

AUTONOMÍA Y DEPENDENCIA: LA NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA QUE PROCURE FACILITAR EL ACCESO A LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA LEY 39/2009 CUANDO ESTÁN IMPLICADAS PERSONAS INCAPACES PARA GOBERNARSE

AUTONOMY AND DEPENDENCY: THE NEED OF A LEGAL CONSTRUCTION THAT FACILITATES THE ACCESS TO THE RIGHTS ENFORCED BY LAW 39/2006 WHEN THE DISABLED ARE INVOLVED

JOAQUÍN MARÍA RIVERA ÁLVAREZ
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

RESUMEN

La reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas incapaces nos hace retornar la necesidad de reforma del Ordenamiento español. El trabajo que se presenta procura identificar algunos problemas que van surgiendo a la hora de aplicar los principios de autonomía y vida independiente y su desarrollo en diferentes derechos reconocidos en la Convención. Estos problemas se ven tanto en el desarrollo de los procedimientos de reconocimiento y valoración de la dependencia, como en los de constitución de tutela u otra guarda legal e internamiento de incapaces. Para solucionar dichos inconvenientes entendemos que se debe: primero, tratar de sistematizar nuestro Ordenamiento sobre la base de los principios de autonomía y vida independiente desarrollados en los derechos proclamados en la Convención; segundo, mejorar los instrumentos de protección de la autonomía y de la vida independiente de las personas incapaces en cada uno de los procedimientos, dictándose nuevas disposiciones que refuercen la protección jurídica

PALABRAS CLAVES

Dependencia, autonomía, vida independiente, protección jurídica, ciudadanía.

ABSTRACT

The recent UN Convention on the Rights of the Disabled requires a revision of the Spanish Law. This paper will try to identify some of the problems that have appeared in the recognition and valuation of dependency, guardianship and internment procedures for the disabled. In order to solve these inconveniences, legislation must firstly, be systematized on the basis of the principles of autonomy and independent life developed by the Convention; and secondly, Spanish legislation should to improve the protection mechanisms of autonomous and independent life in all procedures, making legal provisions to reinforce it.

KEYWORDS

Dependency, autonomy, independence, legal protection, citizenship.

Recibido: 2009.02.09. Revisado: 2009.02.17. Aceptado: 2009.07.13. Publicado: 2009.07.24.

Correspondencia: Joaquín María Rivera Álvarez. Universidad Complutense de Madrid Departamento de Derecho Civil. Madrid. España. Despacho 3101. EU. Trabajo Social. UCM. Campus de Somosaguas.E-28223 Pozuelo de Alarcon (Madrid). España. quino@trs.ucm.es

1. INTRODUCCIÓN: CONCEPTUACIÓN, MÉTODO Y PROPÓSITO

Con carácter previo, conviene aclarar el marco conceptual que se utiliza, la perspectiva metodológica y el propósito del presente trabajo.

Los dos primeros aspectos van íntimamente unidos ya que se parte de un marco epistemológico analítico dentro del entorno de la Ciencia del Derecho. Hay, como veremos a continuación, una serie de conceptos que utilizaremos y han sido creados por el legislador actual a partir de los desarrollos de la doctrina científica (autonomía, dependencia, derecho subjetivo, ciudadanía...etc). Estas *ideas fuente* sirven para construir normativamente una estructura protectora de las personas en situación de dependencia. Sin embargo, nuestro propósito no es propiamente el análisis conceptual, que trataremos tangencialmente, sino el examen de la estructura normativa fijada por diversos textos legales: 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 LAAD-, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 – cuyo instrumento de ratificación de 9 de abril del 2008 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril del 2008-, la Constitución Española y el Código Civil, principalmente. A partir de su estudio veremos como la construcción legal es, con relación al problema que trataremos, claramente insuficiente – en el sentido de que produce lagunas de difícil solución- y descoordinada – ya que, como veremos, no se ajustan las necesidades de protección con la organización que puede procurarla-.

EL PROPÓSITO DE NUESTRO ESTUDIO PARTE DE LAS SIGUIENTES PREMISAS

1º) Nuestro Ordenamiento, a partir del Código Civil, distingue entre personas declaradas judicialmente como incapacitadas y las personas no declaradas como tales que denominaremos incapaces¹. Todas ellas son sujetos que no pueden gobernar su persona y bienes a causa de una enfermedad o deficiencia psíquica o física de carácter permanente. Ahora, mientras las primeras están sometidas a los sistemas institucionalizados de protección del Código Civil (tutela, curatela, patria potestad o defensor judicial), las segundas no lo están. Y ello a pesar de que estas últimas estén sometidas a la denominada “guarda de hecho”; es decir, al cuidado integral y

permanente de un familiar o allegado sin atribución legal alguna de una función cuidadora.

2º) En relación con las personas incapaces, se infiere del Art. 2 de la LAAD que estas pueden ser declaradas en situación de dependencia ya que hay una serie de coincidencias entre las dos realidades: situación permanente, enfermedad o discapacidad, falta de autonomía mental, intelectual.

En este punto, conviene aclarar que nuestro legislador identifica capacidad de gobierno y autonomía, término que en la propia LAAD, Art. 2, describe 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”.

3º) A consecuencia de dicho estado o situación, el sujeto incapaz puede tener potencialmente acceso a los derechos, prestaciones y servicios que reconoce la LAAD.

La cuestión que ha de plantearse y el propósito de éste estudio es ver si, a la luz de los textos normativos, se contempla legal y específicamente, en el caso de las personas incapaces, el modo de apoyar el acceso a las prestaciones y servicios de la Ley. Con ello se respetaría los principios de autonomía y vida independiente y, segundo término, se podría inferir que nuestro Ordenamiento resulta sistemático – en el sentido de fijar una estructura ordenada, completa y segura-.

Nos tememos, no obstante, que aquí se puede aplicar lo indicado genéricamente por NIETO²: “El ordenamiento jurídico, por su parte, también ha cambiado de aspecto, empezando por haber perdido su tendencia a la sistematicidad, dado que las nuevas regulaciones responden al mecanismo de estímulo-respuesta, aspiran a resolver cuestiones concretas”. La realidad de este vicio denunciado determina no pocos problemas a la hora de mantener dogmáticamente hoy en día la idea de un solo Ordenamiento Jurídico y su sistematicidad. Nos encontramos, en no pocas ocasiones, con la existencia de lagunas, antinomias y colisiones normativas interordinamentales. La legislación protectora del sujeto en situación de dependencia también sufre de los mismos vicios. Por ello, a partir de la circunstancia de ratificación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – especialmente nos centraremos en el Art.12-, podría aprovecharse para plantearse

si debemos o no crear o modificar de algunas normas para salvar ciertas lagunas y conflictos que encontramos en las regulaciones públicas y privadas de protección a las personas en situación de dependencia, sobre todo cuando estamos ante sujetos que no pueden gobernarse a sí mismos que no han sido incapacitados.

2. LA CONSTRUCCIÓN LEGAL DEL DERECHO SUBJETIVO A LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL. NATURALEZA, SIGNIFICADO Y MANIFESTACIONES

2.1. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, tiene por objeto, según declara el Art.1.1.: "... regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia". Para asegurar dicho propósito se crea el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como organización a través de la cual se arbitran una serie de servicios y prestaciones.

La Ley 39/2006 no define expresamente el denominado derecho subjetivo de la ciudadanía, sin embargo, del examen de su articulado – especialmente el Art.4.1.-, se puede configurar como un derecho social, de naturaleza pública, que permite el acceso a una serie de servicios asistenciales y prestaciones económicas – reconocidas en el Art.15- aparentemente universales, integrales, exigibles en todo caso para los que tengan acreditada la condición de personas con dependencia. Dichas prestaciones y servicios se deberían identificar con las ayudas para la realización de actividades básicas de la vida diaria y el apoyo a la autonomía personal, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental. La mayoría de los servicios y prestaciones tienen por objeto, para toda situación de dependencia, la consecución de unas condiciones satisfactorias para el ejercicio de los derechos y de la autodeterminación del sujeto. Pero, en concreto, el servicio de prevención y promoción de la autonomía, designado en el Art. 21, tiene especial relevancia en el caso de las personas incapaces – a decir, en todos los casos de enfermedad mental y discapacidad psíquica-. A través de él – dejando de lado perspectiva preventiva³-, se podría poner remedio a las situaciones de agravamiento de las enfermedades y deficiencias incapacitantes y se procuraría también la educación/ rehabilitación del sujeto mediante la

actuación coordinada de los Servicios Sociales y los Servicios de Salud. Dicho servicio puede integrarse dentro de los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial, tal como dice la norma. Pero, en este punto, se puede ofrecer también de modo independiente, a los efectos de procurar una programación para todos los demás casos; sobre todo, cuando el sujeto es beneficiario de prestaciones económicas que, por su tenor, inicialmente pudieran eludir la integración de la persona dentro de la red de servicios. Formarían parte del servicio actividades dirigidas al asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyen a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, habitación, terapia ocupacional ...etc⁴.

Tanto la declaración de dichos servicios y prestaciones como derechos subjetivos, como la adjetivación de estos como propios de la ciudadanía y su finalidad de promoción de la autonomía personal, son manifestaciones de fuerte carga dogmático-doctrinal que permiten desarrollar argumentaciones para la aplicación correcta de la Ley. Así debemos destacar:

A) En relación con la calificación de los derechos sociales como derechos subjetivos, hoy en día se ha superado las concepciones tradicionales de estos que diferenciaba a los primeros frente a los segundos por su estructura y rasgos centrales de su tutela⁵. En la línea de las leyes de servicios sociales de segunda generación⁶, se parte conceptualmente del reconocimiento de tales derechos como propiamente subjetivos – en el sentido de exigibles y tutelables-. También, se supera el enfoque puramente prestacional, lo cual permite, a decir de AÑON⁷: “un haz de posiciones o relaciones jurídicas que pueden ser captadas adecuadamente desde una teoría del derecho subjetivo en sentido amplio”. Entendemos, a partir de lo expuesto, que tal declaración debe determinar la necesidad de que el Estado facilite o garantice su ejercicio, y, posteriormente, permite un ámbito de libertad no sólo en el momento de tomar la decisión de solicitar o no la declaración de dependencia, sino también a la hora de formar el criterio y modalizar los servicios y prestaciones que deben concretarse en el Programa Individual de Atención (PIA) o su desarrollo presente o futuro.

Para lograr estos objetivos, deberemos ver si existe en el Ordenamiento; a) un entramado institucional que permita la realización de los derechos reconocidos y b) una serie de normas que den al sujeto titular cauces y ámbitos de libertad de actuación, así como, en caso de incumplimiento, establezcan

reglas para la reparación o para la sanción de dichas conductas. En nuestro campo es especialmente relevante cada uno de los aspectos dado que el sujeto con capacidad restringida y residual no sólo necesita de reglas de competencia que le apoderen sino también el marco de una organización que le apoye en la toma de decisiones, ya con carácter previo, mediante la configuración de servicios de apoyo a la autodeterminación, ya en el momento de la misma, permitiendo que sea oído y se salvaguarde sus intereses legítimos.

B) La idea de autonomía personal y la necesidad de procurar ésta en condiciones de igualdad, está fuertemente arraigada en la doctrina mayoritaria y en nuestra legislación. Y es más, el fundamento axiológico de la construcción del denominado derecho subjetivo se sustenta en su consideración como un principio o valor esencial de nuestro Ordenamiento.

En nuestra Legislación estatal, la Ley 39/2006, en su art. 3.h), indica que La Ley se inspira en “la promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible”, el Art. 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, instituyó otro denominado la vida independiente, consistente en: “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”. También hay plena coincidencia a nivel internacional, tal como hemos visto en el Art.12 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, que adopta un sistema que aboga por un modelo de “apoyo” y no de “sustitución” en la protección jurídica. Se procura que: “la respuesta correcta para aquellos que tienen disminuida su capacidad para la autonomía – o se percibe disminución- sea la asistencia para poder llevar un vida independiente, y no la sustitución de su autonomía⁸⁾”. Para ello no debemos detenernos tanto en el problema de la incompetencia del sujeto enfermo o deficiente, como en la necesidad de que el sujeto, con una disminución de facultades, pueda desarrollar su autonomía en la medida que ésta exista.

Dichos principios son fruto del reconocimiento general de la dignidad a todo hombre y de su libertad para desarrollar su vida conforme a su personalidad, tal como se fija en el Art.10.1 del C.E.. Tales

valores justifican la relevancia de la autonomía privada en nuestro Ordenamiento como medio para la consecución de una vida plena en libertad⁹⁾. Esta libertad debe predicarse en un “plano de igualdad” para todos los sujetos, a pesar de sus condiciones diferentes personales o sociales (Art.9.1 y 14 de la C.E.). Este “derecho de autodeterminación”, construido inicialmente por la dogmática alemana, puede tener plena identidad con el llamado “derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal” en el ámbito de las personas con discapacidad o en situación de dependencia¹⁰⁾.

Pero, por último, no debe olvidarse que la autonomía y su promoción no sólo justifican la existencia del derecho subjetivo, sino que, además, son el objetivo a conseguir, en la medida de lo posible, indirectamente, a partir de la existencia de los servicios y prestaciones. Por lo tanto, también son base teleológica de la actuación de los poderes públicos. De esta manera, cuando cualquier organismo del SAAD realice, tanto resoluciones administrativas, como prestaciones de servicio, deberá preguntarse cómo afecta la decisión tomada a la autonomía o a la promoción del sujeto: Por lo tanto, se ofrecerá el principio de autonomía y su respeto como un criterio valorativo de su actuación pública¹¹⁾.

C) La adjetivación del derecho subjetivo como “de ciudadanía”, también debe interpretarse conforme a su conceptualización moderna. En este sentido, no es una condición previa a la posesión y disfrute de derechos, o al acceso a la participación en la comunidad, sino que debe entenderse como “la posibilidad real y efectiva de que cualquier persona adulta se integra y participe activamente en la vida social y política sin distinción de raza, sexo, religión etc¹²⁾”. De nuevo, como en el caso anterior, nos encontramos con una doble vertiente: la axiológica, de forma que, a partir de la calificación de derecho de la ciudadanía, se da importancia a su configuración legal ya que aparece asociada como hemos visto con principios y valores constitucionales, y práctico-aplicativa, ya que modaliza la actuación de los poderes públicos para que su actuación busque la consecución de un grado de autonomía satisfactorio, no sólo en la esfera personal o familiar más cercana, sino también en la comunitaria. Es decir, como antes dijimos, se deberá valorar hasta que punto la actuación administrativa permite o no lograr la integración y participación activa del sujeto en situación de dependencia.

2.2. La Ley 39/2006 recoge descriptivamente un grupo de derechos reconocidos legalmente de ca-

rácter pluriordinal en el Art.4.2. Son estos de muy diversa naturaleza; privada¹³, mixta¹⁴, o pública – ya con incidencia constitucional o no-¹⁵. Su carácter enunciativo, poco sistemático y su construcción abstracta determinará, probablemente, que en el futuro sean escasamente aplicados; dado que su construcción es argumentativamente bastante débil para que se puedan considerar propiamente como un desarrollo específico de los derechos reconocidos a las personas en situación de dependencia. Ahora bien inciden todos directa o indirectamente en el principio de autonomía por lo que, a los efectos del derecho subjetivo a los servicios y prestaciones, deberían ser tenidos en cuenta por el Sistema.

PARTAMOS DE CADA UNA DE LAS CRÍTICAS

A) Hemos dicho que el listado del Art.4.2 de la Ley 39/2006 no es exhaustivo ni sistemático. La persona con necesidades de protección que tenga reconocida la situación de dependencia podrá disfrutar de otros derechos que nuestras leyes reconocen – ya sea, por tal condición, ya por que también tenga reconocidas otras situaciones como la de discapacidad o esté incapacitado judicialmente-¹⁶. Por otro lado, la relación de derechos no es sistemática, por cuanto pareciera por su construcción que sólo los deben disfrutar los que tengan reconocida la situación de dependencia - como pasaría con las prestaciones y servicios derivados del Art.4.1.-; sin embargo, debemos considerar que dichos principios/derechos se ofrecen a toda persona, tenga o no reconocida la situación de dependencia, en tanto sujeto de derecho¹⁷.

B) El listado parte de la integración de los derechos descritos dentro de nuestra categoría general: “derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹⁸”. La idea motor de dichas reglas de acción pública es la existencia previa de un principio/ derecho de ciudadanía a la autonomía privada, tal como hemos expresado anteriormente. Sin embargo dicho principio no está correcta y plenamente concretado en el catálogo de derechos. Algunas reglas tienen una factura excesivamente abstracta y general (por ejemplo: el derecho a “disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad”), otras se detienen en aspectos generales de la participación (por ejemplo: “el derecho a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación”), otras son repetición, a ve-

ces incompleta, de lo dispuesto en otras partes del Ordenamiento (por ejemplo: “el derecho a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno” o el derecho al “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio”) y, finalmente, otras no son desarrolladas con posterioridad, a pesar de la relevancia que tienen en el ámbito de los servicios y prestaciones reguladas en la Ley (por ejemplo: “el derecho a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial” o el derecho “al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales”).

2.3. Especialmente, el escaso desarrollo normativo de los derechos y principios recogidos en la Ley 39/2006 tiene consecuencias técnico-jurídicas.

La primera es la dificultad de localizar y comprender íntegramente cada uno de los derechos recogidos en el Art.4.2 de la LAAD al tener que acudir a otros textos normativos que no están contruidos específicamente para regular los supuestos que la Ley 39/2006 contempla. La segunda es la dificultad de aplicarlos, también a consecuencia de su confección como principios abstractos o como reglas generales no contempladas inicialmente para los supuestos de aplicación de la LAAD. El reconocimiento de la autonomía y su promoción como motores en la actuación legislativo-administrativa puede entrar en confrontación con los sistemas de protección de las personas con discapacidad psíquica o enfermedad mental que suplen su voluntad mediante la actuación del representante legal. Esto determinará, por la ausencia de una regla concreta que dictamine como comportarse, la necesidad de ponderar, en cada ocasión, el resultado que se derive de atender más al principio de autonomía que al principio de protección – valorando además la necesidad de la medida o decisión adoptada y su adecuación al fin propuesto-¹⁹.

No obstante lo dicho, si podemos concretar más una serie de derechos en las personas en situación de dependencia a partir de la visión general del Ordenamiento y su interpretación por la doctrina. Así creemos que debe cuidarse especialmente, en el caso de las personas en situación de dependencia: su derecho a elegir el lugar de residencia- generalización del derecho a ingresar o no en una residencia, sea en régimen abierto o cerrado (Art.4.2.g de la Ley 39/2006)-, la libertad de desarrollar su vida conforme a sus gustos y preferencias, y fijar cual quiere que sea su entorno personal y social – reconocido en el

principio de “permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida” (Art.3 i de la Ley 39/2006)-, garantizar la capacidad de movilidad, el derecho al ejercicio pleno de sus derechos económicos (Art. 4.2.i de la Ley 39/2006), la libertad de decidir sobre la tutela de su persona y bienes para el caso de perder la capacidad de autogobierno (Art. 4.2.f) y, finalmente, el derecho a la privacidad, sea cual sea la opción residencial y/o asistencial (Art. 22 y 23 de la Convención)²⁰.

Doctrinalmente, en función de su capacidad natural residual, se han planteado con carácter más general, otros derechos – especialmente en el ámbito de la incapacitación y la subsiguiente tutela o curatela-, como son a : 1º) ser informado de las decisiones que se tomen por sus guardadores o autoridades y afecten a su modo de vida; 2º) ser oído en la toma de decisiones que tengan que ser adoptadas por terceros – sean sus guardadores, el juez o cualesquiera otra institución para tratar de amoldarlas a las aspiraciones y deseos del sujeto beneficiario²¹; 3º) debe ser respetado en sus decisiones si estas se incardinan en el sector de actividad no sometido a tutela o guarda²²; 4º) debe conservar su lugar de residencia y mobiliario con independencia de que los disfrute o no; 5º) no debe ser sometido a internamientos o tratamientos no voluntarios cuando no sean aceptados por el sujeto que tenga capacidad natural para entender las consecuencias y tomar decisiones²³.

Estas relaciones de derechos deben considerarse amparadas especialmente por el Ordenamiento, a partir de entenderse como desarrollo de principios constitucionales²⁴. Para lo cual, cabría comprender, con las limitaciones vistas, su incumplimiento como una infracción a los derechos fundamentales y libertades públicas, prescritos en la Constitución Española y en la propia Convención. Por otra parte, la existencia de argumentaciones que, en el caso concreto, traten de diferenciar sin justificación objetiva y adecuada, al sujeto beneficiario de estos derechos o libertades, podrían contradecir el principio de igualdad y ser consideradas como supuestos de discriminación indirecta; ya sean disposiciones legales o reglamentarias, decisiones, criterios y practicas- ver el Art. 6 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre-. También el planteamiento de tales derechos debe realizarse no sólo para toda situación de guarda legal sino también específicamente reglamentarse cuando se produzcan internamientos o ingresos en centros residenciales, asistenciales o sanitarios, sin recaer en el sujeto resolución judicial de incapacitación²⁵.

2.4. Nuestro Código Civil, a la hora de regular las instituciones tutelares de protección de las personas incapaces contemplan muy limitadamente la protección del “derecho subjetivo a la promoción de la autonomía personal”. Sin embargo éste tiene relativa relevancia. El Art. 269 del Cc, nacido de la reforma de 13 de octubre de 1982, nos dice que: “El tutor está obligado a velar por el tutelado” y, en particular, señala como obligación de él: “promover la adquisición y recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad”. A pesar del lugar en donde está insertada la norma – regulación específica de la tutela, como una más de las alternativas de guarda legal-, la norma debe aplicarse con carácter general en el entorno de las demás instituciones protectoras (curatela, defensor judicial)²⁶.

A pesar de lo dicho anteriormente, toda incapacitación y constitución de sistema tutelar pueden suponer, en cuanto afecta al ámbito de autodeterminación del sujeto, también una restricción la autonomía del sujeto. Por ello, la persona podrá estar condicionada no sólo por su propia incapacidad natural sino también por la actuación del tutor o guardador en su entorno. En este punto, una reciente Sentencia del Tribunal Supremo, 282/2009, de 29 de marzo del 2009, cuya ponente es la magistrado Encarnación Roca Trias, se plantea si nuestro Ordenamiento Civil es conforme o no con la Convención Internacional sobre Derechos de la Persona con Discapacidad, en el sentido de que, tal como decía el Ministerio fiscal: “ la incapacitación priva al declarado incapaz de ejercer todos o parte de sus derechos y de obrar conforme a sus preferencias, siendo sustituido por un tutor....<la figura sustitutiva y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, en cuanto que se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso y de las circunstancias concretas, siempre que su actuación cuente con la voluntad de la persona incapaz, con sus preferencias, para actos concretos y su apoyo a los actos que se le marquen sea revisable por los tribunales>>. Señala, asimismo, el Ministerio Fiscal, a la vista de la citada Convención:”...la declaración de incapacidad vulnera la dignidad de la persona incapaz y su derecho a la igualdad en cuanto la priva de la capacidad de obrar y la discrimina respecto de las personas capaces”. A pesar de lo dicho, el Tribunal Supremo entiende que nuestro sistema de incapacitación y, dentro de él, la tutela no vulneran la Convención, ya que, estos no suponen el cambio de la titularidad de los derechos fundamentales, aunque si pueden alterar su forma de

ejercicio. Además, nuestro Ordenamiento entiende que se debe excluir del ámbito de la representación, los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo disposición en contrario – por aplicación analógica del Art. 162 del Cc-²⁷; y en segundo lugar, la conclusión del argumento del Ministerio Fiscal se puede evitar si se interpreta conjuntamente las normas de la incapacitación y de la tutela con el resto del Ordenamiento, con la finalidad de hacerse valer, en cada situación, los intereses y derechos que resultan afectados para la mejor protección del sujeto; por último, el argumento de la violación del principio de igualdad no debe hacerse valer en este caso, dado que al enfermo mental no se le plantea un sistema de exclusión sino de protección, a partir de la falta de entendimiento o voluntad.

3. LA APLICACIÓN DE LA LEY 39/2006 A PERSONAS INCAPACES DE GOBERNARSE A SI MISMAS: LAS DIFICULTADES DE ACCESO A LOS SERVICIOS Y PRESTACIONES ADEMÁS DE OTROS INCONVENIENTES A LA HORA DE RESPETAR Y PROMOVER LA AUTONOMÍA DE LOS SUJETOS BENEFICIARIOS

3.1. Hemos identificado al sujeto incapaz como aquel que, naturalmente, está en situación de incapacitación (Art.200 del Cc) pero, por cualquier razón, no ha sido incapacitado y, por tanto, queda fuera de un sistema de protección institucionalizada legalmente – salvo en el caso de los menores de edad-. Dicha persona, en función de su entorno familiar o social, puede ser objeto de una guarda de hecho (Art. 303 y ss, del Cc). La guarda de hecho puede recaer sobre un cuidador informal o sobre una organización, pública o privada, cuidadora profesionalizada. En el mejor de los casos, el guardador o el incapaz, con capacidad residual suficiente, pueden entender la relevancia del acceso al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) y procurar la declaración de dependencia y la obtención de un servicio o prestación en concreto a partir del programa individual de atención. Este puede ir dirigido al fomento de la autonomía, a la prevención de situaciones de empeoramiento o a la procura de la rehabilitación. No obstante, debemos examinar si, fuera de dicha posibilidad hay arbitrado un sistema de apoyo/ayuda para la incorporación del sujeto al sistema y, también, cómo se puede respetar la libertad y autonomía del sujeto una vez que están disfrutando de las prestaciones y servicios.

3.2. Lo primero que debemos de indicar es que, por contradicción con las situaciones de incapacitación judicial, en el caso de los incapaces, no nos

encontramos con un sujeto, guardador, responsable de la adquisición y rehabilitación de la capacidad como es el tutor. Por lo tanto, inicialmente y sobre todo, para los casos de organizaciones de atención a las personas mayores o incapaces, debe procurarse reglamentaciones en donde se instaure como deber u obligación, la consecución de las finalidades anteriormente expuestas en todos los usuarios de sus servicios. También, con independencia de este aspecto regulativo, en la evaluación de la calidad, se puede especificar dicha obligación en las guías de buenas prácticas (Art. 34.3 c) de la Ley 39/2006). Con relación a los demás, familiares o allegados que realizan labores de guarda de hecho, nos encontramos con que, legalmente, no están obligados a incorporar al sujeto incapaz al SAAD. Por lo tanto, convendría facilitar, a través de una norma de competencia, la posibilidad de que los Servicios Sociales, a la vista de una situación en concreto, puedan agregar al sujeto al Sistema; todo ello con independencia de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o del Juzgado, el hecho de que el sujeto está en situación de incapacitación legal – a los efectos de constituir una guarda legal- (Art. 757 .3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Una vez examinado este punto, surgen diferentes cuestiones en el ámbito de las actuaciones y procedimientos de la LAAD a raíz de la aplicación del principio de autonomía:

A) Nos interesa examinar las posibilidades de intervención de la persona incapaz en el procedimiento de declaración/reconocimiento de la situación de dependencia y su futura revisión. Sobre todo cuando la persona beneficiaria y, potencialmente, solicitante, tenga restringida o limitada capacidad natural de obrar y pretenda instar el procedimiento e intervenir conforme a su voluntad en él. El Art. 4.2.j) de la Ley 39/2006, alude a que, "en el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal". Como se ve no contempla la norma el caso concreto planteado del incapaz; no obstante, en principio, si tiene capacidad suficiente y voluntad de hacerlo, podrá instar el procedimiento de declaración de la situación o su revisión.

No creemos razonable que la ausencia de representantes legales imponga la necesidad de proceder a la incapacitación y constitución de organismo protector. Y es más, actualmente, hay una tendencia doctrinal y jurisprudencial que entiende que sólo en situaciones en donde se requiera la representa-

ción legal por la necesidad de realizar actos jurídicos relevantes, se procure la incapacitación de las personas que no pueden gobernarse²⁸. En el caso antedicho, nos encontramos con que, para una simple solicitud, aparentemente, no deberíamos precisar instar el procedimiento de incapacitación.

Como pueden imaginarse, la ausencia de norma legal no implica tampoco que, si el sujeto, por sus carencias cognitivas y volitivas, no pudiera pedirlo, el guardador de hecho no pueda realizar la solicitud e instar los procedimientos de la Ley²⁹. Convengo en indicar que ya determinadas normativas de desarrollo de la ley contemplan expresamente normas o modelos de solicitud con dicha posibilidad. Pero aunque no fuera así, el Art. 304 del Cc permite dar validez a los actos del guardador de hecho cuando redundan en utilidad para el sujeto atendido por él, de forma que, en este caso, la Administración, no podría hacer valer un vicio en la misma.

Lo dicho no es óbice para que, conocida la situación de guarda de hecho, los poderes públicos, autoridades y funcionarios comuniquen la situación de falta de autogobierno al Ministerio Fiscal para que, si es necesario, instaure un sistema de guarda legal, o lleve a cabo, cualquier otra medida de protección personal, con carácter cautelar o no³⁰.

Si no tuviera guardador de hecho, como hemos dicho, debería arbitrarse una norma de competencia en el procedimiento para que pudiera intervenir o el Ministerio Fiscal – norma específica de lo generalmente indicado en los Arts.3 de su Estatuto Orgánico y 299 bis del Código Civil- o el organismo público que tenga atribuida la competencia en la protección de mayores o personas con discapacidad.

B) En relación al reconocimiento o la revisión por empeoramiento -por ejemplo de las enfermedades o deficiencias que pudieran determinar la necesidad de un cambio de servicio- si no está presente un representante legal ni el guardador de hecho y el beneficiario no tiene capacidad natural, nos pudiéramos encontrar con que se está abandonando al sujeto beneficiario a su suerte debido a que las entidades públicas de protección jurídica de las personas incapaces no logren tomar conocimiento de la situación del beneficiario. Más cuando la separación del hogar y/ o del entorno familiar pudiera determinar que los parientes o allegados, sean o no guardadores de hecho, no pudieran apreciar realmente las necesidades. O simplemente, se está recibiendo una prestación económica sin cerciorarse si efectivamente se aplica a la finalidad descrita en la norma.

Como hemos dicho anteriormente, no se prevé la posibilidad de iniciación de oficio como regla general en la declaración y revisión de la situación de dependencia- salvo, en algunos casos, las medidas para que de oficio se suministren mecanismos de enlace con las concesiones anteriores de prestaciones y servicios anteriores a la nueva Ley³¹.

La doctrina se ha centrado en el problema del internamiento en residencias o centros en donde puede producirse la desconexión del sujeto beneficiario con su entorno para establecer un sistema garantista de los derechos a la autonomía. En ellos hay un acuerdo para reforzar los mecanismos de control, no sólo reflejado en la voluntariedad del ingreso, sino en la necesidad de que el Ministerio Fiscal lleve visitas y pida información periódica sobre el estado del sujeto ingresado. Estas medidas determinan una efectiva y adecuada gestión de calidad conforme al progreso de la enfermedad³². Pero no se plantean dichos controles genéricamente en relación con las demás prestaciones o servicios no residenciales. De nuevo se ha de indicar que debería tal vez revisarse el material normativo existente. No es suficiente la garantía que establece la Ley sobre “la participación de los usuarios” - Art.35.2 de la Ley 39/2006- que se entiende tanto en su vertiente individual como colectiva. Es cierto que los sistemas de gestión de calidad pueden, tanto genéricamente, como individualizadamente, identificar la existencia de malas prácticas pero dejan en manos externas a la persona beneficiaria y su entorno el enjuiciamiento de las propias carencias del sistema. El camino debe ser unir las normas que arbitran la participación del usuario con los catálogos de derechos. Eso es lo que se recoge en algunas normas – específicamente nos centramos en la Comunidad Andaluza-: Art. 13 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía³³; el Art 3 de la Orden de 21 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo de reglamento de régimen interior de los centros residenciales de personas mayores en situación de dependencia que formen parte del sistema de autonomía y atención a la dependencia en Andalucía³⁴.

C) Otra cuestión es si es razonable que la Administración respete las preferencias de la persona beneficiaria a la hora de elegir en concreto los servicios y prestaciones de la ley. La respuesta más sencilla diría que sí; sobre todo, a partir del examen de una serie de principios recogidos en el Art.3. f (“personalización de la atención”); h (“Promoción

de condiciones para que se pueda llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible”); i (“permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida”), de los derechos reconocidos en el Art. 4.2.f) y g) de la Ley, y del Art. 29.1 de la LAAD que regula el programa individual de atención. Sin embargo, en realidad, estos principios y derechos son mandatos de optimización en el sentido de que determinan que los poderes públicos deben tender en su actuación a procurar su ejecución; pero pueden estar fuertemente condicionados por la afección del sujeto a la enfermedad, por la disponibilidad del servicio y/o prestación en el caso concreto³⁵ y por la adecuación del servicio o la prestación a las finalidades objetivas de la Ley (efectiva atención y promoción de la recuperación futura de la autonomía personal).

Todo esto supondrá, por ejemplo, en situaciones en donde el cuidado profesionalizado garantice la calidad, integridad y adecuación del servicio, que la permanencia en el entorno familiar o social debiera ser preterida³⁶. De forma que si, no obstante, siendo capaz para decidir naturalmente el sujeto, no desea dichos servicios y prestaciones posibles, se deberá entender que está renunciando el sujeto a los mismos. Cuando, los beneficios de un cuidado profesionalizado no sean tan relevantes frente a las situaciones de cuidado informal y/o familiar o de elección de otro servicio o prestación, para una atención integral y de calidad, deberá respetarse que el sujeto o sus representantes elijan mantener su propio entorno vital o recibir un servicio asistencial de menor intensidad; y sería contrario a Derecho la pretensión de tenerles por renunciado en general a las prestaciones y servicios de la Ley 39/2006, si no lo aceptan³⁷. En este punto debería concretarse normativamente la posibilidad de reservar servicios cuando, por insuficiencia de medios, no sea posible dar el preferido a una persona reconocida en situación de dependencia.

Si el sujeto es incapaz para decidir cualquier servicio o prestación, pudiera ocurrir que se impusieran los deseos del guardador de hecho o los acordados entre éste y la propia Administración. Debe, en este supuesto, la Administración plantearse el recurso a los órganos judiciales para resolver conflictos de intereses ante dificultades en la transmisión o declaración de la voluntad del incapaz, cuando de lo propuesto resulte graves diferencias con su anterior estilo de vida o preferencias.

D) Por último, si examinamos el Sistema de Autonomía y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (SAAD) y su confección legal, no vemos la preocupación de coordinar la actividad de las órganos del sistema con otras organizaciones de control jurídico privado – Juzgados, Ministerio Fiscal, Registro Civil y órganos administrativos que tengan encomendada la guarda de las personas incapaces (Art. 239 del Cc)-. Lo cual puede ser consecuencia del carácter genérico de la norma.

Es cierto que, atendiendo a las funciones descritas por el Art. 11 de la Ley 39/2006 que corresponden a las comunidades autónomas, éstas podrán trazar planes, coordinar y dirigir sus programas y organizaciones que atiendan a distintas dependencias al objeto de que, tanto los órganos encargados de la gestión de las prestaciones y servicios, como los que tengan encomendada la tutela de las personas con discapacidad, actúen coordinadamente y crucen información para lograr la optimización de los servicios y prestaciones declaradas o por declarar. También el Sistema, a partir de la existencia de un Sistema de Información del SAAD, puede atender la procura de información y, posterior, conocimiento interadministrativo de los datos recogidos por estos relativos a las personas beneficiarias, prestaciones y servicios. Y a partir de dicha información trazar planes, programas, o actuaciones individualizadas en donde se haga efectiva la colaboración y coordinación interadministrativa. Sin embargo, la escasez de medios de los órganos judiciales o del ministerio fiscal puede dificultar el propósito de estas líneas.

Debería pensarse en formas funcionales y no sólo orgánicas con las que lograr dicha coordinación y colaboración, por ejemplo, en Francia, en la Ley num. 2007-308 de 5 de marzo, sobre la reforma de la protección jurídica de mayores, se ha introducido la figura del acompañamiento social personalizado del mayor en el Código de Acción Social y de las Familias, en donde “toda persona mayor que percibe prestaciones sociales y cuya salud o seguridad están amenazadas por las dificultades que experimenta para administrar sus recursos puede beneficiarse de una medida de acompañamiento social personalizado que implica una ayuda en la gestión de sus prestaciones sociales y un acompañamiento social individualizado. Esta medida toma la forma de un contrato celebrado entre el interesado y el departamento y se basa en compromisos recíprocos” (Art. L 271-1)³⁸. El contrato tiene evidente interés ya que, con el propósito de lograr la inserción social y el restablecimiento de la gestión autónoma,

el departamento recibe la encomienda de percibir y administrar las prestaciones sociales, afectándolas al pago de alquileres o locación, pero también, se puede procurar para otras finalidades, más en consonancia con la atención personalizada, especialmente fijando convencionalmente, una serie de derechos y obligaciones por cada parte.

4. BIBLIOGRAFIA

- Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil, I, Introducción y parte general*, 15ª ed, Barcelona: Librería Bosch.
- Añón, M.J. (2008). Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartida. AAVV: *Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales. Estudio en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, T.III Madrid: Dykinson, 21-46.
- Arias Astray, A., Lucas Murillo de la Cueva, F et alios (2004). La definición de los servicios sociales en las leyes de servicios sociales de “primera” y “segunda generación” en España, *Portuaria, Revista de Trabajo Social*, 4, 507-518.
- Alexy, R. (1997). *La Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Aznar, M. (2001). Los Derechos Fundamentales de las personas mayores atendidas en centros geriátricos”. En González Porras, J.M.-Gallego, I.: *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000*. Córdoba: Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur.
- Aznar, M. (2003). El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacidad a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En Serrano Garcia, I. (Coord.). *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*. Valencia: Tirant lo Blanc.
- Blanco del Barrio, R. (2004). Intervención. En AAVV: *Revisión de los Procedimientos relativos a la incapacidad*. Madrid: Fundación Aequitas.
- Cassano, G. (2006). *L'amministrazione di sostegno, questioni sostanziali e processuali null'analisi della giurisprudenza*. Matelica: Halley Editrice.
- Díaz Alabart, S. et alios, (2004). *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Ibermityamur.
- Fabrega, C. Protección de Incapaces: Actuaciones previas del Fiscal. Medidas cautelares y de protección. En AAVV: *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*. Madrid: Fundación Aequitas, 41 y ss
- Fabrega, C. (2007). *La guarda de hecho y la nueva ley de asistencia a la dependencia*. Madrid: Fundación Aequitas.
- Fossier, T. (2007). La réforme de la protection des majeurs. *JCP, La semaine Juridique*, 11, 14 de marzo de 2007.
- Gallego, I. (2008). La protección de las personas mayores en el Derecho francés. En Gómez Galligo, F.J. (Coord): *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias, , Tomo I*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 515 y ss.
- García Rubio, M.A. (2007). Prestaciones y catálogo de servicios. En Roqueta Buj, R. (Coord). *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 233 y ss
- Martin Perez, J.A. (2004). Incapacitación e internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos. En Bello, D.-Maluquer de Motes i Bernet, C. (Coords.): *la tutela de las personas mayores*. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 111 y ss.
- Moretón, Mª F (2008). La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia. Pérez Bueno, L.C. y Moral, O.: *Las Dimensiones de la Autonomía Personal, Perspectivas sobre la Ley 39/2006*, Madrid: Ediciones Cinca.
- Moretón, F. (2009). El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad. *Comunicaciones del Congreso Nacional de Derecho y Discapacidad*, Zaragoza 28 y 28 de abril del 2009, recurso informático.
- Nieto, A. (2007). *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Trotta.
- Palacios, A., Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Pereña, M. (2007). El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código Civil español y francés” *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 61, (2040).

- Pereña, M. (2008). *Dependencia e Incapacidad. Libertad de Elección del Cuidador o del Tutor*. Madrid: Ramon Areces- Fundación Aequitas.
- Ruiz Miguel, A. (2008). Ciudadanía y derechos. AAVV: *Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales. Estudio en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, T. III. Madrid: Dykinson, 1121-1140.
- Sánchez Calero, B. (2005). *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*. Valencia: Tirant Lo Blanc.
- Santos, M.J. (2004). La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho civil. Campoy Cervera, I. (Ed.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 167 y ss.
- Santos, M.J. (2000). *Incapacitados y Derechos de la Personalidad: Tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*. Madrid: Escuela Libre Editorial.
- Santos, F. (2004). Causa y Motivo de la Incapacitación civil. Una reflexión sobre el Artículo 200 del Código civil. AAVV: *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*. Madrid: Fundación Aequitas, 25 y ss.
- Sempere, A.V (2008). *Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, 1ª ed. Cizur-Menor.
- arabini-Castellani, F. (2007). Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia”. En Roqueta Buj, R.(Coord): *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 163 y ss.
- 2 Nieto, A.(2007): *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Ed. Trotta, pp. 223.
- 3 Estamos en contra de la visión centrada en la prevención que aparece por ejemplo en García Rubio, M.A. (2007): “Prestaciones y catálogo de servicios”, en Roqueta, R.: *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 233 y ss.
- 4 Lujan Alcazar, J.-Rodriguez Iniesta, G.-Fernandez Orozco, F.J.(2008):”El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Las prestaciones”. En Sempere, A.V- Charro, P.: *Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, 1ª ed., Cizur-Menor, p.307.
- 5 Añón, M.J. (2008): “Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartida”, en AAVV: *Teoría de la Justicia y Derechos fundamentales. Estudio en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, T.III Madrid, Dykinson, p. 24.
- 6 A partir de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios sociales del Principado de Asturias: Arias Astray, A., Lucas Murillo de la Cueva, F. et alios (2004): “La definición de los servicios sociales en las leyes de servicios sociales de “primera” y “segunda generación” en España”, *Portuaria, Revista de Trabajo Social*, Vol. 4, 2004, p. 514 dicen: “... en su Preámbulo al apuntar que uno de los ”aspectos esenciales de la Ley es el reconocimiento”, a través de un catálogo que se desarrollará reglamentariamente en el futuro, “de aquellas prestaciones que tendrán el carácter de fundamentales y que serán exigibles como derecho subjetivo”. Lo reafirma, en su artículo 20.2, referido al citado catálogo de prestaciones, al indicar que éste último “distinguirá como fundamentales aquellas que serán exigibles como derecho subjetivo en los términos establecidos en el mismo directamente o previa indicación técnica y prueba objetiva de su necesidad, con independencia, en todo caso, de la situación económica de los beneficiarios”.

NOTAS

- 1 Pereña, M (2007): “El nuevo papel de la autonomía de la voluntad en la protección de los incapacitados en el Código civil español y frances”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año 61, Num. 2040, Pag. 2650, refiere el casi absoluto abandono que los legisladores franceses han realizado del término incapaz, por humillante y discriminatorio. Nosotros lo utilizaremos para diferenciar a la persona incapacitada judicialmente de aquellas que, a pesar de estar en condiciones de serlo, todavía no lo han sido.
- 7 Ob.cit., Pag. 27, si bien aclara dicho concepto más tarde, en la p. 28: “Esta concepción del derecho como realidad compleja, como haz de posiciones, conjunto de relaciones o derecho como un todo ha operado, a su vez, una transformación importante del concepto de derecho, englobante tanto de una perspectiva más estructural, formal o conceptual, como de dimensiones sustanciales, normativas y

- axiológicas. Transformaciones que han generado un particular cambio conceptual en un nivel teórico más profundo: el paso, como lo describe B. Celano, de una concepción estática a una concepción dinámica de los derechos. Esto es, de un enfoque que ve el derecho subjetivo como una posición normativa subjetiva elemental plenamente determinada como un conjunto finito de posiciones. A una concepción dinámica que ve el derecho subjetivo como una razón que puede justificar la atribución o reconocimiento a individuos de un conjunto de posiciones normativas subjetivas, susceptibles de transformación, desarrollo o articulación progresiva, donde lo importante reside en encontrar un fundamento conceptual teórico sólido a las reivindicaciones de todo tipo de derechos fundamentales”.
- 8 Palacios, A., Bariffi, F. (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca, Pág.74, añadiendo en la pp. 78: “el valor de la autonomía se basa en el supuesto previo de una capacidad de acción y de comportamiento autodirigido. Por lo tanto, se apoya en la imagen implícita de una persona moralmente libre”.
 - 9 Pisarello, G.(2007): *Los derechos sociales y sus garantías, Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Ed. Trotta, p. 41 y ss, dice en la p.45: “los derechos sociales... aparecerían como instrumentos indispensables para dar a la libertad un contenido real y estabilidad en el tiempo, asegurando las condiciones materiales que la posibilitan tanto en la esfera privada como en los procedimientos públicos de toma de decisiones” . Es cierto el principio tiene mas significados: políticamente, a través de una sucesión de libertades de expresión, reunión, manifestación, asociación, prensa, religiosa...etc; privadamente, mediante la libertad de circulación, residencia, contratación...etc. A partir de la existencia de esa esfera privada de decisión el sujeto desarrolla su personalidad y participa en la comunidad con pleno reconocimiento de su dignidad – ciudadanía activa-.
 - 10 Ver Santos Moron, M.J.(2004): “La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del Derecho civil”. En Campoy, I. (Ed.): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson , Pp. 169.
 - 11 Así parece en García Rubio (2007, 234-235).
 - 12 Ruiz Miguel, A. (2008): “Ciudadanía y derechos”, en AAVV: *Teoría de la Justicia y Derechos fundamenta- les. Estudio en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, T. III, Madrid, Dykinson, p. 1123.
 - 13 “f) 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. g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial. h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose en proceso contradictorio. i) Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales.”
 - 14 “c) A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente. d) A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. e) A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación... j) A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.”
 - 15 “a) A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad. b) A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con sustitución de dependencia. k) A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley. l) A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual”.
 - 16 Tarabini-Castellani, F. (2007): “Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia”. En Roqueta, R.: *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 192-193.
 - 17 En contra de Moreton, M^a F.(2008): “La construcción de un derecho subjetivo de ciudadanía: nuevas perspectivas sobre autonomía personal y dependencia” en Perez Bueno, L.C.-Moral, O.: *Las Dimensiones de la Autonomía Personal, Perspectivas sobre la Ley 39/2006*, Madrid, Ediciones Cinca, pp. 51, 63

- y 65 que entiende que se “debe” hacer una aplicación analógica de las disposiciones del Art.4.2 a las personas que no tengan reconocida su situación de dependencia pero que, de hecho, lo sean. Y así claramente se deduce de algunos derechos reconocidos que claramente su virtualidad es previa al reconocimiento de la situación: el de información completa y continuada relacionada con la situación de dependencia, los de inicio de las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la ley, por ejemplo. En el mismo sentido se criticó la Ley 51/2003 (Palacios, A.-Bariffi, F., 2007, 68).
- 18 La construcción de tal expresión, primero, plantea una serie de dificultades de corrección simplemente lingüística; no se puede decir, “derecho subjetivo de... atención a las personas en situación de dependencia”. Porqué al poner como objeto a las personas con dependencia, parecería que somos los demás, los que no tenemos la situación, los que tenemos el derecho a atenderles. La incorrección lingüística provoca confusión por cuanto lo que hay en la Ley, perfectamente regulado y con virtualidad normativa plena, es un derecho de configuración legal a recibir servicios asistenciales o prestaciones económicas por parte de las personas en situación de dependencia.
- 19 Según la estructura tradicional que puede verse de Atienza, M. y Ruiz Manero, J. en Atienza, M.(2004): *El sentido del Derecho*, (2ª ed, reimpressa) Barcelona, Ed. Ariel, pp 74 a 86 desarrollando la posición tradicional de Alexy, R.(1997): *La Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- 20 Sentencia Herczegfalvy de 24 de septiembre de 1992 (TEDH 1990,24).
- 21 Así, en Diaz Alabart, S.et alios, (2004): *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Ibermituamur, p.47 añade “ e incluso respetar su actuación por sí sólo en cuanto no entrañe riesgos, porque hay que partir del principio de capacidad”. En Italia, Cassano, G. (2006): *L’amministrazione di sostegno, questioni sostanziali e procesuali null’analisi della giurisprudenza*, Matelica, Halley Editrice, pp.155. En el procedimiento judicial de incapacitación se habla de que, el juez deberá examinar al futuro incapaz (Art. 759.1 de la LEC), pero extrañamente, no se plantea el que sea propiamente sea informado y oído – salvo cuando, por sus condiciones, ejercita el mismo los derechos de representación y defensa-. Si , además de la incapacitación, se pretenda la constitución de la tutela, sólo deberá ser oído sobre las personas que deben ser nombradas como tutores (Art. 759.2 de la LEC), pero no se refiere la norma de preguntarse sobre otras cuestiones. De forma que, aspectos tan relevantes como la elección de residencia y modo de vida – continuar en su domicilio o su traslado al domicilio de la persona tutora-, determinaciones específicas de la atención o cuidado profesional o no profesional, no son aparentemente tratados ni reflejados en la normativa para la situación inmediata de incapacitación, salvo que entremos en el internamiento no voluntario. En relación con el ejercicio de la tutela, no se plantea, como pasa con el menor, el derecho a ser oído genéricamente. Claro está puede deducirse la regla, cuando el nuevo Art. 268 del Cc dice que se ejercerá la tutela de acuerdo con la personalidad del pupilo; lo cual, conforme a una interpretación adecuada al derecho de autodeterminación, supone que el tutor debe atender los deseos y voluntad no sólo en tanto sea capaz a partir de la sentencia judicial, sino en tanto tenga efectivamente ésta residualmente. Específicamente, cuando trata el Código Civil, de las autorizaciones judiciales para realizar determinados actos o internar al pupilo en centro de salud mental, educación o formación especial, reclama el Art. 273 del Cc, que sea oído el tutelado si es mayor de 12 años o si lo estima conveniente –así téngase presente para el internamiento no voluntario-; Por último, cuando el Art. 299.1 del Cc, establece la posibilidad de conflictos de intereses entre el tutor o tutores y el tutelado, estos no sólo debe entenderse que se plantean objetivamente, sino también por diferir las voluntades de unos y otros, de modo que nazca la necesidad de nombramiento de un defensor judicial.
- 22 Ibidem. De ahí que Albaladejo, M. (2002): *Derecho Civil, I, Introducción y parte general*, (15ª ed,) Barcelona, Librería Bosch, pp.281-282, nos diga que no es posible presumir la falta de capacidad.
- 23 En la línea de Santos Morón (2004,179); Martín Pérez, J.A. (2004): “Incapacitación e internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos”. En Bello Janeiro, D.-Maluquer de Montes, C.: *La tutela de las personas mayores*. Santiago de Compostela, Junta de Galicia, pp. 132; Blanco del Barrio (2004), R.:Intervención. En AAVV: *Revisión de los Procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, 2004, pp. 231. Sanchez Calero, B. (2005): *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*, Valencia, Tirant Lo Blanc, pp. 88.
- 24 Ya en Santos Moron, M.J. (2004,169-170), se planteaba como restricción de los derechos fundamentales cualquier limitación de las posibilidades de ac-

- tuación que no esté amparada por la necesidad de proteger o preservar otros derechos fundamentales u otros bienes o valores constitucionalmente protegidos y sea proporcionada para alcanzar su fin. De ahí que la autora estableciera dos exigencias: Sólo planteara la incapacitación en los asuntos que sea necesaria la intervención del guardador (principio de necesidad) y que la finalidad de la misma sea la satisfacción del propio sujeto. Este principio de necesidad, junto a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad conforman los sistemas germánico de la *Betreuung* y de la protección judicial francesa: Así Fossier, T.: “La réforme de la protection des majeurs”, *JCP, La semaine Juridique*, Ed. Generales, Num.11, 14 de marzo de 2007, pp.16. Limitando dicha perspectiva constitucional, Moreton Sanz, M.F. (2008, 41) por considerar que los elementos de inherencia y esencialidad no se encuentra en ellos. Sin embargo, tal como nos dice Pisarello, G.(2007, 37 y ss), pudiera haber un prejuicio ideológico en el planteamiento secundario y legal de la naturaleza de estos derechos que puede ser superado, si se formulan, desde el principio de igualdad y es más adelante, en la Pag. 102, que “la incorporación de los derechos a la lógica constitucional moderna operaría así como el test básico de su fundamentalidad y obligaría a los poderes constitucionales a impulsar un sistema de garantías equivalentes para todos ellos, tanto desde el punto de vista legislativo y administrativo como desde el jurisdiccional. En ocasiones el impulso exigirá reformas legales e incluso constitucionales; en otras simples cambios hermenéuticos”.
- 25 Ya se solicitaba por Aznar, M. (2001): “Los Derechos fundamentales de las personas mayores atendidas en centros geriátricos” en González Porras, J.M.-Gallejo, I.: *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre la tutela, asistencia y protección a las personas mayores*, Cordoba, Caja Sur, pp. 32, como conclusión. También, si bien sin ver la diferencia entre personas con autonomía residual y aquellos que no la tienen, estén los dos o no incapacitados. También, Moral, O (2004): “Protección a las personas con discapacidad institucionalizadas”. En AAVV: *Revisión de los Procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, pp.267 y ss.
- 26 Díaz Alabart, S.et alios (2004): *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, Madrid, Ibermitemur, pp. 67. Así, en la patria potestad, se puede deducir cuando genéricamente, se habla de educación y formación en el Art. 154.1º del Cc; o en la curatela, por aplicación analógica de lo dispuesto anteriormente, si bien, es cierto que su configuración excesivamente patrimonializada y puntual a los actos sometidos a su asistencia, dificulta la extensión del cuidado de la esfera personal del sujeto. No obstante, se ha indicado que la literalidad y amplitud del Art. 289 del Cc permitiría que el Juez pudiera extender a actos de relevancia personal la esfera de actuación del curador. Pero, aunque no se configura la norma del guardador de hecho como apoderativa de la actuación del incapaz – ver Art. 304 del Cc-, sin embargo en la realidad si puede suponer tal. En todo caso, debido a las carencias formativas de estos sujetos tutores o demás guardadores legales para procurar un cuidado y atención dirigido a la autonomía, no se está convencido de que tales poderes o facultades de actuación se tomen en consonancia con los principios antes reflejados.
- 27 Nuestra posición nace, a partir de la interpretación extensiva que ya fijó Santos, M.J (2000): *Incapacitados y Derechos de la Personalidad: Tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen*, Madrid, Escuela Libre Editorial, en donde se clarifica que, en relación con los derechos de la personalidad como regla general debe atenderse a la capacidad natural. Y, por lo tanto, no debemos aplicar, análogamente lo dispuesto en el Art.9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre en cuanto al consentimiento por representación por ser una restricción de los derechos fundamentales que no debe ser extendido. Ver lo que dice la autora, (2004,175-176).
- 28 Santos Urbaneja, F. (2004,30).
- 29 Ver Moreton Sanz, F. (2009): “El guardador de hecho y el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones: revisión de los procedimientos autonómicos y de las declaraciones efectuadas “bajo su responsabilidad”, en *Comunicaciones* del Congreso Nacional de Derecho y Discapacidad, Zaragoza 28 y 28 de abril del 2009, recurso informático.
- 30 Véase Fabrega, C.(2004): “Protección de Incapaces: Actuaciones previas del Fiscal. Medidas cautelares y de protección” en AAVV: *Revisión de los procedimientos relativos a la incapacidad*, Madrid, Fundación Aequitas, pp. 41 y ss., identifica entre estas: “los reconocimientos, tratamientos médicos e intervenciones quirúrgicas, cuidados especiales, el internamiento en centro adecuado, el traslado provisional a una residencia para la desinfección del domicilio, el cambio de cerraduras de su casa y la entrega de las llaves a la trabajadora social para su asistencia, el nombramiento provisional de un tutor o guardador interino e incluso, utilizando un concepto amplio de protección del incapaz, la esterilización del mismo.

- También pueden restringirse o limitarse las salidas al exterior de la residencia si la salud física o la seguridad del discapaz así lo exige”.
- 31 Barrios, G. (2008, 389).
- 32 Véase , por ejemplo, Aznar , M.(2003): “El internamiento de las personas con discapacidad psíquica y su relación con la incapacitación a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, en Serrano, I. (Coord.): *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso Regional*, Valencia, Tirant lo Blanc, pp. 230 y ss; y “Los Derechos Fundamentales de las personas mayores atendidas en centros geriátricos” en González Porras, J.M.-Gallego, I. (2001): *Actas de las primeras jornadas de problemas legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores, Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000*, Cordoba, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, pp. 23 y ss o Martin Perez, J.A. (2004): “Incapacitación e internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos” en Bello , D., Maluquer de Motes i Bernet, C.(Coords.): Ob.cit., pp.111 y ss.
- 33 “a) Ser respetadas y tratadas con dignidad. b) La confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. c) Recibir una atención individualizada acorde con sus necesidades específicas) Recibir adecuadamente el servicio con el contenido y la duración que en cada caso se prescriba. e) Recibir orientación sobre los recursos alternativos que, en su caso, resulten necesarios. f) Recibir información puntual de las modificaciones que pudieran producirse en el régimen del servicio) Ser informados sobre el estado de tramitación de su expediente. h) Ser oídos sobre cuantas incidencias relevantes observen en la prestación del servicio, así como a conocer los cauces formales establecidos para formular quejas y sugerencias. i) Cualesquiera otros que les reconozcan las normas vigentes”.
- 34 Son derechos de las personas usuarias: a) Derecho a la intimidad y a la no divulgación de los datos personales que figuren en sus expedientes o historiales de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal y al apartado d) del artículo 4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. b) Derecho a la integridad física y moral y a un trato digno tanto por parte del personal del centro como de las demás personas usuarias. c) Derecho a no ser discriminadas por razón de edad, nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. d) Derecho a la información y a la participación. e) Derecho a una atención individualizada, acorde con sus necesidades específicas. f) Derecho a la igualdad de trato y a gozar de todas las prestaciones y servicios que ofrezca el centro, independientemente de la forma de financiación de la plaza residencial que ocupe. g) Derecho a acceder a servicios de calidad, conforme dispone la Ley 39/2006, así como la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía y el resto de la normativa vigente. h) Derecho a la asistencia sanitaria y farmacéutica. i) Derecho a mantener relaciones interpersonales, así como a recibir visitas, promoviendo las relaciones con sus familiares, persona de referencia y/o representante. j) Derecho a cesar en la utilización de los servicios o en la permanencia en el centro por voluntad propia, salvo en los casos previstos por la normativa que resulte de aplicación. Así como derecho a ausencias temporales por necesidades familiares u otras circunstancias debidamente justificadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de este Reglamento de Régimen Interior. k) Derecho de las personas usuarias a ser protegidas por Ley, tanto ellas como sus bienes y pertenencias, cuando a consecuencia de la pérdida de sus facultades mentales, tengan mermada su capacidad de autogobierno. l) Derecho a exponer sus sugerencias, quejas y desacuerdos, mediante el Libro de Sugerencias y Reclamaciones o las pertinentes hojas de reclamación, según se dispone en el Decreto 171/1989, de 11 de julio, para los Centros y Servicios de la Administración Pública o Privados Acreditados. m) Derecho a solicitar el servicio de orientación jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica gratuita y su normativa de desarrollo. En estos casos se establece una atención preferente, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 23/2004, de 3 de febrero, por el que se regula la protección jurídica a las personas mayores.
- 35 En contra de lo considerado por Cabeza, J.- Rodríguez Rodríguez, E. (2008): “Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia” en Sempere, A.V.-Charro: Ob.cit., pp. 201 y 208.
- 36 Garcia Rubio (2007, 236). En contradicción con la postura de Pereña, M.(2008): *Dependencia e Incapacidad. Libertad de Elección del Cuidador o del Tutor.*, Madrid, Ed. Ramon Areces- Fundación Aequitas, pp.34.
- 37 La idea de la preferencia de los servicios sobre las prestaciones visto en el Art.14.1 de la Ley debe relativizarse no sólo por la realidad de la escasez de me-

dios materiales y personales de atención, sino también por la voluntad de los usuarios y su entorno. Especialmente García Rubio (2007, 246) se centra en los casos de “lejanía, dispersión o situación geográfica de determinados núcleos de población pueden dificultar el acceso o implantación en aquellas zonas de recursos y entidades acreditadas para prestar servicios sociales”, ya que permiten, como dice el Art.14.4 de la Ley la prestación económica de cuidador informal. Pero como vemos en la realidad, tales previsiones legales o doctrinales se han superado. De forma que el mantenimiento en el entorno familiar aparece en muchos casos como prioritario a pesar de lo indicado.

- 38 Según traducción de Gallego, I. (2008): “La protección de las personas mayores en el Derecho francés”. En Gómez Galligo, F.J. (Coord): *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Tomo I, pp. 577.