapacitado que como su poder real para crear un acto válido, dado que la decisión final corresponde en la práctica a sus representantes legales y a su médico.

Delimitación del concepto respecto de figuras afines

La denominación *testamento vital*, ha sido criticada y puede dar lugar a confusión con otros instrumentos jurídicos creados con el fin de recoger la voluntad de quien ya no puede expresarla. En consecuencia, conviene efectuar una delimitación del concepto.

No es testamento vital el testamento regulado por el Derecho sucesorio en la medida en que el primero únicamente se refiere al ámbito de protección subjetiva (sólo contiene disposiciones de protección de contenido personal referidas a los tratamientos médicos a los que estaría dispuesto a someterse y sensu contrario, aquellos que esquivaría, si de su voluntad dependiera). Por su parte, el testamento contiene elementos

²⁹ Tribunal Superior de Andalucía, 10 de noviembre de 2008: “lex artis” es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental, pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad, exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha “lex artis”; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la “lex artis”.

más que de protección, de contenido dispositivo patrimonial mortis causa; es decir, rige la voluntad del fallecido en lo relativo al destino de sus bienes.

Por otro lado, se diferencia del mecanismo de los poderes preventivos. Estos últimos, pretenden salvaguardar la persistencia del mandato concedido originariamente a favor de una persona de confianza para que, llegado el caso, actúe en su nombre mientras que el testamento vital puede contener la designación de una persona, pero su papel debería ceñirse a la representación del otorgante, de cara a interpretar su voluntad sobre los aspectos relativos al ámbito de su protección personal.

Legitimación

En principio, el documento, que constituye un testamento vital, una vez inscrito en el Registro competente, bastaría al facultativo que tuviera en sus manos la decisión para cumplir la voluntad de la persona. Por lo tanto, la previsión legal adicional que permite la designación en el mismo documento de un representante que, llegado el caso, sirva como interlocutor con el profesional sanitario para procurar el cumplimiento de su voluntad, constituye un blindaje adicional a los deseos del interesado. La afirmación anteriormente realizada se ve reforzada cuando el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se Regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, legitima a las siguientes personas para acceder al testamento vital en él inscrito:



Como se puede observar en el gráfico, tendría acceso al Registro –y, por lo tanto, ostenta la capacidad para ser conocedor de la voluntad depositada en el mismo– tanto la persona que el otorgante hubiera designado en el propio documento de Instrucciones previas, como el facultativo encargado del tratamiento a través de la persona competente nombrada por la autoridad sanitaria (autonómica o estatal), quien deberá elevar su solicitud. Si bien parece que este último cauce podría dilatarse más en el tiempo, sin un adecuado sistema informatizado que gestione rápidamente las peticiones.

Registro

La normativa es objeto de desarrollo por las Comunidades Autónomas que, en el ámbito de sus competencias, están obligadas a adoptar las disposiciones necesarias para materializar la plena efectividad de las previsiones contenidas en la regulación estatal.

Ello es debido al reparto competencial que articula nuestra Constitución, la cual dispone: a) en el artículo 149.1.16, la competencia del Estado para regular las bases y coordinación general de la sanidad; b) en el artículo 148.1.22, permite a las autonomías asumir competencias en materia de sanidad e higiene. Por lo tanto, corresponde a estas últimas la legislación de desarrollo, así como la ejecución de dichas competencias, siempre y cuando estas hubieran sido previamente asumidas por sus Estatutos de Autonomía.

El reparto competencial influye en la configuración final de la forma y contenido del documento de “Instrucciones previas”, puesto que la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente tiene la condición de legislación básica y establece los parámetros generales o comunes. En consecuencia, para conocer los aspectos concretos de la regulación de las Instrucciones previas, tendremos que acudir a la legislación propia de la Comunidad Autónoma.

Por lo que se refiere a la forma que debe revestir el documento de Instrucciones previas antes de su inscripción en el Registro correspondiente, la ley nacional (Ley 41/2002) se remite a las regulaciones propias de cada Comunidad Autónoma; de manera

que los requisitos varían en función de donde nos encontremos. Así, por ejemplo, mientras que en Andalucía únicamente se exige que se realice por escrito, en la Comunidad Valenciana es requerida elevación a público u otorgamiento ante tres testigos que reúnan unas características específicas.

A pesar de la remisión a la normativa autonómica, la ley estatal ha querido establecer como cautela dos requisitos que actúen como mínimo común indiscutible:

- Realización por escrito del documento de instrucciones previas, con el fin de otorgarle cierta perdurabilidad.
- La constancia en la historia clínica razonada sobre las anotaciones relacionadas con la no aplicación de instrucciones previas contrarias a la “lex artis” o que no se correspondieran con el supuesto de hecho previsto en el momento de emitir la manifestación de voluntad.

La disposición transitoria única del Reglamento contempla, asimismo, una cláusula de salvaguarda, para el supuesto en que no se haya adoptado la regulación autonómica de esta materia, permitiendo al interesado presentar las instrucciones ante la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma, la cual procederá a remitirlas al Registro nacional donde quedarán provisionalmente inscritas (junto con

los documentos que las acompañen para su custodia).

Nos encontramos ante un sistema dual que integra dos ámbitos complementarios:

- a) *El ámbito autonómico*, representado por sus registros territoriales, que se configuran como el eje principal a través del cual se ejercita el derecho a depositar el documento en el que se recoge la expresión de la última voluntad de la persona.
- b) *El ámbito estatal*, representado por el Registro nacional de Instrucciones previas, que se configura como elemento de cohesión integrador de la actividad de los distintos registros territoriales (a través del sistema de comunicaciones interregistrales) y funciona en casos de ausencia regulatoria, como instrumento auxiliar, proporcionando coherencia al sistema.

El sistema expuesto actúa sin perjuicio del hecho cierto de que, si existen dos registros, y pueden darse incongruencias entre los mismos, en tal caso y en función de lo expuesto, deberían primar los asientos recogidos por el Registro autonómico, dado que, como ha reconocido el Consejo de Estado en su Dictamen número 564/2005, las mismas representan las últimas voluntades válidamente formalizadas conforme a la legislación autonómica.

Capítulo 5

Protección patrimonial de las personas con discapacidad



CONTENIDOS

1.- La necesidad de protección patrimonial de las personas con discapacidad

2.- La normativa aplicable

3.- Medios de protección patrimonial

- A. Personas que pueden constituir el patrimonio protegido
- B. Formas de constitución
- C. Registro

4.- Personas con discapacidad sujetas a protección en su patrimonio

5.- Personas encargadas de la protección del patrimonio

6.- Supuestos de transmisión patrimonial

7.- Autorizaciones judiciales

8.- Extinción del patrimonio protegido

- A. Causas de la extinción
- B. Consecuencias de la extinción

9.- El fideicomiso legitimario del incapacitado

Resumen de los principales puntos del tema

1. Protección patrimonial de las personas con discapacidad:

el “patrimonio protegido” permite designar unos bienes determinados para que con ellos y sus beneficios derivados de su administración se haga frente a las necesidades de las mismas.

2. Medios de protección patrimonial:

lo constituyen: beneficiario, representantes legales y terceros que deberán ofrecer *“una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin”*. La misma será con fondos del beneficiario o con bienes aportados por terceros. Su constitución será en documento público o por resolución judicial.

3. Personas con discapacidad sujetas a protección en su patrimonio:

serán las afectadas por minusvalía psíquica (igual o superior al 33%) o física (igual o superior al 65%).

El patrimonio protegido se sujeta a las reglas establecidas por el constituyente: la actividad del administrador puede ser controlada por órganos objetivos, sin interés directo en el patrimonio.

Se establece una supervisión institucional en el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio.

4. El fideicomiso legitimario del incapacitado:

la persona incapacitada puede ser beneficiaria no sólo de la parte de la legítima de la herencia que le corresponda, sino que se puede constituir un fideicomiso de otros bienes que afecten a otras legítimas, de otros herederos, en su favor, para garantizar el bienestar de la misma.

1.- La necesidad de protección patrimonial de las personas con discapacidad

La configuración actual de nuestra sociedad como Estado Social y Democrático de Derecho determina la obligación de prestar atención a las necesidades de las personas con discapacidad (con objeto de asegurar sus derechos y políticas de fomento de la participación en la sociedad) o, lo que es lo mismo, consagrar la igualdad entre todos los ciudadanos.

Es necesario volver a señalar como punto de partida que la pirámide por edades muestra el envejecimiento de la población. Es este un factor que tiene como consecuencia el aumento potencial de la discapacidad y, asimismo, la posible disminución de los recursos de los que se dispone para responder a las necesidades de las personas con discapacidad.

Dentro de las propias familias, las personas pertenecientes a la población activa van disminuyendo y, por lo tanto, se dispone de menos medios económicos, cuestión que se evidencia con más claridad cuando se trata de familias con personas con alguna discapacidad, las cuales requieren un esfuerzo económico extraordinario.

Recientes estudios del Instituto Nacional de Estadística (INE) muestra que el número de personas con discapacidad alcanza los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población. Además, conviene atender a otros resultados de este estudio que evidenciarían las dificultades de estas personas:

- Un total de 608.000 personas con discapacidad viven solas en su hogar.
- 1,39 millones de personas no pueden realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda.
- 269.000 personas que residen en centros de personas mayores, centros de personas

con discapacidad, hospitales psiquiátricos y hospitales geriátricos, tienen alguna discapacidad.

El compromiso que como ciudadanos tenemos con la continua mejora de la sociedad, integrada por todos y cada uno de sus miembros, conlleva que el Ordenamiento jurídico, esto es, las normas que regulan distintos aspectos de la vida, tenga entre sus objetivos la superación de obstáculos y barreras que impidan la correcta consecución de la igualdad material efectiva entre todas las personas.

De esta forma, los Poderes públicos a través del Derecho, como instrumento para adecuar las instituciones a la realidad, tienen la obligación de regular esta situación garantizando los derechos y el bienestar social de todos los ciudadanos independientemente de sus condiciones personales, respondiendo no sólo a una necesidad que se hace cada vez más evidente en nuestra sociedad actual, sino a una obligación constitucional.

El Ordenamiento y, en consecuencia, la protección de los derechos de las personas con discapacidad ha ido evolucionando y adaptándose, buscando nuevas vías de protección más efectivas y reales. Entre tales medidas se encuentra la protección patrimonial de las personas con discapacidad, objeto del presente tema.

Hasta ahora, la protección que se venía ofreciendo a las personas con discapacidad consistía únicamente en el sometimiento a un “*régimen de guarda*” (como instrumento protector de la persona y de su patrimonio).

Sin embargo, este régimen no era efectivo en todos los casos, por lo que siendo conscientes del esfuerzo de las familias y de las necesidades de las personas con discapacidad, se ha intentado articular un mecanismo jurídico que aporte una mayor seguridad en su esfera patrimonial: el denominado “*patrimonio protegido*”.

²⁴ Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (EDAD). Instituto Nacional de Estadística. Año 2008.

La figura del “patrimonio protegido”³¹ se basa en la designación de unos bienes determinados (dinero, inmuebles, derechos, títulos, etc.) para que con ellos y con los beneficios que se deriven de su administración se haga frente a las necesidades, ordinarias y extraordinarias, de la persona con discapacidad.

De esta forma, cualquier persona puede vincular determinados bienes a la satisfacción de las atenciones que pueda requerir la persona con discapacidad, evitando hacerlo a través de cualquier negocio jurídico que llevaría unos costes fiscales aparejados.

La nueva regulación recoge la posibilidad de constituir una masa patrimonial, sin personalidad jurídica, afecta, expresamente, a la satisfacción de las necesidades de la persona en cuestión.

Adicionalmente se configura como un patrimonio sujeto a una especial supervisión y control por ciertas personas designadas para ello. Sin embargo, en la normativa que lo crea no se reconoce una ausencia de responsabilidad del nuevo patrimonio, del patrimonio protegido, por lo que el patrimonio personal y el protegido de la persona con discapacidad siguen comunicados a estos efectos, lo que deberá ser tenido muy en cuenta por las personas que lo constituyan.

Ejemplo

Si por alguna circunstancia se contrae una deuda relativa al patrimonio personal que no puede atenderse con los bienes que lo integran, el patrimonio protegido responderá también por estas: comunicación entre los dos patrimonios.



2.- La normativa aplicable

A modo de primer acercamiento, conviene mencionar una vez más la previsión contenida en el artículo 49³² de la Constitución de 1978, en el que se establece la obligación de los Poderes públicos de llevar a cabo las acciones oportunas para la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

Así pues, se trata de una obligación constitucional que pesa sobre todos los Poderes públicos para con las personas con discapacidad, cuyo objeto será asegurar la igualdad de oportunidades en la sociedad, de ahí que dichos Poderes públicos tengan la responsabilidad de realizar todos los esfuerzos necesarios (tanto en el plano normativo, como de ejecución de las leyes) para la correcta consecución de este objetivo.

En cumplimiento de este precepto, dicha obligación relativa a la protección patrimonial se ha materializado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del

³¹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

³² El artículo 49 de la Constitución de 1978 dispone que: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria.

Esta ley se sitúa en una línea de obligación politicosocial sobre la solvencia de las instituciones públicas para hacer frente a las necesidades de los ciudadanos en situaciones de discapacidad (o, simplemente, de edad postlaboral), cada vez más numerosos. Su finalidad es procurar mecanismos alternativos que complementen la seguridad económica al margen de las prestaciones sociales por parte del Estado.

De este modo, tal y como establece la Exposición de Motivos:

“Hoy constituye una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debido a la mejora de asistencia sanitaria y a otros factores, y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer y otras, que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse”.

De esta mención se desprende que el objeto inmediato de la figura del patrimonio protegido es: i) favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y ii) establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de estos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.



Todo ello debe enmarcarse dentro del nuevo contexto configurado por la reforma del Código Civil: toda persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser declarada incapacitada judicialmente en el futuro puede adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Tras la aprobación de la Ley 41/2003, se observó la insuficiencia en algunos aspectos de la citada norma, por lo que se estableció la necesidad de reformarla con objeto de mejorar los aspectos relativos a la publicidad y control, con la intención de potenciar y optimizar la utilización de la figura del patrimonio protegido (aumentando, de esta manera, la utilidad para las familias y personas con discapacidad).

En consecuencia, se aprobó una modificación mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en Materia de Incapacitaciones, Cargos Tutelares y Administradores de Patrimonios Protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

De las modificaciones operadas por la Ley de 2009, en relación a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, se destacan las siguientes:

1. La mejora de la comunicación de la constitución del patrimonio protegido al Ministerio Fiscal para los fines de control que se persiguen.
2. La determinación del lugar en función del cual se fija la competencia del Ministerio Fiscal, que no debe ser el de otorgamiento de la escritura pública, en que se dotó el patrimonio.
3. Se da cabida a las comunicaciones telemáticas (correo electrónico, etc.) en este ámbito.
4. Se establece una aclaración legal del concepto de “acto de disposición de determinados bienes integrados en los patrimonios

protegidos”, habida cuenta de la disparidad de criterios detectados en la práctica.

Por lo tanto, la Ley de 2003 (con su modificación del año 2009) viene a ofrecer una garantía de carácter patrimonial a un conjunto de ciudadanos con especiales necesidades mediante la creación de la figura del “patrimonio protegido”, que es concretada y perfeccionada en la posterior norma de 2009.

3.- Medios de protección patrimonial

La creación de este patrimonio especial de las personas con discapacidad debe partir de la dotación de bienes y derechos afectos a las necesidades de la persona con discapacidad y que serán objeto de la especial protección que la Ley les atribuye.

De hecho, la Ley establece que el documento de constitución contendrá necesariamente *“el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido”*.

En relación con los sujetos encargados de la protección patrimonial, así como de la forma de constitución del “patrimonio protegido” hay que distinguir los siguientes extremos:

A. Personas que pueden constituir el patrimonio protegido

El propio beneficiario

Si la persona beneficiaria del patrimonio protegido tiene capacidad de obrar, puede ser ella misma quien constituya el patrimonio y establezca sus reglas de funcionamiento. De este modo según lo dispuesto en la Ley, cualquier persona en pleno uso de sus facultades puede constituir el patrimonio en previsión de limitaciones que puedan sobrevenirle en el futuro.

En este supuesto nos encontramos ante una creación condicional del patrimonio protegido, que sólo será efectiva cuando se produzca el hecho futuro e incierto que haya determinado el beneficiario del “patrimonio protegido”.

Representantes legales de la persona con discapacidad

Si el beneficiario carece de capacidad de obrar, los constituyentes del patrimonio serán, en representación suya, los representantes legales: padres, tutores o curadores.

Excepcionalmente, ya que no tiene representación legal, el guardador de hecho de una persona exclusivamente con discapacidad psíquica (art. 3) puede constituir en beneficio de esta un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado en herencia o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario.

En todo caso, se entiende que el constituyente real es la persona con discapacidad, sin perjuicio de que actúe mediante su representante: el patrimonio se forma con bienes del beneficiario, nunca de los representantes; no obstante, estos podrán hacer aportaciones de bienes de su propiedad.

Para la constitución de un patrimonio protegido:

- a) Los representantes legales no necesitan autorización judicial, pues no se da ninguno de los supuestos en que el Código Civil exige dicha autorización (teniendo en cuenta, además, que no se trata de un acto de disposición y que su objeto es el beneficio de la persona).
- b) A diferencia del curador, los padres y tutores tienen facultades, en principio, más amplias y los casos en que se exige autorización judicial hay que interpretarlos con carácter restrictivo. El curador, en cambio, sólo tiene las facultades que expresamente se le hayan atribuido.

Constitución por otras personas

La constitución también puede hacerse a instancia de terceros. En tal caso, no pueden ser constituyentes del patrimonio protegido propiamente dicho, sino que deberán poner a disposición de la persona con discapacidad o de sus representantes legales su ofrecimiento para

que sean ellos los que puedan constituirlo. En otras palabras, un tercero no tiene posibilidad de poder constituir un patrimonio protegido.

De acuerdo con lo indicado anteriormente, el tercero ha de ofrecer “*una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*”. La suficiencia deberá ser valorada por la persona con discapacidad, por sus representantes o por el juez.

Sin embargo, para evitar arbitrariedades en la decisión sobre la constitución o no de un patrimonio protegido y buscando el mayor beneficio de la persona con discapacidad, se prevé que, en caso de negativa injustificada de los padres o tutores de constituir el patrimonio protegido, el solicitante podrá acudir al Ministerio Fiscal y, posteriormente, será el juez quien decida finalmente.

B. Formas de constitución

Antes de establecer cuáles son las formas de constitución del patrimonio protegido, es necesario realizar algunas precisiones sobre su naturaleza jurídica así como distinguir los casos, según el patrimonio haya sido constituido con fondos de la persona beneficiaria o procedentes de un tercero, incluidos sus padres, tutores y curadores:

- a) **La constitución del patrimonio con fondos del beneficiario**, sea realizada por la propia persona con discapacidad o por sus progenitores, tutores o curadores, es un acto que puede calificarse de administración, pues se trata de someter determinados bienes (aun quedando afectos a las distintas necesidades de la persona con discapacidad) a la gestión de un tercero.
- b) **Si el patrimonio se constituye con bienes aportados por terceros**, la constitución encierra un acto complejo por el que, de una parte, se aceptan los bienes ofrecidos para la creación del patrimonio protegido, y de otra, se someten a las reglas de administración fijadas por el aportante. Es un acto mixto de aceptación de la aportación de bienes y constitución de un

régimen específico, mediante la constitución de un patrimonio especial del discapacitado.

Una vez fijados estos elementos procedemos a describir las formas de constitución del patrimonio protegido partiendo del contenido del artículo 3.3 de la Ley 41/2003, que establece que el patrimonio especialmente protegido se constituirá en documento público, por iniciativa voluntaria o por resolución judicial, y tendrá como mínimo el siguiente contenido: i) inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido; ii) las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, designando las personas que se estime conveniente; iii) cualquier otra disposición que se estime pertinente.

- Resolución judicial: opera en el caso de oposición de los padres, tutores o curadores a la constitución del patrimonio protegido con bienes aportados por un tercero.
- Documento público (escritura pública notarial): esta operará cuando se practique por la propia persona con discapacidad o sus representantes legales o guardadores de hecho. Esta exigencia de escritura pública constituye una garantía que reviste de seguridad jurídica al propio acto de constitución.

C. Registro

Al crear el patrimonio protegido, los bienes de la persona pasan a tener una condición jurídica diferente, de modo que, a la hora de establecer relaciones jurídicas con ella, habrá que:

- a) Ver si estamos en el caso de los bienes integrantes del patrimonio protegido.
- b) En el caso de la “representación legal doble”, es decir, cuando sean distintos su representante legal ordinario (padres, tutores o curadores) y el representante especial del patrimonio protegido, habrá que tener en cuenta, a la hora de celebrar un negocio jurídico, con cuál de ellos hay que entenderse.

De acuerdo con la Ley, deberán inscribirse en los Registros correspondientes las siguientes cuestiones:

- La condición de representante legal del administrador cuando fuera persona distinta del beneficiario se inscribirá en el Registro Civil.
- Cuando bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos de la persona con discapacidad estén integrados en el patrimonio protegido, dicha condición deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad. La misma constancia registral deberá practicarse en los Registros correspondientes respecto de los restantes bienes que tengan el carácter de registrables.

4.- Personas con discapacidad sujetas a protección en su patrimonio

El patrimonio protegido se crea por Ley como medio para favorecer la satisfacción de las necesidades de ciertas personas con discapacidad, que tienen una disminución de sus facultades físicas o mentales, a fin de asegurar que ciertos bienes, a los que se va a favorecer con determinados beneficios especialmente de orden fiscal, van a ser diligentemente administrados.

En particular, la Ley 41/2003 establece quiénes pueden ser los beneficiarios de protección patrimonial, circunscribiendo en su artículo 2 el concepto de “personas con discapacidad” a:

- a) Personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%.
- b) Personas afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

Este grado de minusvalía (siguiendo la terminología de la norma) debe ser acreditada mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

Por lo tanto, no será necesaria una incapacitación judicial, ni que haya sido iniciado el procedimiento

para ello, ni siquiera que concurran en la persona las causas de incapacitación judicial previstas en el artículo 200 del Código Civil. Los únicos requisitos necesarios son:

- a) Una certificación que acredite el grado de minusvalía de la persona, sin perjuicio de que exista una resolución judicial firme.
- b) La discapacidad debe ser permanente, no siendo posible la creación de un patrimonio protegido para los casos de discapacidad eventual.

La Ley acoge así, siguiendo la línea emprendida por las últimas reformas en esta materia, un concepto de discapacidad amplio y comprensivo de las discapacidades de carácter físico o sensorial y de carácter psíquico.

5.- Personas encargadas de la protección del patrimonio

El patrimonio protegido está sometido a una administración por parte de determinadas personas que pueden ser designadas para la gestión del mismo; esta figura tiene muchas semejanzas con la protección tutelar que ya se trató en los Temas 1 y 2.

- a) Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido quedan sometidos a las reglas de administración que haya establecido el constituyente, pudiéndose nombrar un órgano fiscalizador, si se considerase oportuno, con objeto de evitar una mala gestión del patrimonio.
- b) En este sentido, podría estimarse conveniente que la actividad del administrador, cuando esta no es desempeñada por el propio beneficiario o sus padres (en el caso de los menores), sea controlada y supervisada por órganos objetivos que no tengan ningún interés directo en el patrimonio, sino que se encarguen de velar exclusivamente por el interés de la persona con discapacidad (en los casos en los que se aprecia una dejación o gestión deficiente del administrador).

- c) La legislación vigente establece una supervisión institucional en manos del Ministerio Fiscal, de esta manera, el administrador tiene la obligación de rendir cuentas al Ministerio Fiscal siempre que este lo solicite y, en todo caso, al menos una vez al año.

Su intervención está justificada por ser una institución objetiva encaminada a velar por el fortalecimiento de la posición de personas con mayores dificultades además de censurar, en su caso, las posibles decisiones que se adopten en relación al patrimonio de la persona con discapacidad (como puede ser la gestión realizada por el administrador).

Así pues, el Ministerio Fiscal puede realizar dos tipos de actuaciones:

- **Supervisión permanente:** podrá solicitar la información que considere oportuna a la persona encargada de la administración del patrimonio cuando sea distinta del beneficiario y sus padres. Dicha información tiene que ser justificada documentalmente.
- **Supervisión esporádica:** cuando las circunstancias así lo recomienden, el Ministerio Fiscal puede solicitar al juez la adopción de cualquier medida que estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad (sustitución del administrador, cambio de las reglas de administración, adopción de medidas cautelares, etc.). El Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona y se le da audiencia en todas las actuaciones judiciales que afectan al patrimonio protegido.

Por otro lado, la Ley 41/2003 crea una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Sanidad y Política Social, cuya función básica es ser un órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento.

Esta Comisión está conformada por representantes de la Administración general y del movimiento asociativo de las personas con

discapacidad y asesora al Ministerio Fiscal en las funciones de supervisión de la administración del patrimonio protegido, efectúa estudios, propone iniciativas a la Administración y resuelve consultas sobre normas que inciden en la aplicación de la protección patrimonial.

Por lo tanto, las medidas de control y fiscalización de la actuación del administrador del patrimonio protegido están directamente relacionadas con la consecución de los fines de este: obtener una utilidad directa e inmediata del patrimonio y mantener la capacidad de obtener frutos.

Todo lo anterior, tiene el único objetivo de conseguir que la gestión de este patrimonio sea lo más eficiente posible a fin de lograr mayores beneficios (traducidos en mejores medios) para hacer frente a las necesidades de la persona con discapacidad.

6.- Supuestos de transmisión patrimonial

La transmisión de los bienes debe siempre hacerse con atención a las reglas de administración contenidas en el documento constitutivo del patrimonio protegido. Por lo tanto, cuando el administrador fuera persona distinta del beneficiario, tiene siempre que ceñirse a las previsiones contenidas en el mismo.

Sin perjuicio de lo anterior, la mayor restricción que opera en los actos de disposición de bienes es esencial: que se realice con la única intención de mejorar el patrimonio existente u obtener rendimientos del mismo.

En este sentido, la persona encargada de la administración ha de ser consciente, en todo momento, del sentido de la existencia del patrimonio y velar con el fin de que la persona con discapacidad pueda hacer frente a sus necesidades. Su actuación, en el marco de la disposición de los bienes, debe así estar encaminada, en todo caso, a la consecución de este fin.

Otros aspectos adicionales, que hay que tener en cuenta, son:

- La Ley establece que no se considerarán actos de disposición: el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles (aquellos de los que no puede hacerse un uso de acuerdo con su naturaleza sin que se consuman) integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.
- La subasta pública, en ningún caso, será necesaria para la enajenación de los bienes o derechos integrantes del patrimonio protegido, sin perjuicio de que el Órgano jurisdiccional adopte las medidas pertinentes de vigilancia y control que, en relación con la venta, estime adecuadas en beneficio de la persona con discapacidad.

Las aportaciones al nuevo patrimonio pueden realizarse en dos momentos distintos, ya sea en la constitución del mismo o en un momento posterior.

Respecto a las aportaciones simultáneas a la constitución del patrimonio, nos remitimos al punto tercero de este tema.

Las realizadas con posterioridad a la constitución del patrimonio pueden hacerse por cualquiera de las siguientes personas:

1. El propio beneficiario siempre que tenga capacidad de obrar o, en caso de no tenerla, lo harán sus representantes legales en cuanto a los bienes de la persona con discapacidad.
2. Los terceros con interés legítimo, entre los que ha de contarse a los representantes legales, podrán hacer aportaciones respecto de sus propios bienes.

En este sentido, cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Las aportaciones, tanto iniciales como posteriores, podrán consistir en dinero, depósitos en cuentas corrientes, seguros, alimentos o rentas vitalicias, bienes muebles

e inmuebles, derechos reales (por ejemplo, usufructo), títulos, acciones, emisiones de deuda pública, etc.

En todo caso, deberán observarse los requisitos explicados para la constitución, con posibilidad de acudir a la autoridad judicial, a través del Ministerio Fiscal, en caso de que los padres, tutores o curadores nieguen injustificadamente su consentimiento.

Evidentemente, si la persona con discapacidad tiene capacidad suficiente no podrán hacerse contra su voluntad, no pudiendo el juez sustituir su negativa, cuando puede, por sí mismo, expresar su voluntad.

Por otro lado, sólo podrán realizarse las aportaciones a través de documento público o mediante resolución judicial en el supuesto en que deba ser autorizado por el juez.

Por lo tanto, la aportación de un bien al patrimonio protegido en documento privado no sería válida.

Excepción: en los casos de las aportaciones de carácter periódico (por ejemplo, un contrato con una entidad financiera para un Plan de Jubilación) mediante el cual se establece el compromiso de hacer una serie de aportaciones periódicas por parte del aportante pero cuyo titular será la persona con discapacidad, no es necesario que se haga a través de documento público; basta con que consten las características y obligaciones básicas de ese contrato, así como su periodicidad.

7.- Autorizaciones judiciales

Cuando el patrimonio protegido haya sido constituido por el beneficiario del mismo, su administración, con independencia de la procedencia de los bienes, está sujeta a las reglas previstas en el documento público de constitución.

Sin embargo, en el caso de que el patrimonio haya sido constituido por persona distinta del beneficiario, las reglas de administración aludidas, deberán prever la necesidad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado (supuestos que ya han sido comentados anteriormente).

La autorización judicial supone otro instrumento de control de la actividad del administrador. Se instituye como un mecanismo asegurador de la pertinencia del acto de disposición de que se trate: se sujeta a la aprobación del juez que valorará si dicha actuación es beneficiosa o no para los intereses de la persona con discapacidad.

Excepción: la Ley 41/2003 dispone que “los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza”.

Por lo tanto, el requisito de la autorización judicial puede ser excepcionado atendiendo a las circunstancias anteriores. Por ejemplo, en el supuesto en que sea necesario realizar algún tipo

de disposición de los bienes del patrimonio con carácter urgente para evitar causar un perjuicio a la persona con discapacidad, no es necesaria su observancia, siempre y cuando sea solicitado, como dice la Ley, al Ministerio Fiscal para que a su vez lo remita al juez.

8.- Extinción del patrimonio protegido

A. Causas de extinción

Teniendo en cuenta que la figura del patrimonio protegido es una institución de carácter personalísimo, el mismo se extingue en los siguientes casos:

- Fallecimiento de la persona con discapacidad.
- Declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad.
- Desaparición de las limitaciones que le llevaron a constituir el patrimonio protegido. La propia resolución administrativa que establece el grado de discapacidad debe fijar la fecha en que puede tener lugar la revisión, sobre todo si es previsible una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento.
- Como caso especial, se prevé que el juez pueda acordar, a instancia del fiscal, la extinción del patrimonio protegido cuando así convenga al interés de la persona con discapacidad.

B. Consecuencias de la extinción

Los efectos son comunes, si bien existen algunas peculiaridades dependiendo del caso concreto:

- En primer lugar, la cancelación de las anotaciones registrales que se hayan producido en el momento de la adscripción de determinados bienes y derechos al patrimonio protegido. Asimismo, es necesaria una rendición de cuentas final del administrador del mismo.
- En el caso de declaración de la extinción por el fallecimiento o declaración de fallecimiento, los bienes y derechos integrantes del patrimonio

se incluirán en la herencia de la persona con discapacidad, junto con los procedentes de su patrimonio personal (sin perjuicio de que respecto de las aportaciones realizadas por terceros se haya establecido por los aportantes un destino distinto).

- En el caso de desaparición de la discapacidad, los bienes se integrarán en el patrimonio personal (excepto aquellos que hubieran sido aportados por terceros y se hubiera acordado un destino distinto en caso de extinción del patrimonio protegido).

Ejemplo

Unos padres podrán adscribir al patrimonio protegido una casa a favor de su hijo con discapacidad, con la previsión de que, en caso de extinción del mismo, esta regrese a su patrimonio o revierta en el de los hermanos.

En último lugar, se reconoce un derecho de habitación a la persona con discapacidad sobre la vivienda habitual sin que su valor se compute a efectos de calcular la legítima. Con la intención de no crear un trastorno añadido y enmendar de alguna forma la situación vulnerable de la persona con discapacidad, se le reconoce a esta un derecho sobre la vivienda habitual, sin que este hecho perjudique lo que perciba en concepto de legítima.

9.- El fideicomiso legitimario del incapacitado

En primer lugar, interesa dejar claro cuál es el concepto del fideicomiso para poder abordar luego sus características y notas básicas. De este modo, debemos introducir algunas nociones para entender la presente figura.

La herencia se divide en tres partes iguales, que son la legítima, el tercio de mejora y la de libre disposición



La regla general es que el tercio de legítima de la herencia se divide en partes iguales entre los herederos forzosos. El testador no puede elegir a qué heredero dejar esta. Sin embargo, se ha previsto un medio de protección para las personas declaradas incapacitadas que permiten quien otorga testamento poder constituir un fideicomiso en favor de aquellas.

Esto significa que se reservará para la persona declarada incapacitada esta parte de la herencia –la legítima– entera o parte de la misma, pudiendo afectar al derecho de los otros herederos, permitiendo a la persona declarada incapaz hacer uso de determinados bienes hasta su fallecimiento, momento en el que revertirá al resto de los legitimarios.

De esta forma, el fiduciario (la persona incapacitada) podrá disponer de esa parte de legítima estricta gravada por el que otorga el testamento con los límites que este hubiera establecido, para, a su fallecimiento, transmitirlos a los otros herederos forzosos (fideicomisarios).

- Requisitos
 - a) Dentro de los requisitos necesarios para constituir el fideicomiso es necesario señalar que, en la legislación vigente, sólo se hace referencia a la incapacidad judicial. De este modo no es aplicable a personas con discapacidad por el mero hecho de encontrarse en esta situación, sino que será aplicable exclusivamente a la persona que esté judicialmente incapacitada.
 - b) Otro de los elementos a tener en cuenta es que esta sustitución fideicomisaria, deberá ser establecida por el testador a la hora de otorgar testamento. Sin embargo, no es necesario que figure expresamente, siempre y cuando pueda deducirse su intención (aunque se recomienda su disposición de manera clara y precisa).
 - c) Por otro lado, para que surta efecto la cláusula fideicomisaria, será imprescindible que el estado de incapacidad se mantenga al tiempo del fallecimiento del causante, de lo contrario, la causa que habilita para reservar estos bienes en favor de la persona con discapacidad dejará de existir, facultando a los herederos forzosos a hacer efectivos sus derechos inmediatamente (recuperar los bienes), dejando sin efecto la cláusula fideicomisaria.

Capítulo 6

Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad



CONTENIDOS

- 1.- El texto de la Convención de la ONU para la protección de las personas con discapacidad
 - A. Principios generales de la Convención de la ONU
 - B. Derechos recogidos en la Convención de la ONU
- 2.- Incidencia de la Convención sobre el Ordenamiento jurídico de España

- 3.- Especial mención al artículo 12 de la Convención de la ONU
- 4.- Posibles modificaciones a la normativa actual derivadas de la Convención de la ONU
- 5.- Protocolo facultativo de la Convención

Resumen de los principales puntos del tema

1. Objetivo:

Adaptar los Tratados en el contexto específico de la discapacidad. España fue uno de los primeros países en ratificarlo. Introduce importantes principios: respeto de su dignidad inherente y su autonomía, la no discriminación y su participación en la sociedad, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad y el respeto a la evolución de los niños con discapacidad.

2. Sistematización de derechos:

De igualdad, de protección, de libertad y autonomía personal, de participación y derechos sociales.

3. La Convención es una norma jurídica directamente aplicable:

y de relevante importancia con rango constitucional. Supone un cambio en la normativa española en diversos aspectos: *salud, sanidad e investigación*, superando la mera perspectiva de la salud pública, la *libertad y seguridad*, no pudiendo ser la discapacidad motivo de privación de libertad. *Trabajo, empleo y Servicios Sociales* reconociendo que trabajen en iguales condiciones que los demás. *Justicia* velando por su acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás. *Servicios públicos y función pública*, suprimiendo obstáculos y facilitando la accesibilidad a sus derechos. *Medidas tributarias* encaminadas a promover la igualdad. *Participación política y pública y accesibilidad a la vida cultural y a la educación*.

4. Igualdad ante la Ley:

Las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar el acceso a las personas con discapacidad.

5. Protocolo facultativo de la Convención:

Su objeto es reconocer la competencia de un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que supervisará la aplicación de dicha Convención por parte de los Estados miembros, ejerciendo un control que supervise la aplicación de la Convención.

Introducción

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó en el marco de la ONU la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, después de un largo proceso iniciado en el año 2001³³, en el que por primera vez tomaron parte activa las Organizaciones No Gubernamentales, además de los Estados miembros, observadores de la ONU, cuerpos y organizaciones de la ONU, así como el Reportero Especial sobre Discapacidad.

Esta Convención nació con el objetivo de *“adaptar las normas pertinentes de los Tratados de los derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad. Esto significa, que más allá de reiterar los objetivos primordiales fue establecer los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad. Esa adaptación debería estar informada por la necesidad de garantizar la igualdad de derechos y de oportunidades para todos, sin discriminación”*³⁴.

De este modo, la Convención parte de la idea de dignidad e igualdad de todos los seres humanos, siendo necesario proteger y promover los Derechos Humanos de todas las personas con discapacidad para poder conseguir la participación en igualdad de condiciones de todos los ciudadanos en cualquier parte del mundo.

Por lo tanto, se superaban sistemas y teorías meramente rehabilitadoras o médicas para consolidar e implantar a nivel mundial el “sistema social y de diversidad”, en el cual se entiende que la persona con discapacidad puede serlo no sólo por una limitación funcional (condiciones físicas, mentales, psíquicas o sensoriales producidas por cualquier circunstancia), sino también por una limitación social.

Este modelo conlleva prestar una especial atención a los condicionantes de ámbito social y hacer desaparecer la discriminación en ese ámbito.

Así pues, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un punto de inflexión en la historia del tratamiento de la discapacidad. En este sentido, entre sus principales aportaciones destaca la asunción de la discapacidad como propia del ámbito de los Derechos Humanos.

España no sólo no ha permanecido ajena a la Convención de la ONU, sino que ha sido de los primeros países en firmarla (30 de marzo de 2007) y de los primeros 20 que procedieron a su ratificación, contribuyendo de esta manera a su entrada en vigor.

1.- El texto de la Convención de la ONU para la protección de las personas con discapacidad

Partiendo de las premisas brevemente expuestas en el apartado introductorio, la Convención de la ONU declara como propósito *“promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto a su dignidad inherente”*.

La Convención de la ONU aporta una serie de importantes novedades para las personas con discapacidad, como ha señalado el estudio de la Universidad Carlos III de Madrid:

- La visibilidad de las personas con discapacidad como objetivo/aspecto básico

La Convención de la ONU se constituye con un instrumento de suma importancia para poder conseguir la visibilidad de las personas con discapacidad, indicando que esta cuestión debe constar en todas las agendas políticas tanto nacionales como internacionales.

- La asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos
La Convención de la ONU sitúa los derechos

³³ Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció un Comité Especial encargado de preparar la Convención Internacional para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

³⁴ Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios.

de las personas con discapacidad dentro del ámbito de los Derechos Humanos y fuera de los marcos asistenciales, de caridad o sanitarios. Esto conlleva que las desventajas que sufren las personas con discapacidad deben considerarse que quebrantan directamente el ejercicio de los Derechos Humanos.

- La configuración de una herramienta jurídica vinculante para hacer valer estos derechos

La firma, ratificación y publicación por parte de España de la Convención de la ONU, junto con su entrada en vigor conlleva que se constituya en norma dentro del Ordenamiento jurídico español, por lo que será necesaria una revisión de la normativa vigente para, en caso de conflicto, proceder a su modificación.

Es necesario aclarar que la normativa a revisar no es solamente la estatal, sino que están obligadas a cumplir con el objeto de la Convención tanto las leyes autonómicas como las forales.

- La concienciación sobre los derechos de las personas con discapacidad

La labor de la Convención de la ONU no se limita a establecer los derechos y obligaciones jurídicas, sino que su ambición es mayor, pues aspira a ser un instrumento de educación para la ciudadanía, a todos los niveles.

Enunciadas las principales novedades que introduce este importante documento,

pasaremos a realizar un análisis de sus elementos fundamentales para lo que se adjunta una tabla que recoge los principales bloques en los que se divide la Convención de la ONU.

A. Principios generales de la Convención de la ONU

En primer lugar, se estudiarán los principios que recoge la Convención en su artículo 3.º, que van encaminados a conjugar el respeto a la igualdad junto con el de la dignidad humana y, partiendo de esta idea, reafirmar la referida igualdad entre todas las personas (independientemente de sus circunstancias personales o sociales y teniendo en cuenta que, para ello, es necesario establecer medidas de promoción y accesibilidad).

La importancia que revisten estos principios radica en que son los encargados de informar el resto de los artículos y se deben tener en cuenta siempre a la hora de interpretar la Convención de la ONU. Estos principios son:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas

La idea de la igualdad y de la dignidad preside todo el articulado; sin embargo, este primer principio no se limita a ser enunciado sino que se establece el primer paso para dotarlo de contenido real y efectivo, plasmando que los principios de igualdad y dignidad deben ser entendidos en relación con el de libertad de

Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	
Bloque	Contenido
Disposiciones generales	Propósito, definiciones, principios generales, obligaciones de los Estados y medidas para sensibilizar y educar a la ciudadanía.
Derechos	Igualdad, protección, libertad y autonomía personal, participación, derechos sociales.
Aplicación	Obligación de los Estados de recopilar datos estadísticos y de investigación; cooperación internacional.
Disposiciones finales	Disposiciones relativas a las firmas, ratificaciones, reservas, entrada en vigor.

toma de decisiones y, consecuentemente, su independencia.

De este modo la promoción de la autonomía personal se convierte en un principio que los Estados deben respetar y tener presente en su actuación sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (más conocida como la Ley de Dependencia) se convierte en uno de los ejemplos de este cambio de mentalidad que se está plasmando en la nueva normativa española.

b) La no discriminación

La misma Convención establece, en su artículo 2.º, lo que debe entenderse por “discriminación por motivos de discapacidad”: 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. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de “ajustes razonables”.

Por “ajustes razonables” deben entenderse las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas (que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular), dirigidas a garantizar a las personas con discapacidad el goce o el ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad

Este principio constituye el relevo del movimiento de las personas con discapacidad iniciado en los años setenta cuyo objeto se centraba en conseguir forjar y ejercitar el

derecho de poder formar parte de la toma de decisiones relativas a todo lo relacionado con la discapacidad.

Es bien conocido el lema del Movimiento de Vida Independiente “*Nothing about us without us*” –Nada sobre nosotros sin nosotros–, que resume de manera muy ilustrativa la idea de la participación plena y efectiva de los afectados.

De esta manera se recoge la pretensión de las personas con discapacidad desde hace años, de dejar de ser vistos como meros pacientes o sujetos de políticas que podrían ser calificadas como paternalistas por distintos sectores, y, asimismo, dejar de ser apartados de la toma de decisiones.

En nuestro país, este principio no resulta ajeno puesto que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, establece “*el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad*”.

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas

Este principio incide en la huida de planteamientos meramente de “rehabilitación o sanitarios”; dispone que el respeto a la dignidad sea entendido como el respeto a la diferencia y aceptación de las condiciones particulares de las personas.

En otras palabras, tiene que dejar de verse a las personas con discapacidad como meros “discapacitados”, considerándoselas como personas iguales con multitud de capacidades que pueden desarrollar en una sociedad justa e igualitaria que integre, acepte y respete las distintas circunstancias personales. De este modo, se alejará de una sociedad

“discapacitante” para conseguir una sociedad integradora, plural y justa.

e) La igualdad de oportunidades

Las Naciones Unidas han querido dar un paso más en la configuración y reafirmación del Derecho a la Igualdad, siendo plenamente conscientes de la importancia que tiene para los intereses de las personas con discapacidad.

A tal fin, se consagra la igualdad de oportunidades entendida como la no discriminación y la promoción de todas las medidas posibles para conseguir la igualdad material, efectiva y real entre todas las personas.

Este aspecto reviste una singular importancia puesto que la búsqueda de la igualdad efectiva o material debe ser una permanente vocación de los Poderes públicos. Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, la actuación del Estado debe superar determinadas diferencias históricamente muy arraigadas, que pueden llegar a afectar incluso a la dignidad de la persona ³⁵.

f) La accesibilidad

El concepto de accesibilidad, entendido como accesibilidad universal, establece que, con el objetivo de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente (así como tener la oportunidad de participar activamente en la sociedad), los Estados deben adoptar todas las medidas encaminadas a lograr y asegurar el acceso en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

Esta accesibilidad universal deberá plasmarse no sólo en la remoción de los obstáculos del entorno físico, sino también en el acceso a la información, las comunicaciones, en todo tipo de entorno, urbano y rural.

De acuerdo con sus competencias respectivas, serán las Administraciones públicas, en los distintos niveles (Administración General del Estado, Autonomías y entes locales), las responsables de establecer todos los mecanismos necesarios y medidas para lograr que este principio de accesibilidad universal sea una realidad patente en la sociedad.

g) La igualdad entre el hombre y la mujer

La primera lectura de este principio nos podría llevar a pensar que está superado en las sociedades actuales, algo lejos de la realidad.

En primer lugar, hay que tener presente que estamos analizando una Convención de la ONU. Su ámbito objetivo supera, como es lógico y deseable, la esfera de los países occidentales, siendo un instrumento jurídico aplicable a todo el mundo (siempre que los Estados lo hayan firmado y ratificado).

De esta manera:

a) Es fácil entender la importancia y el valor del principio en el que estamos tratando, puesto que no son pocas las regiones del mundo en las que la mujer no goza de los mismos derechos que los hombres, por lo que sufre sistemáticamente una discriminación absolutamente inaceptable.

b) Además, tenemos en cuenta los casos de mujeres con discapacidad; estas sufren una doble discriminación que debe ser muy tenida en cuenta por las Autoridades de los países, como así lo ha hecho Naciones Unidas.

Este fenómeno no ha permanecido ajeno a la hora de la redacción de la Convención, puesto que ha previsto que la discriminación de las mujeres con discapacidad, en sus distintas formas, incluido los abusos de distintos tipos y

³⁵ STC 3/2007, de 15 de enero: “Sin embargo, la virtualidad del artículo 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto [RTC 1983, 75], F. 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE”.

menoscabos de su dignidad, deben ser objeto de una política activa y eficaz para conseguir una igualdad efectiva y digna de la esencia propia del ser humano.

En segundo lugar, si bien es verdad que los países occidentales han ido dando pasos para combatir las situaciones de desigualdad, en ocasiones tímidos y no con la fuerza necesaria, la discriminación o, mejor dicho, la doble discriminación es una realidad que debe ser combatida con todas las fuerzas, ya no sólo por las Autoridades de los Estados firmantes, como principales responsables, sino por todos y cada uno de los miembros de la sociedad, siendo proactivos, comprometidos y conscientes de la responsabilidad que todos tenemos a la hora de conseguir y mantener las condiciones de igualdad material que nos hacen ser una sociedad mejor.

- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar la identidad

El derecho de la infancia siempre ha sido una preocupación constante ocupando gran parte de las agendas de las Naciones Unidas. Los niños y las niñas, además del indudable valor de futuro que tienen, son personas que por su edad son especialmente vulnerables a situaciones de abuso, maltrato o explotación y merecen una especial protección.

La Convención de la ONU otorga una especial importancia al tema de educación en una doble vertiente:

- Por un lado, la relativa a los niños y las niñas con discapacidad, sobre la base de igualdad de oportunidades, estableciendo la obligación para los Estados Partes de fomentar sistemas de educación incluyendo todos los niveles de enseñanza con objetivo de:
 - i) desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

- ii) desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;

- iii) hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

- Por otro, la labor didáctica que ya se señaló al principio del presente tema, cuyo objeto no es otro que concienciar y educar a la ciudadanía en la igualdad, fomentando una red de cooperación ciudadana en la cual se puedan apoyar especialmente los niños y las niñas con discapacidad para poder promover su crecimiento y evolución en igualdad de oportunidades.

B. Derechos recogidos en la Convención de la ONU

La Convención de la ONU recoge, además de los principios que hemos enunciado, una serie de Derechos que se consagran dentro del marco de los Derechos Humanos, con un carácter programático (es decir, que los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales recogidos en la misma).

En este sentido, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales para hacer efectivos los derechos recogidos en la Convención, modificando o, en su caso, derogando toda normativa que constituya o pueda constituir prácticas discriminatorias.

En definitiva, no sólo han de modificar y derogar normativa o abstenerse de actos o prácticas incompatibles con la Convención, sino que, en aplicación del principio de transversalidad, han de tener en cuenta lo dispuesto por la misma, en todas las políticas, planes y programas para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Asimismo, están obligados a adoptar las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad.

Los derechos establecidos en la Convención de la ONU se han venido sistematizando por los distintos autores de la siguiente manera:

Derechos de igualdad

Dentro de los derechos de igualdad se han venido a incluir no sólo el de igualdad propiamente dicho, sino el derecho a la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida; debemos entender este punto como la necesidad de modular la capacidad de obrar, puesto que como ya hemos tratado en el primero de los temas, la diferencia entre capacidad jurídica y la capacidad de obrar, la capacidad jurídica entendida a la luz del Ordenamiento jurídico español es inherente a la persona, mientras que la capacidad de obrar se puede limitar en los casos de incapacidad, así como a disfrutar de un entorno accesible y un derecho igualitario del acceso a la justicia.

Derechos de protección

Dentro de lo que se ha denominado como “derechos de protección”, se pueden englobar distintos tipos de derechos encaminados a amparar y proteger tanto la integridad física y moral de la persona, como su ámbito más íntimo (como puede ser su hogar y su familia).

Así, pueden considerarse dentro de este ámbito los derechos a la protección de la vida, a la protección ante situaciones de riesgo, frente a la tortura y malos tratos, derecho de protección contra la explotación, la violencia y el abuso, el derecho a la protección de la integridad personal (física y mental), derecho a la protección de la privacidad, derechos a la protección del hogar y la familia.

Derechos de libertad y autonomía personal

Este tipo de derechos pretende mantener, mientras sea posible, la máxima capacidad de autogobierno de la persona, entendida como la capacidad de tomar decisiones sobre su propia vida y las actuaciones que le afectan.

El mantenimiento de la autonomía personal es uno de los puntos básicos que recoge el Convenio de la ONU, pretendiéndose que la persona con discapacidad que vea afectada su autogobierno pueda modularla para saber cuáles son las decisiones que puede seguir tomando por sí misma.

Dentro de estos derechos se puede incluir el derecho a la libertad y seguridad de la persona; la libertad de desplazamiento, la libertad para elegir residencia y una nacionalidad; **el derecho a vivir de forma independiente** y a ser incluido en la comunidad, así como el derecho a la movilidad personal con la mayor independencia posible.

Derechos de participación

Ya hemos hablado en los principios que recoge la Convención de la ONU de la participación activa de las personas con discapacidad en la vida social; para ello no sólo lo enuncia como principio, sino que se concreta en una serie de derechos como son: el derecho a la libertad de expresión y de opinión; el acceso a la información; el derecho a participar en la vida política y pública; el derecho a participar en las actividades recreativas.

Derechos sociales

Por último, se engloban en este apartado los derechos relativos, principalmente, a la educación y a la salud, derechos de una importancia capital en el bienestar y desarrollo personal de las personas con discapacidad.

Entre los derechos que se pueden incluir dentro de este apartado están los siguientes: el derecho a una educación inclusiva, así como a una formación continua; el derecho a una sanidad de calidad, el derecho a técnicas de rehabilitación para lograr mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional; el derecho al acceso laboral en igualdad de condiciones, entornos laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad; y el derecho a tener un nivel de vida adecuado y a la protección social.

2.- Incidencia de la Convención sobre el Ordenamiento jurídico de España

Es necesario exponer brevemente qué es lo que supone la firma y ratificación del Convenio de la ONU por parte de España.

En primer lugar, debemos aclarar que se trata de un tratado internacional del que España, al haberlo firmado y ratificado, forma parte. De esta manera, tal y como establece el artículo 96.¹³⁷ de la Constitución española, se integra en el ordenamiento interno, es decir, es una norma jurídica directamente aplicable.

Pero además, la Convención de la ONU, al estar enmarcada dentro de los Derechos Humanos, tiene una relevante importancia a nivel constitucional, esto es así por el artículo 10.2 de la Constitución, que establece:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El artículo transcrito vincula la interpretación de los derechos y libertades a los Tratados sobre esta materia que hayan sido ratificados por España, como es el caso de la Convención de la ONU. De esta manera, los Tratados internacionales que ya forman parte del derecho interno, gracias al artículo 10.2 tienen un especial valor dotándoles de un rango constitucional.

De todo lo anterior cabe destacar que la Convención de la ONU tiene y tendrá una importancia capital a la hora de determinar el sentido y la interpretación de los derechos constitucionales para las personas con discapacidad. En consecuencia, se tendrá que tener en cuenta a la hora de crear, aplicar o

interpretar cualquier norma de rango inferior que pueda afectar a estos derechos.

En este sentido, el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III sostiene la teoría de la necesidad de la elaboración de una Ley de carácter general que permita la adaptación de un gran número de leyes a las disposiciones establecidas por la Convención de la ONU.

Sin embargo, también es consciente de que la aprobación de esta Ley no sería suficiente para conseguir la completa adaptación de la normativa actual a los nuevos requerimientos. De esta manera, sería necesario realizar otro tipo de acciones normativas sectoriales que permitan culminar el proceso de adaptación en sectores del Derecho determinados.

Esto es así porque, si bien existen determinados asuntos en los que la adaptación de la normativa puede resultar hasta cierto punto sencilla, sin contener una especial complejidad técnica ni jurídica, otros pudieran presentar una enorme complejidad, bien porque su incorporación al Ordenamiento exige una serie de modificaciones más compleja técnica o jurídicamente o, en su caso, polémicas.

De este modo y en conclusión, no se puede ignorar el hecho de que para conseguir una correcta adaptación del Ordenamiento a la Convención será necesaria una clara apuesta política, social y, consecuentemente, jurídica para conseguir el correcto cumplimiento de la misma.

3.- Especial mención al artículo 12 de la Convención de la ONU

El artículo 12 de la Convención de la ONU regula, según sus propias palabras, el “igual reconocimiento como persona ante la ley” o, lo que es lo mismo, el tema de la capacidad como persona.

³⁷ “Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

Antes de proceder a analizar el enfoque que la Convención realiza del tema de la capacidad, es necesario recordar una serie de notas que caracterizan a la misma.

En primer lugar, debemos volver a incidir en que se trata de un documento de la ONU, redactado por diferentes países con sistemas jurídicos muy distintos al nuestro, con diversidad de mentalidades y culturas. Este hecho conlleva que nos enfrentemos al artículo más complicado de redactar.

En segundo lugar, apuntar que la discusión se centró en la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar; así mientras unos países, principalmente la Unión Europea y los países americanos, defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de la otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países, China, Rusia y los países islámicos, abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar.

La solución que se dio en la redacción del texto propuesto por el Comité Especial de Naciones Unidas tuvo que incluir una “*nota a pie de página*” (que desaparecería en la aprobación), algo nada habitual en este tipo de procedimientos internacionales, con la siguiente redacción: “*En árabe, chino y ruso, la expresión capacidad jurídica se refiere a la capacidad de ostentar derechos, no a la capacidad de obrar*”. Con esta sorprendente solución quedaba reflejada la profunda disparidad de opiniones sobre este tema, una primera abierta a los derechos en su más amplio sentido y la segunda mucho más restrictiva, en la que se reconoce la titularidad formal de los derechos, pero reservándose para su legislación interna la regulación práctica del ejercicio de los mismos.

Con estos antecedentes, el artículo 12 quedó de la siguiente manera:

Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las

personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

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

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

De la lectura del artículo se puede distinguir los dos conceptos clásicos, esto es la *capacidad jurídica* y la *capacidad de obrar* (denominado como ejercicio de la capacidad jurídica en el texto transcrito).

Los dos primeros apartados se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica en

condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos en todos los aspectos de su vida. En este mismo sentido, el último apartado también se pronuncia sobre la capacidad jurídica, pero circunscrita al derecho de propiedad y al derecho a la herencia, así como a gestionar sus bienes y a no ser privadas de manera arbitraria de los mismos (como ocurre en determinados puntos del planeta).

Por otro lado, los apartados tercero y cuarto hacen referencia a la capacidad de obrar *–ejercicio de la capacidad jurídica–*, estableciendo que los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo, estableciendo las salvaguardias proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas, siempre con el interés superior de las personas con discapacidad.

A la hora de centrarnos en el análisis del artículo, se puede afirmar que la aprobación del mismo supone un cambio fundamental a la hora de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en las situaciones en las que sea necesario contar con la asistencia de una tercera persona; de esta manera se consagra el cambio de modelo: de uno desfasado consistente en la sustitución en la toma de decisiones al actual de apoyo o asistencia en la toma de decisiones.

La configuración tradicional de la incapacidad, expuesta en los Temas 1 y 2 del presente curso, ha partido de un concepto de discapacidad relacionada con el modelo médico-rehabilitador, teniendo como consecuencia la limitación, bien absoluta o parcial de ciertas personas, que ha conllevado a la imposibilidad de realización de actos bien sea de carácter personal o patrimonial acorde con el modelo de sustitución en la toma de decisiones.

La configuración que la Convención de la ONU hace de la incapacidad está inspirada en el modelo social, así como en el principio de no discriminación e igualdad, enfrentados al modelo de sustitución actual. Esto es así porque con la configuración actual de la

institución de la incapacidad regulada en el Ordenamiento jurídico español, la persona con discapacidad sujeta a un procedimiento judicial de incapacidad, es susceptible de perder en la práctica gran parte de sus derechos, o su ejercicio, bien sea porque la decisión sobre los mismos corresponde a otra persona, en el caso de la tutela, bien sea porque no recibe el apoyo necesario para tomar esas decisiones, en el caso de la curatela.

De este modo, la Convención exigirá modificar no sólo la concepción jurídica actual del procedimiento judicial de incapacidad (vid. Tema 1), sino también la práctica que se hace del mismo. La discapacidad no puede ser por sí misma el motivo que fundamente la limitación o restricción de la capacidad para ejercitar los derechos reconocidos.

El nuevo mecanismo que deberá observar el modelo social de apoyo y asistencia en la toma de decisiones tendrá que continuar enmarcado dentro del ámbito judicial, garantizándose que el juez encargado de tomar la decisión de las medidas de apoyo necesarias lo haga atendiendo a las circunstancias y necesidades concretas de la persona, dando siempre prevalencia a la autonomía de su voluntad y estableciendo las medidas de apoyo estrictamente necesarias siempre bajo la premisa fundamental de protección del interés de la persona con discapacidad.

4.- Posibles modificaciones a la normativa actual derivadas de la Convención de la ONU

Tal y como hemos explicado en el presente tema, la aprobación de la Convención de la ONU debe conllevar una serie de cambios generales en la normativa de nuestro país, aspecto estudiado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, de la Universidad Carlos III de Madrid, en un completo estudio: *“La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico Español”*.

Este estudio destaca los siguientes aspectos en los que va a tener una especial incidencia la Convención de la ONU:



En relación con cada uno de estos ámbitos, cabe señalar lo siguiente:

Salud, sanidad e investigación

La Convención de la ONU impone el tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de los Derechos Humanos, superando la mera perspectiva de la salud pública. De este modo, el mandato de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad deberá interpretarse desde el enfoque del derecho de la autonomía personal para el disfrute de los derechos consagrados en la Constitución española.

Libertad y seguridad

El artículo 14 de la Convención establece que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

“a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona.

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de la libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”.

De este modo, la Convención dispone que la discapacidad no puede ser motivo de privación de libertad, en la forma que sea, suponiendo un impacto sobre materias como: las condiciones y tratamiento de las personas con discapacidad en distintas instituciones, así como la elección del lugar donde vivir, movilidad personal o los principios que rigen el derecho penal cuando es aplicable a personas con discapacidad.

Trabajo, empleo y Servicios Sociales

El artículo 27 de la Convención establece:

*“1. Los Estados Partes reconocen el **derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás;** ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación.*

[...].”

Y el artículo 28:

*“2. Los Estados Partes reconocen el **derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad,** y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho.*

[...].”

Se desprende de estos artículos las exigencias de tipo promocional y la obligación de llevarlos

a la práctica recaerá en el Estado tanto en la aplicación del Derecho como en la revisión y, en su caso, modificación de la normativa relativa a las políticas públicas de inserción laboral, empleo protegido, accesibilidad en el trabajo, adopción de ajustes razonables, promoción del autoempleo, no discriminación laboral, ejercicio de derechos laborales y sindicales, pensiones, jubilaciones y Servicios Sociales.

Justicia

El artículo 13 de la Convención establece en lo relativo al acceso a la justicia lo siguiente:

“1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

La Convención de la ONU es muy ambiciosa en lo relativo al acceso a la justicia, puesto que no sólo garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva, sino que prevé una revisión de procedimientos para dar efectividad a este derecho.

Estos ajustes no sólo pasan por adecuar la accesibilidad física a las infraestructuras donde se sitúan los órganos judiciales (juzgados), sino que pretende ir más allá, proponiendo que se adapten otros elementos como comunicaciones o procedimientos judiciales y que los miembros del Poder judicial tengan conciencia de las necesidades de las personas con discapacidad para poder hacer aún más efectivo este derecho.

Servicios públicos y función pública

Estos derechos vienen íntimamente relacionados con el derecho a la igualdad entre todos los ciudadanos, y se refieren al acceso a los servicios y al ejercicio de la función pública; en este sentido y como ejemplo, el artículo 29 establece:

“[...] La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referendos públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda [...]”.

Estos derechos deben interpretarse desde la óptica de suprimir todo tipo de obstáculos, prevenir los nuevos que pudieran surgir, así como crear expertos en accesibilidad y de este modo facilitar de una manera clara, efectiva y real el acceso a los servicios públicos y a la función pública.

Medidas tributarias

El Derecho Tributario (entendiendo por tal el conjunto de normas que regulan los impuestos y tributos) puede y debe ser utilizado como elemento que promueva la igualdad, especialmente entre las personas con discapacidad y el resto de los ciudadanos, para poder asegurar de esta manera el efectivo disfrute de los derechos y libertades públicas que se garantizan en el Ordenamiento y en la Convención de la ONU.

Esta perspectiva supone un impacto sobre los distintos impuestos como el IRPF, sucesiones, donaciones, patrimonio, sociedades, IVA, transmisiones patrimoniales, actos jurídicos documentados, etc.

Participación política

El artículo 29 de la Convención regula la participación política y pública estableciendo, en este sentido lo siguiente:

“Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones

con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas.

[...]”.

La participación efectiva en los procesos democráticos y políticos es un derecho que debe ser garantizado a todas las personas y no sólo el sufragio activo, esto es el derecho a elegir (derecho al voto), mediante el acceso a la información política, la accesibilidad de los colegios electorales, de los sistemas de votación, sino también el sufragio pasivo o, lo que es lo mismo, el derecho a ser elegido y ser representante de la ciudadanía.

Accesibilidad a la vida cultural

El artículo 30 de la Convención de la ONU reconoce el derecho a la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte, reconociendo este derecho en los siguientes términos:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural y adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar que las personas con discapacidad:

- a) Tengan acceso a material cultural en formatos accesibles.*
- b) Tengan acceso a programas de televisión, películas, teatro y otras actividades culturales en formatos accesibles.*
- c) Tengan acceso a lugares en donde se ofrezcan representaciones o servicios culturales tales como teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos y, en la medida de lo posible, tengan acceso a monumentos y lugares de importancia cultural nacional”.*

En lo relativo a asegurar la vida cultural de las personas con discapacidad, es necesario tener en cuenta que la entrada en vigor de la Convención de la ONU supone un impacto en el acceso al

material cultural en formatos accesibles, a las emisiones por televisión, películas, teatro y cualquier otra actividad cultural.

Educación

El derecho a la educación es uno de los puntos fundamentales en los que se basa la Convención de la ONU, estableciendo en su artículo 24 lo siguiente:

*“1. Los Estados Partes reconocen el **derecho de las personas con discapacidad a la educación**. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de **educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida [...]”.***

De este modo, el sistema educativo debe ser inclusivo en todos los niveles, lo que conlleva proporcionar equipos y materiales docentes adecuados, adoptar métodos de enseñanza y planes de estudio que abarquen necesidades de todas las personas, capacitar a los maestros para que puedan desempeñar su tarea en un aula inclusiva, facilitar el aprendizaje de Braille y de la lengua de signos; en definitiva, que la educación llegue mediante unos canales de comunicación adecuados al alumno.

5.- Protocolo facultativo de la Convención

La Convención de la ONU va acompañada de un Protocolo facultativo del que España también es firmante y que es complementario pero independiente de aquella.

El objeto del Protocolo viene recogido en el artículo 1 del mismo, que establece:

“1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una

violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

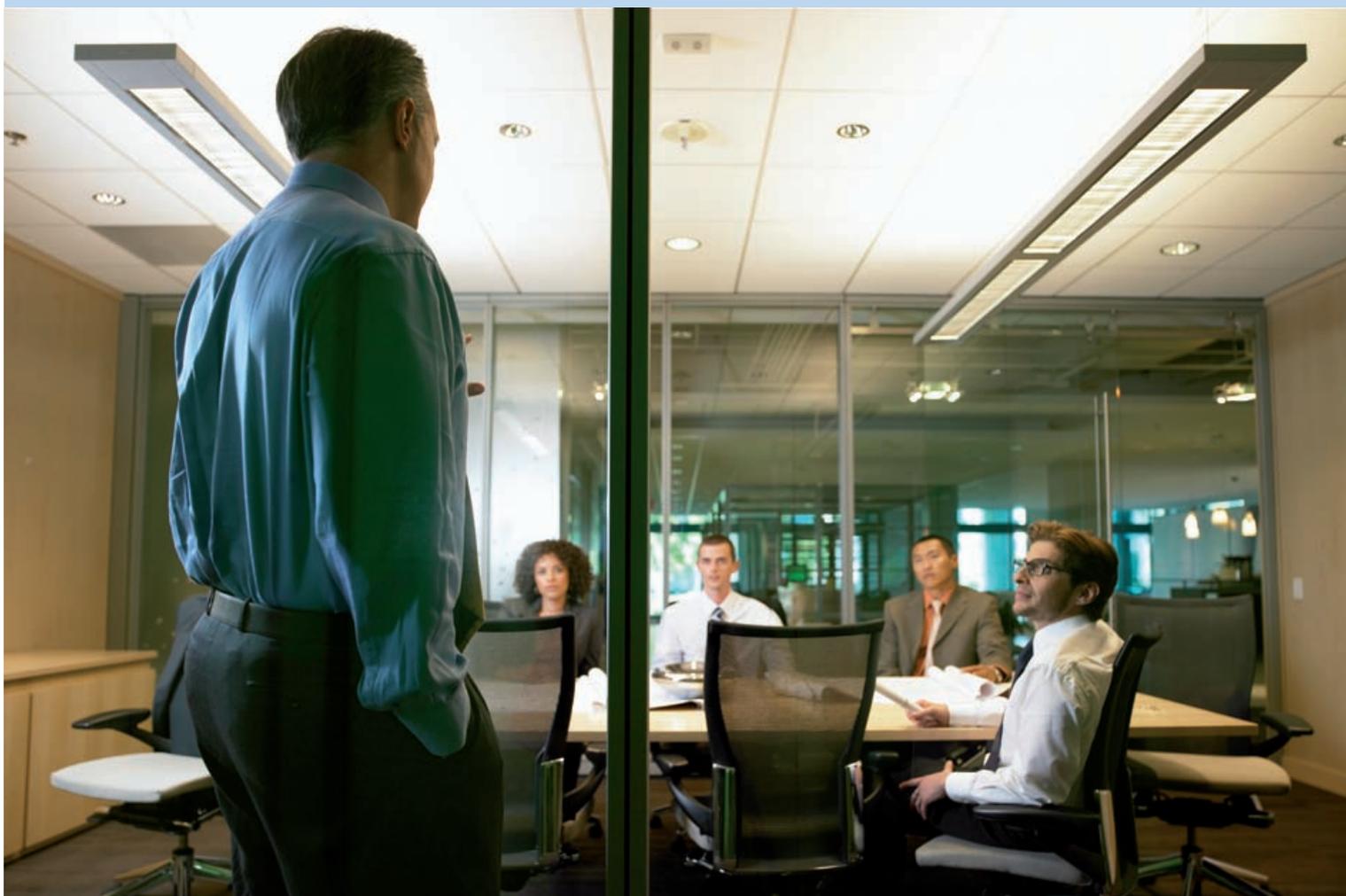
2. El Comité no recibirá comunicación alguna que concierna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo”.

De esta manera se constituye un Comité de supervisión de la aplicación de la Convención por parte de los Estados Partes que conocerá de dos actuaciones distintas, descritas por Antonio García Pons:

- Control blando: de un lado las “comunicaciones” que reciban y se refieran a los artículos 3, 4 y 5 del Protocolo, supuesto en el que se abre un plazo de seis meses para que el Estado Parte presente por escrito las explicaciones o aclaraciones oportunas y, en su caso, se indiquen las medidas correctivas que hubiera adoptado; el Comité hará llegar sus sugerencias y recomendaciones al Estado Parte y al comunicante.
- Control duro: los artículos 6 y 7 del Protocolo contemplan el supuesto más grave de que el Comité reciba “información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos recogidos en la Convención”. En este supuesto, el Comité puede abrir una investigación confidencial, con visita al territorio nacional incluida, solicitando la colaboración e informe del Estado Parte afectado. A la vista del resultado de esta investigación, el Comité podrá efectuar las observaciones y recomendaciones que estime oportunas e invitar a que se le informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación.

Capítulo 7

Ámbito laboral



CONTENIDOS

- 1.- La no discriminación
- 2.- La acción positiva
- 3.- Estímulos económicos para el fomento del empleo
- 4.- La reserva de empleo para personas con discapacidad
- 5.- Medidas alternativas a la reserva
- 6.- Obligaciones empresariales
- 7.- Formación ocupacional continua
- 8.- Infracciones laborales en materia de discriminación
- 9.- La Labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
- 10.- Políticas fiscales para crear puestos de trabajo para personas con discapacidad

Resumen de los principales puntos del tema

1. El principio de no discriminación:

Viene recogido en el artículo 35 de la Constitución española: “*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo...*”, que junto con la LISMI y, posteriormente, la LIONDAU se garantiza el acceso al trabajo de todos los españoles.

2. La acción positiva:

Los Poderes públicos habrán de garantizar que los derechos de las personas con discapacidad se hagan valer y deberán realizar acciones tendentes a aumentar la representación de dichas personas.

3. Estímulos económicos para el fomento del empleo:

gracias a la LISMI y a la LIONDAU se establecen medidas que previenen o compensan desventajas que ocasiona la discapacidad y medidas de acción (ayudas económicas, técnicas, asistencia personal). Asimismo, se regulan tipos de contratos para personas con discapacidad, centros especiales de empleo y existe una reserva de empleo para personas con discapacidad (para plantillas de más de 50 trabajadores).

4. Obligaciones empresariales:

Se establecen una serie de obligaciones empresariales así como una formación ocupacional continua para personas con dificultades de acceso al trabajo. Del mismo modo, se prevén determinadas infracciones laborales en materia de discriminación (RDLG 5/2000 que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social).

5. Políticas fiscales para la creación de puestos de trabajo:

Destinadas a “estimular” a la sociedad a la hora de contratar a sus empleados, serán de diversa índole, entre otras: bonificaciones en la Seguridad Social, subvenciones y deducciones en el Impuesto de Sociedades.

1.- La no discriminación

El artículo 35 de la Constitución española recoge como un derecho y asimismo como un deber de todos los españoles el acceso al trabajo:

“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

Este artículo junto con el 14 y el 49 de la Constitución han servido de base para el desarrollo legislativo que garantiza de manera más efectiva el acceso al trabajo para aquellas personas con discapacidad.

El primero de ellos proscribía cualquier tipo de discriminación, con independencia del ámbito donde tenga lugar, ya sea por sexo, raza, religión o cualquier otra condición. El segundo, constituye la base de la denominada discriminación positiva, a la que se hará referencia en el siguiente apartado.

La primera de las iniciativas legislativas se remonta en España al año 1982, con la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI), aún vigente.

La Ley toma conciencia por primera vez en nuestro Estado de la realidad de las personas con discapacidad en España y ya en su redacción originaria habla de su integración laboral³⁸ y, por lo tanto, de la no discriminación para acceder a un puesto de trabajo.

Esta redacción, ya superada en cuanto a su contenido (pero no en su fundamento), determina, entre otros factores, que en el año 2003 se apruebe la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (en adelante LIONDAU).

La LIONDAU, tal y como indica, su exposición de motivos, surge con el objetivo claro de fomentar las siguientes actuaciones: *“No discriminación, acción positiva y accesibilidad universal que constituye la trama sobre la que se ha dispuesto un conjunto de disposiciones que persiguen con nuevos medios un objetivo ya conocido: garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social”.*

Dentro de su articulado se conceptúa lo que se entiende por “no discriminación” o por lo que señala el objeto de la LIONDAU, por “igualdad de oportunidades”, conceptuándola como “la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad permanente en el grado total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clase pasiva que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio”.

De este modo, se intenta, que aquellas personas con discapacidad en edad laboral que tengan una determinada cualificación profesional y las habilidades laborales necesarias, a la hora de acceder a un puesto de trabajo, lo hagan en igualdad de oportunidades con aquellas personas que posean idénticos méritos y no tengan discapacidad alguna.

Aunque se pretende la no discriminación, lo cierto es que en la práctica se ha observado una clara tendencia a lo contrario –no sólo en el ámbito de las personas con discapacidad, sino en otros como el de las mujeres o los inmigrantes–. Por esta razón, el legislador y los Poderes públicos, conocedores de la realidad social imperante, han creado mecanismos para que dicha “no discriminación” sea efectiva a través de mecanismos tales como la denominada “discriminación positiva” o los incentivos a empresarios que colaboren ocupando a personas con discapacidad.

³⁸ El artículo 37 de la Ley 13/1982 en su redacción originaria señalaba que: “Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41”.

Representativo de lo anterior es también la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de Mejora y Crecimiento del Empleo, que exige al Gobierno para que en el plazo de seis meses desde la vigencia de la Ley se aprobara una Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2007-2008. Esta mención, finalmente, ha determinado la aprobación de dicha Estrategia pero para el período 2008-2012.

2.- La acción positiva

El principio de igualdad, base de un Estado democrático, tal y como señalaba Norberto Bobbio, *“apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo partiendo de posiciones iguales”*³⁹ o, lo que es lo mismo, a igualdad de condiciones, igualdad de oportunidades.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se parte de posiciones naturalmente desiguales? A este respecto, en relación con las personas con discapacidad, resulta gratamente revelador que la Constitución española en sus artículos 9.2 y 49 recoja la base para el desarrollo de lo que se ha venido denominando doctrinalmente como la “discriminación positiva”. En este sentido, son destacables varios de los preceptos:

Artículo 9.2: “Corresponde a los Poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Artículo 49: “Los Poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

³⁹ Bobbio, Norberto, Igualdad y Libertad, Paidós, Barcelona, 2000, páginas 90-93.

De estos artículos se desprenden principalmente dos consecuencias:

1. Son los Poderes públicos los que tienen la obligación de garantizar la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, superando todo tipo de obstáculos para su efectivo cumplimiento.
2. Los Poderes públicos (implicando a la sociedad en general) deben realizar acciones tendentes a aumentar la representación de las personas con discapacidad, a través de un tratamiento preferencial para los mismos y de mecanismos de selección expresa y positivamente encaminados a estos propósitos (es decir, llevar a cabo una discriminación inversa).

Este es el sentido del artículo 8.1 de la LIONDAU que señala que:

“Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

Medidas de acción

En el ámbito laboral se han llevado a cabo diferentes acciones tendentes a “discriminar” positivamente a las personas con discapacidad, esto es, crear mecanismos para buscar la igualdad real y efectiva.

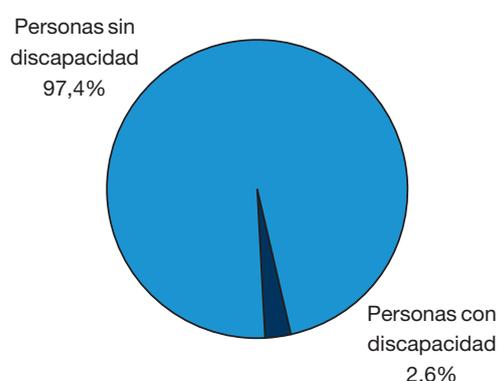
Entre estas medidas, respecto a las que nos detendremos en sus epígrafes oportunos, se pueden señalar las siguientes:

- 1.- Acciones educativas o formativas: fomentando dentro de las capacidades y habilidades de la persona el acceso a un trabajo determinado en atención a las mismas.
- 2.- Fomento del acceso laboral de las personas con discapacidad: divulgación y promoción

de sus actividades. Fomento de los centros especiales de empleo concebidos como un medio altamente cualificado para la inserción laboral de las personas con discapacidad.

- 3.- Incentivos a las empresas empleadoras de personas con discapacidad: mediante subvenciones, reducciones en la cuota de la Seguridad Social, financiación de la actividad formativa.
- 4.- Cuota de reserva: obligación legal aplicable a empresas a partir de un determinado número de trabajadores en plantilla de contratar un porcentaje de personas con discapacidad.
- 5.- Medidas alternativas: contratación con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos discapacitados, creación de enclaves laborales y/o donaciones o aportaciones económicas para la inserción laboral de las personas con discapacidad o creación de empleo para estas.
- 6.- Políticas fiscales para la creación de empleo: con la aprobación, y entre otras, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, que modifica varias normas tributarias.

No obstante, las acciones tendentes a la inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral parecen ser insuficientes, tal y como revelan los últimos datos disponibles del Instituto Nacional de Estadística (INE)⁴⁰:



⁴⁰ Estos datos no son oficiales, sino una interpretación que se desprende de la información del INE.

3.- Estímulos económicos para el fomento del empleo

Está claro que todavía queda mucho camino para la efectiva contratación de las personas con discapacidad, para lo que se han ido creando actividades de fomento, al margen de la actividad “coactiva”.

Dichos apoyos o estímulos encuentran su respaldo en la siguiente normativa:

- 1.- El artículo 37 bis de la LISMI: *“Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad”*.
- 2.- El artículo 9 de la LIONDAU: *“Las medidas de acción positiva 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 auxiliares para la comunicación”*.
- 3.- La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.
- 4.- La Orden de 13 de abril de 1994 que desarrolla el Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional.
- 5.- El Real Decreto 451/1983, de 11 de mayo, que Regula el Empleo Selectivo y las Medidas de Fomento del Empleo de Trabajadores Minusválidos.
- 6.- La Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad.

7.- El Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se Regulan los Enclaves Laborales como Medida de Fomento del Empleo de las Personas con Discapacidad.

8.- El Real Decreto 357/2006, de 24 de marzo, por el que se Regula la Concesión Directa de Determinadas Subvenciones en el Ámbito del Empleo y de Formación Profesional Ocupacional.

9.- La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, de Mejora y Crecimiento del Empleo.

10.- La normativa autonómica en la materia.

Trabajadores por cuenta ajena

Conforme a este marco –y únicamente referido al ámbito estatal– vamos a determinar los incentivos por parte de la empresa o del empresario a percibir en función del contrato que se celebre: indefinido, temporal, de formación, en prácticas e interino.

Antes de entrar a precisar las diferencias contractuales, hay que señalar que a los efectos de la aplicación de las normas señaladas se entiende por persona con discapacidad aquella a la que...

... se le haya reconocido –de manera acreditada– un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En todo caso, tendrán dicha condición los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión

de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o la inutilidad.

I. Contrato indefinido para personas con discapacidad

Requisitos del trabajador:

- Tener la consideración de persona con discapacidad según lo expuesto.
- Ser desempleado y estar inscrito en el INEM.
- No ser pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado o cónyuge del empresario o de aquellos que formen parte del órgano de dirección y administración de la empresa.
- No haber prestado servicios con un contrato indefinido en la misma empresa o grupo de empresas en los 24 meses anteriores al contrato que se pretende firmar.
- No haber finalizado un contrato indefinido en los tres meses previos al contrato que se pretende firmar⁴¹.
- No tratarse de una relación de carácter especial de las reguladas en el artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores⁴².

⁴¹ Con la excepción de que la persona con discapacidad haya extinguido voluntariamente un contrato acogido a medidas previstas en los Programas de Fomento del empleo de aplicación a partir del 17 de mayo de 1997, incluidas las medidas reguladas en este Programa de Fomento, y sea contratado sin solución de continuidad mediante un nuevo contrato indefinido, a tiempo completo o parcial, incluida la modalidad de fijo discontinuo, por otra empresa o entidad, dentro del mismo grupo de empresas.

⁴² Relaciones especiales excluidas: i) la del personal de alta dirección que no sean aquellos que desempeñen el cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo; ii) la del servicio del hogar familiar; iii) la de los penados en las instituciones penitenciarias; iv) la de los deportistas profesionales; v) la de los artistas en espectáculos públicos; vi) la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas; vii) la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo; viii) la de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que estas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas; ix) cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.

Requisitos de la empresa contratista:

- Solicitar el trabajador al INEM.
- Formalizar el contrato por escrito según modelo oficial. El contrato puede ser a jornada completa o parcial.
- En las empresas de nueva creación, el número de personas con discapacidad no podrá ser superior al 51 % de la plantilla⁴³.
- No haber extinguido contratos bonificados por despido improcedente o colectivo. En este supuesto, la suspensión en la bonificación afectará al mismo número que el de los contratos así extinguidos durante un año.
- Compromiso de mantener la estabilidad del trabajador por un período mínimo de tres años (con la excepción de la dimisión voluntaria del trabajador). En caso de despido procedente se deben sustituir por otros trabajadores con discapacidad bonificándose únicamente de deducciones en la cuota de la Seguridad Social.
- Hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social.

Incentivos:

- **Subvención de 3.907 €** por cada contrato indefinido a tiempo completo. Se reducirán proporcionalmente aquellos que lo sean a tiempo parcial.
- **Bonificación** de las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante toda la duración del contrato –incluyendo la de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las de recaudación conjunta– en los siguientes porcentajes⁴⁴:

Trabajadores sin discapacidad severa

EDAD	HOMBRE	MUJER
< 45 años	4.500 €/año	5.350 €/año
> 45 años	5.700 €/año	5.700 €/año

Trabajadores con discapacidad severa

EDAD	HOMBRE	MUJER
< 45 años	5.100 €/año	5.950 €/año
> 45 años	6.300 €/año	6.300 €/año

- **Dotación** para la aceptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal medios de hasta 902 €.
- **Deducción** en el impuesto sobre sociedades, en la cuota íntegra, de 6.000 € por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad contratados indefinidamente respecto a la plantilla media de trabajadores con discapacidad del ejercicio inmediatamente anterior al del contrato.
- **Reducción** de la indemnización por el despido fundado en causas objetivas y declarado como improcedente regulado en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad, que será de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades.
- **Subvenciones** para la formación profesional de las personas con discapacidad.

II. Contrato temporal del fomento del empleo para personas con discapacidad

Requisitos del trabajador:

- Tener la consideración de persona con discapacidad según lo expuesto.
- Ser desempleado y estar inscrito en el INEM.
- No ser pariente por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado o cónyuge del empresario o de aquellos que formen parte del órgano de dirección y administración de la empresa.

⁴³ Salvo que sea el único trabajador.

⁴⁴ La bonificación se reducirá, en aquellos supuestos en los que la jornada sea parcial, atendiendo a lo establecido en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

- No haber finalizado un contrato indefinido en los tres meses previos al contrato que se pretende firmar⁴⁵.

Requisitos de la empresa contratista:

- Formalizar el contrato por escrito según el modelo oficial facilitado por el INEM.
- La duración del contrato debe tener un mínimo de 12 meses y máximo de tres años. Prórrogas no inferiores a doce meses. Puede ser a tiempo parcial o completo.
- A la terminación del contrato se indemnizará al trabajador con 12 días de salario por año trabajado.
- No haber extinguido contratos bonificados por despido improcedente o colectivo 12 meses antes de la contratación. El período de exclusión se contará a partir del reconocimiento o declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

Incentivos:

- **Bonificación** de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, durante toda la duración del contrato en los siguientes porcentajes⁴⁶:

Trabajadores sin discapacidad severa

EDAD	HOMBRE	MUJER
< 45 años	3.500 €/año	4.100 €/año
> 45 años	4.100 €/año	4.700 €/año

Trabajadores con discapacidad severa

EDAD	HOMBRE	MUJER
< 45 años	4.100 €/año	4.700 €/año
> 45 años	4.700 €/año	5.300 €/año

- La **transformación** en contrato indefinido determinará la percepción de los incentivos señalados para la contratación indefinida.

III. Contrato para la formación de personas con discapacidad

Requisitos del trabajador:

- Tener la consideración de trabajador discapacitado según lo expuesto.
- No existe límite de edad.
- No tener la titulación necesaria para formalizar un contrato en prácticas.

Requisitos de la empresa contratista y del contrato:

- Formalizar el contrato por escrito haciendo constar expresamente el oficio o nivel ocupacional objeto del aprendizaje, el tiempo dedicado a su formación y su distribución horaria, la duración del contrato y el nombre y cualificación profesional de la persona designada como tutor.
- Duración del contrato: mínimo de seis meses y máximo de dos años, salvo que por convenio se fije otra duración que en ningún caso excederá de cuatro años. Se puede prorrogar hasta dos veces con una duración mínima cada una de seis meses.
- El tiempo dedicado a la formación teórica no puede ser inferior al 15% de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal. Cuando el trabajador contratado para la formación sea una persona con discapacidad psíquica, la formación teórica puede sustituirse, total o parcialmente, previo informe de los

⁴⁵ Con la excepción de que la persona con discapacidad haya extinguido voluntariamente un contrato acogido a medidas previstas en los Programas de Fomento del empleo de aplicación a partir del 17 de mayo de 1997, incluidas las medidas reguladas en este Programa de Fomento, y sea contratado sin solución de continuidad mediante un nuevo contrato indefinido, a tiempo completo o parcial, incluida la modalidad de fijo discontinuo, por otra empresa o entidad, dentro del mismo grupo de empresas.

⁴⁶ La bonificación se reducirá, en aquellos supuestos en los que la jornada sea parcial, atendiendo a lo establecido en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

equipos multiprofesionales de valoración correspondientes, por la realización de procedimientos de rehabilitación o ajuste personal y social en un centro psicosocial o de rehabilitación sociolaboral.

- La jornada será a tiempo completo (sumando al tiempo de trabajo efectivo el dedicado a la formación teórica).
- Expirada la duración máxima del contrato para la formación, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa.
- Será posible establecer un período de prueba que no podrá ser superior a dos meses.
- Los trabajadores con discapacidad así contratados no computarán para determinar el número máximo de contratos que las empresas puedan realizar en función de su plantilla.
- La retribución será la fijada en el convenio sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional atendiendo al número de horas del contrato.
- A la finalización del contrato, el empresario deberá entregar un certificado de la formación adquirida.
- La acción protectora de la Seguridad Social comprenderá las contingencias derivadas del accidente de trabajo y enfermedad profesional, la asistencia sanitaria en casos de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad, las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de riesgos comunes y maternidad, y las pensiones. Se tendrá derecho a la cobertura del FOGASA (Fondo de Garantía Salarial).

Incentivos:

- **Reducción** en la cotización a la Seguridad Social del 50%.
- **Subvención** para la adaptación de los puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación

de medios de protección personal, siempre que su duración sea igual o superior a 12 meses.

- **Posibilidad** de obtener los beneficios para la contratación indefinida en caso de la transformación del contrato de formación a dicha modalidad.

IV. Contrato en prácticas para personas con discapacidad

Requisitos del trabajador:

- Tener la consideración de trabajador con discapacidad según lo expuesto.
- Tener un título profesional habilitante: Diplomado universitario, Ingeniero técnico, Arquitecto técnico, Licenciado universitario, Ingeniero, Arquitecto, y Técnico o Técnico Superior de la Formación Profesional, así como títulos oficiales equivalentes.
- No haber transcurrido más de seis años desde la terminación de los estudios.

Requisitos de la empresa contratista y del contrato:

- Formalizar el contrato por escrito haciendo constar expresamente la titulación, horario, duración del contrato y puesto de trabajo.
- Mínimo de seis meses y máximo de dos años. Los convenios podrán determinar la duración específica pero siempre dentro de los límites señalados. En caso de que el contrato sea inferior a dos años, se pueden concertar dos prórrogas de seis meses como mínimo cada una.
- El período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que posean el título de grado medio ni a dos meses para los de grado superior, salvo que el convenio disponga otra cosa.
- La jornada será a tiempo completo (sumando al tiempo de trabajo efectivo el dedicado a la formación teórica).

- Expirada la duración máxima del contrato, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa.
- La retribución será la fijada en el convenio sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60% –primer año– o al 75% –segundo año– del salario profesional que por su cualificación y puesto le correspondiera. En ningún supuesto puede ser inferior al Salario Mínimo Interprofesional. En caso de estar a tiempo parcial, se reducirá en función de la jornada laboral.
- A la finalización del contrato, el empresario deberá entregar un certificado de las prácticas realizadas.
- Si al terminar el contrato el trabajador siguiera en la misma empresa, no podrá estar en otro período de prueba, computándose este período a efectos de antigüedad.

Incentivos:

- Reducción en la cotización a la Seguridad Social del 50%.
- Subvención para la adaptación de los puestos de trabajo, eliminación de barreras o dotación de medios de protección personal, siempre que su duración sea igual o superior a 12 meses.
- Posibilidad de obtener los beneficios para la contratación indefinida en caso de la transformación del contrato de formación a dicha modalidad.

V. Contrato en trabajo en interinidad para sustituir bajas por incapacidad temporal de personas con discapacidad

Requisitos del trabajador:

- Ha de ser una persona con discapacidad y desempleada que sustituya a trabajadores

también con discapacidad que tengan suspendido el contrato de trabajo por incapacidad temporal.

Incentivos:

- **Bonificación** en la cotización a la Seguridad Social del 100% (incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y en las de recaudación conjunta).

VI. Contrato con personas con discapacidad provenientes de un enclave temporal

Requisitos del trabajador:

- Tener la consideración de trabajador discapacitado según lo expuesto.
- Proceder de un enclave laboral⁴⁷ y estar en situación de excedencia voluntaria en el Centro Especial de Empleo (CEE).
- Pertenecer a uno de los siguientes colectivos: i) personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad mental igual o superior al 33% (en adelante grupo a); ii) personas con discapacidad física o sensorial en un grado igual o superior al 65% (en adelante grupo b); iii) trabajadores no incluidos en los apartados anteriores con un grado de discapacidad igual o superior al 33% (en adelante grupo c).
- El trabajador no debe estar vinculado a la empresa contratante o al grupo de empresas en los 24 meses anteriores –contrato indefinido– o seis meses –contrato temporal.

Requisitos de la empresa contratista y del contrato:

- Ser empresa colaboradora.
- La duración será como mínimo de tres meses prorrogables por períodos de otros tres, hasta

⁴⁷ Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un Centro Especial de Empleo (CEE) para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad principal de aquella y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del CEE se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

un máximo de tres años. En caso de despido procedente, deberá sustituir a la persona por otro trabajador con discapacidad.

- Estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.
- El contrato se formalizará por escrito y en modelo oficial. Se deberá concertar a tiempo indefinido y será a jornada parcial o completa.

Incentivos:

- **Subvención de 7.814 €** por contrato de trabajo a jornada completa⁴⁸.
- **Subvención** por adaptar del puesto de trabajo y eliminar barreras.
- **Subvención de 3.907 €** por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa en caso de tratarse del grupo c⁴⁹; además de la subvención por adaptación del puesto de trabajo y eliminación de barreras.
- **Bonificación** de las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante toda la duración del contrato en los siguientes porcentajes⁵⁰:

Trabajadores sin discapacidad severa

EDAD	HOMBRE	MUJER
< 45 años	4.500 €/año	5.350 €/año
> 45 años	5.700 €/año	5.700 €/año

Trabajadores con discapacidad severa

EDAD	HOMBRE	MUJER
< 45 años	5.100 €/año	5.950 €/año
> 45 años	6.300 €/año	6.300 €/año

- **Reducción** de la indemnización por el despido fundado en causas objetivas y declarado como improcedente regulado en la Disposición

Adicional Primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, que será de 33 días de salario por año trabajado con un máximo de 24 mensualidades.

VII. Centros Especiales de Empleo (CEE)

Son aquellas entidades con un objeto productivo y con la finalidad de asegurar un empleo remunerado y/o prestar servicios de ajuste personal y social, que requieran trabajadores con discapacidad. Al mismo tiempo, es un medio de integración al mercado laboral de dichos trabajadores –reguladas de manera expresa en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

Su plantilla tiene que estar formada al menos en un 70% por personas con discapacidad con una reducción de, como poco, un 33% de su capacidad para el trabajo (sin perjuicio de las plazas en plantilla del personal sin discapacidad para el desarrollo de su actividad).

Beneficios que pueden percibir los centros especiales de empleo

1. Ayudas a proyectos generadores de empleo:

creación de centros, ampliación de plantilla siempre que se justifique adecuadamente la inversión que implica el proyecto para acciones consistentes en inversiones fijas, financiación parcial de intereses de préstamos y asistencia técnica.

12.020,24 € por puesto de trabajo creado con carácter estable si el CEE supera el 90% de trabajadores con discapacidad en la plantilla, y los de 9.015,18 € en los casos en que este sea del 70%⁵¹.

⁴⁸ En caso de que sea a jornada parcial, se reducirá proporcionalmente en función de las horas de trabajo.

⁴⁹ En caso de que sea a jornada parcial, se reducirá proporcionalmente en función de las horas de trabajo.

⁵⁰ La bonificación se reducirá en aquellos supuestos en los que la jornada sea parcial, atendiendo a lo establecido en el artículo 2.7 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre.

⁵¹ No se computa el personal no discapacitado del servicio de ajuste personal y social así como el que preste servicios en puestos que por su naturaleza o complejidad no puedan ser desempeñados por trabajadores con discapacidad.

2. Ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo, consistentes en la subvención del coste salarial correspondiente al puesto de trabajo ocupado por personal con discapacidad que realice una jornada de trabajo laboral normal por un importe del 50% del Salario Mínimo Interprofesional o, en cuantía proporcional al tiempo de trabajo si este es a tiempo parcial. Además, se prevé una bonificación del 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

VIII. Los Centros Ocupacionales

Regulación: Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, que regula los Centros Ocupacionales para minusválidos.

¿Qué son? Son establecimientos que proporcionan servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a aquellas personas que no pueden integrarse en una empresa o en un CEE por su grado de discapacidad.

Objetivos

El desarrollo personal y la superación de los obstáculos sociales y laborales.

Beneficiarios

- Estar en edad laboral.
- Haber sido valorados y calificados como discapacitados por los equipos multiprofesionales y disponer de una resolución motivada de dicho equipo sobre la necesidad de integración en un Centro Ocupacional, por no ser posible hacerlo en una empresa o en un CEE.
- No padecer enfermedad infectocontagiosa ni necesitar atención de forma continuada en instituciones sanitarias.
- No padecer trastornos mentales graves que puedan alterar la normal convivencia en el centro.
- Alcanzar la puntuación mínima exigida en cada momento para el ingreso en el centro solicitado, conforme al baremo en vigor.

- Ser beneficiario del Sistema de la Seguridad Social o tener derecho a las prestaciones de Servicios Sociales, en virtud de Ley o Convenio Internacional para aquellos centros cuya titularidad corresponde al Sistema de la Seguridad Social.

Servicios

- Terapia ocupacional de labores no productivas, de acuerdo con las condiciones individuales de cada usuario y bajo la orientación del personal técnico del centro, encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que no son regularmente objeto de operaciones de mercado.
- Servicios de ajuste personal y social que procuran a los discapacitados una mayor habilitación personal y una mejor adaptación en su valoración social.

IX. Empresas de inserción laboral

¿Qué son? Son aquellas sociedades mercantiles o sociedades cooperativas legalmente constituidas que, debidamente calificadas por los organismos autonómicos competentes en la materia, realicen cualquier actividad económica de producción de bienes y servicios, cuyo objeto social tenga como fin la integración y formación sociolaboral de personas en situación de exclusión social como tránsito al empleo ordinario.

Regulación: Ley 44/2007, de 13 de diciembre, por la que se Regula el Régimen de las Empresas de Inserción Laboral.

Requisitos de los trabajadores:

- Perceptores de Rentas Mínimas de Inserción, o cualquier otra prestación de igual o similar naturaleza.
- Personas que no puedan acceder a las prestaciones a las que se hace referencia en el párrafo anterior, por alguna de las siguientes causas:

1. Falta del período exigido de residencia o empadronamiento, o para la constitución de la Unidad Perceptora.
 2. Haber agotado el período máximo de percepción legalmente establecido.
 3. Jóvenes mayores de 18 años y menores de 30, procedentes de Instituciones de Protección de Menores.
 4. Personas con problemas de drogodependencia u otros trastornos adictivos que se encuentren en proceso de rehabilitación o reinserción social.
 5. Internos de centros penitenciarios cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial .
 6. Menores internos incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuya situación les permita acceder a un empleo y cuya relación laboral no esté incluida en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial a que se refiere el artículo 53.4 del Reglamento de la citada Ley, aprobado por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, así como los que se encuentran en situación de libertad vigilada y los ex internos.
 7. Personas procedentes de centros de alojamiento alternativo autorizadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.
 8. Personas procedentes de servicios de prevención e inserción social autorizadas por las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.
- jornada diaria o semanal superior a la mitad de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.
- El trabajador, previo aviso y justificación, tiene derecho a ausentarse del trabajo, sin pérdida de remuneración, para asistir a tratamientos de rehabilitación, participar en sesiones de formación y readaptación profesional o realizar cualquier otra medida asimilable.
 - Si al término de un contrato ligado a un proceso de inserción, el trabajador continuase en la empresa, no podrá concertarse un nuevo período de prueba y se computará el tiempo de servicios prestados a efectos de antigüedad.
 - A la finalización del contrato, el trabajador tiene derecho a que el empresario le entregue un certificado en el que conste la duración de los servicios prestados, puestos de trabajo desempeñados, principales tareas de cada uno de ellos, así como adaptación a los mismos.
- Además de las ayudas que puedan establecer las correspondientes Comunidades Autónomas, se bonificará en las cuotas de la Seguridad Social, en los contratos de trabajo de las personas referidas en el artículo 2, de 70,83 €/mes (850 €/año) durante toda la vigencia del contrato, o durante tres años en caso de contratación indefinida.
- Trabajo autónomo: la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, contempló el supuesto de que las personas con discapacidad, que causaran alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se beneficiarían, durante los tres años siguientes a la fecha de efectos del alta, de una bonificación del 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente en cada momento en el Régimen Especial de autónomos.

Requisitos del contrato de trabajo:

- El contrato puede concertarse a tiempo completo o parcial, indefinido o de duración determinada, debiendo ser, en este caso, la

La Ley 43/2006, en su disposición final sexta, ha ampliado la duración de la bonificación, de tres a cinco años desde la fecha de efectos del alta, manteniendo el porcentaje del 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo

vigente en cada momento en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

X. Socios trabajadores en cooperativas y sociedades laborales

Podrán concederse estas ayudas a las cooperativas de trabajo asociado, a las cooperativas que tengan socios de trabajo y a las sociedades laborales, con motivo de la incorporación como socios trabajadores o de trabajo de desempleados con discapacidad, con reconocimiento de tal condición en un grado de discapacidad igual o superior al 33%. La cuantía de esta ayuda será de 10.000 € por cada discapacitado que se incorpore como socio trabajador o socio de trabajo.

Requisitos

- Los socios trabajadores o de trabajo que determinan el derecho a esta subvención por incorporación deberán estar desempleados e inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo con carácter previo a la incorporación.
- La incorporación debe suponer un incremento del empleo respecto de la media de los 12 meses anteriores a la fecha de incorporación de los nuevos socios por los que se percibe la ayuda.
- No puede concederse esta ayuda cuando las personas que se incorporen como socios trabajadores o de trabajo hayan percibido alguna subvención de fomento de empleo.
- Los socios trabajadores o de trabajo incorporados a la cooperativa o sociedad laboral no habrán ostentado tal condición en la misma empresa en los dos años anteriores a su

incorporación como socios.

Además de lo ya señalado, las personas con discapacidad que accedan al régimen de autónomos o ingresen en el mercado laboral como socios en cooperativas o sociedad laboral, tienen derecho a la capitalización de la prestación por desempleo⁵³.

Contratación por parte de las Administraciones públicas⁵⁴

Además de la labor inspectora de la Administración, que se tratará en el antepenúltimo punto de este tema, el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, establece que las Administraciones públicas tienen la obligación de reservar, como mínimo, el 5% de las vacantes para personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad accederán en igualdad de condiciones al resto de aspirantes a las ofertas públicas. No obstante, en virtud del principio de discriminación positiva se pueden adaptar los exámenes a realizar por las personas con discapacidad a sus necesidades específicas con medidas tales como –entre otras– la adaptación de tiempos o la disposición de medios materiales o humanos.

Las personas que ingresen en la Administración y hayan sido admitidas en la convocatoria ordinaria con plazas reservadas para personas con discapacidad podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial que se determine en la convocatoria, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deben ser debidamente acreditados.

En las solicitudes de adjudicación de destino

⁵³ Percepción en un sólo pago de la prestación por desempleo, con el fin de destinar la cuantía a la realización de una actividad profesional como socio de una Cooperativa de Trabajo Asociado o de una Sociedad Laboral, o como trabajador por cuenta propia o autónomo. **Límite máximo del 60%** de la cuantía de la prestación contributiva pendiente por percibir calculada en días completos. Dicho límite se eleva al **80%** para hombres con una edad de hasta 30 años y mujeres hasta 35, ambos inclusive, en la fecha de solicitud del pago único, siempre que se solicite entre el 20 de agosto de 2009 y el 31 de diciembre de 2010.

⁵⁴ Merece desatacarse que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sobre contratos del Sector Público, recoge entre otras menciones, como prohibición de contratar con la Administración a aquellas empresas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por haber infringido la normativa relativa al acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad.

correspondientes a pruebas de nuevo ingreso o promoción interna y en las de participación en procesos de provisión, los empleados públicos con discapacidad pueden pedir la adaptación del puesto o de los puestos de trabajo correspondientes. La compatibilidad con el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo se valora teniendo en cuenta las adaptaciones que se puedan realizar en él.

4.- La reserva de empleo para personas con discapacidad

La LISMI y la normativa que la desarrolla imponen a las empresas de más de 50 empleados la obligatoriedad de contratar un porcentaje de, al menos, el 2% de trabajadores con discapacidad. El número de trabajadores será el resultado de aplicar dicho porcentaje al total de la plantilla de la empresa, con independencia del modelo del contrato de trabajo.

Excepciones:

- a) Por lo dispuesto en convenio colectivo sectorial.
- b) Por decisión voluntaria de la empresa.

En ambos casos se deben aplicar las medidas alternativas.

Como excepción se puede señalar que el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad,

Se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la no incorporación se deba a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, de poder atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones necesarias (debida a la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo,

cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta). Deberá acreditarse lo anterior por el Servicio Público de Empleo.

- b) Cuando existan, si se acreditan por la empresa, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad. La concurrencia de dichas circunstancias deberá verificarse por el Servicio Público de Empleo. Las empresas en las que se den las anteriores circunstancias deberán solicitar de los servicios públicos de empleo competentes la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas –se estudian en el siguiente apartado–. El plazo para resolver sobre la excepcionalidad es de dos meses, contados desde la fecha de presentación de la solicitud. Silencio positivo. La validez alcanza los tres años de la declaración de excepcionalidad desde su resolución.

5.- Medidas alternativas a la reserva

Cuando la reserva de empleo no pueda tener lugar por lo indicado en el apartado anterior, la empresa deberá optar por el cumplimiento de alguna de las siguientes medidas alternativas compensatorias:

1. Contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o de cualquier otro tipo necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa.
- 2.- Contrato mercantil o civil con un CEE o con un trabajador autónomo discapacitado, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.
- 3.- Realización de donaciones y de acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario en fundaciones o asociaciones de utilidad pública que tengan como objetivo la formación profesional, el desarrollo de actividades de inserción laboral o la creación de empleo de personas con discapacidad.

- 4.- Constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un CEE. La cuantía para esta medida es tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) anual por cada trabajador dejado de contratar por debajo del 2%.

Selección de alternativas

En el caso de que la opción más adecuada para la empresa sea una de las **dos primeras**, el importe anual de los contratos mercantiles o civiles con los CEE tiene que ser como mínimo **tres veces** el IPREM por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%. Si lo mejor es la **opción tercera**, la cantidad anual tendrá que ser, al menos, de un importe de **1,5 veces** el IPREM por cada trabajador minusválido dejado de contratar por debajo de la cuota del 2%.

6.- Obligaciones empresariales

Al margen de las obligaciones antes contempladas, los empresarios tienen otra obligación adicional, el empleo selectivo.

¿Qué es? Es el derecho y las condiciones de readmisión por las empresas de sus propios trabajadores que por circunstancias diversas adquieren una discapacidad, una vez concluidos los correspondientes procesos de recuperación.

Regulado en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas del fomento de empleo de trabajadores minusválidos.

Requisitos de los trabajadores

La normativa distingue distintos supuestos:

Trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente parcial

- Si no afecta a su rendimiento normal, tendrá derecho a reincorporarse al puesto que venía desempeñando antes de incapacitarse.
- Cuando ello no fuese posible, al menos se le mantendrá su nivel retributivo.

- Si el empresario acredita una disminución en el rendimiento del trabajador, le proporcionará un puesto adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducirle proporcionalmente el salario, sin que esta reducción suponga más del 25% del mismo y sin que, en ningún caso, este pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional, cuando se realice el trabajo a jornada completa.

- Si como consecuencia de haber recibido prestaciones de recuperación profesional, el trabajador recobra su total capacidad, tendrá derecho a reincorporarse a su puesto de trabajo originario si viniera ocupando un puesto de inferior categoría, siempre que no hubieran transcurrido más de tres años en dicha situación.

Trabajadores que hubiesen cesado en la empresa por haberles sido reconocida una incapacidad permanente total o absoluta y que recobren su plena capacidad laboral

- Preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional.

Trabajadores que hubiesen cesado en la empresa por haberles sido reconocida una incapacidad permanente y pasen a situación de incapacidad permanente parcial

- Preferencia absoluta a su readmisión en la última empresa, en la primera vacante que se produzca que resulte adecuada a su capacidad laboral.

Obligaciones de los trabajadores y las empresas

- Los trabajadores con derecho a ser readmitidos, deberán comunicarlo a la empresa y a los representantes de personal, en el plazo de un mes contado a partir de la declaración de aptitud del organismo correspondiente.
- La empresa deberá poner en conocimiento de los trabajadores que se encuentren en

tal situación, las vacantes que existan de igual o inferior categoría, quedando liberada de su obligación desde el momento en que el trabajador rechace un puesto de trabajo de igual categoría a la que ostentaba en la empresa o de categoría inferior si no hubiera obtenido la plena recuperación para su profesión habitual, que no implique cambio de residencia.

- Cuando la empresa tenga varios centros de trabajo y la vacante que exista implique cambio de residencia, el trabajador podrá optar por ocuparla o esperar a que exista plaza en el centro de trabajo donde tenga establecida su residencia. En el primer supuesto, mantendrá su preferencia para ocupar la primera vacante de su categoría o grupo profesional que se produzca en el centro de trabajo originario.

Ayudas

Las empresas tendrán derecho a reducciones del 50% de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años.

7.- Formación ocupacional continua

La Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, en su artículo 12 regula la oferta formativa para las personas con dificultades de acceso al trabajo, señalando a las Administraciones públicas como las encargadas de garantizar suficientes ofertas formativas.

El Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el Subsistema de Formación Profesional para el Empleo, recoge en un único texto todas las iniciativas sobre formación, entre ellas, las relativas a la formación ocupacional para las personas con discapacidad.

Asimismo, es de destacar la Orden de 13 de abril de 1994 por la que se dictan Normas de Desarrollo del Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción profesional (ya derogado).

Dentro de los fines de las normas señaladas, se recoge el de mejorar la empleabilidad de los trabajadores (en especial, aquellos que tienen más dificultades en el mantenimiento o acceso al empleo).

Prioridad en el acceso a la formación:

- Los desempleados pertenecientes a los siguientes colectivos: mujeres, jóvenes, personas con discapacidad, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, desempleados de larga duración, mayores de 45 años y personas con riesgo de exclusión social.
- Los trabajadores ocupados pertenecientes a los siguientes colectivos: trabajadores de pequeñas y medianas empresas, mujeres, afectados y víctimas del terrorismo y de la violencia de género, mayores de 45 años, trabajadores con baja cualificación y personas con discapacidad.
- Los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia.

Adicionalmente, la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012 tiene, como uno de sus objetivos prioritarios, el “potenciar la educación y la formación de las personas con discapacidad para favorecer su empleabilidad”.

Asimismo, el Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2009-2012 señala como acciones fundamentales las siguientes:

- 1.- Articular mecanismos de transición desde la etapa educativa a la laboral en personas con discapacidad y perspectiva de género, que favorezca la interconexión de los sistemas educativos y de empleo.
- 2.- Potenciar los títulos y certificados de profesionalidad teniendo en cuenta las características de los diferentes tipos de discapacidad, así como la acreditación de la experiencia no laboral.

- 3.- Vincular la formación profesional con aquellas profesiones que tienen más vacantes, estudiando la posibilidad de establecer programas específicos para fomentar la iniciativa emprendedora.
- 4.- Reservar plazas para personas con discapacidad en la formación para personas desempleadas y en la formación continua, tratando de que escuelas-taller, casas de oficio y talleres de empleo permitan la plena participación de personas con discapacidad.
- 5.- Diseñar cursos de formación en centros de trabajo, mediante convenios de los servicios públicos de empleo con las empresas, donde quede reflejado un compromiso de contratación final.
- 6.- Diseñar cursos de formación en materia de igualdad de oportunidades y discapacidad, dirigidos a formadores/as y a quienes desarrollan labores de intermediación laboral, incorporando la perspectiva de género, para reducir las tasas de inactividad de las mujeres con discapacidad.

Dentro de la formación ocupacional se pueden destacar los siguientes subgrupos:

- 1.- Formación profesional reglada: para la obtención del título necesario para el acceso al mercado laboral. Es destacable la “Formación para la vida Adulta”, mediante la cual se pretende una formación suficiente y adecuada a cada discapacidad para el logro de una real implicación en la vida en sociedad de la persona con discapacidad y su acceso al mercado laboral.
- 2.- Formación profesional ocupacional: dirigida a trabajadores que se encuentren desempleados, tengan o no una discapacidad, con objeto de su inserción o reinserción laboral. **A destacar el PLAN FIP** (Plan de Formación e Inserción Profesional) cuyo objetivo es canalizar acciones formativas con el fin de proporcionar las cualificaciones requeridas por el mercado de trabajo e insertarles laboralmente, cuando los mismos carezcan de formación profesional específica o su cualificación resulte insuficiente o inadecuada (ya sea una persona con o sin discapacidad).
- 3.- Formación profesional ocupacional continua: este tipo de formación resulta de gran interés para las personas con discapacidad en tanto que permite la recualificación de los trabajadores y/o una formación continua y consolidativa.

8.- Infracciones laborales en materia de discriminación

Principales infracciones en materia de acceso laboral de las personas con discapacidad

Infracción	Grado	Multa	Disposición infringida
Incumplimiento de la obligación de la cuota de reserva o de medidas alternativas.	Grave	De 626 a 6.250 €	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.
Decisión unilateral discriminatoria en materia de retribución, jornada, promoción o formación.	Muy grave	De 6.251 a 187.515 €	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.
Acoso por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, orientación sexual, edad y por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.	Muy grave	De 6.251 a 187.515 €	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.
Obtener/disfrutar indebidamente de ayudas o subvenciones, para el fomento del empleo o cualesquiera establecidas en programas de apoyo para crear empleo o formación profesional ocupacional o continua concedidas, financiadas o garantizadas por las Administraciones públicas.	Muy grave	De 6.251 a 187.515 € y devolución de las cantidades	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.
La no aplicación o las desviaciones en la aplicación de las ayudas o subvenciones de fomento del empleo, de reinserción de demandantes de empleo, de la formación profesional ocupacional y de la formación profesional continua, concedidas, financiadas o garantizadas por las Administraciones públicas.	Muy grave	De 6.251 a 187.515 € y devolución de las cantidades	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social. En relación con el artículo 10 de la LISMI.
Incumplir, los empresarios y los beneficiarios de ayudas y subvenciones públicas, las obligaciones establecidas en la normativa específica sobre formación profesional continua u ocupacional.	Muy grave	De 6.251 a 187.515 € y devolución de las cantidades	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, en relación con el artículo 5 de la Orden Ministerial, de 13 de abril de 1994, por la que se dictan normas de desarrollo del RD 631/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Plan Nacional de Formación e Inserción profesional.
Empleo de trabajadores con discapacidad en puestos incompatibles.	Grave	De 2.046 a 40.985 €	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, en relación con la Ley 31/95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
Empleo de trabajadores con discapacidad en puestos incompatibles, con riesgo inminente.	Muy grave	De 40.986 a 819.780 €	RDLG 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, en relación con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

9.- La labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Si la labor de las Administraciones públicas y sus organismos dependientes resulta de gran valor y necesidad para los trabajadores, en caso de las personas con discapacidad se convierte en imprescindible.

La Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social es un órgano dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración que tiene encomendado el control de las condiciones de empleo, trabajo, Seguridad Social y salud en el ámbito laboral, ya sea público o privado.

Las principales funciones de este órgano se estructuran en cuatro bloques:

- 1) Servicios de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos.
- 2) Servicios de información y asistencia técnica, tanto a trabajadores como a empresas.
- 3) Servicios de arbitraje, conciliación y mediación.
- 4) Actuaciones inspectoras y sancionadoras derivadas de los servicios prestados por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.

Resulta de especial importancia el desarrollo de la última función de la Inspección de Trabajo. A estos efectos, la función inspectora se desarrolla mediante las siguientes actividades:

- Entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección.
- Practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que considere necesaria.
- Requerir al sujeto responsable o empresario a fin de que lleve a efecto las modificaciones o las acciones precisas para el cumplimiento adecuado a la normativa.

- Iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes.

10.- Políticas fiscales para crear puestos de trabajo para personas con discapacidad

Por último, cabe destacar que uno de los pilares fundamentales para una integración eficaz de las personas con discapacidad en el mercado laboral es la adopción de políticas fiscales eficaces y “atractivas” que logren “estimular” a la sociedad a la hora de contratar a sus empleados.

A lo largo de este tema han ido apareciendo diversos ejemplos de políticas fiscales adoptadas para hacer más atractiva la contratación de personas con discapacidad; bonificaciones en la Seguridad Social, subvenciones o deducciones en el Impuesto de Sociedades.

De forma paralela la estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad contempla para el período 2008-2012 una regulación nueva de las subvenciones por creación de empleo del Real Decreto 1451/1983 en términos más coherentes con las modificaciones introducidas con carácter general en el sistema de incentivos de la contratación (bonificaciones), que es de entender irán adaptándose de forma anual para que no dejen de tener virtualidad.

Algunos ejemplos más específicos los podemos encontrar en:

- a) El ámbito del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (donde se prevén concretas iniciativas dirigidas al empleo de personas con discapacidad). Así: i) su artículo 35 recoge una deducción en el impuesto por actividades de investigación y desarrollo de softwares específicos para su uso por personas con discapacidad; ii) el artículo 38 contempla la deducción en el mismo impuesto por la adaptación de vehículos para personas con discapacidad; iii) el artículo 43 recoge una deducción por la aportación a patrimonios especialmente protegidos.

b) Asimismo, en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), que recoge entre sus exenciones en operaciones interiores a aquellas prestaciones que se realicen en materia de educación especial y asistencia social a personas con discapacidad (art. 20.1.). En relación a las operaciones exteriores, también se contempla una exención que se aplica a las importaciones para bienes concebidos para la educación, el empleo o la promoción para personas con discapacidad (art. 45). Se contempla una reducción en el tipo impositivo de la adquisición de determinados bienes: aparatos y complementos para personas con discapacidad y/o vehículos adaptados para ellas.

Capítulo 8

Protección frente a los malos tratos



CONTENIDOS

- 1.- Medidas de prevención de los malos tratos
- 2.- Detección
- 3.- Medidas de protección
- 4.- Actuación en caso de la detección de malos tratos
- 5.- Regulación actual en el Código Penal

- 6.- Medidas cautelares
 - A. Medidas cautelares que pueden adoptarse durante el procedimiento penal
 - B. Las penas de no aproximación. Cómo actuar en caso de incumplimiento
- 7.- Papel del Ministerio Fiscal
- 8.- Especial atención a la violencia de género

Resumen de los principales puntos del tema

1. Concepto:

El maltrato es un acto o la falta de una acción apropiada que ocurre dentro de una relación donde existe una expectativa de confianza, que causa daño o distrés (Declaración de Toronto 2002). La prevención es de gran importancia para que no llegue a producirse y consistirá en: aumentar el conocimiento sobre el problema, promulgar leyes más severas y aplicar estrategias de prevención eficaces.

2. Actuación en los casos de detección:

Todo ciudadano tiene el deber de informar a las autoridades en los casos de sospecha. Para su detección habrá que prestar atención a los signos físicos y a los comportamientos del supuesto maltratado. Del mismo modo, las medidas de protección serán de distinto carácter: policial, judicial, político, social y económico.

3. Regulación actual en el Código Penal:

No considera la vejez como circunstancia especial para matizar acciones punibles. Se recogen distintas conductas punitivas contra personas mayores: el maltrato, el abandono, el incumplimiento de deberes inherentes a la patria potestad, las detenciones ilegales, las coacciones, el trato degradante y el maltrato económico. Asimismo, se recogen una serie de medidas cautelares: prohibición de residir o acudir a determinados lugares y/o de aproximarse o comunicarse a determinadas personas (dentro del procedimiento) y penas de no aproximación (fuera del procedimiento).

4. Ministerio Fiscal:

Podrá recibir denuncias, tomar declaración al sospechoso, ordenar la detención preventiva e instar a la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y la práctica de diligencias.

5. Violencia de género:

se contemplan diversas regulaciones como la Ley 11/2003 de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros y Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Se destacan algunas medidas como la orden de protección integral contra la violencia de género, registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica y la Fiscalía contra la Violencia sobre la Mujer.

1.- Medidas de prevención de los malos tratos

Como primer acercamiento a este tema es necesario establecer la definición del concepto de maltrato que ha sido objeto de numerosas construcciones; entre las más conocidas se encuentra la de la Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores de 17 de noviembre de 2002, que establece:

Un acto único o repetido, o la falta de una acción apropiada, que ocurre dentro de cualquier relación donde existe una expectativa de confianza, que causa daño o distrés a una persona mayor. Puede ser de varias formas: físicos, psicológico/emocional, sexual, financiero o simplemente reflejar negligencia intencional o intencionada.

Frente al maltrato es necesaria la adopción de medidas preventivas con objeto de evitar que se produzcan este tipo de situaciones. Sin embargo, a veces resulta difícil su adopción, ya que este fenómeno se puede producir en cualquier contexto social: desde el propio domicilio de la víctima hasta la más lujosa residencia de mayores, independientemente de los niveles culturales, económicos o sociales.

Para la detección, conviene conocer cuáles son los abusos más frecuentes, así como los síntomas que puedan evidenciar la existencia de una situación de maltrato, los cuales pueden ser manifestados en forma de señales físicas, psicológicas e incluso económicas, siendo estas últimas más frecuentes en personas mayores, en situación de dependencia o con escasas posibilidades de ejercitar su autodefensa, lo que a menudo viene acompañado de otro tipo de vejaciones en forma de violencia física o psicológica.

De este modo, resulta necesaria la intervención de las distintas instituciones públicas y privadas, mecanismos de protección y garantías que ofrece el ordenamiento jurídico para poder hacer frente a este tipo de situaciones (evitando con ello su empeoramiento y el potencial riesgo que constituyen para la vida e integridad de las personas que lo sufren).

Así, en el marco de las medidas destinadas a la lucha contra los malos tratos, es esencial, como punto de partida, reconocer el maltrato a las personas mayores como un problema global al que hay que dar respuesta desde todos los ángulos posibles.

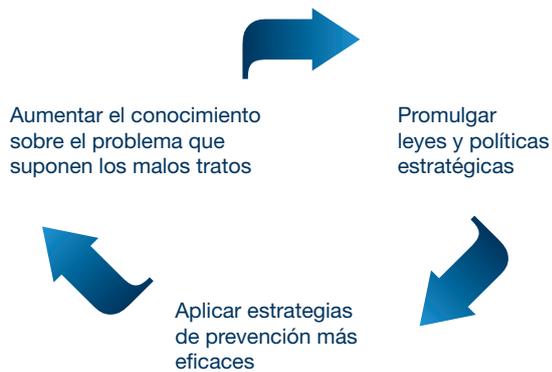
En dicho contexto, a nivel internacional se creó en el año 1997 la “Red Internacional para la Prevención de los Malos Tratos a Personas Mayores” (INPEA) que ha elaborado documentos de gran interés para la previsión y detección de los mismos (tales como el proyecto seminal conjunto “Respuesta Global al Maltrato de los Adultos Mayores”, que dio como resultado la publicación *Voces Ausentes. Visión de las Personas Mayores sobre el Maltrato de las Personas Mayores*) y, por otro lado, las acciones orientadas a erradicar el maltrato a personas mayores ha de realizarse en la práctica a todos los niveles: nacional, regional y local.

El Centro Reina Sofía para el estudio de la violencia ha analizado estos fenómenos y señala que uno de cada cien mayores reconoce haber sufrido maltrato de la familia. El porcentaje aumenta según el grado de dependencia, hasta un 2,9% en los casos severos e incluso algunos estudios han cifrado el maltrato en hasta un 4-5%, dato realmente escalofriante.

Las estadísticas muestran una clara tendencia de las personas mayores a ser víctimas de ciertos tipos de maltratos o más de un tipo de maltrato y sufrirlos de forma continuada (80% de los casos). Es importante incidir en este dato: *el maltrato no suele producirse como un hecho aislado.*

Es prioritario para afrontar y erradicar el problema la adopción de una serie de medidas que se anticipen al nacimiento de la situación y que

pueden ser agrupadas y concretadas en tres conceptos prioritarios:



Aumentar los conocimientos sobre el problema

Mejorar los conocimientos sobre el maltrato, así como fomentar la solidaridad intergeneracional y la educación en el respeto por las personas mayores o en situaciones especialmente sensibles, se presenta como uno de los retos más significativos de nuestro futuro dadas las circunstancias propias de nuestro Estado, el cual cuenta con una de las poblaciones más envejecidas del mundo.

A nivel europeo en el año 1990, el Consejo de Europa convocó una conferencia al respecto, donde se procedió a realizar una revisión sobre los conceptos existentes, las estadísticas, las leyes y las políticas relacionadas con la prevención y el tratamiento, así como las fuentes de información disponibles.

En este sentido, el Consejo de Europa definió el *maltrato* como:

“Todo acto u omisión cometido contra una persona mayor, en el cuadro de la vida familiar, la seguridad económica y/o la integridad física-psíquica, que comprometa gravemente su libertad o el desarrollo de su personalidad”.

Ateniéndose a esta definición, el Informe del Consejo de Europa llegó a las siguientes conclusiones:

- a) En este sentido, la formación en el fenómeno de los malos tratos de los profesionales vinculados con este tipo de personas, se revela como fundamental en orden no sólo a prevenir la posible aparición de los mismos, sino también para la pronta detección en aquellos supuestos en los cuales por razón de su cargo tuvieran acceso a personas que presentaran la sintomatología propia de las personas maltratadas.
- b) Uno de los aspectos fundamentales que conviene fijar a la hora de mejorar el conocimiento sobre la materia, viene representado por las **causas que motivan la aparición de este tipo de comportamientos**:
 - i) Dentro de las causas descritas por la práctica profesional, el estrés que sufren tanto la familia como las personas encargadas de cuidar a las personas con algún tipo de dependencia parece ser una de las principales. Distintas investigaciones sociológicas han puesto de manifiesto que cuidar a una persona con algún tipo de enfermedad crónica grave constituye una **labor difícil y estresante y que, como tal, provoca alteraciones en la salud física y mental de las personas que la realizan**.
 - ii) De este modo, diversos estudios han llegado a la conclusión de que son muchos los factores que determinan o pueden llegar a incrementar las probabilidades de que se produzca el maltrato, como puedan ser la sobrecarga en el trabajo de los cuidadores o de las personas cercanas a quienes sufren Alzheimer.
 - iii) La falta de recursos o el consumo de alcohol o drogas de forma habitual suele ser una de las principales causas generadoras de disfuncionalidades en el ámbito familiar y pueden desencadenar finalmente en el maltrato reiterado de los familiares más vulnerables.
 - iv) De lo dicho se desprende que el aislamiento social y la ausencia de contacto o

mantenimiento de relaciones sociales o la exclusión social pueden devenir en situaciones de marginalidad o abandono, con el correspondiente daño psicológico que ello implica para el perjudicado, generadoras de conductas asociales y agresivas que, de no ser vigiladas, pueden llegar a constituirse en origen de la situación de maltrato.

- c) Asimismo, relevante dentro de este ámbito de actuación es la **ejecución de programas sociales que ofrezcan asesoramiento e información así como planes asistenciales al afectado y sus familiares** que permitan mejorar el conocimiento y entendimiento de esta problemática y ofrecer vías de apoyo y descarga emocional y física de los implicados.
- b) *Promulgar leyes más severas y mejor definidas, así como elaborar políticas más enérgicas que garanticen la protección de las personas mayores, en especial cuando se encuentran aquejadas de algún tipo de enfermedad física o mental*

Dentro de las líneas de actuación para prevenir los malos tratos, el Estado no puede permanecer al margen de la problemática del maltrato, sino que han de adoptar un papel activo creando y reformando –en su caso– leyes con el fin de proteger a las personas y de modo que los derechos de estas queden garantizados.

Así, son muchos los colectivos sociales y protagonistas de la vida pública que, ante el aumento de denuncias por malos tratos a personas mayores o enfermas, han reclamado que se apruebe una *Ley integral para la protección de los ancianos y dependientes de edad avanzada* (tal como ya se hizo con la violencia de género).

En este sentido, el Fiscal de Mayores –figura creada con el fin de luchar contra la vulneración de los derechos de las personas mayores y la salvaguarda de sus libertades fundamentales– ha puesto de relieve dicho vacío legal así como la necesidad de dar respuestas a estas personas:

“Hay un vacío legal en la defensa de los derechos de los mayores de 65 años, que no se da ni en

menores ni en mujeres, en casos de violencia o desamparo. Asimismo, los mayores son un colectivo creciente y, por sus circunstancias personales, están necesitados de la ayuda de los Poderes públicos”.

Dentro de las medidas a adoptar en las leyes, el Fiscal de Mayores y otras instituciones han reclamado que se contemple como *causa agravante la edad de la víctima*.

Asimismo, se deben realizar *políticas más enérgicas frente al maltrato*. Dentro de esta línea se encuentran diversas guías y campañas, tales como la campaña *“Ponte en su piel”*, que fue lanzada por los profesionales españoles en los campos de la gerontología y geriatría. Dicha campaña estableció un decálogo, cuyo fin es servir de guía para las instituciones y los profesionales, así como para las familias, dirigido a crear una cultura de respeto hacia los adultos mayores. Los puntos son los siguientes:

DECÁLOGO	
1. Dignidad. Tratar con respeto.	6. Calidad de la comida adecuada a sus gustos y necesidades.
2. Inclusión social. Evitar aislamiento y soledad.	7. Respetar su intimidad.
3. Atención inmediata ante lesiones, abusos, reclusiones y negligencias.	8. Favorecer el mantenimiento o la recuperación del máximo grado de autonomía.
4. Personalizar su entorno. Adecuar el espacio para garantizar la independencia de la persona.	9. Ayudas técnicas para facilitar la movilización, la higiene y el vestirse.
5. Responder al deseo de satisfacer necesidades de higiene.	10. Implicar a las familias en el cuidado y la toma de decisiones compartidas.

Por otro lado, en esta línea de las políticas más enérgicas, a nivel internacional la Asamblea General de la ONU aprobó una Resolución donde se contenían cinco *“Principios en Favor de las Personas de Edad”*, que se ratifican en el documento de las Naciones Unidas de 1999 de Derechos Humanos y Personas de Edad

Avanzada, dirigidos a los Estados miembros en orden a fortalecer la protección de estas personas en sus Ordenamientos internos.



Independencia

- Tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuados.
- Tener la oportunidad de trabajar o de acceder a otras formas de obtención de ingresos.
- Poder participar en la determinación de cuándo y en qué medida dejarán de desempeñar actividades laborales.
- Tener acceso a programas educativos y de capacitación adecuados.
- Tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a los cambios de sus capacidades.
- Poder residir en su propio domicilio por tanto tiempo como sea posible.

Participación

- Permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación

y la aplicación de las políticas que afectan directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes.

- Poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicio a la comunidad y de trabajar como voluntarios en puestos apropiados a sus intereses y capacidades.
- Poder formar grupos o asociaciones.

Cuidados

- Poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.
- Tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades.
- Tener acceso a Servicios Sociales y jurídicos que les aseguren mayores niveles de autonomía, protección y cuidado.
- Tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humanitario y seguro.
- Poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

Autorrealización

- Poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.
- Tener acceso a los recursos educativos, culturales, espirituales y recreativos.

Dignidad

- Poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotaciones y de maltrato físico o mental.
- Recibir un trato digno, sin considerar su edad, sexo, etnia, discapacidad u otras condiciones. Además, han de ser valoradas independientemente de su contribución económica.

A modo de conclusión de este apartado, se deben señalar que resulta necesario promulgar leyes más efectivas, dotar las existentes para su mayor eficacia, así como adoptar políticas más enérgicas orientadas a erradicar el maltrato. Dichas medidas, en resumen, deberían ir orientadas a lograr los siguientes efectos:

- Las leyes existentes sobre violencia doméstica o intrafamiliar deben ampliarse a fin de incluir a las personas mayores como grupo.
- La legislación penal y civil existente debe abarcar en forma explícita el maltrato, el descuido y la explotación de personas de edad avanzada.
- Los gobiernos deben dictar nuevas leyes destinadas a proteger a las personas mayores.
- Se deben realizar políticas más enérgicas que encuentren respaldo en todos los agentes de la vida social a fin de que sean siempre lo más eficaces posibles.

c) Aplicar estrategias de prevención más eficaces

A la hora de afrontar la erradicación del maltrato a personas mayores o en situación de dependencia, se debe dar gran importancia a la prevención. A tal fin es necesario construir una sociedad que garantice una existencia digna a todas las personas, con sus necesidades cubiertas adecuadamente y con oportunidades reales de realización personal.

La prevención es, posiblemente, la estrategia más adecuada y eficaz frente a las situaciones de los malos tratos.

La mejor manera de prevenir es dotar de recursos suficientes y adecuados a los afectados, familias, instituciones y profesionales, que limiten el agotamiento, la precariedad y la falta de sensibilidad, así como actuar permanentemente generando actitudes positivas de la sociedad hacia la vejez.

Dentro de las estrategias de prevención han sido creados por las Administraciones públicas programas destinados a evitar el maltrato de los ancianos en su hogar, donde se han adoptado distintas medidas, en torno a cuatro ejes bien diferenciados:

- Elaborar y ejecutar planes de asistencia integrales.
- Capacitar al personal.
- Diseñar políticas y programas que tengan en cuenta el estrés del personal relacionado con su trabajo.
- Elaborar políticas y programas para mejorar las condiciones físicas y sociales de la asistencia sanitaria orientada a los cuidados de enfermos.

En este sentido, cobra gran importancia la elaboración de protocolos de prevención de malos tratos en centros hospitalarios, sociosanitarios, geriátricos y gerontológicos.

2.- Detección

La detección del maltrato requiere una formación específica, que permita a los profesionales de la salud, el conocimiento de los factores personales, familiares y sociales de riesgo, así como las formas de presentación que hagan posible la detección de los casos de malos tratos y el correcto enfoque para la solución del problema.

Existen, tal como reconocen distintos autores⁵⁷,

⁵⁷ Moya A. y Barbero J. en su libro Malos tratos a personas mayores. Guía de actuación, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Imsero 2005.

diferentes signos que deben evaluarse para establecer una sospecha de posibles malos tratos:

- Presencia de lesiones no suficientemente explicadas en distintos grados de evolución.
- Observación de que se ha producido una demora entre la producción de una lesión o enfermedad y la solicitud de atención médica.
- Visitas frecuentes a urgencias por exacerbaciones de enfermedades crónicas o lesiones a pesar de que tanto la prescripción médica como los recursos sanitarios son los adecuados.
- Dejadez o higiene insuficiente en pacientes dependientes con recursos sociofamiliares adecuados y suficientes.
- Disparidad de relatos entre distintos cuidadores o entre estos y el paciente.
- Actitud negativa de los cuidadores a la hospitalización del anciano o la supervisión de sus cuidados.

En el ámbito institucional, fundamentalmente en las residencias geriátricas, existen una serie de signos que pueden alertar sobre posibles situaciones de maltrato, abuso o cuidado negligente:

- Deshidratación, malnutrición, úlceras por presión.
- Cortes, magulladuras, hematomas.
- Sobremedicación o inframedicación.
- Pérdida o ganancia rápida de peso.
- Fracturas.
- Malas condiciones higiénicas.
- Infecciones frecuentes.

Es importante a la hora de detectar dichos signos de maltrato, poder realizar un primer juicio de valor sobre si los mismos se deben a una situación de

maltrato o bien, por el contrario, son el resultado de unas atenciones de cuidado inadecuadas.

En este sentido, cualquier persona que esté relacionada con el anciano debe prestar atención a los signos y síntomas de maltrato, más aún si se trata de profesionales de la sanidad y los trabajadores sociales por tener una posición privilegiada en orden a identificar este tipo de situaciones y actuar en los casos donde exista razonable sospecha de maltrato, todavía más los agentes de la autoridad y aquellos que tengan a su cargo la inspección y el control de las residencias.

3.- Medidas de protección

Para afrontar la lucha contra el maltrato a las personas de edad avanzada, se requiere un enfoque multisectorial y coordinado en el que se impliquen: los Poderes públicos, la justicia, los esfuerzos sanitarios y sociales, las instituciones y organizaciones de defensa de los derechos de pacientes y usuarios, así como las propias personas mayores.

Como primer acercamiento, en nuestro sistema, **todo ciudadano tiene el deber de informar a las autoridades en los casos de sospecha sobre cualquier tipo de infracción penal** (como es, por ejemplo, el maltrato).

De este modo, el Estado y las Administraciones públicas, así como la ciudadanía, se encuentran sometidos al **principio de oficialidad**, por el cual toda persona que tenga conocimiento de que se está produciendo un caso de maltrato podrá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Así pues, las autoridades y funcionarios públicos están obligados a ello, pudiéndose adoptar las siguientes medidas:

- Medidas de carácter policial: se ha reforzado la protección de las víctimas aumentando efectivos especializados de la Policía Nacional y de la Guardia Civil. A su vez, se están elaborando protocolos para garantizar la coordinación de la protección de las víctimas.
- Medidas de carácter judicial: creación de juzgados de violencia sobre la mujer, puesto

que no debemos olvidar que un alto porcentaje de las personas mayores maltratadas está integrado por mujeres que son receptoras de ese tipo de comportamientos por motivo de su género, agravándose su situación cuando concurren las circunstancias de la edad, así como la adopción de órdenes de alejamiento para el maltratador.

- Medidas de carácter político y social: se trata de medidas de muy diversa índole que pueden ir desde la puesta en marcha de Planes para la inserción laboral de las víctimas de la violencia de género, previa concertación con las Comunidades Autónomas, a cursos de formación dirigidos a profesionales sanitarios (para mejorar las consultas de atención primaria) o la inclusión en los Planes de Vivienda de criterios que contemplen la atribución de viviendas protegidas a personas que hayan sido víctimas de malos tratos.
- Medidas de carácter económico: como son la creación del Programa de Renta Activa de Inserción, que contempla ayudas expresamente dirigidas a las víctimas de la violencia de género y la creación de un fondo para atender el pago de las ayudas sociales contempladas en la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, o la constitución de patrimonios protegidos que garanticen la independencia económica del interesado.

Además de las medidas enunciadas, es necesario destacar otras actuaciones tendentes a la protección de las personas que puedan ser víctimas del malos tratos:

- a) Es competencia de las Administraciones públicas crear e impulsar **servicios de protección de las personas adultas** (como se conocen), correspondiendo a los asistentes sociales investigar y evaluar los casos, elaborar planes para atenderlos en forma adecuada y realizar una tarea de supervisión hasta que puedan derivarse a los organismos de servicios para las personas de edad.
- b) Cada vez hay más interés por **proporcionar servicios** a los ancianos víctimas de malos

tratos, aplicando criterios similares a los desarrollados para las mujeres maltratadas. Los refugios de emergencia y los grupos de apoyo especiales para las personas de edad maltratadas son relativamente nuevos. Constituyen un ámbito donde las víctimas pueden conversar sobre sus experiencias, fortalecerse psíquicamente para superar sus miedos, sus dudas, el estrés y la ansiedad, así como mejorar su autoestima.

De esta manera, se concluye que el Ordenamiento jurídico convoca al Estado social a asumir la responsabilidad de remover las causas que originan la violencia; una acción que exige además un compromiso personal y directo de todos los ciudadanos.

4.- Actuación en los casos de detección de malos tratos

Un gran error en estos casos, es la minimización de los problemas que generalmente llevan a situaciones más graves, sobre todo de cara a reparar el daño causado. Además, las personas que sufren dichas agresiones son de edad avanzada, lo cual significa que la actuación ha de ser, si cabe, más rápida, ya que la recuperación física es lenta y difícil.

De la propia patología de la persona con Alzheimer subyace la necesidad de la colaboración de otras personas para que denuncien o pongan en conocimiento de la justicia las sospechas o las evidencias de la existencia de malos tratos.

En función del tipo de personas presuntamente maltratadas, se actuará de forma distinta en cada caso:

1. Si la presunta víctima es una persona con capacidad suficiente de autogobierno, conviene hablar con la misma, informale sobre la situación que está sufriendo, sus causas, posibles remedios, mecanismos de defensa de los que dispone y en su caso, animarle a denunciar con el fin de que se realice una investigación policial y diriman las responsabilidades que correspondiere.

Si el presunto maltrato es muy grave y la víctima no quiere denunciar, tal comunicación debe hacerla, inexcusablemente, el profesional que le atiende, siendo recomendable ponerlo previamente en conocimiento del director del centro en donde presta sus servicios.

Ante situaciones graves en las que se tiene supuestamente identificado al agresor, se debe contactar con la policía.

2. Si el presunto maltratado se encuentra en una situación de dependencia, hay que hablar con su tutor o curador (siempre que no exista sospecha de el mismo sea el agresor), procediendo en todos los demás casos como en el apartado anterior.

Aunque la persona presuntamente maltratada sea capaz, la implicación de los profesionales es fundamental para recordarles cuáles son sus derechos y la necesidad de defenderlos.

Es aconsejable recomendar que sea la propia persona mayor, capaz, quien proceda a formalizar la denuncia, aunque se le ayude a realizar ciertos trámites. En este sentido, las asociaciones de víctimas de malos tratos pueden constituir un buen vehículo de información y asistencia para conocer la mejor forma de actuación frente a este tipo de situaciones.

Si se ha decidido denunciar, hay que tener en cuenta algunas consideraciones formales y de procedimiento en torno a la formulación de la denuncia:

¿Dónde denunciar? Se puede hacer directamente ante el juzgado de guardia, en la fiscalía –para que sea quien proceda a materializar la demanda– o denunciar en las dependencias de la Policía o Guardia Civil.

¿Cómo denunciar? La denuncia debe hacerse de forma escrita, haciendo constar todos los datos personales del denunciante y de la víctima y exponiendo un relato somero de los hechos que han dado origen a la denuncia que se formula. Asimismo, si se conoce, es necesario reflejar el nombre del presunto agresor.

Es conveniente, aunque no indispensable, el asesoramiento de un profesional del Derecho.

La actuación ante un caso de maltrato debe accionar una *estrategia integral y coordinada* que contenga medidas de diversa índole y de naturaleza (en función de las circunstancias específicas de cada caso), tales como:

- El tratamiento de lesiones físicas y aspectos psicológicos.
- La información al paciente.
- La redacción de una parte de lesiones o denuncia al Ministerio Fiscal.
- La fijación previa de criterios de remisión a especialistas.
- La intervención del asistente social.
- La definición de estrategias de protección.
- El control de factores de riesgo.
- El apoyo al cuidador para evitar la sobrecarga o el estrés.
- El tratamiento al cuidador cuando padece un trastorno psíquico abordable.
- El seguimiento del caso.

5.- Regulación actual en el Código Penal

Las tres cuestiones más importantes en esta área jurídica son las siguientes:

El maltrato a las persona mayor

El Código Penal (norma donde se regulan los delitos, faltas y sus penas) recoge en su artículo 153 la violencia física en el ámbito familiar. De este modo, el artículo se refiere a los ascendientes, por expresa remisión al artículo 173.2 del Código Penal (CP), como se refleja a continuación:

*“1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva [...]” o fueran “[...] descendientes, **ascendientes** o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”.*

A través de este artículo, y de forma indirecta, está considerado el maltrato a las personas mayores. De este modo, el ordenamiento penal, tras haberse ocupado del maltrato a los menores y el maltrato de género, ha legislado posteriormente el maltrato a los mayores.

El abandono de personas mayores

De este modo, el Código Penal ha castigado no sólo los malos tratos más evidentes a las personas mayores, sino que también ha penado la omisión de auxilio así como el dejar de prestar asistencia a aquellas personas que lo requieran. De este modo, el artículo 619 del CP dispone:

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”.

El artículo 226 del Código Penal prevé expresamente:

“El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses”.

Por tal razón, el Código Penal reconoce a las personas mayores desvalidas como personas de extrema fragilidad y con nula capacidad de autodefensa. Esta especial vulnerabilidad de la víctima y la relación constante que requiere de su cuidador o su familia hace que el abandono por parte de estos pueda suponer un grave riesgo a la vida y la salud de estas personas (que podrá castigarse como un delito de omisión del deber de socorro en los casos más graves).

Delitos sobre sus derechos económicos

El Código Penal no sólo sanciona el maltrato físico y psicológico, sino que también condena el *maltrato económico*.

El artículo 235.4 del Código Penal recoge el hurto cualificado que será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. Entre dichos supuestos de hurto cualificado se encuentra aquel que se lleve a cabo *abusando de las circunstancias personales de la víctima*.

Por último, conviene advertir que los supuestos de maltrato a personas mayores, sean de naturaleza física, psicológica o patrimonial, pueden ser perseguidos a través de los distintos tipos genéricos que contempla nuestro Código Penal. No obstante, difícilmente encontraremos una referencia expresa y directa, lo que innegablemente no ayuda en la protección jurídica de estas personas. En todo caso, sería deseable una mayor y más específica protección jurídica penal de este colectivo.

6.- Medidas cautelares

Al hablar de medidas cautelares, debemos identificar las mismas con las medidas de protección que se pueden adoptar durante la tramitación de un procedimiento judicial, hasta que el mismo termine por sentencia (momento en que cesarán las mismas) por contraposición a las prohibiciones impuestas por sentencia, que ya no tienen ese carácter provisional o preventivo, sino que ostentan el carácter de auténtica pena, al formar parte del contenido de una sentencia judicial.

La existencia de una condena (sentencia) es la última fase del procedimiento penal, que hasta dicho momento puede haberse dilatado en el tiempo. Sin embargo, el sistema protector que nuestro Derecho otorga a la víctima de un delito, se extiende desde los momentos inmediatamente posteriores a la iniciación del correspondiente procedimiento penal y hasta la sentencia.

A. Medidas cautelares que pueden adoptarse durante el procedimiento penal

Las medidas cautelares adoptables durante un procedimiento penal por maltratos encuentran su fundamento en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim) que señala como primer objetivo dentro del procedimiento penal, el *“de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas”*. A tal efecto podrán acordarse *“las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley”*.

Por esta razón, el [artículo 544 bis](#) prevé [medidas cautelares de contenido restrictivo de derechos para el presunto agresor](#), a adoptar por el juez o tribunal.

En los casos en que se investigue, entre otros, un delito que afecte a la vida, integridad física, sexual, moral o patrimonial de un mayor, el juez podrá, cuando resulte estrictamente necesario a fin de garantizar la protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado alguna medida, hasta que se dicte sentencia:

- La prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia y otra entidad local o Comunidad Autónoma.
- La prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales o Comunidades Autónomas.
- La prohibición de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa a determinadas personas.

En conclusión: las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualquiera de las previstas en la legislación procesal criminal y serán adoptadas por el juez de instrucción, atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

B. Las penas de no aproximación. Cómo actuar en caso de incumplimiento

Si una sentencia judicial declara la existencia de un delito, dicha sentencia puede recoger, además de la correspondiente pena privativa de libertad o pecuniaria, [diversas prohibiciones que no ostentan ya el carácter de medida cautelar, sino de auténtica pena](#), como es la orden de alejamiento.

El fundamento de las penas de no aproximación (orden de alejamiento) aparece en el Código Penal, el cual establece que en determinados delitos, los jueces o tribunales podrán acordar en sus sentencias la imposición de uno o varias de las prohibiciones de aproximación física. En todo caso, son aspectos destacables:

- a) Es importante destacar que si la víctima fuera, entre otros, un ascendiente o persona especialmente vulnerable, como puede considerarse una persona con cierto grado de dependencia, el juez deberá imponer la medida de [prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal](#).

- b) En caso de incumplimiento de la pena de no aproximación, si se vuelve a producir otro delito contra la víctima, el agresor habrá de ser castigado según lo previsto en el artículo 153 del Código Penal, en su mitad superior: podrá comprender la condena con pena privativa de libertad por una duración de cinco años para el caso de que se produzcan lesiones a la víctima.

7.- Papel del Ministerio Fiscal

El deber de protección por parte del Ministerio Fiscal parte de dos claras vertientes:

- a) De un lado, la Constitución española de 1978 recoge en su artículo 49: “Los Poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” .
- b) De otro, el artículo 124 de la CE que atribuye al Ministerio Fiscal promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

El desempeño de dicho cargo conlleva una serie de funciones:

- Dentro de un proceso penal referido a malos tratos a una persona con mayor o con algún tipo de dependencia, el Ministerio Fiscal puede intervenir en el mismo, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.
- **El Ministerio Fiscal**, regulado en nuestro país como una institución que actúa en defensa de la legalidad, tiene además en nuestra legislación un **papel relevante en la protección o defensa de las personas en situación de dependencia en los casos en que no existiera otra denuncia previa**. De este modo, el Ministerio Fiscal podrá,

tal como se recoge en su Estatuto Orgánico, *“visitar en cualquier momento los centros de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”*.

- **El fiscal puede recibir denuncias**, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo, cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante.
- El fiscal para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de los que conozca, **puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, podrá ordenar la detención preventiva**.
- **Todas las diligencias practicadas o que se lleven a cabo bajo la dirección del Ministerio Fiscal, gozan de presunción de autenticidad. El fiscal tomará declaración al sospechoso, quien habrá de estar asistido de letrado y podrá tomar conocimiento del contenido de las diligencias practicadas**. La duración de esas diligencias habrá de ser proporcionada a la naturaleza del hecho investigado, sin que pueda exceder de seis meses, salvo prórroga acordada mediante decreto motivado del fiscal general del Estado.
- El fiscal, conforme a su criterio, va a solicitar del juzgado, en su caso, para proteger a la víctima y a su entorno de la actuación de la persona agresora o de posibles riesgos futuros, la adopción de **medidas penales** (orden de alejamiento, prohibición de comunicación) y **civiles** (separación provisional, atribución de la vivienda familiar, fijación de alimentos para los hijos o la persona agredida, suspensión del régimen de convivencia con los hijos, etc.).
- El fiscal en el proceso penal además de **instar de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de**

los hechos, ha de velar por el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas, y si estas no se cumplen podrá incluso pedir la privación de libertad de quien así haya obrado. También podrá **ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas**.

8.- Especial atención a la violencia de género

Ha sido necesario incluir un apartado en este tema sobre la violencia de género debido a que la mujer puede ser víctima de violencia en el entorno familiar, pero si tenemos en cuenta el hecho de que puede estar en situación de dependencia de distintos tipos (como puede ser el Alzheimer), su vulnerabilidad se multiplica.

En busca de dar mejores soluciones al problema de la violencia de género se aprobó legislación en materia de violencia de género con las Leyes Orgánicas: LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros y la **LO 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, propiciaron un cambio en el artículo 173 del Código Penal, dando una protección más integral a los sujetos pasivos de este tipo de maltrato**.

De este modo, el artículo 173 del Código Penal quedó redactado de la siguiente manera:

“El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier

otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

Si nos atenemos al tipo penal descrito, se requiere la intencionalidad (dolosa) del maltratador, es decir, el autor quiere causar daño y perjuicio y actúa para ello. La finalidad de la acción debe ser clara e inequívoca.

Además, el **Código Penal prevé en el artículo 153**, que también fue modificado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el **delito concreto de violencia física en el ámbito familiar**, cuya conducta delictiva consistirá tanto en menoscabos psíquicos como lesiones no definidas como delito por el Código Penal.

Se establece una modalidad agravada cuando la víctima haya sido su cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia o **se trate de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor**.

La **Ley Orgánica 1/2004, de 28 diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género** trata de dar respuesta a una situación tan grave en nuestra sociedad como es la violencia de género. Así, en su Exposición de Motivos afirma cómo la violencia de género es un problema que nos afecta a todos, es un problema de la sociedad, al que también han de enfrentarse los Poderes públicos⁵⁸.

⁵⁸ “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado [...]. **Los Poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género**, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.”

La Ley delimita el ámbito de lo que se puede entender por **violencia de género**; de este modo, la misma queda definida como:

“Todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Dentro de la Ley se establecen una serie de medidas de distinto calado y naturaleza destinadas a sensibilizar, prevenir y/o detectar el maltrato, así como la regulación de Derechos de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género, como puedan ser la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita o la creación de Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los juicios rápidos en esta materia.

En relación a las medidas de protección se encuentran, entre otras: **la orden de protección**, **la protección de datos** y **las limitaciones a la publicidad**, así como la creación de un fiscal contra la violencia sobre la mujer (al que ya hemos hecho referencia).

La **orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas**. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

La **orden de protección** será inscrita en el **Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica**.

Como se puede observar, el alcance de estos preceptos y su aplicación conjunta, constituye un valioso instrumento de protección, al contemplarse las prohibiciones de residencia, acercamiento o comunicación por parte del agresor. **El sistema se ve reforzado por la expresa obligación de adoptar nuevas medidas en caso de incumplimiento de las medidas señaladas al agresor, que incluso pueden llegar a convertirse en orden de ingresos en prisión.**

Con la llamada **“Orden de protección inmediata a las víctimas de la violencia doméstica”**, que además se encuentra también regulada en la LECrim en su artículo 544 ter, se pretende a través de un sencillo y rápido procedimiento judicial, que la víctima, y personas de su entorno familiar, puedan tener un estatuto integral de protección de 72 horas. Así, en una misma resolución judicial se pueden adoptar de manera conjunta, medidas restrictivas de los movimientos de la libertad del agresor para impedir su aproximación a la víctima: prisión provisional, alejamiento..., así como medidas orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad, protección jurídica a la persona agredida y a sus hijos e hijas; a su vez, puede conceder el uso del piso familiar a la víctima y no como hasta ahora, que la víctima tenía que huir a una casa de acogida. Asimismo, el juez de instrucción podrá adoptar otras medidas como son: suspender las visitas de los hijos, fijar alimentos o retirar la custodia de los hijos.

La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean estas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole.

Capítulo 9

Sistema de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia



CONTENIDOS

1.- Concepto de “situación de dependencia” y “autonomía personal”

2.- Contenido del nuevo derecho universal y subjetivo de ciudadanía

3.- Concepto y competencias del SAAD

4.- Servicios y prestaciones económicas

5.- Procedimiento de valoración y reconocimiento de situación de dependencia (grado y nivel)

6.- La disposición adicional novena

7.- Procedimiento de elaboración del Programa Individual de Atención (PIA)

8.- Retroactividad

9.- Recursos y revisiones

Resumen de los principales puntos del tema

1. Conceptos. “Dependencia”:

Recogido en el artículo 2.2 de la Ley 39/2006: “El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que [...] precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o de otros apoyos para su autonomía personal”. “Autonomía personal”, establecido en el artículo 2.1 de la Ley 39/2006: “La capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”. Asimismo, se configura el contenido del “derecho de la ciudadanía” como el derecho de las personas que necesitan apoyos para desarrollar las actividades de la vida diaria a recibir la atención necesaria de los Poderes públicos.

2. Concepto y competencias del SAAD:

instrumento fundamental para mejorar la situación de los Servicios Sociales, respondiendo a la necesidad de atender a las situaciones de dependencia. Su finalidad es la de garantizar las condiciones básicas del derecho de la autonomía personal, integrar los centros y servicios y promover la autonomía personal de las personas con dificultades. .

3. Servicios y prestaciones económicas:

de prevención, de ayuda a domicilio, de teleasistencia, de centro de día y de noche y de atención residencial.

Las prestaciones económicas pueden ir vinculadas al servicio.

4. Procedimiento de valoración de la situación de dependencia:

contiene tres fases, a saber, inicio, valoración y resolución. Del mismo modo, se reconoce a la persona solicitante la condición de encontrarse en una situación de dependencia, en el grado y nivel establecido en los desarrollos reglamentarios, de forma automática mediante un procedimiento de homologación.

5. Resolución:

puede retrotraer sus efectos al momento en que se presentó la solicitud. Ante ella podrán interponerse los oportunos recursos de alzada y contencioso administrativo.

1.- Concepto de “situación de dependencia” y “autonomía personal”

El presente tema trata la situación de dependencia y la promoción de la autonomía personal, dos temas claves para todos los ciudadanos, pero en particular para las personas mayores o con alguna discapacidad que conlleve o pueda conllevar en un futuro una situación de dependencia.

Históricamente el cuidado y la atención de las personas en situación de dependencia se ha venido dando por parte de los entornos familiares y, dentro de las mismas, especialmente por las mujeres de las familias que han sido el verdadero pilar, sustento y ejemplo de la responsabilidad y compromiso social.

No obstante, desde hace años venía demandándose por parte de la ciudadanía una normativa que diera respuesta a las necesidades de las personas en situación de dependencia; esta pretensión era consecuencia de varios factores, entre ellos el envejecimiento progresivo de la población como consecuencia del aumento de la esperanza de vida y los bajos índices de natalidad y la incorporación de la mujer al mercado laboral.

Poco a poco se fueron dando pasos por las instituciones internacionales, como la OMS⁵⁹ y la Unión Europea, sobre la necesidad de políticas y criterios que debían regir en la protección de las personas en situación de dependencia.

España no fue ajena a esta corriente y fue creando instrumentos, como la Renovación del Pacto de Toledo de 2003, que recoge en una disposición adicional la necesidad de crear un sistema integrado que aborde el tema de la dependencia; asimismo, posteriormente se desarrollaron iniciativas como el Libro Blanco de la dependencia del año 2004.

De esta manera se llegó a la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la

Autonomía y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que se constituye como un hito histórico en la defensa de los derechos de las personas en situación de dependencia, considerándose como el cuarto pilar del Estado del Bienestar.

Antes de entrar a exponer, en los siguientes epígrafes del tema, las novedades introducidas por la Ley 39/2006, es necesario dejar sentados dos conceptos que son fundamentales para la nueva normativa: i) la “autonomía personal” y ii) la “dependencia”:

- Autonomía (art. 2.1 de la Ley): *“Capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”.*

Estamos, por lo tanto, ante un concepto amplio que ofrece cobertura a todos aquellos casos en los que una persona presenta alteraciones en su capacidades de toma de decisiones –por ejemplo, en sus facultades de elección personal– o, asimismo, en las capacidades para desarrollar las actividades básicas de la vida cotidiana: ambos elementos son los que determinan, hoy por hoy, el concepto de “autonomía” y los que, en último extremo, sirven para delimitar quiénes son, en el marco de la Ley, las personas con necesidades de apoyo en este ámbito⁶⁰.

- Dependencia (art. 2.2 de la Ley): *“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”.*

⁵⁹ Organización Mundial de la Salud.

⁶⁰ En este sentido, PEREZ YÁÑEZ, Rosa y DE LA PUEBLA PINILLA, Ana: “Un notable avance en la protección de las personas dependientes: la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”, Relaciones Laborales, 5. Sección Legislación. Quincena del 8 al 23 de marzo de 2007. Editorial La Ley.

Por lo tanto, la dependencia requiere dos caracteres para ser apreciada como tal (con las consecuencias que ello conlleva):

- i) El carácter de permanencia: no estarían contemplados los supuestos de personas en situación de dependencia por razones meramente temporales.
- ii) La presencia de unos orígenes o causas determinadas: la situación de dependencia habría de haberse producido por razones de edad, enfermedad o discapacidad.

2.- Contenido del nuevo derecho universal y subjetivo de ciudadanía

La Ley 39/2006 definió un **nuevo derecho subjetivo de ciudadanía**: el derecho de las personas que necesitan apoyos para desarrollar las actividades de la vida diaria a recibir la atención necesaria por los Poderes públicos. Su aprobación constituye el punto de partida del marco normativo en vigor.

Este derecho incide directamente en la esfera más nuclear y personal del ciudadano teniendo las Administraciones públicas competentes la obligación jurídica de asegurar su efectividad real, posibilitando el acceso a las prestaciones y servicios; siempre, eso sí, previos los trámites correspondientes y normativamente establecidos.

El sistema ha sido configurado con base en un **principio general de universalidad** (es susceptible de ser disfrutado por todos quienes se hallen en una situación de dependencia y/o requieran atención especializada).

Al mismo tiempo, también reconoce que los recursos disponibles no son actualmente ilimitados y establece un sistema de implantación progresiva de los servicios que han de ser prestados; pero también unas reglas mínimas para otorgar prioridades en el acceso a las plazas limitadas de aquellos.

La prioridad en el acceso a los servicios viene determinada por el grado⁶¹ y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante. Hasta que la red de Servicios Sociales esté completamente implantada, las personas que se encuentren en situación de dependencia que no puedan acceder a los servicios por aplicación del régimen de prioridad señalado, tendrán derecho a la prestación económica vinculada al servicio.

Así, las personas con un grado y nivel de dependencia más elevado tienen prioridad en el acceso a los servicios sobre aquellas que tengan un grado y nivel inferior (a quienes se asistiría a través de las correspondientes prestaciones económicas), atendándose al criterio de capacidad económica, sólo en el caso de que exista igual grado y nivel.

El establecimiento de este orden de prioridad en el acceso a los servicios se hace con carácter temporal, *“hasta que la red de Servicios Sociales esté completamente implantada”*, por lo que el objetivo debe ser que el sistema esté en condiciones de garantizar a todas las personas en situación de dependencia la percepción de los servicios.

3.- Concepto y competencias del SAAD

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) se constituye como uno de los instrumentos fundamentales para mejorar la situación de los Servicios Sociales, respondiendo a la necesidad de atender a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, así como a la calidad de vida e igualdad de oportunidades.

De este modo, la Ley 39/2006 optó por crear ex novo un sistema de protección social que amplía la acción protectora del Estado, completando (como ya se ha expresado) el establecido por el Sistema de la Seguridad Social mediante un “nuevo desarrollo de los Servicios Sociales”.

⁶¹ En este sentido y como aclaración, debemos señalar que el artículo 26 de la Ley 39/2006 establece tres tipos de niveles en función de la situación de dependencia: i) grado I: dependencia moderada; ii) grado II: dependencia severa; iii) grado III: gran dependencia.

El SAAD está articulado como un **sistema de protección universal**, cuyo objeto es garantizar a las personas en situación de dependencia una serie de recursos, servicios y prestaciones relevantes. El SAAD se dirige así a tres finalidades básicas:

1. Garantizar las condiciones básicas y el contenido común del derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; además de servir de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones públicas, pero también de las entidades privadas.
2. Integrar todos los centros y servicios (relacionados por el texto legal) en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sin que ello implique alteración en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica.
3. Promover la autonomía personal y atención a las necesidades de las personas con dificultades en la realización de las actividades básicas de la vida diaria (ABVD).

Para el cumplimiento de tales finalidades, el SAAD establece tres niveles de protección (art. 7):

- El nivel mínimo de protección establecido por la Administración General del Estado⁶².
- El nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, a través de los Convenios previstos en la Ley⁶³.
- El nivel adicional de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma.

La existencia de estos tres niveles de protección tiene consecuencias prácticas: dependiendo de las circunstancias de las personas, la protección –como veremos, concretada en servicios o prestaciones económicas– que aquellas reciban es susceptible de variar, dependiendo de si

están incluidos en el ámbito de los convenios de colaboración suscritos o si su residencia está localizada en una Comunidad Autónoma que haya establecido prestaciones adicionales.

En último lugar, resulta necesario destacar que la Ley 39/2006 establece el sistema de financiación del SAAD en su artículo 32, el cual obliga tanto a la Administración General del Estado como a las Comunidades Autónomas a dotar de los medios económicos suficientes para dar respuesta a los objetivos de la misma, determinándose anualmente en los correspondientes presupuestos.

De este modo se fija que la Administración General del Estado asume íntegramente el coste derivado del nivel mínimo de protección garantizado (art. 9) y, además, se estipula que la Administración General del Estado suscribirá Convenios con cada Comunidad Autónoma en los que se determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de las prestaciones del Sistema.

Dichos Convenios podrán ser anuales o plurianuales. Además, la aportación de las Comunidades Autónomas debe ser al menos igual que la de la Administración General del Estado, para cada año.

Es conveniente destacar que la forma de financiación elegida para este Sistema, mediante convenios con una vigencia temporal limitada (por ahora anual), podría no dar una respuesta adecuada a las necesidades del Sistema puesto que su continuidad no queda asegurada, sino condicionada a la firma de dichos Convenios.

4.- Servicios y prestaciones económicas

El SAAD prevé una serie de prestaciones para los beneficiarios. Tales prestaciones pueden tener naturaleza de servicios o prestaciones económicas (art. 14). Según enuncia la Ley 39/2006, en cualquiera de ambos casos han de ir destinadas a la promoción de la autonomía

⁶² Desarrollado por los Reales Decretos 614/2007, de 11 de mayo, y 74/2009, de 30 de enero.

⁶³ Resolución de 4 de abril de 2008, por la que se publican los Convenios de Colaboración entre el Estado y las diferentes CCAA.

personal y a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

En consecuencia, las personas que están en una situación de dependencia tienen la posibilidad de solicitar a sus Administraciones el reconocimiento de tales prestaciones, previa la tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Un trámite esencial de este procedimiento es la aprobación por la Administración, previa solicitud del interesado, del denominado “Programa Individual de Atención” (PIA en lo sucesivo) regulado en el artículo 29 de la Ley, en el que se establecen *“las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente”*.

Lo anterior no supone que la persona tenga la opción de disfrutar todas y cada una de las prestaciones reguladas, puesto que:

- La configuración normativa de las prestaciones otorga un **carácter prioritario a los servicios** prestados mediante la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas (mediante centros

y servicios públicos o privados concertados, debidamente acreditados).

- Únicamente si no fuese posible ofrecer la debida atención al beneficiario de las prestaciones mediante los referidos servicios, aquel puede recibir una prestación económica que irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el PIA. Este servicio debe ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia.
- Excepcionalmente, podrán recibir una prestación económica (bajo ciertas condiciones) para ser atendido por cuidadores no profesionales en el entorno familiar o para contratar a una persona que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo y a una vida lo más autónoma posible.
- La Ley 39/2006 también establece una regla de priorización en el acceso a los servicios (cuyo número de plazas no es ilimitado): la prioridad vendrá determinada por el grado y nivel de dependencia; a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante ⁶⁴.

En la actualidad, para satisfacer las necesidades de los beneficiarios, el SAAD cuenta con los siguientes servicios y prestaciones económicas (con el contenido indicado a continuación):



⁶⁴ Hasta que la red de servicios esté totalmente implantada, las personas en situación de dependencia que no puedan acceder a los servicios por aplicación del régimen de prioridad señalado, tendrán derecho a una prestación económica.

A) Servicios

a. Servicios de Prevención de las situaciones de dependencia y de Promoción de la Autonomía Personal

Entre estos, se entienden comprendidos aquellos dirigidos a prevenir el agravamiento del grado y nivel de dependencia, incluyéndose también esta atención en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial.

Se prevé en la normativa vigente además de los servicios de prevención, una serie de servicios encaminados a promover la autonomía personal de las personas en situación de dependencia.

b. Servicio de Teleasistencia

Este servicio procura asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y apoyo de medios personales, con objeto de dar respuesta inmediata en situaciones de emergencia o de inseguridad, soledad y aislamiento.

c. Servicio de Ayuda a Domicilio

El servicio de ayuda a domicilio es un conjunto de actuaciones realizadas con el fin de que el beneficiario vea atendidas sus necesidades de la vida diaria. Comprende tanto aquellos servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar, como aquellos relacionados con la atención personal en la realización de las ABVD.

Se prestará conforme lo establecido en el PIA y se determinará en número de horas mensuales de servicios asistenciales.

d. Servicio de Centro de Día y de Noche

El servicio ofrece atención integral (enfoque biopsicosocial, necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación, habilitación y asistencia personal)

a las personas en situación de dependencia, durante el período diurno o nocturno.

Su objetivo es mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o cuidadores.

Los centros en que el servicio se presta son clasificados en una de las siguientes categorías:

- i) Centro de Día para mayores.
- ii) Centro de Día para menores de 65 años
- iii) Centro de Día de atención especializada.
- iv) Centro de Noche.

Los distintos tipos de centros se adecuan a las necesidades, características (“peculiaridades” según la definición del texto de la Ley) y edades de las personas en situación de dependencia. En este sentido, la intensidad del servicio está en función de los servicios del centro que precisa la persona en situación de dependencia, de acuerdo con su PIA.

e. Servicio de Atención Residencial

Este servicio, ofrecido a los beneficiarios en función de su PIA, procura una atención integral y continuada de carácter personal, social y sanitario, que se presta en distintos centros residenciales, públicos o acreditados según los requisitos establecidos por el SAAD. Puede tener carácter permanente o temporal, con motivo de vacaciones, fines de semana, convalecencia, enfermedades o descansos de los cuidadores no profesionales. Los centros en los que se presta están clasificados en:

- i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
- ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

B) Prestaciones económicas

Entre las prestaciones que ofrece el SAAD, además de los servicios, están comprendidas las siguientes prestaciones económicas:

a. **Prestación económica vinculada al servicio**

Está vinculada a la adquisición de un servicio y tiene carácter periódico. Esta prestación será únicamente reconocida cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado. Además, su cuantía se determinará en función del grado, nivel de dependencia y capacidad económica del beneficiario.

b. **Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales**

Se trata de una prestación de carácter excepcional, siendo contemplada para los casos en los que el beneficiario es atendido en su propio entorno familiar. En tal supuesto, cabe reconocer una prestación económica para cuidados familiares. Han de reunirse determinados requisitos, a saber: el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social y se promoverán acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso.

c. **Prestación económica de asistencia personal**

Tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas que tengan reconocida la situación de gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de la figura de un asistente personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria.

Estos son los principales rasgos que, en la actualidad, caracterizan el sistema configurado por la Ley 39/2006, el cual pretende dar una respuesta satisfactoria a las personas que se encuentran en las distintas situaciones de dependencia.

5.- Procedimiento de valoración y reconocimiento de situación de dependencia (grado y nivel)

El reconocimiento de la situación de dependencia en la que puede encontrarse una persona (así como la percepción de las prestaciones correspondientes) requiere la tramitación de un procedimiento administrativo. En el mismo, las Administraciones públicas comprueban la situación real y las circunstancias concretas en que se encuentra la persona en posible situación de dependencia de modo que puedan disponer de los elementos de juicio necesarios para determinar si se encuentra o no realmente dicha situación, así como cuáles son los servicios y/o prestaciones que necesita.



Inicio

De acuerdo con la Ley 39/2006, las normas autonómicas prevén que los procedimientos se inicien a **instancia del interesado** (persona que se encontraría en situación de dependencia o de quienes tengan atribuida su representación legal, si bien en algún caso se ha ampliado la

legitimación, permitiendo iniciar el procedimiento a otras personas⁶⁶).

En ciertas Comunidades Autónomas, por motivos de economía procedimental, se prevé la posibilidad de que los órganos administrativos puedan acordar de oficio el inicio del procedimiento de reconocimiento, pero sólo en los casos de personas que ya ocupen plazas en centros residenciales de la propia Comunidad Autónoma.

El procedimiento se inicia por la presentación de una solicitud o instancia⁶⁷. Las Comunidades Autónomas han aprobado modelos de solicitudes de inicio del procedimiento, a la vez que han determinado los diferentes documentos que deben presentarse junto con la solicitud. A pesar de que en cada Comunidad Autónoma se exigen unos documentos u otros, los **requerimientos de documentación generalmente tienen por objeto acreditar la personalidad del solicitante y su representante, las circunstancias de su residencia, así como el estado de salud de la persona**. A tal fin, suele ser exigido un informe específico al respecto.

Valoración

Recibida la instancia, todas las Administraciones proceden a una fase de valoración. Esta fase constituye la piedra angular del procedimiento, ya que de su resultado depende la declaración de dependencia de la persona, el reconocimiento de su grado y nivel, así como los servicios y prestaciones a los que tendrá acceso.

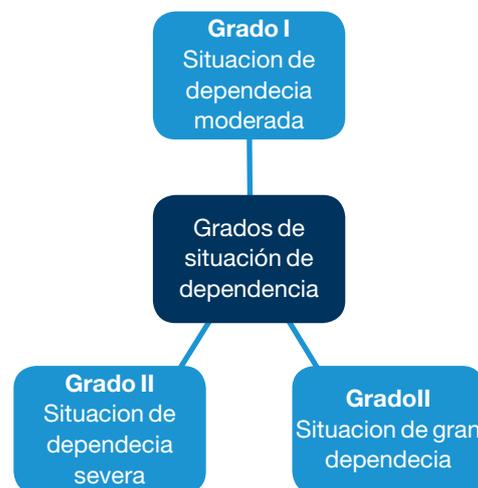
La valoración de la situación de dependencia se lleva a cabo aplicando unos baremos o escalas determinados, que han sido recogidos en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el Baremo de Valoración de la situación de Dependencia (BVD) y la Escala de Valoración Específica (EVE) para los menores de 3 años, establecidos por la Ley 39/2006, de

14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (a partir de ahora RD 504/2007). La **finalidad** última es **determinar (valorar) la capacidad de la persona para realizar por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo o supervisión en su desempeño**.

Resolución

El procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia finaliza mediante una resolución expedida por la Administración Autonómica competente. En dicha resolución se reconocerá o no la existencia de la situación de dependencia (descritos en el artículo 2 del RD 527/2007).

En el supuesto de que exista tal reconocimiento, se determinarán el grado y nivel de la dependencia y además se establecerán los servicios o prestaciones que podrían corresponder a la persona según su grado y nivel.



Los grados de dependencia aparecen regulados en el artículo 26 de la Ley 39/2006 que los clasifica de la siguiente manera:

⁶⁶ Siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (art. 14.4)

⁶⁷ Si tales solicitudes no reuniesen los requisitos exigidos (o no se presentasen los documentos necesarios), se requerirá al interesado para que en el plazo de 10 días subsane los defectos de que adolezca o presente los documentos preceptivos.

- a) **Grado I.** Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. El RD 504/2007 establece que se corresponde a una puntuación final del BVD de 25 a 49 puntos.
- b) **Grado II.** Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. El RD 504/2007 establece que se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos.
- c) **Grado III.** Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. El RD 504/2007 establece que se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos.

6.- La disposición adicional novena

La disposición adicional novena de la Ley 39/2006 va dirigida a establecer la posibilidad de que en determinadas situaciones se reconozca a la persona solicitante la condición de encontrarse en una situación de dependencia, en el grado y nivel establecido en los desarrollos reglamentarios, de forma automática mediante un procedimiento de homologación.

Se podrá aplicar en los casos en que la persona tenga reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de concurso de tercera persona conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.



Estas previsiones tienen su fundamento en los principios que rigen la actividad de la Administración, celeridad y economía procedimental en la tramitación de los expedientes de reconocimiento de la situación de dependencia.

En el ámbito estatal, la regulación en la materia está recogida en la disposición adicional novena de la Ley 39/2006. Este precepto literalmente dispone:

“Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta Ley”.

El primer aspecto destacable consiste en que, según puede observarse, este reconocimiento *ex lege* tiene lugar en referencia, no sólo de aquellos que tuvieran reconocida la pensión de gran invalidez, sino también en relación con quienes precisan de la ayuda de una persona para realizar –como ya se ha explicado– los actos más indispensables de la vida. Estamos, por lo tanto, ante un concepto amplio que comprende supuestos distintos.

Esta previsión legal es genérica y carente del detalle necesario para su puesta en práctica. Por este motivo, en los desarrollos reglamentarios de la Ley 39/2006 se han adoptado disposiciones al respecto.

a) Respecto a las personas que tengan reconocida la situación de gran invalidez:

- Se garantiza en todo caso, como mínimo, un grado I de dependencia, nivel 1.
- El grado y nivel concreto de dependencia se determinará mediante la aplicación del BVD.

- Dicho reconocimiento se realizará a instancias del interesado o representante legal, con los baremos indicados y mediante los órganos correspondientes. Es decir, el procedimiento de homologación de la situación de dependencia en ningún caso podrá ser iniciado de oficio.

b) Respecto a las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona:

- Al igual que en el supuesto anterior, el reconocimiento se realizará a instancias del interesado o representante legal ante los órganos correspondientes y, por lo tanto, nunca a instancias de la Administración.
- El reconocimiento del grado y nivel concreto se determina en función de la puntuación específica otorgada por el baremo del anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

De 15 a 29 puntos	Grado I de dependencia, nivel 2
De 30 a 44 puntos	Grado II de dependencia, nivel 2
De 45 a 72 puntos	Grado III de dependencia, nivel 2

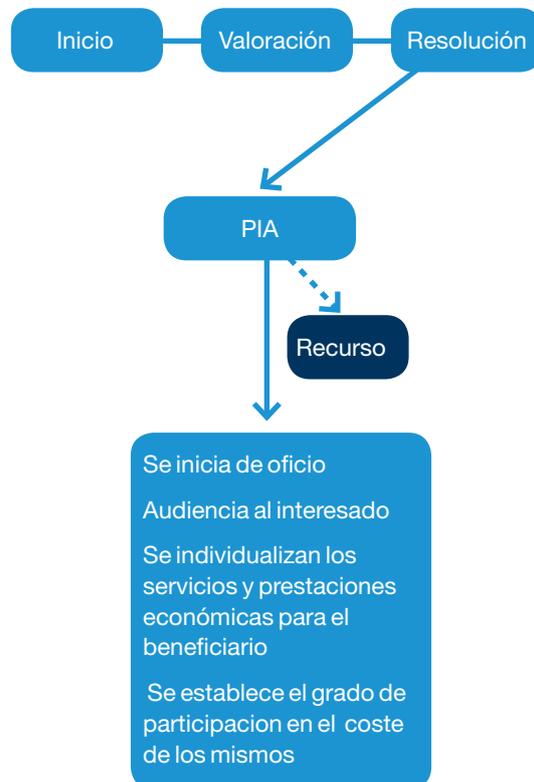
- Tal y como se desprende de la tabla de equivalencia, el grado y nivel mínimo que obtiene una persona que utilice esta vía, será el de Grado I de dependencia, nivel 2.
- En este supuesto, **no se utiliza el Baremo de Valoración de la Dependencia.**

7.- Procedimiento de elaboración del Programa Individual de Atención (PIA)

El Programa Individual de Atención (PIA) es un acto administrativo, recaído en el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, en el que se detallan los servicios y prestaciones del catálogo establecido por la Ley 39/2006 que, a la vista del caso concreto de cada interesado, se entienden más adecuados para dar respuesta a las necesidades específicas de la

persona en situación de dependencia (en función de su grado y nivel).

El PIA está regulado en el artículo 29 de la Ley 39/2006. Según se dispone en este precepto –que ha sido objeto de ulterior desarrollo por las Comunidades Autónomas–, su establecimiento se enmarca en los procedimientos de reconocimiento de las situaciones de dependencia y el derecho a las prestaciones correspondientes. De hecho, el PIA es sólo confeccionado una vez se dispone de la resolución en la que se reconoce la situación de dependencia.



En virtud de la aprobación del PIA, se determinan las modalidades de intervención que son más adecuadas a las necesidades y características individuales (personales, familiares y sociales) de los beneficiarios, pero siempre de entre los servicios y prestaciones que están previstas para su grado y nivel de dependencia.

La competencia para el establecimiento del PIA **corresponde a los Servicios Sociales** de cada Comunidad Autónoma, si bien con la colaboración

del propio interesado (o, en su caso, de la familia o entidades tutelares que le representen). De acuerdo con este principio de colaboración:

- Previamente a la aprobación del PIA, los Servicios Sociales siempre deben formular consulta a la persona beneficiaria o a su/s representante/s, legales, quien/es tiene/n facultades de elección cuando sean posibles diferentes alternativas.
- El PIA puede ser objeto de revisión, no sólo de oficio (en la forma y con la periodicidad que haya determinado cada Comunidad Autónoma), sino también a **instancia del beneficiario** o como **consecuencia de un cambio de domicilio que suponga un traslado de CCAA**.
- Esta participación activa del interesado (o de sus representantes legales) en el procedimiento de elaboración del PIA supone que la aceptación de los servicios o prestaciones propuestos no sean obligatorios: el interesado puede negarse a su aceptación si la Administración no recoge las propuestas que ha realizado.

El PIA se plasma en un documento administrativo, cuyo contenido en términos generales es el siguiente:

- Detalles de los datos, circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia.
- Detalle del/de los servicio/s prescrito/s, con sus condiciones de prestación específicas.
- Detalle del grado de participación del interesado en el coste del servicio que le ha sido asignado (según su capacidad económica).
- En su caso, el importe de la prestación económica vinculada al servicio.
- Excepcionalmente, el importe de la prestación para cuidados familiares.
- Si así fuera el caso, el importe de la prestación económica de asistencia personal que es

asignada al solicitante, con sus condiciones pertinentes.

El PIA definitivo, una vez aprobado, debe ser notificado al beneficiario o sus representantes legales. Igualmente, debe ser comunicado a los Servicios Sociales correspondientes para que puedan realizar el seguimiento de los servicios y prestaciones económicas que se recogen en el mismo, así como las condiciones que se hayan establecido.

8.- Retroactividad

Dado que la actuación de la Administración no siempre es todo lo ágil y eficaz que sería deseable, es posible que se den supuestos de retraso en la tramitación de las distintas solicitudes del reconocimiento de la situación de dependencia y, en consecuencia, una dilación en la efectividad del derecho que corresponde a dichos ciudadanos: esto supone una disfuncionalidad con los objetivos que se ha fijado la Ley (que es necesario cumplir y respetar) e implica perjuicios a los beneficiarios de la prestación por dependencia.

Para evitar los efectos perniciosos que pueden derivarse de una tramitación excesivamente larga del procedimiento de reconocimiento, la Ley 39/2006 ha previsto que **los efectos derivados de la resolución de reconocimiento puedan retrotraer sus efectos al momento en que se presentó la solicitud**, en los términos que se analizan a continuación.

En definitiva, la Ley prevé que –una vez que ha tenido lugar el reconocimiento de la situación de dependencia por resolución de la Administración competente– los efectos de dicha resolución se pueden retrotraer, bien al momento en que se inicie el año de su vigencia, bien al momento de la recepción solicitud (si esta se produjese con posterioridad). De este modo, únicamente no cabe retroacción de efectos en los casos en que el reconocimiento haya tenido lugar antes de la fecha de implantación efectiva de los diferentes servicios y prestaciones previstos en la Ley 39/2006 (en este caso, habría que esperar a que dicha implantación tenga lugar).

Diversas precisiones pueden hacerse sobre la retroactividad de las prestaciones y servicios del SAAD, tal y como ha sido configurado (dado que la normativa es, una vez más, escueta):

- La retroactividad de **prestaciones económicas**, por su naturaleza dineraria, es relativamente sencilla, consistiendo en ingresar la cantidad o importe a la que el beneficiario tenía derecho desde el momento de la solicitud. En caso de que la Administración, por cualquier motivo, no efectúe el pago correspondiente, el contenido de la reclamación a formular por el interesado ha de hacerse en este sentido.
- En el supuesto de los **servicios**, la cuestión es distinta. Dadas su naturaleza y características propias, no resulta factible la retroacción de su recepción al momento de la solicitud (esto es algo inviable: en tales casos, simplemente, estaríamos hablando de un período de tiempo en el que el ciudadano habría dejado de recibir el servicio al que tenía derecho).

9.- Recursos y revisiones

Recursos

Las resoluciones de las Administraciones públicas son susceptibles de impugnarse; sea ante los propios Órganos administrativos (cuando las decisiones de quien los haya adoptado no agoten la vía administrativa) o ante los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello será así, como regla general, salvo que se trate de actos administrativos de trámite que no pongan término al procedimiento o impidan su continuación.

Las resoluciones que resuelven (de forma expresa o por silencio administrativo negativo) los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia no pueden ser consideradas como actos de trámite, pues concluyen el procedimiento y deciden sobre el fondo de la solicitud del interesado: el reconocimiento o no de la situación de dependencia. Son, por lo tanto, impugnables conforme a esta regla general –ante los órganos administrativos o los órganos judiciales– en

función de las normas específicas adoptadas por cada Comunidad Autónoma.

La situación más habitual, atendida la normativa autonómica, es que se establezca la necesidad de interponer un **recurso administrativo de alzada** frente a las resoluciones que deciden sobre la dependencia (así como frente a las desestimaciones por silencio presunto). Estos recursos son resueltos por el superior jerárquico del órgano competente para decidir el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia.

No obstante, en el Principado de Asturias, las Islas Baleares y en el Territorio Histórico de Vizcaya, ha sido previsto que la resolución del procedimiento pone fin a la vía administrativa por lo que, en principio, sería susceptible de impugnación a través del **recurso potestativo de reposición** o directamente ante los tribunales de lo contencioso-administrativo (recurso contencioso-administrativo).

En cuanto a los plazos de interposición de los recursos, estos son los siguientes:

- Para los recursos administrativos (alzada y reposición) el plazo será de **un mes** a contar desde la notificación de la resolución si esta fuera expresa y de **tres meses** en los supuestos en que se haya producido su terminación por silencio administrativo.
- Por su parte, el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo sería de **dos meses** si la resolución fuese expresa y de **seis meses** en el supuesto de que se hubiese producido silencio administrativo.

Revisiones

El artículo 30 de la Ley 39/2006 establece que el grado o nivel de dependencia será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones públicas competentes, por alguna de las siguientes causas:

- a) Mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia.

b) Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

Como regla general, las Comunidades Autónomas respetan las causas de revisión establecidas con carácter general en la Ley 39/2006 aunque algunas establecen que salvo cuando se acredite suficientemente la mejoría o empeoramiento de la situación, para instar la revisión deberán transcurrir al menos dos años (o el plazo que se establezca) desde el último reconocimiento (Madrid, Valencia y Galicia).

Capítulo 10

Toma de decisiones difíciles



CONTENIDOS

1.- Consentimiento informado

2.- Decisiones sobre nutrición

3.- La eutanasia

a) Tipos

- 1) Eutanasia activa directa
- 2) Eutanasia activa indirecta
- 3) Eutanasia pasiva

b) Regulación actual, casos y tratamiento jurisprudencial

- 1) Inducción al suicidio
- 2) Cooperación al suicidio
- 3) Cooperación ejecutiva al suicidio
- 4) Eutanasia

Resumen de los principales puntos del tema

1. Consentimiento informado:

es definido como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. La Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente materializa el derecho de este a tomar decisiones libremente y el deber de los facultativos de proporcionar la información necesaria. El consentimiento informado debe ser valorado en función de la circunstancia del caso concreto, pudiendo llegar a darse causas que limitan el alcance del mismo.

2. Decisiones sobre nutrición:

el deterioro cognitivo que produce el Alzheimer provoca alteraciones en los hábitos alimenticios, lo que da lugar a que se tengan que usar cuidados paliativos, destinados a mejorar la calidad de vida del paciente y a sobrellevar la enfermedad.

3. Tipos de eutanasia:

la eutanasia puede ser activa o pasiva. La primera supone comportamientos activos tendentes a producir la muerte de una persona gravemente enferma; asimismo, la activa indirecta implica acciones tendentes a mitigar el dolor del paciente que generarán un acortamiento en la vida del mismo. La pasiva sucede en enfermedades donde ya no cabe mejoría o el paciente vive a través de métodos artificiales y se decide interrumpir el funcionamiento de dichos métodos.

1.- Consentimiento informado

La autonomía en la toma de decisiones constituye una de las manifestaciones más importantes reconocidas a la persona como fórmula para garantizar su derecho a la libertad reconocido en el artículo 17 de la Constitución española.

Una persona que no tiene autonomía para elegir, estará ejercitando su capacidad decisoria de forma restringida y, por lo tanto, no gozará plenamente de su derecho a la libertad.

Nuestra capacidad para decidir puede verse restringida por distintas circunstancias, tanto por causas exógenas como motivadas por la propia actuación del individuo; si bien una de las causas más habituales ajenas al individuo que pueden provocar la limitación de su capacidad decisoria suele ser la enfermedad.

La merma de salud, sumada al habitual desconocimiento del afectado acerca de las circunstancias que rodean la misma, hace necesario la intervención de profesionales cualificados: médicos (y otros profesionales de la salud en su labor de complementar su actuación) que actúen manteniendo informado al paciente con el fin de que comprenda su situación y las opciones de que dispone dentro del marco de la limitación que genera su pérdida de salud.

En el ámbito de este marco de referencia, fue aprobada la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la *Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica* (Ley de Autonomía del Paciente en adelante), como vehículo que materializa el derecho del paciente a tomar libremente decisiones y el deber de los facultativos a proporcionar la información necesaria para que ese consentimiento sea otorgado con plena consciencia de sus repercusiones.

Dicha norma pretende, en definitiva, garantizar que se proporcione toda la información necesaria al paciente para que pueda tomar decisiones sobre un ámbito que desconoce (el de la medicina), pero que puede tener repercusiones graves sobre su salud e integridad física. Dicha

información debe ser, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo:



En la Ley de referencia se reconoce, como principio general e ineludible, que cualquier actuación en el ámbito sanitario debe sólo ser ejecutada, previa recepción de la información necesaria por parte del paciente, con el fin de que pueda otorgar su consentimiento.

La misma define el **consentimiento informado** como *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”*.

El derecho al consentimiento informado se recoge en el artículo 8 de esta Ley y su contenido recoge el derecho tanto a ser informado previamente a cualquier actuación en el ámbito de la salud, como a no serlo si ese fuera el deseo del paciente.

Tres elementos deben estar presentes en el procedimiento por el cual se otorga el consentimiento informado:

- **Voluntariedad:** la decisión final que implique someterse o no al tratamiento médico debe ser tomada por el propio paciente. Al margen de esta definición quedarían los supuestos donde

se haya forzado, manipulado o persuadido al paciente para que tome una decisión.

- **Información:** debe ser objetiva, veraz, comprensible y completa en cuanto a su contenido.
- **Comprensión:** hace referencia a la capacidad que tiene el paciente para entender la información proporcionada.

En palabras del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 478/2009, de 30 de junio (JUR/2009/317382):

“Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

De la normativa y lo dispuesto por el Tribunal Supremo, se infieren varios caracteres básicos:

- Se debe proporcionar al paciente la información necesaria para que sea consciente de la intervención que se le va a practicar en el ámbito de la salud. En principio, la norma habla de *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente”*, por lo que no diferencia entre actuaciones que realmente pueden causar secuelas y aquellas de mero trámite, incluidas dentro del procedimiento habitual.
- Por lo que se refiere al **contenido** en sí de la información proporcionada, como mínimo deberá abarcar:
 - El diagnóstico de la enfermedad.
 - El pronóstico.
 - Posibles complicaciones, contraindicaciones o riesgos derivados de las circunstancias personales o profesionales del paciente y también los riesgos probables en condiciones normales descritos por el estado de la ciencia y relacionados directamente con el tipo de intervención practicada.

- Las alternativas de las que dispone el paciente.

Ejercicio del derecho

Para recabar el consentimiento informado, existen diferentes procedimientos en función de la situación médica:

- El tipo de procedimiento que se siga dependerá evidentemente de la peligrosidad de la intervención sanitaria que se vaya a practicar sobre el paciente. Dado que el derecho a obtener información adecuada constituye un derecho genérico que abarca cualquier tipo de situación, la cantidad y calidad de formalidades a seguir variarán en función de la misma.

La información ha de ser proporcionada por el profesional que intervenga en la actividad asistencial. En este sentido, la persona obligada a proporcionar información será en cada momento el profesional que disponga de esa información dentro del ámbito de su cualificación, dado que la norma habla de profesional *“que aplique una técnica o procedimiento concreto”*. Es claro que dicha afirmación debe ser entendida conforme a las circunstancias de la práctica sanitaria. Lo normal será que sea el propio médico encargado de la intervención quien deba informar al paciente por conocer las circunstancias que rodean el caso (no obstante, otro profesional cualificado que se halle en condiciones de informar sobre las repercusiones de, supongamos, una operación quirúrgica, siempre que ostente la misma cualificación que su compañero, podrá realizar las labores previas de información al afectado, previo estudio de la historia clínica del paciente).

- Es evidente, que en primer término, la información debe ser suministrada al paciente. Sin embargo, podemos encontrarnos con el supuesto de que el mismo no se halle en condiciones de recibir esa información (por

no encontrarse consciente por ejemplo) o incluso de que no sea apto para valorar las repercusiones de la actuación que se le va a practicar (por estar dentro de los casos de minoría de edad o incapacitación). En estos casos, para la elección del destinatario debería estarse a las manifestaciones previas de voluntad que haya realizado el paciente mientras conservase sus facultades o bien, en caso de no existir las mismas, estar a los usos y costumbres o el orden lógico de preferencia, es decir, se informaría en primer término a la pareja de hecho o de derecho, ascendientes, descendientes, hermanos o incluso personas cercanas en caso de no existir los anteriores.

- Naturaleza verbal o escrita. Las formalidades exigidas para cumplir con el procedimiento para otorgar el consentimiento informado dependerán de, como ya apuntábamos, la intensidad de la intervención. No pueden exigirse el mismo rigor para curar un corte superficial que para realizar una operación quirúrgica.

El consentimiento otorgado por el interesado debe ser, en principio, y como norma general verbal, según reconoce el artículo 8.2 de la Ley de Autonomía del Paciente. No obstante, cuando la intervención comporte potencial o realmente, un grave riesgo para la salud, el consentimiento deberá ser prestado por escrito. La norma se refiere, a título ejemplificativo, a casos como puede ser una intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasores de previsible repercusión negativa. En este sentido, la constancia por escrito de la información tiene relevancia a efectos puramente probatorios. Es decir, si a pesar de que existiera obligación de que quedara constancia escrita, la información se proporcionó oralmente y ello es probado, se considerará cumplido el trámite. Por el contrario, aun existiendo constancia escrita firmada por el paciente de que fue informado sobre los riesgos de la operación, si el mismo consigue desvirtuar la carga de la prueba demostrando la falta de pertinencia de los datos ofrecidos quedará destruida la presunción.

- Nuestra jurisprudencia ha venido diferenciando el contenido de la obligación de información, según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva:

a) En medicina curativa no es necesario informar detalladamente acerca de riesgos que no tengan *“un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria”* (SS, 17 de abril de 2007 [RJ 2007, 2322]; 30 de abril de 2007 [RJ 2007, 2397]).

b) En la medicina satisfactiva (dice el Tribunal Supremo), *“la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible– o de una necesidad relativa”* (STS núm. 943/2008, de 23 octubre y 22 de noviembre de 2007).

En conclusión, se trata de dar la información mínima suficiente para adoptar una decisión libre y consciente sobre la intervención prevista. Según el TS: *“No cabe olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y un padecimiento innecesario para el enfermo. [...] Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica”*.

Límites al consentimiento informado

La pertinencia del consentimiento informado debe ser valorado en función de las circunstancias del caso concreto, pudiendo llegar a darse una serie de causas que limiten el alcance del mismo y que

tienen su reconocimiento en la Ley de Autonomía del Paciente.

Si decíamos que la información suministrada al paciente tiene que cumplir una serie de condiciones (ser completa, veraz, comprensible), con el fin de asegurar que el consentimiento es prestado libre y conscientemente, en aquellos casos en que se den causas que restrinjan la libre prestación del mismo, como el supuesto de menores no emancipados o incapacitados, dicho concepto deberá ser interpretado dentro de las restricciones que el hecho impone.

En principio, el único titular de la potestad para firmar el consentimiento informado, en caso de que este sea escrito, corresponde al propio paciente. Sin embargo, cuando este se halle incapacitado, será prestado por el cónyuge, pareja de hecho o familiares, teniendo preferencia el grado más próximo sobre el lejano.

Consecuentemente cuando nos encontremos en presencia de un menor o de personas que hayan sido incapacitadas o, aun no habiendo sido cumplido, el procedimiento formal de incapacitación, tengan sus capacidades de comprensión mermadas, habrá que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- La falta de capacidad legal para prestar consentimiento válidamente aceptado en Derecho implica la necesaria utilización de la figura del tutor o representante legal (con excepciones como la del régimen catalán). La información que le traslade o no su representante legal, no priva de eficacia el consentimiento otorgado por el mismo, según ha reconocido nuestro Tribunal Supremo (sentencia de 2 de noviembre de 2007 RJ\2008\731). Si bien, ello no debe ser óbice para que el médico informe al paciente en los mejores términos posibles que le permitan al paciente menor o incapaz entender en términos comprensibles el alcance de la operación que se le va a practicar, máxime si la intervención implica grave riesgo para la salud y manifestar su opinión para que sea tenida en cuenta y valorada. No sólo es un deber derivado del ejercicio coherente y lógico de la profesión, sino

un requerimiento ético exigible que garantiza la relación de confianza entre médico y paciente.

- Podría darse igualmente el caso donde nos encontráramos que sin contar con una resolución judicial de incapacitación, la persona presente cuadros avanzados de demencia senil, enfermedades crónicas degenerativas o clara dificultad de discernimiento. En todos estos supuestos, el médico debe apreciar la aptitud del paciente para la coherente toma de decisiones y adoptar las medidas que estime oportunas en atención a garantizar la colmatación del deber de información.

Como ya apuntábamos, una interpretación excesivamente estricta de la norma no puede llevar a entorpecer la práctica asistencial e impedir el fin último del tratamiento médico, como es la recuperación de la salud. Sin salud, de nada sirve la relevancia del consentimiento expresado de forma libre, por lo que el consentimiento informado debe ser interpretado siempre en consonancia con el derecho a la vida y la integridad física. Consecuentemente, en casos de urgencia extrema o de riesgo inmediato para la vida, donde el consentimiento no pueda ser recabado del afectado, ni fuera posible contactar con familiares o allegados dentro del tiempo razonable que permita salvaguardar la integridad física, el médico deberá obrar en conciencia y adoptar la decisión más beneficiosa para la integridad física y moral de su paciente en función de la información disponible en ese instante.

En definitiva, se trata de garantizar la dignidad de la persona de una forma que el respeto a la misma pueda ser compatible con la toma de decisiones difíciles en el ámbito de situaciones que restringen la personalidad del afectado.

Delimitación entre responsabilidad por negligencia y por no informar

El cumplimiento de los requerimientos impuestos por el consentimiento informado no impone al paciente la asunción de los riesgos que se pudieran derivar de una intervención sanitaria negligente o inapropiada, ni exime al facultativo de la responsabilidad derivada.

El consentimiento informado constituye un aspecto independiente de una posible actuación médica negligente que produjera daños en el paciente. Si bien, para que se pueda exigir responsabilidad por la falta de información proporcionada, será requisito indispensable que se produzca un daño asociado a la técnica médica aplicada. Ello quiere decir que podría darse el supuesto en el que habiendo el profesional operado de forma diligente en la aplicación de una determinada técnica sanitaria, se hubiera producido un daño inevitable asociado a dicha actuación, por el cual el profesional no responderá. Sin embargo, si en este último caso no hubiera cumplido con su deber de información, se generará responsabilidad derivada de la falta de cumplimiento de deber de informar adecuadamente.

Libertad de revocación

El consentimiento informado es libremente revocable en cualquier momento por el paciente. Puesto que constituye la expresión de su voluntad y esta puede cambiar en función de las circunstancias y sus juicios de valor; dispondrá en todo caso de libertad para modificar el consentimiento otorgado.

Riesgo para la salud pública

La propia Ley admite la posibilidad de limitar este derecho cuando exista un estado de necesidad terapéutica acreditado. Se trata de situaciones excepcionales, como enfermedades altamente contagiosas y peligrosas que obligan al personal médico de las Administraciones a adoptar una serie de medidas proporcionales con la gravedad del supuesto, que permiten restringir los derechos del paciente o grupo de pacientes que puedan poner en riesgo la salud de la población.

En estos casos, se faculta al médico a no ejercitar su deber de informar antes de la aplicación del tratamiento siempre y cuando se cumplan una serie de presupuestos:

- Existencia un estado de necesidad acreditado. El mismo se produce cuando existan razones sanitarias de urgente necesidad.

- Concurrir razones objetivas que indiquen que el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar la salud del paciente de manera grave.

Cuando estos dos presupuestos se dieran, deben cumplirse unas formalidades que justifiquen la decisión médica de no informar:

- El médico deberá dejar constancia de las circunstancias que le han llevado a adoptar la decisión. Se hará de forma motivada y de acuerdo con el historial clínico.
- Comunicación a los familiares o personas vinculadas en su defecto.
- Comunicación a la autoridad judicial competente en el plazo máximo de 24 horas, cuando la medida consista en el internamiento forzoso de la persona.

Se trata, en definitiva, de adoptar medidas preventivas que permitan minimizar el riesgo generalizado de contagio y el agravamiento de la situación de los pacientes ya ingresados, con medidas que pueden ir desde el simple sometimiento a un reconocimiento hasta medidas más restrictivas como la obligatoria hospitalización o la adopción de las medidas de control que se estimaran coherentes con el cumplimiento del fin que se pretende alcanzar.

2.- Decisiones sobre nutrición

El Alzheimer es una enfermedad neurodegenerativa que se caracteriza por provocar una disminución neuronal progresiva y la atrofia de determinados compartimentos cerebrales que devienen en la pérdida de la memoria.

Este deterioro cognitivo tiene como consecuencia la alteración de la percepción de las personas afectadas por el mismo, provocando alteraciones en los hábitos alimenticios y casos de rechazo a la ingesta de alimentos que se manifiestan junto con cuadros de apraxia y agnosia. La situación descrita lleva aparejada en ocasiones diagnósticos de malnutrición, anorexia, debilidad y otros problemas relacionados con la falta de ingesta, que asociados en la mayoría de las

ocasiones a edades avanzadas, constituyen un grave riesgo para la salud.

El papel de los familiares y cuidadores ante la situación descrita es fundamental, ya que pueden contribuir a la pronta detección de estas situaciones y colaborar con los profesionales sanitarios en su tratamiento, llegando incluso a la utilización de sondas nasogástricas o a la realización de gastrostomías, cuando se diera la negativa del paciente a llevar a cabo de motu proprio la ingesta de alimentos.

Dentro de este marco de referencia cobran gran importancia la utilización de los llamados cuidados paliativos, los cuales pueden ser entendidos como tratamientos activos no tendentes a mejorar el estado de salud sino que alivian síntomas físicos o psíquicos del paciente y, por extensión, de sus familiares dentro de situaciones concretas de enfermedad.

La Organización Mundial de la Salud entiende que constituyen el “enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con enfermedades amenazantes para la vida, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales”.

La definición se completa en la Estrategia Nacional de Cuidados Paliativos del Sistema Nacional de Salud mediante la enumeración de los siguientes principios:

- Proporcionar alivio del dolor y otros síntomas.
- Afirmar la vida y considerar la muerte como un proceso normal.

- No intentar acelerar ni retrasar la muerte.
- Integrar los aspectos espirituales y psicológicos del cuidado del paciente.
- Ofrecer un sistema de soporte como ayuda a los pacientes para vivir tan activamente como sea posible hasta la muerte.
- Ofrecer un sistema de soporte como ayuda a la familia para adaptarse durante la enfermedad del paciente y en el duelo.
- Utilizar una aproximación de equipo para responder a las necesidades de los pacientes y sus familias, incluyendo soporte emocional en el duelo, cuando esté indicado.
- Mejorar la calidad de vida y también influenciar positivamente en el curso de la enfermedad.
- Son aplicables de forma precoz en el curso de la enfermedad, en conjunción con otros tratamientos que pueden prolongar la vida, tales como quimioterapia o radioterapia, e incluyen aquellas investigaciones necesarias para comprender mejor y manejar situaciones clínicas complejas.

La cuestión no es baladí. A las dificultades asociadas a la pérdida de salud de los pacientes aquejados de enfermedades neurodegenerativas, se añade la carga física y psicológica que tanto para el paciente como para sus familiares supone asumir procesos irreversibles que generan la pérdida de salud, así como el gasto de tiempo y económico que los mismos suponen.

La necesidad de conservar la fortaleza moral y física (en la medida de lo posible) durante el trance, hace nacer la obligación moral y profesional de prestar una serie de cuidados que, si bien, no van a devenir en una mejoría de la salud del paciente, contribuyen a salvaguardar la dignidad humana y permiten al afectado y sus familiares sobrellevar la situación.

Este hecho ha tenido su reflejo a nivel europeo en una Recomendación y una Resolución que aconsejan a los Estados salvaguardar el derecho de las personas a recibir atención al final de su vida:

- Recomendación 779 de 1976 donde se conmina al médico a procurar cuidados que alivien el sufrimiento del enfermo.
- Resolución (1995) sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea, donde se solicita a los Estados que concedan preferencia a la creación de establecimientos de cuidados paliativos.

Más recientemente, dichos documentos se han visto reforzados por dos nuevas Recomendaciones en 1999 y 2003, que apostaban por la introducción de los cuidados paliativos como un derecho más del paciente:

- Recomendación 1418 (1999), del Consejo de Europa.
- Recomendación 24 (2003), del Comité de Ministros.

Ambas coinciden en la necesidad de valorar la proporcionalidad de las medidas a adoptar en función de las circunstancias concretas a la luz del alivio que vayan a suponer para el paciente. Se tenderá a buscar la estabilización del dolor del paciente y hacerlo desaparecer si ello fuera posible, proporcionando apoyo emocional y calor humano. En todo caso, procede averiguar la conveniencia de las medidas adoptadas conforme a los beneficios reportados al paciente de forma que permita realizar un juicio de valor adecuado.

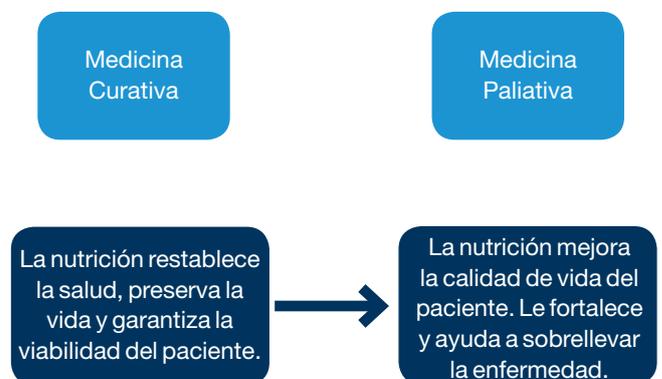
Sin embargo, cuando se trata de nutrición e hidratación, entramos en una delgada línea de contornos difusos que nos dificulta discernir con claridad en qué momento el hecho de alimentar a alguien puede pasar de ser un deber moral o una obligación institucional a suponer una medida inútil que prolongue la agonía del enfermo.

Es constructivo partir de una idea básica, como es el hecho de que cualquier médico estaría obligado a proporcionar alimento a una persona cuyo único mal fuera estar aquejado de un cuadro de desnutrición por la razón que fuera, de tal forma que ello permitiera la recuperación de la salud y continuar al paciente con su vida cotidiana.

En este sentido, resulta evidente, como se ha reconocido por el Tribunal Constitucional, la obligación de la Administración de preservar la vida de personas sujetas a una relación de sujeción especial cuando exista auténtico riesgo de muerte (STC 120/1990, de 27 de junio, RTC 1990/120 y 11/1991, TRC/ 1991/11 a propósito de un supuesto de huelga de hambre entre reclusos). El mismo llegó a reconocer que la *“libertad de rechazar tratamientos terapéuticos, como manifestación de la libre autodeterminación de la persona no puede entenderse incluida en la esfera del artículo 17.1 CE”*.

Pero la cuestión se complica cuando de administrados con plenitud de facultades y de derechos se refiere. En este sentido, el deber de la Administración de preservar la vida e integridad física choca contra la propia autonomía y libertad del individuo.

Consecuentemente existen dos momentos claramente diferenciados:



No obstante, si el límite entre medicina curativa y la puramente paliativa, puede estar más o menos claro, sin perjuicio de las dificultades del caso concreto y partiendo de la base de que la ciencia médica no todo lo conoce, ni su entendimiento es universal, dentro de la fase de medicina paliativa, surge la controversia entre quienes consideran que cuando ya no cabe tratamiento que restablezca la salud todo es medicina paliativa y aquellos que ponen un límite entre lo que sería el tratamiento paliativo y una tercera fase donde los tratamientos que se vayan a aplicar ni contribuyen al restablecimiento de la salud, ni mejoran la

calidad de vida del paciente, sino que, por el contrario, suponen un alargamiento artificial de la vida.

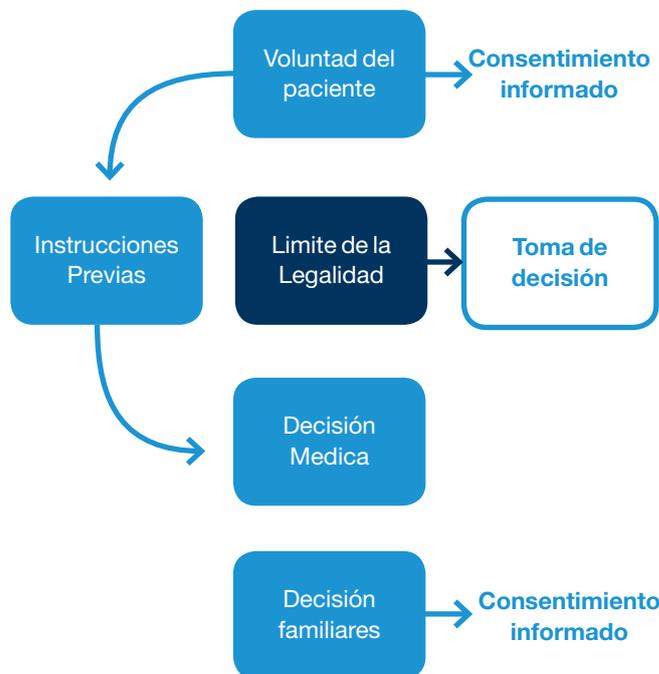


Esta tercera fase ha recibido múltiples denominaciones por la literatura médica, pero quizá la que representa mejor todas ellas es lo que se ha llamado la fase de “furor terapéutico, entendiendo por tal aquella en que bien por decisión médica, bien por decisión de los familiares, se prorroga la vida del paciente que sin posibilidad de mejorar su estado, se encuentra sometido a graves padecimientos sin que el tratamiento implique incremento de su calidad de vida.

Si profundizamos en el concepto, es importante señalar que la controversia surge en aquellos casos donde el paciente se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad libremente, bien fuera por encontrarse en coma o por haber perdido la capacidad para razonar y ser consciente de su situación. El respeto a la autonomía del paciente debe prevalecer siempre que ello fuera posible, por lo que habrá que atender a otros elementos de juicio que permitan respetar la misma, a través de, por ejemplo, las instrucciones previas. No obstante, como ya habíamos apuntado, la misma se respetará siempre que no fuera contraria a la Ley, hecho que debemos enlazar con el problema ético y jurídico que constituye la eutanasia y que luego expondremos. Es decir, en qué momento la decisión del médico de no seguir suministrando asistencia u optar por retirar la alimentación artificial al paciente por el que ya nada puede hacerse constituye un caso de eutanasia pasiva o simplemente el respeto de la libertad a una muerte digna.

Ciertamente la cuestión no es pacífica cuando el principal interesado no puede manifestar su voluntad, puesto que su vida y el sufrimiento

al que durante la misma se vea sometido van a depender de la decisión de un tercero, ya sea un familiar o el profesional competente. En estos casos, cobra gran relevancia la opinión experimentada del médico, que deberá informar de forma completa a los familiares conforme a los parámetros expuestos en el apartado referido al consentimiento informado, con el fin de que los mismos tengan todos los datos necesarios que les permitan adoptar una decisión responsable y consciente de sus repercusiones a la luz de las alternativas posibles.



3.- La eutanasia

Nuestra Constitución dicta en su artículo 15: *“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.*

La protección de la más alta norma de nuestro ordenamiento sobre la vida es clara, sin embargo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, este derecho del individuo, no implica por extensión el derecho a disponer libremente de su vida. Por otro lado, aun no teniendo el titular

del derecho libertad para disponer de su vida, el ordenamiento tampoco ha querido penalizar el suicidio por razones sociopolíticas que ahora no procede analizar. Es evidente que no se puede castigar directamente a aquel que consigue su propósito de quitarse la vida, pero tampoco resulta coherente con los principios del Derecho penal el castigo de las tentativas inacabadas.

Así, la eutanasia se ha venido entendiendo como el comportamiento por el cual un sujeto ayuda a morir a otro que previamente le ha expresado libremente su deseo de hacerlo y solicitado su asistencia por no tener la capacidad física de ejecutar el mismo, cuando este estuviera sufriendo graves padecimientos o se encontrara al final de su vida. Sin duda, este concepto no es único e inamovible, puesto que se haya en continua reinterpretación. Lo que parece más o menos aceptado es que cuando hablamos de eutanasia, nos estamos refiriendo al hecho de que un individuo desea morir y como no puede conseguir su objetivo por sí mismo, para ello requiere de la asistencia de otra persona que actúa respondiendo a la voluntad del propio afectado, por motivos en principio piadosos.

La autonomía del individuo debe ser respetada como manifestación de su derecho a decidir libremente, sin embargo, cuando del bien jurídico vida se trata, esta libertad para tomar libremente decisiones acerca de su futuro se encuentra acotada por el respeto a la Ley y las limitaciones que la misma establezca.

En este sentido, nuestro Código Penal vigente ha optado por tipificar tres conductas:

- Inducción al suicidio.
- Cooperación necesaria.
- Cooperación ejecutiva (siendo la eutanasia un tipo atenuado de las dos últimas).

No obstante, la parquedad del artículo 143 a la hora de positivizar aquellos comportamientos de asistencia a la persona que ha optado por poner fin a su vida, ha hecho que la doctrina haya escrito ríos de tinta con el fin de trazar los límites del precepto, analizándose en el proceso todos los posibles escenarios y la idoneidad de sancionar

las conductas que se den en los mismos. Ello ha hecho que sin perjuicio de las conductas que hemos descrito como típicas y que más adelante desarrollaremos, podamos distinguir entre los diferentes tipos de eutanasia que se han descrito, aunque como ya adelantamos, el único hecho cierto sobre el que parece haber consenso es que el término proviene del griego eu (bien) tanatos (muerte), pudiendo traducirse como “buena muerte”. Por lo tanto, el contenido del mismo y los casos en los que debe ser perseguido no constituye una cuestión pacífica.

Tipos

Dentro de las distintas modalidades que pueden presentarse en este ámbito, podríamos establecer una diferencia general, distinguiendo claramente entre acciones tendentes a producir la muerte (eutanasia activa) y las basadas en un comportamiento omisivo frente a la posibilidad de interrumpir el curso natural de las cosas (eutanasia pasiva). A partir de esta distinción genérica, se han descrito las siguientes modalidades:

Eutanasia activa directa

Es la conducta descrita en el artículo 143.4 Código Penal o lo que se conoce en el mismo como eutanasia estrictu sensu. Es decir, llevar a cabo comportamientos activos tendentes a producir la muerte de una persona gravemente enferma o con padecimientos insufribles que previamente haya manifestado su decisión de morir.

Eutanasia activa indirecta

Se refiere a aquellas acciones tendentes a mitigar el dolor del paciente suministrándole fármacos (generalmente opiáceos) que generarán un acortamiento de su vida. En este caso, el legislador ha querido que la conducta fuera impune dado que nos encontramos en un supuesto donde choca el mismo derecho a la vida y el deber del profesional médico de conservarla, contra su deber de respetar la libertad del paciente, conseguir el bienestar del enfermo y no emprender acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas.

Eutanasia pasiva

Nos encontramos con el supuesto donde el médico no inicia un determinado tratamiento terapéutico cuando ha quedado constatado que se trata de una enfermedad frente a la cual no cabe mejoría. También abarca aquellos supuestos donde se mantiene la vida del paciente por métodos artificiales, ya sea a través de nutrición e hidratación asistida o con mecanismos de respiración artificial, y se decide interrumpir el mismo.

Regulación actual, casos y tratamiento jurisprudencial

Como ya adelantábamos en relación con el suicidio de una persona, ya sea con ayuda de otra por no poder valerse por sí misma o por acción propia, el Código Penal sólo persigue tres conductas que pasamos a detallar a continuación. De ellas, la primera, sólo la primera, no respeta la autonomía de la voluntad de la víctima.

Inducción al suicidio

“El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.”

Se trata del supuesto en que una persona convence intencionadamente a otra de tomar la decisión de suicidarse.

El caso paradigmático que se suele utilizar por la doctrina es el del *“doble suicidio por amor”*, entendido como el supuesto donde dos amantes acuerdan suicidarse por la imposibilidad de llevar a cabo su amor y uno de ellos sobrevive. El ordenamiento prescribe castigo penal para el amante superviviente por haber llevado al otro a tomar la decisión de acabar con su existencia con medios activos y de forma intencionada, es decir, requiere dolo para ser enmarcado dentro de este tipo penal.

Sin embargo, para que se trate de inducción y no de autoría mediata, ambos deben tener clara voluntad de cumplir el pacto, ya que si el superviviente no quiso suicidarse desde el principio (y engañó al segundo como forma de romper

la relación), la voluntad del difunto amante se encontraría viciada por no conocer toda la verdad.

Debe matizarse que la decisión ha de ser tomada por el suicida como consecuencia de la acción del inductor, ya que si dicha decisión ya había sido tomada con anterioridad, no se habrá cumplido el tipo penal.

Cooperación al suicidio

Según el artículo 143.2 del Código Penal: *“Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona”*.

Se castiga en esta ocasión la conducta consistente en cooperar al suicidio de una persona con actos necesarios, es decir, que de no haber mediado la intervención del cooperador, el suicida no podría haber ejecutado la acción.

El ejemplo típico viene representado por el acto de facilitar el arma o instrumento con el que el suicida ejecutará su decisión. Más discutido por la doctrina es el hecho de que pueda cumplirse el tipo penal por omisión, es decir, aquella persona que teniendo un deber de garante, lo incumple a sabiendas del resultado que puede provocar su actitud, produciéndose finalmente la muerte. Es el supuesto donde, por ejemplo, la persona que tuviera el deber de custodiar la llave de acceso a una azotea o de una armería, olvida intencionadamente la misma, sabiendo que el suicida usará de su descuido intencionado para acceder a la posibilidad de ejecutar su voluntad, que de otra forma no hubiera podido ejercitar, sin la actuación del cooperador.

Igualmente nos encontraríamos ante un caso de cooperación necesaria en el caso de que por su profesión, el cooperador, teniendo el deber de vigilancia o de cuidado sobre el suicida, **no impide** que el suicida ejecute el mismo cuando ello le fuera posible. Es, por ejemplo, el caso de un celador de un centro psiquiátrico o de un policía que custodia presos que, presenciando la situación, no interviene o permite el acceso al instrumento que sabe que causará el óbito.

La Audiencia Provincial de Girona en su sentencia núm. 184/2001, de 23 de marzo, referida a un supuesto donde un marido se limitó a abrir la llave del gas de la bombona donde previamente su esposa había conectado una manguera que dirigió a una bolsa de plástico que se enroscó posteriormente en la cabeza, produciéndose la muerte como resultado, rechazó la posibilidad de poder cumplirse el tipo del artículo 143.2 (cooperación necesaria al suicidio) por omisión. Entendió que *“como es obvio, una responsabilidad por una omisión, ha de cumplir no sólo con las exigencias del correspondiente tipo de la parte especial, sino también con las del artículo 11 del CP”*. Dicho artículo dispone la necesaria concurrencia de dos requisitos para habilitar la equiparación de la omisión con la causación del resultado, como son:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. Esto es, exista una posición de garante.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

La misma sentencia concreta que una vez acreditada la posición de garante, *“esto es, que tiene la obligación jurídica de actuar, se ha de establecer si el autor **estaba en condiciones de cumplir la acción mandada y si sabía cuál era dicha acción y se ha de valorar si esa acción de haberse llevado a cabo, **habría impedido el resultado.**** Estas y otras exigencias de los delitos de omisión impiden que se puedan considerar homogéneos el delito de acción con el correspondiente delito de omisión. Acción y omisión son completamente distintos”*.

Sobre todo, cuando de casos de eutanasia se trata, como luego veremos, se incluiría dentro de este tipo el supuesto donde se proporciona un vaso con veneno, si bien la pena se atenúa al cumplirse los requisitos del artículo 143.4 del CP. Si dichos requisitos no se cumplieran, estaríamos frente a un caso de cooperación necesaria en sentido estricto.

Si por el contrario, el sujeto no tuviera el deber de garante, pero frente a una situación donde

podríamos evitar el suicidio, no lo hiciera, podríamos estar ante un supuesto de omisión del deber de socorro. Lo cual, sin embargo, deberá valorarse en función de las circunstancias del supuesto concreto, ya que en todo caso, a nadie le sería exigible que arriesgara su propia vida, no teniendo el deber de hacerlo o evitar el deceso si ello implicara una obligación desproporcionada.

La falta de intención del cooperador necesario en casos de suicidio por omisión se ha castigado en ocasiones como delito de homicidio imprudente. Entendiendo Muñoz Conde que sería la calificación correcta para supuestos de autopuesta en peligro, como, por ejemplo, el rechazo de tratamientos vitales o de alimentación por parte de una persona anoréxica, cuando quien teniendo el deber de vigilancia no cumple con el mismo suponiendo ello un resultado de muerte.

Cita la STS de 8 julio de 1985 donde se calificó como homicidio por imprudencia, un caso donde el amigo de una chica que se suicidó y que convivía con ella, permaneció toda la noche sin pedir auxilio médico, ni socorrerla tras haber ingerido un producto tóxico, muriendo al día siguiente tras un agónico sufrimiento.

Al respecto, la jurisprudencia ha venido reconociendo que la convivencia hace nacer un deber jurídico de actuar, colocando en posición de garante a aquella persona que por relación de hecho o de derecho convive con otra.

A propósito de los casos específicos de huelgas de hambre, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones (STC 120/1990 de junio, RTC/1990/120, STC núm. 11/1991 de 17 de enero) coincidiendo en que la autonomía de la voluntad del huelguista debe prevalecer hasta que su vida corra un grave riesgo, en cuyo momento primará el derecho a la vida y el deber de la Administración de preservarla, por lo menos en los casos en los que exista una relación de sujeción especial (establecimientos penitenciarios o psiquiátricos). En estos casos, la alimentación forzosa no sólo es lícita, sino que constituye una obligación del profesional que debe proporcionarla. Es por ello que la falta de asistencia médica en este supuesto, podría llevar

a calificar el delito, según algunos autores, como homicidio imprudente, puesto que una vez que el huelguista pierde la consciencia, no disponemos de la posibilidad de conocer su voluntad, lo cual, sumado al hecho de que lo que quiere es que se cumplan sus pretensiones y no de morir, podría llevar a mantener que no se conoce su voluntad de morir, la cual podría haber modificado a la vista de los últimos acontecimientos. En sentido contrario, se puede defender que si bien lo que quiere es ver cumplidas sus pretensiones, no le importa morir para llamar la atención sobre las mismas, siendo esa su voluntad.

Cooperación ejecutiva al suicidio

Según el artículo 143.3 del Código Penal: “Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte”.

Se refiere el 143.3 a la realización de cualquier comportamiento que comprenda la ejecución de la muerte del suicida. Es decir, la muerte de aquella persona que ha manifestado su deseo de no seguir viviendo y que mantiene el control del resultado final.

La persona que ejecuta la acción, lo haría por motivos humanitarios o piadosos, para evitar el sufrimiento del primero, por lo que el ordenamiento prescribe una pena inferior respecto del tipo del homicidio.

En este caso, parece aceptada la posibilidad de que el tipo sea cumplido por omisión.

Así, la AP de Almería consideró como cooperación ejecutiva al suicidio, la conducta del acusado que, conociendo la voluntad del suicida de tomar la decisión fatal, cooperó con actos esenciales y necesarios, hasta el punto de causarle él mismo la muerte mediante asfixia, sin que la víctima se resistiera. Siendo seis años la pena finalmente impuesta por el tribunal.

Eutanasia

Según el artículo 143.4 del Código Penal: “El que causare o cooperare activamente con actos

necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de este, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

Nada dice el 143 acerca de la denominación del supuesto regulado en su artículo cuarto. Únicamente prescribe un tipo atenuado respecto de los supuestos de los apartados segundo y tercero, esto es, respecto de la cooperación necesaria y la cooperación ejecutiva al suicidio.

El legislador ha querido aplicar una pena menor para los casos en los que habiendo una clara voluntad del suicida a morir, concurren estos requisitos:

- Petición expresa, seria e inequívoca de su deseo de morir.
- Concurrencia de enfermedad grave incurable o bien que produzca graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar.

Si ambas circunstancias concurrieran, se entiende que se produce la llamada eutanasia, que no se encuentra exenta de polémica en cuanto a su tipificación como delito, ya que se considera por un amplio sector de la sociedad que dicho comportamiento debería estar exento de delito, por ser realizado por motivos humanitarios, dado que la mano que ejercita la actuación no es sino el vehículo que permite materializar la voluntad de la persona gravemente enferma, que solicita ayuda ante la imposibilidad de ejercitar ella mismo la acción. Nos encontramos sin duda ante supuestos donde se da una enfermedad de extremada gravedad, bien sea provocada por causas naturales o por motivos exógenos (un accidente de tráfico, por ejemplo), que imposibilita al enfermo a llevar a cabo su propio final.

Señala el precepto que la comisión del tipo depende de una cooperación activa y directa, por lo que se está reconociendo claramente la intención del legislador de proscribir la conocida

como eutanasia activa, dejando impunes lo que antes denominábamos como eutanasia pasiva, esto es, aquellos supuestos donde no se inicia un determinado tratamiento que únicamente permitiría prolongar artificialmente la vida, siendo seguro que el resultado final sería una muerte más o menos cercana. En este sentido, se ha venido aceptando que la misma sería aquella que se produjera en un período inferior a seis meses. No obstante, es un criterio puramente orientativo y debe atenderse en cada caso a las circunstancias particulares del supuesto de hecho.

Más complicado se presenta el hecho de discernir si desconectar un aparato que mantenga artificialmente la vida, debe considerarse supresión del tratamiento médico, eutanasia pasiva por tanto, en cuyo caso, la conducta no sería impune. Por el contrario, sería igualmente defendible, desde el punto de vista teórico, la posibilidad de ser considerada como una conducta activa, dado que requiere una conducta positiva (desconectar el aparato), eutanasia activa por consiguiente, debiendo ser proscrita en los términos antes descritos.

Sin duda, corresponde a nuestro Tribunal Supremo pronunciarse en este sentido, de tal suerte y manera que ante un hecho, frente al que como hemos analizado caben numerosas interpretaciones y no menos posiciones a nivel político y social, se produzca una manifestación clara e inequívoca que permita, conforme al principio de seguridad jurídica, conocer la respuesta que el ordenamiento provee para una determinada actuación.

Ante este marco de referencia, cabe hacer las siguientes precisiones:

- En primer lugar, en un campo de límites tan difusos y posturas tan encontradas, debe atenderse siempre a la voluntad del afectado, siempre que ello no estuviera reñido con el Ordenamiento jurídico. Dicha voluntad puede ser expresada directamente por el afectado o bien a través de instrumentos jurídicos como el documento de instrucciones previas. En el supuesto de que ello no fuera posible, como el caso Eluana Englaro nos ha mostrado, qué duda cabe que la decisión no deja de ser controvertida como ya hemos indicado, ya que por una parte se puede defender que la voluntad de la víctima ya no puede ser conocida, al no existir documento que la exprese, pero por el otro, las manifestaciones verbales previas hechas por ella misma, sus convicciones éticas o religiosas o ambas al mismo tiempo y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivarse el conocimiento de sus deseos o lo que se conoce como *voluntad presunta*, la voluntad de sus padres en representación de la opción que consideran como más digna para su hija y los casos precedentes, donde enfermos imposibilitados para el libre desarrollo de su vida, han optado por tomar la difícil decisión, hacen que la opción no deba ser tomada sin antes valorar todos los elementos concurrentes en el supuesto específico.
- En el caso de personas cuya voluntad haya sido restringida por resolución judicial, internadas en centros especializados o con enfermedades mentales que limiten su discernimiento, es importante en todo momento respetar la autonomía de su voluntad a través de procedimientos donde se le dé audiencia y pueda manifestar su parecer, sin dejar de lado el hecho que supone la falta de capacidad para otorgar su consentimiento. La pregunta se torna complicada en estos casos, puesto que la decisión para expresar su voluntad en aquellos términos que permite la legalidad vigente, va a suponer la necesidad de que otra persona (su representante) pueda tomar una decisión que permita un acto de disposición sobre su vida. Y en caso de que ello no fuera posible, ¿no se estaría restringiendo desde un inicio su opción de elegir?, opción de la cual dispone cualquier persona antes de perder su consciencia y la capacidad de razonar.
- Desde otro punto de vista, no podemos olvidar que el artículo 197 del CP se refiere con el siguiente tenor literal: *“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado [...]”* al delito de tortura; esto quiere decir que el respeto a la vida, debe prevalecer sobre otros aspectos como la libre determinación por parte del sujeto a disponer de ella, como

ha reconocido el Tribunal Constitucional. Sin embargo, cuando ello implique el mantenimiento artificial de la vida, sometiendo al individuo a un grave sufrimiento no justificado por el deber de cuidado, contraviniendo con ello su voluntad, cabría plantearse si estos casos que hemos denominado “*furor terapéutico*”, no podrían ser considerados como un delito de tortura, cuando de mantener la vida artificialmente se tratara

PricewaterhouseCoopers (www.pwc.com) ofrece servicios de auditoría, consultoría de negocio y financiera y asesoramiento legal y fiscal para dar confianza e incrementar el valor de sus clientes y *stakeholders*. Más de 163.000 personas en 151 países aúnan sus conocimientos, experiencia y soluciones para aportar nuevos puntos de vista y un asesoramiento práctico.

© 2010 PricewaterhouseCoopers. Todos los derechos reservados. "PricewaterhouseCoopers" se refiere a la red de firmas miembros de PricewaterhouseCoopers International Limited; cada una de las cuales es una entidad legal separada e independiente.