



FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

**MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA
ANCIANOS DISCAPACITADOS SIN FAMILIA
DIRECTA.**

Autor: Gonzalo Moreno Galindo
Tutor: José María Ruiz Huidobro de Carlos

Madrid.
Abril de 2014.

RESUMEN.

El presente trabajo se encarga de demostrar la evolución que ha sufrido España en torno a un envejecimiento de la población a lo largo de los últimos años además de establecer las expectativas futuras.

Llevaremos a cabo una delimitación de la incapacitación, discapacidad en sentido estricto y discapacidad en sentido amplio para posteriormente analizar la situación de aquellos ancianos con estas características y los elementos necesarios para poder ejercer correctamente sus plenas facultades.

Realizaremos un repaso de los mecanismos recogidos legalmente para la protección de dichas personas en el ámbito civil y social a nivel estatal y autonómico; para así estudiar los métodos de ayuda y protección existentes cuyos destinatarios sean personas en esta situación y que carezcan de familia directa.

Nos centraremos en la figura de Andalucía como Comunidad Autónoma y las ayudas de protección impartidas por esta comunidad para ancianos incapacitados sin familia directa, además de los requisitos necesarios para poder obtener sus beneficios.

Haremos un recorrido en torno a las distintas posturas de un gran número de autores sobre la situación de dichos mecanismos y su eficacia a la hora de llevar a cabo la protección demandada, para así poder mostrar nuestro punto de vista y llegar a una conclusión .

PALABRAS CLAVES.

Envejecimiento, Incapacitación, Discapacidad en sentido estricto, Discapacidad en sentido amplio, Mecanismos legales de protección, Familia directa, Andalucía, Ancianos.

ABSTRACT.

This thesis aims to study the evolution that Spain has gone through in relation with its ageing population over the past years and to establish future expectations around the subject.

We will develop a definition of disability in both the wide and narrow sense of the word; and then we will analyse the situation of disability in which some elderly people currently find themselves and what the legal requirements are in order to fully exercise their rights and obligations

After this analysis, we will carry out a review of the legal mechanisms to protect this sector of the population from the civil and social perspectives in both national and regional levels, so that we will be able to revise the existing measures to help and protect people in a disability situation and with no immediate relatives.

We will focus particularly on the case of Andalusia as a region, its mechanisms of protection and help, and the legal requirements that must be fulfilled in order to benefit from them.

Finally, we will have a look over the different positions of a large number of authors regarding these mechanisms of protection and their effectiveness in real life, and then we will explain our point of view and reach a conclusion.

KEYWORDS.

Evolution, Population, Disability, Elderly People, Legal Mechanisms, Andalusia, Direct Family, Requirements, Protect, expectations.

ÍNDICE.

1. INTRODUCCIÓN.....	P.3
2. DATOS Y RELEVANCIA SOCIOLÓGICAS EN ESPAÑA.....	P.4
3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DISTINCIONES TERMINOLÓGICAS.	P.10
3.1 CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	P.10
3.2 DISCAPACIDAD.....	P.13
3.3 INCAPACITACIÓN.....	P.14
4. MECANISMOS CIVILES Y SOCIALES DE PROTECCIÓN.....	P.18
4.1 MECANISMOS CIVILES DE PROTECCIÓN.....	P.18
4.1.1. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS DE LA LEY 41/2003.....	P.18
A) PATRIMONIO PROTEGIDO.....	P.18
B) APODERAMIENTO PREVENTIVO.....	P.20
C) AUTOTUTELA.....	P.21
D) CONTRATO DE ALIMENTOS.....	P.22
4.1.2. PROTECCIÓN TRADICIONAL PARA INCAPACITADOS..	P.23
E) TUTELA.....	P.23
F) CURATELA.....	P.24
G) DEFENSOR JUDICIAL.....	P.26
H) GUARDADOR DE HECHO.....	P.26
4.2 MECANISMOS SOCIALES DE PROTECCIÓN.....	P 27
5. LA PROTECCIÓN DE LOS ANCIANOS DESAMPARADOS DEL ART. 239.3 CC	P.30
6. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, ESPECIAL ATENCIÓN A LA LEGISLACIÓN ANDALUZA.....	P.34
7. VALORACIÓN PERSONAL DEL SISTEMA.....	P.45
8. CONCLUSIÓN.....	P.49
9. ANEXOS.....	P.51
10. BIBLIOGRAFÍA.....	P.56

1. INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo parte de la evolución que ha sufrido España en torno a un envejecimiento de la población a lo largo de las últimas décadas y las expectativas futuras sobre este ámbito.

La importancia del tema es patente: el envejecimiento de la población traducido en un constante aumento de la población anciana y la escasez de familiares que se encarguen del cuidado y atención de dicha población hacen que los mecanismos de protección hacia estas personas se sitúen en una posición relevante para garantizar su inclusión social y la protección y ejercicio de sus derechos.

El presente trabajo seguirá un proceso de investigación comenzando por el estudio y análisis de la situación en España de las personas de avanzada edad con ciertas deficiencias que vean mermadas el ejercicio de sus facultades y la evolución de la situación de dichas personas. Posteriormente se establece la distinción entre discapacidad e incapacitación a partir de la Convención de Nueva York de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad y el marco legal español.

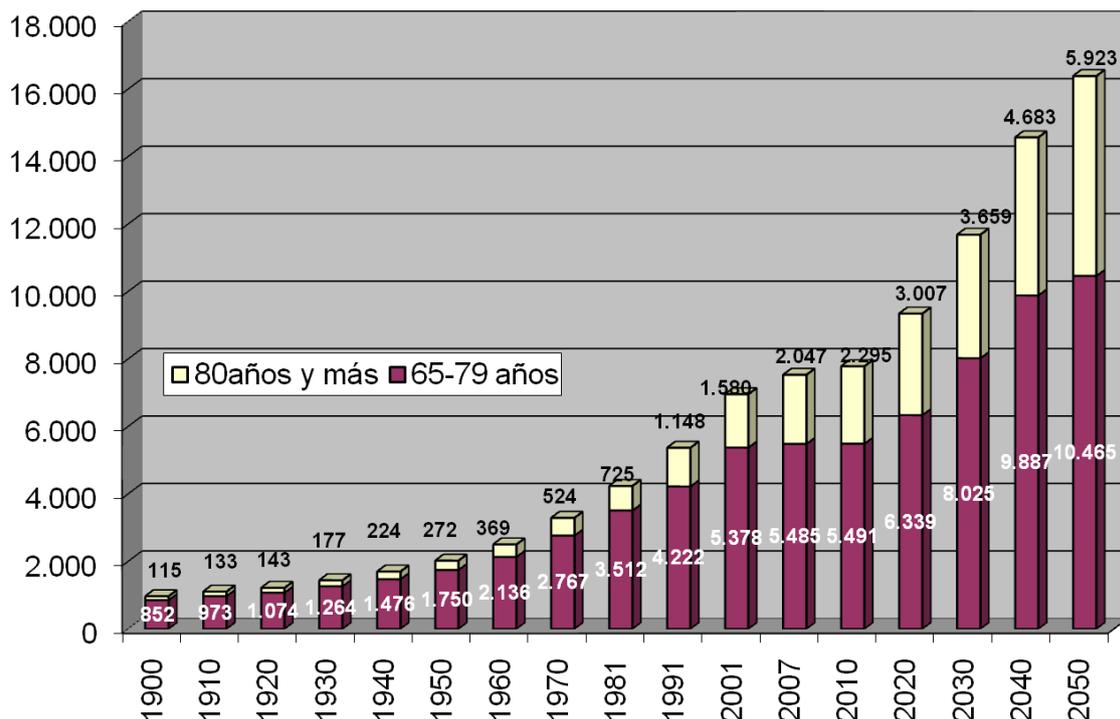
A continuación, se exponen los mecanismos de protección civiles y sociales, a nivel estatal y autonómico, existentes en nuestro ordenamiento de las personas mayores que no pueden valerse por sí mismas, atendiendo señaladamente a las que se encuentren desamparadas. Y, respecto de ellas, se analiza la intervención protectora de las comunidades autónomas en el marco de sus competencias, haciendo mayor hincapié en la Comunidad andaluza.

Finalmente, previamente a formulación de las conclusiones alcanzadas, se hace una valoración personal acerca del tema trabajado.

2. DATOS Y RELEVANCIA SOCIOLOGICA EN ESPAÑA.

A lo largo de los años, en nuestro país, debido al incremento de la esperanza de vida y fundamentalmente a los avances en la ciencia médica que se han producido en las últimas décadas, los individuos están alcanzando edades que eran impensables en épocas anteriores, y ha aumentado significativamente el número de personas octogenarias.

En el caso español, según el INE, el fenómeno del envejecimiento se observa especialmente acelerado, como consecuencia de una mayor longevidad, ya que en menos de 30 años se ha duplicado el número de personas mayores de 65 años. Este proceso se ve acentuado por la baja tasa de natalidad que se viene registrando desde hace algunas décadas. Dicha reducción se registra en España desde mediados de los años 70. En 1975, la cantidad promedio de hijos era de casi 3 por mujer en edad fértil, mientras que actualmente apenas es de 1,2.



Cuadro de evolución de la población mayor, España 1900-2050.¹

¹ Fuente: INE.INEBASE.

Los datos actuales en España muestran que la población mayor de 65 años se sitúa alrededor del 17% de la total, con más de 7 millones de personas (Instituto Nacional de Estadística-INE, 2008), de las que aproximadamente un 25% son octogenarias. En este sentido y según las proyecciones realizadas por el INE, en el año 2050 las personas mayores de 65 años estarán por encima del 30% de la población (con casi 13 millones) y los octogenarios llegarán a ser más de 4 millones, lo que supondría más del 30% del total de la población mayor.

Yendo más allá, y creciendo la burbuja pesimista que rodea a esta circunstancia, los estudios internacionales de prospectiva y las proyecciones llevadas a cabo por la ONU, sitúan a España en un periodo de 40 años como el país más envejecido de Europa, de cuya población, el 40 % se situaría por encima de los 60 años.²

Muchos gobiernos tienen en marcha sistemas de asistencia para las personas mayores, como seguridad social o atención médica gratuita o de precio reducido. Sin embargo, la mayoría de estos sistemas se basan en el principio de que siempre habrá bastantes menos personas mayores que jóvenes o de mediana edad viviendo al mismo tiempo.

A causa del descenso de la tasa de mortalidad, por tanto, estos sistemas están empezando a experimentar una sobrecarga que no hará más que aumentar con el tiempo.

Estas tendencias demográficas están creando retos inéditos para toda la población, especialmente para los gobiernos de todas las naciones y estados del planeta. Las personas mayores son a menudo objeto de discriminación y abuso porque se piensa que es fácil aprovecharse de ellos. También existe la creencia, extendida en varios sectores de la población, de que las personas mayores carecen de importancia en un mundo acelerado, globalizado y cada vez más industrializado como es el mundo actual. Obviamente, el rápido crecimiento del número de personas mayores en el planeta estimula la urgencia de reconsiderar los derechos y los roles de las personas mayores en nuestro mundo.

² Datos obtenidos a través de la web del envejecimiento de la población y el desarrollo (Population Ageing and Development 2009: www.unpopulation.org), consulta realizada el 25 de marzo de 2014

Todos los datos expuestos con anterioridad tienen su fundamento en la posterior discapacidad y/o incapacidades que sufrirán estas personas debido a su avanzada edad y que verán mermadas algunas de sus facultades sufriendo un impedimento en el desarrollo de algunas actividades debido a su situación.

Las personas ancianas y con discapacidad forman parte de una estructura social que por problemas físicos, psíquicos, cognitivos o sensoriales son excluidas, marginadas y relegadas a un segundo y hasta tercer escalón social por el resto de la sociedad.

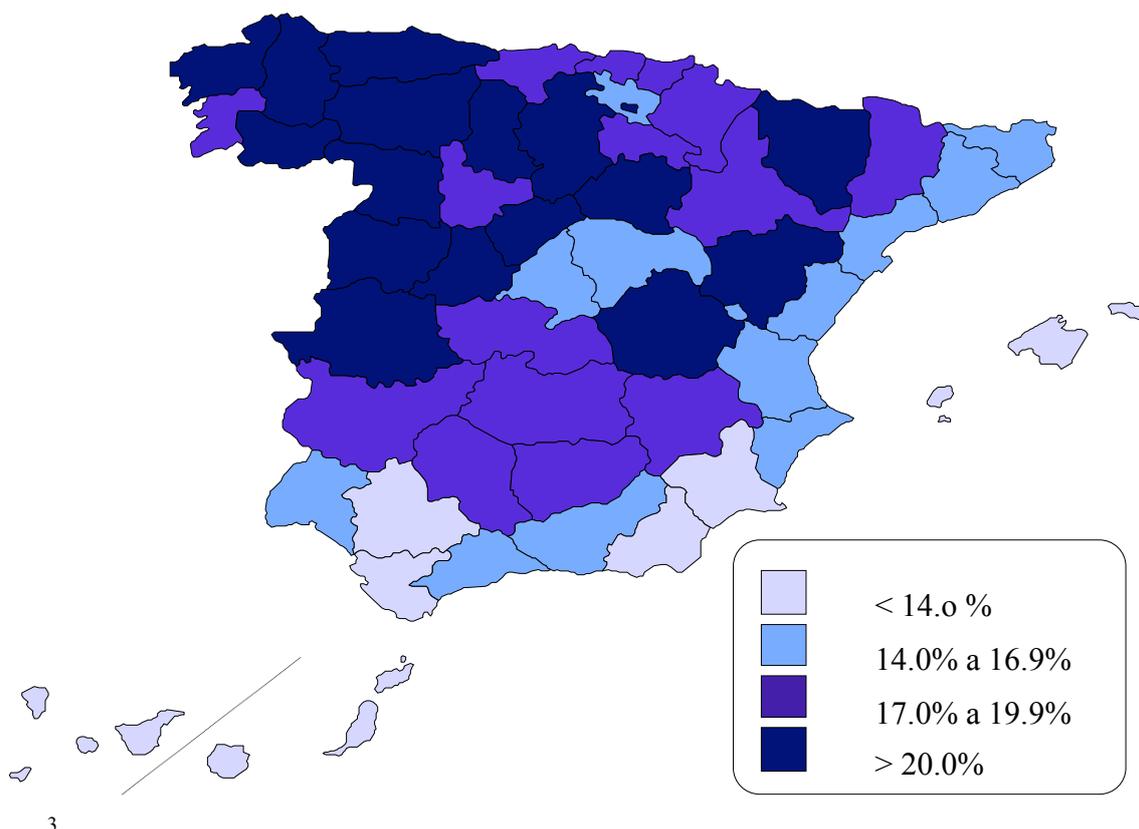
Sin embargo, gracias a la aparición de diversas organizaciones de orden mundial preocupadas por los derechos humanos y la defensa de la población vulnerable como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y algunas otras organizaciones, tanto internacionales como nacionales, la concepción que se tiene de la persona con discapacidad ha ido cambiando.

Se debe promover la inclusión social a través de políticas nacionales. En el caso de España, hay leyes especiales que protegen a estas personas de forma que puedan asumir un papel activo en la sociedad y se defiendan sus intereses, no sólo económicos, sino también intelectuales, y puedan acceder a sectores antes inimaginables como formar una familia, tener un puesto de trabajo o vivir independientemente.

Es cuestión trascendental, llevar a cabo una especial diferenciación entre lo que es discapacidad y lo que es incapacitación y sus consecuencias sociales cuando las personas octogenarias padecen alguna de ellas.

Tras haber realizado una breve explicación de la situación de los ancianos en España, haremos una búsqueda y análisis sociológico de aquellos ancianos que se encuentran sin familia directa y que precisan de ayuda para el ejercicio de sus facultades, pues poseen determinados grados de discapacidad e incapacidad que no les permiten desarrollarlas completamente.

Analizando la encuesta expuesta por el EDDDES (*encuesta sobre discapacitados, deficiencias y estados de salud*) del servicio de información sobre discapacidad, observamos como más del 32 por ciento de las personas mayores de 65 años poseen alguna discapacidad, normalmente es a partir de los 51 años es cuando se acelera de forma notoria la deficiencia.



Distribución provincial de las personas de 65 y más años (porcentajes).

Esta encuesta, núcleo que servirá de base para la elaboración de un estudio adecuado sobre las personas con dicha edad que se encuentran en situación de dependencia por causa de incapacitación o discapacidad, ha sido realizada por el INE (Instituto Nacional de Estadística), con la colaboración del IMSERSO y de la fundación ONCE.

La proporción de personas mayores de 65 años que necesitan ayuda por ser incapaces o discapacitados es de dos terceras partes de la población con dichos problemas.

Según los datos expuestos por el INE, existe una totalidad de 269.139 personas con discapacidad que residen en centros, como causa debida a la falta de cuidados ante la ausencia de familiares o debido a que éstos no pueden hacerse cargo de ellos.

En 2008, de las casi 300.000 personas residentes en centros el 85% es como causa de discapacidad, predominando aquellas personas mayores de 65 años casi en un 97%. Esto demuestra la creciente evolución en España de las personas ancianas con discapacidad y el envejecimiento de la población española al igual que la realización de

³ Fuente INE.

las actividades laborales por la mayoría de los familiares que evita estar atentos al cuidado de sus ascendientes.

Realizar un estudio en torno a la capacidad de los ancianos es de gran interés por su impacto potencial en programas sanitarios y sociales que se encarga de la prevención y del cuidado de dichas personas además de los costes que ello conlleva para las administraciones públicas.

Según las encuesta analizada, los mayores de 65 años en España que se encuentran en situación de discapacidad poseen distintos grados en torno a ésta:

El 14% se encuentra en dependencia leve (ayuda en menos de cinco actividades instrumentales).

El 6 % presenta una dependencia moderada (ayuda en una o dos actividades básicas o más de cinco actividades instrumentales).

El 12% presenta una dependencia grave (ayuda en tres o mas actividades básicas de la vida diaria).

De los datos expuestos obtenemos dos importantes conclusiones, la discapacidad en los ancianos españoles esta asociada estrechamente con la edad y el sexo; ahondando mas en las mujeres.⁴

Si anteriormente decíamos que con 50 años se consideraba el inicio de la longevidad, será con 70 años cuando la entrada en situaciones de discapacidad es mas fuerte. Según el INE existen dos patrones básicos respecto a la aparición en los ancianos de un proceso de discapacidad:

El **progresivo**, que se establece paulatinamente, comenzando con una discapacidad y añadiendo discapacidades según van pasando los años.

El **catastrófico**, que se instaura de forma rápida en el anciano y con varias discapacidades a la vez, pero suele mantenerse con similar numero de discapacidades durante un largo periodo de tiempo.

En las personas mayores la discapacidad suele estar generalmente originada por enfermedad común y el proceso de entrada es más lento; se cae en la primera

⁴ RUIPEREZ CANTERA, I.; GÓMEZ PAVÓN, J. ISACH COMALLONGA, M. y SEPÚLVEDA MOYA, D., *prevención de la enfermedad, la discapacidad y la dependencia* Capitulo 5. PP.6,9,10,13

discapacidad y pueden pasar varios años añadiendo todas las demás. El origen de esta deficiencia se encuentra en los procesos degenerativos asociados a la edad. Las enfermedades declaradas en España como causa de discapacidad en el anciano son, en este orden: las enfermedades musculoesqueléticas en un 37%, seguido, en un 20%, de las enfermedades y dolencias del corazón y del aparato circulatorio, en tercer lugar fracturas y traumatismo en un 13%, y en cuarto lugar, en un 4% los problemas psíquicos.⁵

A parte de lo expuesto hay ciertos factores de la persona que influyen en un aumento de la incapacidad como podrían ser el índice de masa corporal, el nivel de actividad física y el hábito de fumar durante la edad adulta. Podríamos añadir que el estado nutricional es un elemento esencial que hace que aumente o disminuyan los riesgos de incapacitación en los ancianos. Llevar a cabo una nutrición adecuada hace que la vida sea un poco más saludable y evita riesgos.

Ante tal situación de dependencia los ancianos que sean portadores de enfermedades que generen deficiencias facultativas, necesitarán una serie de mecanismos de protección que garanticen su seguridad y su bienestar social. Cuando dichos mecanismos, sean civiles o sean sociales, consideren necesaria su actuación buscarán su respaldo en los familiares de dichos ancianos, tal y como hemos descrito anteriormente; pero en el momento en el que un anciano queda desamparado, se genera una inseguridad y desprotección que hay que paliar a través de métodos que aseguren un bienestar social de las personas octogenarias.

⁵ RUIPEREZ CANTERA, I.; GÓMEZ PAVÓN, J. ISACH COMALLONGA, M. y SEPÚLVEDA MOYA, D., *prevención de la enfermedad, la discapacidad y la dependencia* Capítulo 5. PP.8, 9, 11

3.- CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. DISTINCIONES METODOLÓGICAS.

3.1.- CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ⁶

Es menester, para el entendimiento del tema en cuestión, una breve explicación de La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; nos centraremos en los aspectos relativos a los ancianos en situación de discapacidad/incapacidad para ver la regulación y protección de sus derechos.

Dicha convención se ha establecido como una guía que debe orientar a los Estados en torno a la regulación sobre discapacidad y que verá modificados numerosos aspectos de nuestra legislación a lo largo de su aplicación. La presente convención señala en su art.12 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 por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

A través del presente artículo la convención reafirma lo que es completamente incuestionable pues recalca la capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos de todo ser humano y aboga a los Estados a que lleven a cabo todo tipo de modificaciones necesarias para que aquellas personas que poseen dichas características

⁶ INSTRUMENTO de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006., «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.

que impiden el desarrollo normal de sus facultades reciban ayuda necesaria para ejercitar su capacidad jurídica.

En cuanto a los distintos métodos a través de los cuales los Estados pueden servir de sustento para el reconocimiento de dicha capacidad jurídica, la convención establece los siguientes requisitos necesarios para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica:

Respetar los derechos y la voluntad de las personas (luego, instituciones como la autotutela, el mandato de protección y sobre todo, la propia participación de la persona vulnerable o discapacitada en la toma de decisiones que le afectan, devienen idóneas, aunque para la toma de sus decisiones necesiten asistencia y apoyo). Teniendo en cuenta los principios que postula la Convención, donde se habla de “apoyo”, ¿Qué sucede, si el grado de apoyo y asistencia requerida fuese tan elevado que hiciese necesaria “una representación sustitutiva” de tal forma que el asistente actuase de forma exclusiva, en nombre y por cuenta del asistido? No se considera que exista problema, quizá el bastón de apoyo requerido sea tan grueso que veamos bastón y no sujeto, pero tal situación ha de revisarse de forma periódica y la medida no puede ser aplicada de forma estandarizada o estereotipada; la aplicación de medidas sustitutivas de la voluntad ha de ser personalizada.⁷

Inexistencia de conflicto de intereses ni influencia indebida, se vuelve a poner en relieve que la protección de las personas con discapacidad se llevará a cabo por medio de los familiares o a través de la comunidad, es por ello que la actuación de la comunidad deberá ser seria y el ámbito científico entra en juego para poder determinar los grados de discapacidad con la ayuda de la resolución judicial correspondiente; es por esto que ningún experto en medicina podrá ejercer un cargo de tutela o curatela sobre los pacientes que éste trata. Así pues, si la persona sobre la cual se pretende ejercer la protección no ha determinado aquel sujeto que actúe como asistente legal, deberá

⁷ ESPÍÑEIRA SOTO, I. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como guía que debe orientar la travesía de los Estados al legislar sobre discapacidad*; documento como doctrina obtenido a partir de www.notariosyregistradores.com el 23 de febrero de 2014.

tenerse en cuenta para su elección una serie de circunstancias entre las que encontramos:

los posibles conflictos de intereses y no puede ser nombrado la persona física que está en una relación de dependencia o en cualquier otra muy estrecha con el centro, asilo o cualquier otra institución donde está internado o vive el mayor de edad, a salvo, la asistencia legal que recae en personas jurídicas legalmente reconocidas.

Necesidad de Medidas proporcionales y adaptadas a las circunstancias e intereses personales. Una medida usurpadora e invasora de la autonomía de la persona protegida (en cierta medida, la tutela española) solo puede tener lugar cuando una menos restrictiva (por ejemplo, la curatela) no sea suficiente para salvaguardar los intereses de la persona bajo protección. En Alemania, guiados por el principio de “la necesidad”, el parágrafo 1896.2 del BGB señala que un asistente legal solo puede ser nombrado para un ámbito de funciones en que es necesaria dicha asistencia y no es necesaria en la medida en que en que los asuntos del mayor de edad, puedan ser gestionados, de manera tan eficaz como lo haría un asistente legal, por un apoderado o a través de otros medios; y en Francia, el artículo 440 del CC establece de forma determinante que la tutela solo procede si curatela y salvaguarda de justicia no pueden asegurar una protección suficiente.

Consideramos relevante citar este comentario ya que habla de las numerosas regulaciones existentes en distintos países de la unión europea para así poder compararlas con nuestra legislación actual

La medida debe ser proporcional e individualizada en función del grado de alteración de las facultades personales del interesado. No se respetaría, en mi opinión, la proporcionalidad si bajo el estandarte de la “loable protección” de la persona con discapacidad intelectual se eliminase de forma estandarizada su posible o probable capacidad de ejercicio, aunque ésta se ciña a cuestiones personales o patrimoniales, elementales, “dónde vivir, a quién quiero ver o qué vestimenta quiero lucir”.⁸

Dichas medidas se deberán aplicar con la mayor brevedad y están sujetas a numerosos controles periódicos por una autoridad competente.

Lo que se busca en este ámbito es llevar a cabo todo tipo de precisiones y disposiciones que aseguren el derecho de las personas con discapacidad en un periodo

⁸ ESPÍÑEIRA SOTO, I. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como guía que debe orientar la travesía de los Estados al legislar sobre discapacidad*; documento como doctrina obtenido a partir de www.notariosyregistradores.com el 23 de febrero de 2014.

de tiempo breve, y asegurar la igualdad de condiciones patrimoniales y personales con los demás.

3.2 Discapacidad:

Aquella persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas.⁹

Debemos diferenciar los distintos conceptos de discapacidad, así pues conocemos por **discapacidad en sentido amplio** aquella que se encuentra establecida en el art. 1.1 CDPD¹⁰ y que englobaría a todas las personas con discapacidad merecedoras de protección jurídica. En segundo lugar, **discapacidad en sentido estricto**, que recoge a aquellos individuos que se encuentren afectados por una minusvalía física igual o superior al 65 por ciento, o los afectados por una minusvalía psíquica superior o igual al 33 por ciento; éstos pueden encontrarse favorecidos por a ley de patrimonios protegidos, Ley 41/2003, o ser beneficiarios de las prestaciones establecidas en la Ley 39/2006.¹¹

Una vez expuestos los dos tipos de discapacidad, es menester establecer una importante delimitación entre ambas pues la discapacidad en sentido amplio es aquella que viene dada por la Convención de Nueva York de 2006 y que se encuentra actualizada en nuestra legislación a través de ésta; mientras que la discapacidad en sentido estricto es la que viene determinada a través de la Ley 41/2003.

La discapacidad es aquella condición bajo la cual hay personas que presentan ciertas deficiencias mentales, físicas, sensoriales o intelectuales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con las demás.

⁹ Definición de la Real Academia Española

¹⁰ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

¹¹ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Manual Derecho Civil Parte General*, Tema 9 Madrid, 2012, ed. Dykinson, edición 3ª.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ONU en 2006, define como persona con discapacidad de manera genérica a quien padece de una o más discapacidades.

Ésta reconoce que

[l]a discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹².

Asimismo, entiende en el art. 1 que

“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.”

Ahora bien, existen una serie de mecanismos recogidos en nuestro ordenamiento jurídico que llevarán a cabo una protección de dichas personas discapacitadas o ancianos que no puedan valerse por sí mismos como por ejemplo podría ser a través de la tutela, la curatela o por medio del defensor judicial, tal y como establece el art. 215 CC.

Según lo establecido en el art. 2 de la Ley 41/2003, únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad

...las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento. El grado de minusvalía mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme

Conforme a la Disposición Adicional Cuarta del CC, introducida por la misma Ley 41/2003, este concepto de discapacidad es el que se aplicará cuando el Código Civil se refiera a personas con discapacidad.

3.3 Incapacitación

Consiste en la comúnmente denominada “incapacitación tradicional”, que a diferencia de lo establecido con anterioridad en torno a la discapacidad, carece de adaptación y sujeción a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La incapacitación es la situación declarada judicialmente de la carencia de la aptitud para la realización de actos jurídicos; según lo establecido en el art. 199 CC: “Nadie

¹² Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.” Es requisito indispensable que la sentencia de la modificación judicial de la capacidad de obrar tenga **carácter constitutivo**, dicha sentencia es el único cauce para limitar, en mayor o menor medida, la capacidad de obrar de las personas físicas, que de otro modo se presume plena.

El ámbito de la denominada incapacitación son aquellos individuos declarados como tales a través de sentencia judicial por sufrir enfermedad que les impide gobernarse a sí mismos, de conformidad con los arts. 199 y 200 CC.¹³

El art.199 CC hace dos precisiones decisivas: la primera de ellas es que nadie podrá ser declarado incapaz, independientemente del grado, si no es por sentencia judicial, y la segunda es la existencia de una reserva de ley respecto a las causas de dicha modificación. Éstas vienen determinadas por el artículo 200 CC: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma.”

Hemos de destacar la posición mayoritaria de la doctrina considerando como constitutiva aquella sentencia creadora de un estado civil o situación que no existía con anterioridad frente a la posición minorista que considera dicha sentencia como declarativa. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que mientras no haya recaído sentencia firme, rige la presunción iuris tantum de capacidad de las personas, y así lo dispone numerosa jurisprudencia, “la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada” (STS de 1 de Febrero de 1956 [RJ 1956, 680] o sentencias que recuerdan la presunción de capacidad de los no incapacitados (STS de 30 de Noviembre de 1991 [RH 1991, 8582], STS de 16 de marzo de 2001 [RJ 2001, 6635]).

Esta delimitación legal descrita en el art.200 CC establece una serie de causas que vamos a analizar en torno a tres puntos:

En primer lugar, la calificación funcional de la aptitud para el autogobierno. El juez lo que pretende calificar en este punto es aquella capacidad que tiene la persona de gobernarse a si mismo, pues la falta de ésta conllevaría a un presupuesto legal de

¹³ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Manual Derecho Civil Parte General*, Tema 9 Madrid, 2012, ed. Dykinson, edición 3ª.

incapacitación. El objetivo principal es relacionar la enfermedad del individuo con aquellas habilidades esenciales para el desarrollo de una vida normal.

En segundo lugar, enfermedades o deficiencias: en torno a la persistencia y el carácter cíclico de algunas enfermedades. Destacar que es requisito necesario en la declaración de incapacitación una situación de enfermedad persistente en el tiempo o duradera, cuya finalización se desconozca, pues no conllevaría esto a la declaración de incapacidad si no a una suspensión del acto realizado en esas circunstancias. Para poder acreditar la persistencia de la enfermedad será necesario un análisis al dictamen pericial, el reconocimiento por parte del juez del estado de la persona y sus perspectivas de futuro.

En tercer lugar, enfermedades o deficiencias psíquicas o físicas que pueden determinar una incapacitación. El informe pericial determinado a través de los criterios establecidos por el DSM-IV¹⁴, deberá dar respuesta a las características y naturaleza de la enfermedad, la persistencia y cronicidad; y el grado de afección para la capacidad de autogobierno.

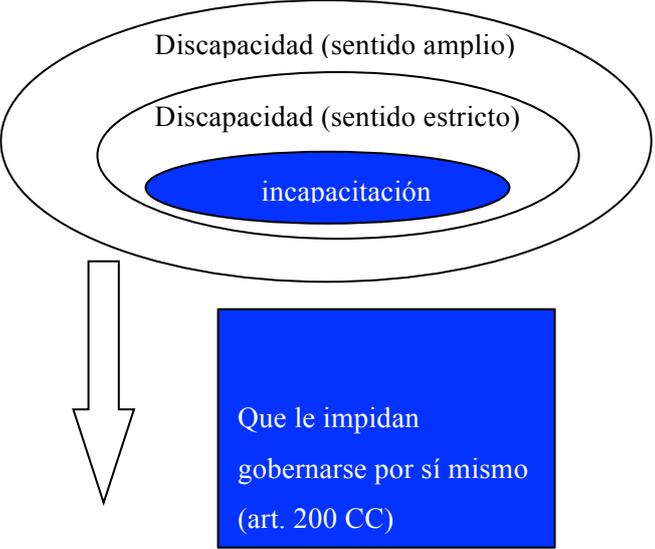
Es importante destacar el caso de la sordomudez, que con anterioridad al año 2003 era causa de incapacitación pero tras una reforma, deja de serlo, pues con la enseñanza de la persona y su instrucción esta podrá comunicarse y conservar sus capacidades psíquicas, con esto queremos mostrar la posibilidad de mejorar y evitar la circunstancia que genere esa incapacidad actualizándose y formándose mediante la adecuación a los tiempos.

Para mayor entendimiento de las cuestiones planteadas acerca de la incapacitación, discapacidad y convención estudiada, recojo un cuadro del profesor Ruiz de Huidobro¹⁵

¹⁴ El *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (en inglés *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM*) de la Asociación Estadounidense de Psiquiatría (en inglés *American Psychiatric Association*, o APA) contiene una clasificación de los trastornos mentales y proporciona descripciones claras de las categorías diagnósticas, con el fin de que los clínicos y los investigadores de las ciencias de la salud puedan diagnosticar, estudiar e intercambiar información y tratar los distintos trastornos mentales.

¹⁵ Tomado de RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M., *Manual Derecho Civil Parte General*, Tema 9, cuadro explicatorio. Madrid, 2012, ed. Dykinson, edición 3ª.

Deficiencias físicas, psíquicas o intelectuales y sensoriales a largo plazo (permanentes)
dificulten su participación plena y efectiva en la sociedad
Ley 26/2011
Convención Internacional 2006



Minusvalía psíquica (33%), física o sensorial (65%)
Leyes 41/2003 → Constitución de patrimonios protegidos
Ley 39/2006 → Reconocimiento ciertas prestaciones

4. MECANISMOS CIVILES Y MECANISMO SOCIALES DE PROTECCIÓN.

A toda persona mayor de edad se le presupone plena capacidad jurídica y plena capacidad de obrar, pero en determinados casos es necesario articular *medidas de protección* para aquellas que, por encontrarse con limitaciones por una discapacidad, necesitan apoyos que les posibiliten acceder a una vida social, económica y jurídica igual que a la del resto de la ciudadanía. Es decir, algunas personas necesitan instrumentos jurídicamente regulados para proteger su persona y/o su patrimonio.

En este sentido nuestro ordenamiento jurídico utiliza como instrumento protector el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar a través del cual se establecen los mecanismos idóneos para que con su representación, asistencia o apoyo, las personas con discapacidad que precisen ver modificado el alcance de su capacidad de obrar, puedan ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones como cualquier otro ciudadano.

Los métodos y ayudas impartidas por el Estado para este tipo de situaciones en las que una persona se encuentra en situación de discapacidad o incapacidad que no le permita gobernarse por sí mismo, suelen fundamentarse en los familiares directos del afectado, pero ¿qué ocurre con aquellas personas de avanzada edad, y sin familia directa, que poseen un grado determinado de discapacidad o incapacitación que no le permita poder desarrollar todas sus funciones?.

A continuación expondremos una serie de mecanismos y métodos civiles y sociales que se encuentran hoy en día en nuestra legislación cuya finalidad es la protección de las personas ancianas con discapacidad/incapacidad.

4.1.- Mecanismos civiles:

4.1.1 Técnicas de protección de los discapacitados de la Ley 41/2003.

Los siguientes mecanismos de protección recogidos civilmente son aquellos que encuentran como destinatarios a las personas con discapacidad y que han sido definidos por la Ley 41/2003.

A).-Patrimonio protegido: regulado en la Ley 41/2003, de 18 de Noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Es un mecanismo de protección basado en un nuevo sistema que se encarga de la administración del patrimonio de las personas que no pueden hacerse cargo de éste, que

al constituirse queda vinculado de manera inmediata a satisfacer las necesidades vitales de la persona que padece esta circunstancia, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma.

Los bienes y derechos que conforman el patrimonio de la persona discapacitada pierden su personalidad jurídica y se separan del patrimonio de la persona sometándose a un mecanismo de administración y supervisión concreto. Es lo que se llama como un patrimonio de destino cuya finalidad esencial son la satisfacción de las circunstancias vitales.

A continuación haremos una descomposición en cuanto a los factores mas determinantes de dicha ley para un mayor entendimiento:

persona beneficiaria: persona discapacitada y afecta por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o los afectados por una minusvalía física o sensorial del 65% o superior¹⁶. Cabe destacar que no será necesario para constituir el patrimonio protegido que concurren los requisitos de incapacitación recogidos en el art.200CC.

Constitución: podrá llevarse a cabo a través de la persona que posee la discapacidad, o si no tuviera plena capacidad para ello, podrán constituir esta protección patrimonial tutores, padres, curadores o guardadores de hecho (Art 3 Ley 41/2003).

Será necesaria la constitución a través de un **documento público** y en el caso de que la solicitud de constitución se tramite por medio de un fiscal, se determinará a través de resolución judicial. Al igual que las aportaciones al patrimonio, que deberán constituirse por medio de documento público o resolución judicial.

En cuanto al art.5 de la Ley 41/2003, es necesario destacar la amplia posibilidad de **administración** del patrimonio de la persona discapacitada pues corresponderá a quien constituya el patrimonio, o bien se podrá confiar a terceras personas o instituciones encargadas para ello cuya finalidad no es lucrativa siempre y cuando el constituyente lo decidiera.

¹⁶ Art. 2 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*

No será necesaria la subasta pública para la enajenación de bienes y la persona que administre el patrimonio que no sea el beneficiario de éste actuará como representante legal para todos los actos de administración de los bienes.

La **extinción** de la presente situación de protección del patrimonio para la persona con discapacidad sucede cuando se produce el fallecimiento de la persona protegida o cuando ésta vea reducido el grado de discapacidad necesario para poder ser beneficiario¹⁷.

En lo correspondiente a la supervisión del patrimonio, dicta el art. 7 de la presente ley, que la ejercerá el ministerio fiscal ante el cual deberá rendir cuentas el administrador del patrimonio “cuando no sea la propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio o sus padres”.

B) Apoderamiento preventivo: poder otorgado cuya finalidad principal reside en solucionar aquellos momentos que suceden entre una pérdida de las facultades propias de un individuo, que se conoce como discapacidad natural, y la incapacitación declarada judicialmente. Se adjunta modelo de apoderamiento en el segundo anexo. Distinguimos dos tipos de apoderamientos:

Apoderamiento preventivo en sentido estricto: se otorga en previsión de incapacidad del poderdante; y dentro el término “incapacidad” al que se refiere el artículo 1.732 del Código Civil, cabe un amplio margen de posibilidades.

Básicamente se trata de que el poderdante establezca cuándo dicho poder ha de desplegar sus efectos: sea cuando el poderdante se vea afectado por determinado grado de minusvalía física o psíquica a acreditar por el apoderado a través de dictamen médico, sea cuando el poderdante devenga incapaz dejando al apoderado dicha apreciación, o bien cuando el poderdante esté incapacitado judicialmente ya que perfectamente puede coexistir un órgano tutelar de guarda y protección con un apoderamiento, por ejemplo específico, que requiera en el apoderado cierta profesionalización, pensemos en un tutor que coexiste en sus funciones con un apoderado con facultades de administración de una finca dedicada a una explotación

¹⁷ Art 6, Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad

agraria. Estos apoderamientos podrán terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (1.732 del CC)¹⁸.

Apoderamiento con subsistencia de efectos: apoderamiento que surte sus efectos desde el momento de su otorgamiento y, al igual que en el supuesto anterior, podrán terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor (1.732 del CC).

A diferencia del anterior (que es causalizado) éste no lo es de forma inmediata. Sí una persona apoderada, comparece con un apoderamiento preventivo en sentido estricto, para ejecutar y llevar a efecto una de las facultades contenidas en el mismo nos encontramos con que, se deberá acreditar dicho hecho con un dictamen médico.¹⁹

C) Autotutela: consiste en una institución de protección para incapacitados que según el art. 223, párrafo 2º del Código Civil, es “la institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, puede en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes incluida la designación de tutor”.

Analizando el artículo correspondiente se observa la posibilidad de autorregulación que se le concede a la persona, que va mas allá de la mera designación del tutor, y que en cierto modo vendría a sustituir la intervención del juez.

En cuanto a quien puede hacer uso de ella, dice el art. 223 CC que “la persona con capacidad de obrar suficiente”, es aquí donde cabría subrayar la “discusión” planteada por el hecho de que el menor emancipado tenga capacidad para constituir la autotutela, basándose en los argumentos expuestos en el art.323 CC que le “habilita para regir su persona y bienes como si fuese mayor”²⁰; y en contra de dicho argumento se posiciona Dávila Huertas, quién establece la necesidad de tener la plena capacidad, es decir, ser mayor de edad.

¹⁸ ESPIÑEIRA SOTO, I. *Apoderamiento preventivo y Autodelación de la tutela*, Notario. Doctrina obtenida en la web www.notariosyregistradores.com.

¹⁹ ESPIÑEIRA SOTO, I. *Apoderamiento preventivo y Autodelación de la tutela*, Notario. Doctrina obtenida en la web www.notariosyregistradores.com.

²⁰ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *Revista del ilustre Colegio Notarial de Madrid, el Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2014, N°53

Examinando el art. 223CC, donde se requiere capacidad de obrar suficiente, llegamos a la conclusión de que el menor emancipado podrá constituir la autotutela pues tiene capacidad para realizar el negocio, ya que no se exige plena capacidad sino suficiencia de ésta.

La autotutela es un negocio jurídico que se caracteriza por estar influenciada en parte por el derecho de familia pues ésta puede limitarse por intereses familiares o sociales; es unilateral debido a que no necesita la aceptación de nadie; recepticio ya que para sus efectos necesita que la declaración de voluntad sea dada a conocer a otra persona, al nombrado y a la autoridad judicial y, por último, personalísimo, es por esto que solo puede ser ejercida por su titular.

Se cimenta, principalmente, en el reconocimiento de la capacidad de obrar de las personas permitiéndoles la posibilidad de elegir su protección o regulación para el hipotético caso de una incapacidad; respetando el principio de plena libertad personal.

El art. 223 CC se refiere al contenido de la misma de modo muy genérico permitiendo adoptar «cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor». Los generosos términos en que ha sido redactado este artículo parece que anuncian un amplio margen de la voluntad.

En lo relativo a la designación del tutor, se establece la posibilidad de que ésta sea positiva o negativa, es decir, seleccionar a los que se quieran que les representen o excluir a los que no se quieran. Además No hay duda de que el interesado podrá establecer las previsiones que estime oportunas sobre el modo en que el designado deberá proceder, tanto en el cuidado personal como en la administración de su patrimonio, imponiendo los mecanismos de control que estime convenientes.

La duda que surge es si podrá suplir la necesidad de autorización judicial que impone el Código para ciertos actos especialmente relevantes, o sustituirla por la autorización de otro órgano de fiscalización que se constituya en la escritura de autotutela.²¹

D) Contrato de alimentos: analizando lo relativo a dicho contrato y considerando los aspectos más importantes sin entrar en demasiada materia; determina el art.1791 CC

²¹ PEÑA VICENTE. M *La autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?, doctrina*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N° 1, 2007 , PP. 1862-1870, Madrid, 2007.

que : “Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos”.

Mecanismo a través del cual cualquier sujeto puede ceder o transmitir a otro u otros un determinado capital ya sean bienes o derechos, con la finalidad de que quien los recibe ejerza un cuidado y asistencia ya sea física o afectiva a la persona que ha entregado el capital o aquella que estipule la persona que paga.

Existe total libertad a la hora de determinar la persona encargada de prestar los cuidados, pero existe un mínimo que recoge nuestro Código sobre el perfil del alimentista. Por otro lado, el propio artículo 1793 CC no establece unas necesidades básicas que debe contener dicho contrato pues dependerá de las necesidades del alimentista y de su persona.

El contrato finaliza con el fallecimiento del alimentista o los alimentistas, en lo relativo a la muerte del alimentante, existe la posibilidad de una transmisión de dicho contrato a los herederos de éste, siempre y cuando los sucesivos herederos tenga una serie de cualidades determinantes que permitan llevar a cabo el cumplimiento del contrato, pues en caso de no poder hacer frente a éste se buscaran otro tipo de soluciones como podrían ser novación del contrato, nuevas obligaciones fijadas judicialmente o resolución del contrato entre otras.

4.1.2 Protección tradicional para incapacitados.

Es un tipo de protección de carácter institucional que se dirige para aquellas personas que no pueden gobernarse a sí mismo conocidas como incapacitados.

E) Tutela: Sancho Rebullida define la tutela como “Aquella institución que sirve para la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de los incapacitados no sujetos a la patria potestad, así como para la administración de su patrimonio”.

La función tutelar es de tipo protector, y por medio de ésta se encomienda a una o mas personas (físicas o jurídicas), la guarda y protección de su persona y bienes, o sólo de la persona o bienes, la representación de éstos en todos aquellos actos que no pueda realizar por sí mismos, y la administración de su patrimonio, o sólo esta última

administración, todo ello en beneficio del menor o incapaz. Siempre bajo la salvaguarda del juez y vigilancia del Ministerio Fiscal.²²

El tutor, que consiste en la persona o personas, que a través del nombramiento concedido por la autoridad judicial competente y bajo la vigilancia y el control de la misma junto con el Ministerio Fiscal, tiene como finalidad el cuidado y educación de los menores o incapacitados sometidos a tutela, representarlos en los actos que no pueda realizar la persona afecta y administrar su patrimonio.

Existen hoy en día dos tipos de organización de la tutela, en primer lugar la tutela de familia que se caracteriza porque la organización de la tutela es de orden privado, se funda en la presunción de afecto e interés familiar. El Consejo de Familia, tiene un papel fundamental, sólo por excepción aparecen los poderes públicos. En segundo lugar se posiciona el sistema de tutela de autoridad, de carácter subsidiario, confía la alta dirección de la tutela a organismos judiciales y/o administrativos, se asienta sobre el principio de que faltando los padres o familiares que puedan hacerse cargo, sólo el Estado puede hacerse cargo de los menores o incapaces.²³

Será la tutela de autoridad aquella objeto de nuestro trabajo pues nos centramos en los mecanismos de protección que se ejercen para los discapacitados y ancianos sin familia directa, donde juega un papel importante la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas.

Con la Reforma operada por Ley de 24 de octubre de 1983, que afecta a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil (de la incapacitación, de la tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados), se implanta el sistema de tutela que a nosotros nos interesa conocido como sistema de tutela de autoridad.

F) Curatela: a través de la ley de 24 de Octubre de 1983 se recupera la figura del curador, estableciéndola de una manera separada de la tutela y que se encuentra definida

²² ARAGONÉS ARAGONÉS, R., *Constitución de la Tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza. P.2* Doctrina obtenido a través de la web www.derechocambiosocial.com, el 27 de marzo de 2014

²³ ARAGONÉS ARAGONÉS, R., *Constitución de la Tutela. Nombramiento de tutor. Inventario y fianza. P.3* Doctrina obtenido a través de la web www.derechocambiosocial.com, el 27 de marzo de 2014

como aquella institución, de menor envergadura que la tutela, cuya finalidad esencial reside en la asistencia a otra persona complementando su escasa capacidad de obrar en aquellos aspectos donde la persona no puede actuar por sí sola.

La tutela y la curatela, están completamente diferenciadas, aunque existe una verdadera semejanza recogida en el art. 291 CC : “Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados”.

La curatela se encuentra regulada en los arts. 286 y ss del CC estableciendo:

Aquellos casos en los que se podría llevar a cabo la aplicación de la curatela: están sujetos a curatela los emancipados con padres fallecidos o que estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley, los que obtuvieran el beneficio de la mayoría de edad, o aquellos declarados pródigos. En estos casos, la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos.²⁴

Se ejercerá la protección del incapaz por medio de la curatela a aquellas personas cuya sentencia de incapacitación o resolución judicial que modifique la capacidad, determine esta forma según el grado de discernimiento.²⁵

Dispone el art. 289 CC que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos casos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Por lo tanto encontramos una limitación en cuanto a ésta pues no podrá excederse de lo dispuesto en la sentencia. Sin embargo el artículo siguiente, 289 CC, describe que si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos que necesiten de la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial.

En lo referente al nombramiento, dictan los arts. 191 y 292 CC, en resumen, que se aplicarán las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remonición de los tutores; además de que “Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo

²⁴ art. 288 CC

²⁵ art. 287 CC.

tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa.”

Por último, conviene resaltar que los actos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.

G) Defensor judicial: Es la persona que asiste al menor o al incapacitado en situaciones en que no pueda hacerlo sus progenitores, tutores o curadores, como por ejemplo podría ser un conflicto de intereses entre tutor y tutelado, o cuando el tutor o curador no realice sus funciones, también, por ejemplo, cuando exista remoción del tutor o curador o éste caiga en situación de inhabilidad, hasta que se nombre un nuevo tutor .

Es designado por el juez, que será quien determine su funciones atendiendo a las necesidades del incapacitado. Puede que su actuación solo sea necesaria para casos concretos o que sea requerido para ejercer la administración provisional de los bienes de la persona incapaz. En el supuesto que sustituya transitoriamente al tutor, asumirá la guarda del incapacitado y de sus bienes y la funciones del mismo en este caso tendrán carácter provisional.

H) Guardador de hecho. Regulado en los arts. 303 y siguientes del CC, que determinan que

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.

Entendemos por guarda de hecho aquella situación en la que una persona mayor que por sus debidas condiciones se encuentra en una situación de incapacidad, en relación al tema que nos atañe, está bajo la protección de una persona física o jurídica que actúa como si se tratase de una figura legal sin tener tal condición.

La figura de guardador de hecho se debe entender como aquella persona que sin tener potestad legal para el cuidado de un anciano incapacitado, ejerciera respecto de ellas alguna de las funciones que son propios de instituciones tutelares o se hubiera encargado de la protección de la persona o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses.

La guarda de hecho puede atravesar por dos fases completamente diferenciadas como son: en primer lugar, la guarda de hecho “a secas”, situación de hecho que no legal, con su respectiva regulación indicando su desarrollo, produciendo ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado; y en segundo lugar, la guarda de hecho comunicada a la autoridad judicial competente, que desde entonces no será una situación de hecho, sino que adquiere algunas facetas tutelares donde destaca el control por parte judicial.

4.2 Mecanismos sociales de protección:

Este tipo de protección frente a los discapacitados ancianos compete al Estado y Administraciones Públicas, las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y otros Organismos Públicos y privados.

A continuación nos centraremos en las distintas regulaciones y mecanismos establecidos a nivel estatal para posteriormente llevar a cabo una exhaustiva explicación de los mecanismos protectores existentes para las personas ancianas con discapacidad/incapacidad y sin familia directa establecidos en las Comunidades Autónomas, destacando la regulación en Andalucía.

Protección según lo establecido en la normativa estatal:

Prestaciones monetarias: Será el Sistema de Seguridad Social el que conceda todo tipo de asistencias de carácter contributivo o no contributivo, en forma de renta o capital asociadas a la discapacidad²⁶. Para recibir este tipo de contribuciones otorgadas a través de las prestaciones monetarias de la seguridad social, será necesario que la persona que lo recibe se encuentre en una situación de gran invalidez (situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos)²⁷; en caso de padecer el estado de gran invalidez y que dicha prestación sea concedida a personas mayores de 65 años a

²⁶ FERNÁNDEZ DÍAZ, A. VICENTE MERINO, A, ESCOT MANGAS, L. MARTÍNEZ AGUADO J. y SAINZ DE BRIONES, J. *Discapacidad y mecanismos de protección social: el grado de conocimiento de la sociedad española..* Universidad complutense de Madrid. P. 25

²⁷ Definición concedida por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Gobierno de España

la que le haya sido otorgada una pensión, prevalecerá lo segundo sobre lo primero; no se reconocerá la gran invalidez.

Servicios sociales: se caracterizan por ser un tipo de ayuda de carácter no monetario reguladas por parte del Estado pero con competencias concedidas a las Comunidades Autónomas.

La regulación llevada a cabo por parte el Instituto Nacional de Servicios Sociales, establece una serie de ejemplos que podrán utilizarse para poder cubrir una serie de necesidades para los ancianos. Así pues nos encontramos con Residencias asistidas y mixtas, reguladas por una orden establecida en 1985, centros de atención a minusválidos, centros de atención a minusválidos psíquicos, los centros estatales y experimentales de atención a minusválidos psíquicos de 1992 entre otros.

Servicios sanitarios especializados: el Acuerdo marco de Coordinación Socio-sanitaria de 1993, entre los Ministerios de Sanidad y consumo y Asuntos Sociales se encargó de establecer una serie de prestaciones y ayudas sociales a las personas de avanzada edad e incapacitados o discapacitados buscando una adecuación colaborativa entre los servicios sociales y sanitarios para las personas mayores con el fin de mejorar la cuantía desembolsada en relación a los recursos utilizados y así poder coordinar de manera eficiente las actuaciones de ambos servicios y evitar la duplicidad de ayudas. La mayoría de personas de avanzada edad encuentra cobertura a su dependencia a través del Sistema Nacional de Salud, y casi el cien por cien de la población utiliza la sanidad pública.

En el ámbito en el que nos situamos llegamos a un punto en que se ha producido, desde el año 2002, una transferencia por parte del Estado a las Comunidades Autónomas de gestión de los sistemas sanitarios, entre los cuales, y referidos a los ancianos, podemos destacar: programa del anciano, programa de atención domiciliaria a pacientes inmovilizados y atención a terminales, la hospitalización domiciliaria o cuidados informales entre otros.

Ayudas fiscales: el ámbito fiscal también ejerce una labor de colaboración ante ancianos discapacitados o incapacitados a través del IRPF mediante deducciones por edad o por determinadas discapacidades. Las personas mayores de 65 años ven incrementado su mínimo personal en este impuesto como consecuencias de su avanzada edad.

Ayuda de cuidadores: mecanismo social basado en el ámbito familiar de la persona incapacitada, y claros ejemplos de ello lo evidencian como es el caso de la prestación de gran invalidez del sistema de Seguridad Social o la pensión a favor de familiares, cuya función esencial es el pago de una determinada cantidad a aquellas personas que se encuentran en servicios de atención al discapacitado o incapaz. Según lo establecido en Ley 39/1999 en su artículo cuarto titulado *excedencia por cuidado de familiares*, existe la posibilidad de otorgar a la persona trabajadora familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, la excedencia por no mas de un año, salvo negociación colectiva, para el cuidado de ésta persona por razones de edad o de no valerse por si misma entre otras.

5. LA PROTECCIÓN DE LOS ANCIANOS DESAMPARADOS DEL ART. 239.3 CC:

La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

La entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá, por ministerio de la ley, la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

El presente artículo es considerado como esencial dentro de lo que buscamos en este trabajo pues sirve de “llave” para dar a lo que queremos explicar con posterioridad; procederemos a un exhaustivo análisis resaltando la importancia no de los dos primeros párrafos y sí del tercero.

Es un artículo de origen diverso pues sus dos primeros párrafos han sido elaborados a través de la Ley 21/1987, de 11 de Noviembre; mientras que el tercero ha sido introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Nuestra búsqueda se centra en mecanismos de protección para ancianos sin familia directa, no buscamos las soluciones establecidas para los menores, pero el artículo nos sirve para, de manera analógica, determinar que corresponde a las entidades públicas la tutela de los ancianos incapaces y sin familia directa.

En cuanto a la tutela administrativa de los incapaces, debemos destacar la intención del párrafo tercero, pues trata de resolver las situaciones de personas incapaces, en principio mayores de edad, que se encuentran en situación de desamparo o carecen de tutor, tal y como, en parte, señalaba la enmienda de adición a través de la cual se introdujo: “ hacer frente a posibles situaciones en que un incapaz se encuentre sometido a tutela, pero esté en total desamparo moral o material. Para tales supuestos, según

establece el precepto, asumirá la tutela “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces”.²⁸

El estudio del artículo se llevará a cabo a través de una descomposición basada en los siguientes puntos:

Sujetos de la norma: debemos considerar que únicamente se aplica el art. 239.3 CC si se trata de una persona sobre quien haya recaído una declaración de incapacitación, y de otra, entender que el precepto podría resultar también aplicable a personas naturalmente incapaces, esto es, quienes, teniendo deficiencias físicas o psíquicas de carácter persistente que les impiden gobernarse por sí mismos (art.200 CC), no han sido declarados incapaces.²⁹

Nos surge la duda si las administraciones públicas podrían llevar a cabo el ejercicio de un cargo tutelar para aquellas personas que se encuentran en una situación de incapacidad, sea judicialmente declarado o sea naturalmente incapaz. Pues bien, el ejercicio del cargo tutelar lleva consigo la actuación por nombre de una determinada persona con el fin de garantizar el bien para ésta, es un cargo que atañe verdadera importancia pues se incurre en la esfera personalísima del individuo que no puede gobernarse por sí mismo, por lo tanto será necesaria la declaración judicial de incapacidad además de encontrar una serie de medidas procesales reforzadas (756 a 763 LECiv). Es por esto que desde nuestro punto de vista no cabría el ejercicio de cargo tutelar por mera incapacidad natural pues sería necesaria la declaración judicial de incapacitación ya que en el caso de no hacerlo supondría una ruptura del sistema de derecho.

Falta de tutor: es el primer supuesto establecido en el apartado tercero; la falta de una persona que se haga cargo de aquella mayor de edad incapacitada conlleva a que la administración pública ejerza el cargo tutelar garantizando la protección y el buen fin para el incapaz.

²⁸ DE PABLO CONTRERAS, P. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Coords.), *Código Civil Comentado Volumen I*, Ed. Civitas Thomson-Reuters de 2011, p. 1119,

²⁹ DE PABLO CONTRERAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 1120,

En cuanto a la relación de los arts. 234 y 235 CC con el art. 239 CC en cuestión, debemos destacar la primacía de los dos primeros artículos mencionados frente a la subsidiariedad del segundo, aunque si que existe una estrecha relación entre ambos, pues la entidad pública deberá ser el último recurso al que recurre el juez para el nombramiento del tutor que garantice su protección y representación y así poder evitar comportamientos basados en la comodidad de los jueces y garantizar el máximo beneficio al tutelado.

Existencia del desamparo: la tutela que surge en caso de desamparo, no constituye una tutela civil ordinaria sino una medida de protección de carácter administrativo -al modo de la que se recoge en el art. 172 CC- para remediar las situaciones de desamparo. Se estaría incluyendo, entonces en el artículo 293.3 CC, un poder jurídico atribuido a la Administración que habilitaría para declarar el desamparo y adoptar las medidas necesarias para su remedio.³⁰

Destacar que, este tipo de tutela administrativa, a diferencia de la civil, se extinguirá cuando dicha persona no se encuentre en una situación de desamparo.

La entidad pública: considerado como el ámbito subjetivo activo que tendrá encomendado el cuidado de la persona incapaz en función de su territorio.

Lo difícil, en lo relativo a la entidad pública, es saber cual será aquella que se hará cargo del anciano incapaz, pues en el precepto no se señala la entidad concreta, única y simplemente se remite al ámbito territorial donde se sitúe la causa. Con todo esto, no resultará sencillo pues la pluralidad de organismos públicos, delegaciones del gobierno, entidades, diputaciones y ayuntamientos, entre otros muchos, dificulta la concreción de la protección; pero lo esencial radica en el art.242 CC: “inexistencia de finalidad lucrativa y dedicación a la protección de menores incapacitados”.

Por lo tanto, todos los entes son susceptibles de ser nombrados como tutor, en consecuencia, serán las circunstancias del caso concreto, proximidad con el tutelado, cercanía o numero de tutelas asumidas por ejemplo, las que permitirán determinar cual haya de ser la entidad que deba asumir la tutela. Junto con ello, y una vez que una

³⁰ DE PABLO CONTRERAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 1119.

persona jurídico pública asuma la tutela con apoyo en las competencias genéricas en materia de “asistencia social”, habrá de procederse a la determinación del específico órgano que ha de ejercerla. Delimitación que constituye una cuestión de organización administrativa interna: será la persona jurídico-pública que asuma la tutela la que señalará tal extremo.³¹

La asunción de la tutela “por ministerio de la ley”: la expresión a comentar nos lleva a la conclusión de que la entidad pública deberá asumir de manera automática, por lo dispuesto en la ley, la tutela del incapaz siempre y cuando se cumplan los requisitos de desamparo e imposibilidad de nombrar un tutor, por lo tanto genera cierta controversia pues se considera que la entidad pública deberá adoptar la tutela sin ningún tipo de queja planteable aún cuando carezca de medios para ello.

Existe la posibilidad de ejercer un cargo tutelar a través de dos o mas entidades públicas destacando la importancia de no ser necesario el nombramiento judicial. La constatación del hecho del desamparo del “incapaz” por la “entidad pública” ha de resultar suficiente a efectos de asunción de la tutela. Con todo, los inconvenientes prácticos que tal solución legal plantea, hacen recomendable una regulación mas detalla.³²

La presente explicación del art.239 CC nos sirve de “anclaje o llave analógica” para poder hacer referencia a las actuaciones de las entidades públicas por parte de las Comunidades Autónomas en el ámbito del anciano que se encuentra en situación de incapacidad y carece de familia directa.

Es por ello que procederemos a una explicación de la situación de estas entidades para la protección de dichas personas a nivel autonómico ahondando en la regulación de Andalucía para el caso en cuestión.

³¹ DE PABLO CONTRERAS y VALPUESTA FERNÁNDEZ, op. cit., p.1125.

³² Ibidem, p. 1126,

6. COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, ESPECIAL ATENCIÓN A LA LEGISLACIÓN ANDALUZA.

Tradicionalmente, han sido los familiares los que mediante un apoyo considerado algo “informal”, se han encargado del cuidado de dichas personas ancianas con estas deficiencias; destacando que esta labor normalmente recaía en las mujeres. El incremento de la población anciana en situaciones de dependencia sumado a la incorporación de la mujer al mundo laboral progresivamente desde hace décadas ha hecho que estos denominados “cuidados informales” disminuyan llamando a la actuación a las administraciones con el fin de asegurar el estado de bienestar y la salud de los mas necesitados.

Con anterioridad hemos hecho un estudio sobre los mecanismos sociales a nivel estatal que encontramos en España; ahora daremos paso a los mecanismos sociales establecidos en las Comunidades Autónomas que ejercen una protección cedida competencialmente a través del denominado Estado Autonómico, que ha llevado consigo una cesión en el ámbito de los servicios sociales a las Comunidades Autónomas con carácter de competencia exclusiva de los servicios y asistencia sociales aunque variando las denominaciones, su contenido y sus prestaciones.

Una vez cedido el marco competencial, las comunidades autónomas comienzan a elaborar legislativamente sus políticas de protección y defensa de los ancianos incapacitados estableciendo los siguientes métodos:

Planes de actuación.

La comunidad autónoma correspondiente ejercerá las determinadas competencias a través de los distintos organismo propios, por lo tanto se aprueban planes de actuación que consisten en documentos donde se explican las instrucciones que deberán seguir para la protección de los ancianos considerado como un listado de propuestas.

Las corporaciones locales (diputaciones, cabildos insulares, consejos comarcales, ayuntamientos) han planteado acciones integrales dirigidas a estos colectivos.

Colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Los principales acuerdos y ayudas entre el Estado y las Comunidades Autónomas se han llevado a cabo a través de dos modalidades de naturaleza contractual:

El primero de ellos es el conocido como *Plan Concertado*; que consiste en un tipo de acuerdo que hace referencia al nivel primario de servicios sociales cuya finalidad esencial es el avance de las prestaciones por parte de las Corporaciones Locales mediante la colaboración y los acuerdos llevados a cabo entre el estado y las Comunidades Autónomas, para poder costear de manera coordinada los Servicios Sociales de los municipios, y así poder hacer frente a las prestaciones básicas que demandan los ciudadanos, mediante la creación de una red básica de equipamientos cofinanciados.

El segundo método de colaboración entre el Estado y las Comunidades son los *convenios*; dentro de éstos conocemos cuatro de especial importancia que se han suscrito a través del IMSERSO:

a) De coordinación de la gestión de pensiones no contributivas y prestaciones sociales y económicas derivadas de la LISMI.³³

b) Codificación y grabación de expedientes de valoración de minusvalía.

c) Construcción y ampliación de centros para la atención de personas con discapacidad.

d) Cesión y uso de aplicaciones informáticas e intercambios de metodología en orientación profesional de personas con discapacidad.

También se han formalizado convenios desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para la realización de programas del Plan Gerontológico.³⁴

Son numerosas las ayudas impartidas por las comunidades autónomas para llevar a cabo un cuidado y atención exhaustivos a aquellas personas que padecen alguna discapacidad o incapacidad unida a su avanzada edad; entre las ayudas y los servicios mas comunes encontramos los servicios de ayuda a domicilio, programas y servicios de

³³ Ley Integración Social del Minúsvalido

³⁴ FERNÁNDEZ DÍAZ, A., VICENTE MERINO, A., ESCOT MANGAS, L., MARTINEZ AGUADO, J., SAINZ BRIONES, J. *Discapacidad y mecanismos de protección social: el grado de conocimiento de la sociedad española..* Universidad complutense de Madrid 2007, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Gobierno de España. P. 31

convivencia y en un nivel secundario, la atención en las mañanas y la atención de las viviendas habituales de los ancianos.

También, encontramos una serie de *prestaciones* que pueden ser o no de carácter dinerario. Entre ellas destacamos: prestaciones económicas de subsistencia y prestaciones económicas de servicios sociales; las cuales podrán ser regulares u ocasionales.

Financiación de las entidades que atienden a las personas dependientes.

La ayuda llevada a cabo para personas de avanzada edad que se encuentran en este tipo de situaciones se realiza a través de una serie de entidades cuya finalidad es la misma pero tienen objetivos diferentes pues algunas serán públicas, otras serán privadas sin ánimo de lucro como por ejemplo podrían ser las ONGs, y en tercer lugar se encuentran las privadas con ánimo de lucro, aquellas que se caracterizan por tener una iniciativa mercantil o comercial.

Todas ellas ejercen una ayuda o cooperación para mayor bienestar de las personas objeto del trabajo pero siempre llevando a cabo un cumplimiento exhaustivo de la normativa autonómica, que se encargará de establecer los requisitos funcionales y materiales determinados para los establecimientos o centros que se encargan de atender a este colectivo.

Será por medio de subvenciones, convenios o conciertos cuando la financiación hacia este tipo de entidades para el desarrollo de las actividades venga del ámbito público; sin embargo las prestaciones que llevan a cabo las entidades privadas se encuentran sometidas al llamado sistema de “precios comunicados”, que se fundamenta en que las entidades correspondientes comunican, con carácter periódico a la Administración autonómica, las tarifas de precios, para poder garantizar un control sobre estos.

Para el caso de los servicios prestados por las Administraciones públicas, ya sea por conciertos con el ámbito privado o simplemente aquellos casos que se ejerza la actividad bajo un sistema de responsabilidad pública, deberán regirse por los “precios públicos” formalmente aprobados, para aquellos precios que no sean de carácter gratuito. Dichos precios están sometidos, ocasionalmente, a numerosas contraprestaciones que las personas que se encuentren obligadas a ello, deberán realizar. Es por esto que las CCAA, ante las numerosas solicitudes que están recibiendo, llevan a

cabo la creación o búsqueda de nuevos métodos de financiación y aumento de ingresos; fijándose muchas veces en el nivel patrimonial de los usuarios.

Programas socio-sanitarios.

A continuación vamos a exponer algunas Comunidades Autónomas que han llevado a cabo la creación de órganos de coordinación de las prestaciones socio-sanitarias, cuya finalidad principal es centralizar la información y coordinar la actividad de los departamentos de Sanidad y Servicios Sociales, a través de la creación de planes de atención socio-sanitaria.

En **Cataluña** se encuentra establecido el programa interdepartamental “Vida Als Anys” de atención socio-sanitaria a la gente mayor con larga enfermedad, que tiene como objetivo la creación de una red de servicios de media y larga estancia, así como servicios de hospitales diurnos, equipos de valoración y soportes de geriatría a domicilio entre otros.

En el **País Vasco**, se ha llevado a cabo la creación del “consejo vasco de atención socio-sanitaria” que es el órgano superior de coordinación de los sistemas sanitario y social, cuya finalidad esencial es la de llevar a cabo la prestación de cuidados continuados o de larga duración dispensados a personas que tienen cierta dependencia y edad. A través de la creación de este órgano se garantiza la prestación de una serie de servicios necesarios para este tipo de personas, estableciendo una determinación en las competencias, promoviendo programas y coordinando objetivos y mecanismos de evaluación.

En **Galicia**, se plantea la atención socio-sanitaria mediante un enfoque de integración, y es en la Ley de Ordenación Sanitaria (LOGSA) donde se señala que la continuidad de los prestaciones quedarán respaldadas mediante una adecuada coordinación entre las Administraciones Públicas.

En **Navarra**, el Decreto Foral 284/2000, por el que se crea el puesto de coordinador del plan de atención socio-sanitaria de Navarra,

El Gobierno de Navarra mediante Acuerdo adoptado con fecha 27 de junio aprobó inicialmente el Plan de Atención Socio-Sanitario. El mismo, además de abrir un amplio plazo de alegaciones para que los agentes interesados puedan realizar cuantas aportaciones consideren oportunas, encomienda a los Departamentos de Salud y Bienestar Social la puesta en marcha de una fase pilotada a fin de valorar de forma adecuada la plena aplicación del plan y de proceder a un correcto establecimiento del coste de ejecución de los diferentes componentes del mismo así como a la determinación de la demanda real de atención socio-

sanitaria. Pues bien, en la necesidad de atender esta fase, y conforme a las previsiones contenidas al respecto en el citado Plan, se justifica adelantar la creación de la figura...³⁵.

En el citado texto se muestra la finalidad de la creación de dicha figura, completamente dependiente en ámbito funcional del Departamento de Salud.

En **Castilla y León**, el II Plan socio-sanitario, trata de favorecer la coordinación de actuaciones, la integración de culturas y la creación de lenguajes comunes entre los profesionales de ambos sistemas. Los objetivos que se proponen son:

Mejorar la calidad de vida de las personas y contribuir a la mejora de la esperanza de vida tanto en buena salud como la libre de incapacidad.

Mejorar la accesibilidad a los servicios de salud y sociales.

Mejorar la efectividad y la eficiencia de ambos sistemas de atención.

Mejorar la calidad de los servicios prestados y la satisfacción del usuario, incrementando la competencia y la implicación profesional con una orientación bio-psico-social de la atención.

Por parte de **Cantabria**, a través de una Consejería única para Sanidad y Servicios Sociales, dispone de un servicio de programas y ordenación sanitaria encargado de gestionar y coordinar los servicios sociales de carácter autonómico.

En las islas **Canarias**, a través de un Plan de Salud, se incluye la creación de un Programa Integral Socio-Sanitario para el cuidado de las personas de avanzada edad y garantizan la integración y coordinación de los recursos sociales y sanitarios destinados a las personas mayores con ciertas incapacidades.

En **Asturias**, las ayudas se ejercen por medio de los distintos Consejo de Salud, un total de once, que tienen situados en zonas determinadas y básicas y que participan de forma conjunta en el ejercicio de servicios sociales concretos y profesionales de atención primaria.

En **Extremadura**, será el Servicio Extremeño de Salud a través de la Dirección General de atención Socio-sanitaria y Salud, la que asuma junto con los Servicios Sociales de Bienestar, el cometido de llevar a cabo la elaboración de un modelo de

³⁵ Preámbulo del Decreto Foral 284/2000 de 21 de Agosto

atención sanitaria a la dependencia ejerciendo una valoración conjunta de las necesidades sanitarias y sociales garantizando una atención máxima.

En **Madrid**, destaca el Plan de Mayores de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Asamblea de la Comunidad de Madrid el 4 de junio de 1998, que constituye un esfuerzo de previsión y racionalización en el desarrollo de recursos e intervenciones precisas para atender las necesidades de las personas mayores.

Son programas para:

Personas entre 60 y 65 años con autonomía personal muy reducida.

Personas mayores de 65 años con autonomía personal reducida o limitada.

Personas que, cumpliendo los requisitos anteriores, carecen del necesario apoyo de familiares o amigos para las actividades cotidianas.

También se pueden recibir servicios de Ayuda a Domicilio en situaciones puntuales: convalecencias, ausencias temporales del cuidador habitual, crisis aguda o empeoramiento crítico del estado de salud del mayor.

Estos programas son:

Ayuda a domicilio.

Tele-asistencia.

Centros de día.

Centros municipales de mayores.

Otros servicios como fisioterapia preventiva o ejercicio físico.³⁶

En **Andalucía**, los mecanismos sociales de protección para personas mayores de edad con discapacidad se pueden llevar a cabo a través del “Servicio Andaluz de Tele-asistencia”, que permite a sus usuarios recibir atención personalizada a través de la línea telefónica, las 24 horas del día, con sólo presionar el botón de un aparato dispuesto para ello. Se trata de un instrumento cuyo objetivo es proporcionar un mayor nivel de

³⁶FERNÁNDEZ DÍAZ, A., VICENTE MERINO, A., ESCOT MANGAS, L., MARTINEZ AGUADO, J., SAINZ BRIONES, J. *Discapacidad y mecanismos de protección social: el grado de conocimiento de la sociedad española..* Universidad Complutense de Madrid 2007, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Gobierno de España. P. 34

autonomía a las personas en situación de dependencia; o por medio de “Estudio de prevención de caídas en personas mayores” que ofrece recursos educativos sobre salud y factores de riesgo del entorno o de los hábitos de este colectivo, dirigidos a las personas mayores de 65 años. También encontramos el “control de errantes” ha sido creado para incrementar el marco de seguridad en los desplazamientos de los usuarios de centros residenciales que, por distintas causas, presentan desorientación espacial con riesgo para su persona. Y por último, el envejecimiento activo, que pretende mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen, favoreciendo sus oportunidades de desarrollo para una vida saludable, participativa y segura.³⁷

Como podemos observar, todas las Comunidades Autónomas muestran un interés hacia la problemática de las personas mayores con ciertos grados de dependencia como causa de enfermedades que imposibilitan valerse a una persona por sí mismo. Esta ayuda se ejerce a través de métodos de coordinación o llevando a cabo la creación de estructuras que posibiliten la terminación de estos problemas y garanticen un bienestar social básico.

A lo largo de la realización del trabajo se han expuesto los mecanismos de protección para personas ancianas incapacitadas sin familia directa, son mecanismos que se encuentran a caballo entre lo civil y lo administrativo, ya que existen métodos tanto sociales como civiles, es por ello que se considera de especial importancia la existencia de una coordinación que posibilite el cumplimiento de las finalidades de ayuda que se pretenden sin ninguna distorsión y con su máxima eficacia.

A la hora de hablar de los mecanismos de protección, como la legislación es extremadamente amplia y varía en función de distintas Comunidades Autónomas, hemos decidido realizar un análisis mas concreto en torno a la figura de Andalucía y los mecanismos civiles y civiles-administrativos establecidos en esta Comunidad Autónoma.

Para la elaboración de este apartado hemos hecho un análisis de la ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía. La presente ley recoge en su capítulo IV los “Recursos tutelares”, en concreto su art.37 se encarga del “fomento de entidades tutelares”, prescribiendo, mas concretamente, que

³⁷ <http://www.juntadeandalucia.es/temas/familias-igualdad/mayores/atencion.html>

La Administración de la Junta de Andalucía promoverá, coordinada con la autoridad judicial, la atención a las personas presumiblemente incapaces o incapacitadas total o parcialmente, promoviendo entidades sociales sin ánimo de lucro que puedan desempeñar la tutela o curatela de aquéllas, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. Para ello impulsará la creación de entidades tutelares de ámbito territorial que garanticen el acercamiento al tutelado, cuidando su integración en su propio entorno.

En cuanto al ámbito de la tutela y la curatela, destacamos que las entidades tutelares se encargan de proporcionar ayuda a determinadas personas que carecen de familiares directos para atender a las necesidades del discapacitado. Es esencial destacar que la actuación de las entidades tutelares se caracteriza por la subsidiariedad, es decir, en caso de que una persona física no se pueda hacer cargo de ella será la entidad tutelar la que lleve a cabo el cuidado y ayuda de la persona incapaz.

Contexto jurídico de los mecanismos de protección en Andalucía para ancianos incapacitados sin familia directa:

En primer lugar la regulación básica se encuentra establecida en el Código Civil, tal y como hemos expuesto anteriormente cuando explicamos la incapacidad y discapacidad, el concepto de tutela, curatela, guardador de hecho y otros mecanismos.

A la regulación civil se le debe añadir la regulación establecida en la ley de enjuiciamiento civil, en el ámbito de la regulación de la capacidad de las personas que se encuentra recogido en los arts. 756 a 763 del Título I.

La ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Ésta tiene por objeto la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica.

La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ya nombrada anteriormente, tiene como finalidad llevar a cabo una regulación para proteger el patrimonio de las personas con deficiencia. La existencia de medios económicos es considerado como uno de los elementos mas importantes para asegurar el bienestar de la persona, así pues esta ley se encarga de garantizar que éste cubra las necesidades básicas e imprescindibles del incapacitado.

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Que una persona sea dependiente no quiere decir que esté incapacitada, pero hay ocasiones en que estas dos personas coinciden, lo

que lleva consigo que dichos sujetos puedan acceder a determinados recursos que esta ley les proporciona y aprovecharse de ellos.

Cuando los ancianos incapacitados carezcan de familiares directos que se hagan cargo de ellas se procederá por determinación del juez a designar a un tutor que en función de sus relaciones con el tutelado se considere mas adecuado, pudiendo ser también tutores las personas jurídicas que no tengan ánimo de lucro y cuya finalidad sea proteger al incapacitado.

Durante la realización del trabajo hemos expresado la posibilidad de llevar a cabo el cargo de protección del incapaz a través de personas físicas o jurídicas, la determinación de dicha circunstancia es competencia de la Comunidad Autónoma, en este caso, Andalucía, que lo que ha llevado a cabo es la creación de personas jurídicas de carácter fundacional (Ley 1/1999, de 31 de marzo) concibiendo así **la fundación** como la forma jurídica mas utilizada para el ejercicio tutelar por parte de las personas jurídicas.

Actualmente observamos diferentes entidades tutelares en Andalucía que clasificamos en la siguiente **tipología**:

Entidades y/o Fundaciones privadas, en ocasiones vinculadas a recursos residenciales, laborales, educativos, etc.

Entidades Tutelares de Iniciativa Pública y naturaleza mixta, creadas como servicios especializados y no como prestadoras de servicios residenciales laborales, etc.

Entidades, Fundaciones o Servicios pertenecientes a la Administración Pública.³⁸

En cuanto a la protección y apoyo hacia las personas con discapacidad, las entidades tutelares ejercen los cargos encomendados por resolución judicial de personas con discapacidad que han sido declaradas incapaces o puedan ver modificada su capacidad de obrar por resolución judicial, y que no tengan familia o ésta no sea idónea para el ejercicio del cargo.

Atendiendo al objeto social recogido en sus Estatutos, cada Entidad tutelar ejerce sus funciones en beneficio de personas con discapacidad intelectual, personas con enfermedad mental y/o personas mayores con algún tipo de demencia.

³⁸ Protocolo de actuación de las Entidades Tutelares en Andalucía, P.20

El ejercicio del cargo que se haya asignado a la entidad tutelar es la actividad fundamental que ocupa toda la existencia de la persona, mientras ésta permanezca vinculada a ella, y donde se llevan a cabo muy diversas y numerosas actuaciones dependiendo de las necesidades del individuo.³⁹

Dispone el protocolo que es completamente necesario una coordinación entre la persona física que ejerce la guarda del incapacitado y personas jurídicas encargadas de auxiliar o proteger a éste, pues desempeñan un importante papel en el ámbito de la protección patrimonial en tanto en cuanto podrán constituirse como administradores de este patrimonio siempre y cuando busquen el máximo beneficio para la persona protegida.

Es de especial importancia lo establecido en el art.45.1 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección personas mayores, de Andalucía, prescribiendo que en los casos en los que la persona mayor sufra una incapacitación presunta o declarada y no sea posible el consentimiento para un internamiento voluntario en un centro determinado, se requerirá la autorización judicial.

En lo relativo al ejercicio y actividad de las entidades tutelares, encontramos una serie de instituciones de guarda y protección legal recogidas en nuestro ordenamiento jurídico y expuestas con anterioridad en el apartado de mecanismos civiles, que cumplen la función de amparar la persona y bienes de las personas mayores de edad e incapacitados entre otros; así pues:

³⁹ Protocolo de actuación de las entidades tutelares en Andalucía, P. 30

INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN	MEDIDAS DE DEFENSA PROCESAL
<ol style="list-style-type: none"> 1. Tutela (incapacitación total y absoluta). 2. Tutela en ámbito patrimonial. 3. Curatela (incapacitación parcial o 4. Defensa Judicial por conflicto de intereses (art. 299 C.C.). 5. Medidas cautelares: <ul style="list-style-type: none"> Administración provisional de Bienes Tutela provisional Otras 6. Otras medidas de apoyo y/o asistencia 7. Guardador de Hecho 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Defensa Judicial para representación durante el procedimiento de determinación de la capacidad (art.8 LEC y art. 758 LEC) 2. Defensa Judicial para representación durante el procedimiento de Internamiento Involuntario (art.8 y 758 LEC y art. 4.2 h) Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia)

40

⁴⁰ Protocolo de actuación de las Entidades tutelares en Andalucía, P. 37, cuadro.

7. VALORACIÓN PERSONAL DEL SISTEMA

Al haber utilizado numerosa información y tras haber analizado distintos puntos doctrinales sobre el tema tratado, hemos llegado a una determinada conclusión y una idea básica que se expondrá a continuación.

Sin entrar en ningún tipo de discusión, el tema de la protección a las personas que poseen discapacidad o que estén incapacitadas por declaración judicial es de gran interés jurídico-social y económico, aquí cobra valor la figura del anciano que sufre, progresivamente, numerosas discapacidades que, en ocasiones, finalizan en incapacitaciones judiciales cuando son portadores de determinadas deficiencias que impiden a la persona gobernarse por sí mismo.

No cabe duda que, desde el punto de vista sociológico y de desarrollo material de la ciencia médica, en las últimas décadas asistimos, al menos en ciertas sociedades, a un nuevo contexto, relacionado con el envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida y posibilidades de mantener artificialmente la vida, que en tiempo, no muy anteriores, era impensable; factores todos ellos que hacen que determinados dilemas éticos, jurídicos y económicos, pasen a un primer plano, y hayamos de plantearnos hoy por hoy ciertos mecanismos de protección para las personas ancianas y con discapacidad y sobre todo con vistas al futuro.

Es resaltable el número de personas que poseen determinadas deficiencias que llevan consigo la merma de facultades llegando incluso a no poder valerse las personas por sí mismas para desarrollar las actividades corrientes y vitales; es por ello que me llamó la atención llevar a cabo una investigación de cómo estas personas, que normalmente se ayudarían en sus familias, “sobrevivirían” a la vida diaria y obtendrían los beneficios que las leyes les aportan, cuando el enlace consanguíneo faltase.

La entrada en la Unión Europea y el constante envejecimiento de la población han llevado consigo una elaboración de acuerdos y convenciones sobre el tema en cuestión, tardía a mi parecer, pero eficiente por las circunstancias.

La creación de una regulación básica y unos derechos mínimos para cada anciano con deficiencias corrobora la idea de globalización pretendida mundialmente; y la eliminación de las barreras existentes en el pasado entre los países europeos, genera que cualquier persona que, por las circunstancias que fueran, viviese lejos de su país natal o país en el que se pretendía pasar los últimos años, tenga unos derechos que le protegen y

que actúan en beneficio propio para así poder garantizar la idea de bienestar que se pretende, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la normativa estatal correspondiente.

Consideramos relevante realizar una pequeña “entrevista-dialogo” con una persona que posee una incapacidad física y que solicitó los mecanismos de protección autonómicos en Andalucía, llegando a la conclusión de que el proceso es demasiado lento debido a la rellena de formularios que hay que realizar y las numerosas solicitudes que se encuentran a trámite, añadiéndole la comprobación de las incapacidades y todos los trámites judiciales y notariales, que hacen que el proceso carezca de agilidad, llegando en ocasiones a ser necesario la contratación de personal privado que se encargue del cuidado de la persona mayor e incapaz.

El procedimiento es lento, pero consideramos que es motivo de la importancia que conlleva la toma de decisiones por parte de una entidad o de una persona sobre otra; por ello llegamos a la conclusión que la lentitud queda en un segundo plano siempre y cuando las prestaciones otorgadas sean eficientes y sea necesario tal alargado proceso para garantizar el correcto funcionamiento y alcanzar los fines que se pretenden.

Esta obligación ética, que por solidaridad se debe tener con las personas mayores atendidas por las administraciones, se ve agravadas por los recortes, los presupuestos que tienen las respectivas comunidades autónomas, los recortes en ley de dependencia, en asistencia y luego en todo lo que supone la atención sanitaria, que conforme uno va cumpliendo edad es mas necesaria; hay asistencia que de forma extraoficial no se le da a los ancianos, ni a los mayores, como por ejemplo concretos tipos de medicamentos que por su elevado coste no se recetan, sustituyéndolos por otro de escasa y nula eficacia.

Por otro lado es de especial importancia el hecho de que haya una regulación completamente adecuada tanto administrativa como civil y que no haya distorsiones ni doble regulación sobre un concepto o caso determinado. Hay que adecuarse a las nuevas formas de entender la discapacidad o incapacidad, adaptarse a las nuevas regulaciones ya sean europeas, ya sean convenciones que formen parte países de todo el mundo, no solo europeos, o a través de la regulación estatal; por ello valoramos que no es la persona discapacitada mayor de edad la que tenga que adaptarse a la sociedad pues el proceso será mucho mas costoso; abogamos porque sea la sociedad la que verdaderamente se adapte a estas personas y les ayudemos a que pasen sus últimos años

de vida con las mayores comodidades posibles; claros ejemplos de esta adaptación son, mejora a los accesos de edificios, disminución en los costes de determinadas prestaciones administrativas (muy presente hoy en día) o adecuación de espacios públicos para este tipo de personas.

La sociedad deberá ser consciente de que nosotros, tarde o temprano, nos encontraremos en situaciones similares y debemos llevar a cabo una adaptación progresiva hacia este tipo de personas para que en un futuro tengamos las mismas facilidades.

En lo relativo al mal denominado “testamento vital”, hay numerosas ocasiones en que la persona que se encuentra en un proceso de incapacitación, todavía no declarado, decide optar por las conocidas “voluntades anticipadas”⁴¹, al ser una declaración realizada en un momento en que la persona se encuentra sin ninguna deficiencia, considero que sería importante la asistencia de personal sanitario ante notario para que aconseje al individuo en las decisiones que piensa tomar pues pueden cambiar en el futuro.

Al llevar a cabo un estudio de la tutela y entidades tutelares encargadas de estos discapacitados nos llama la atención la evolución que ha sufrido el ámbito tutelar en España, que ha pasado de un concepto o sentido básicamente patrimonialista del régimen jurídico del organismo tutelar regulado en el Código Civil, hasta que en la Constitución de 1978 y en la ley de 1983 se modifica esto y se pasa de un sistema de tutelar familiar, donde se olvidaba la persona y se centraba en el ámbito patrimonial, a un sistema de tutela judicial donde la protección se centra mas en la persona.

Partiendo de que tanto el derecho a la salud como el de autodeterminación son derechos personalísimos, a fin de expresar su consentimiento/disenso informado, la persona con discapacidad o con capacidad judicialmente modificada, tan solo precisa de alguien que le ayude a comprender la decisión a adoptar y su trascendencia, a superar sus miedos y dudas injustificadas. Para ello no ha de incapacitarse a la persona, basta con nombrarle una persona de apoyo como podríamos denominarla un “compañero de

⁴¹ Declaración mediante la cual una persona mayor de edad, con capacidad mental suficiente y libremente, expone las instrucciones que se deben tener en cuenta respecto la atención sanitaria que desea recibir en situaciones en las cuales no pueda ya expresar personalmente su voluntad.

camino o un ángel de la guarda” que no tome decisiones por “la persona” si no “con ella.”

8. CONCLUSIONES

Cabe formular las siguientes conclusiones:

1. Relevancia demográfica: los datos demográficos apuntan a que habrá una necesidad muy importante de atención a la tercera edad y dentro de este porcentaje se encontrará un grupo muy elevado de aquellos ancianos que se encuentren solos, sin familia directa y con deficiencias que le impidan el desarrollo de sus facultades.

2. Siguiendo el esquema propuesto por Ruiz Huidobro, cabe distinguir:

Discapacidad en sentido amplio: discapacidad en el sentido de la convención que supone todas aquellas personas que sufran unas minusvalías que pueden establecerse como barreras para el ejercicio de sus derechos. Artículo 1 de la Convención.

Discapacidad en sentido estricto: Recogida en la Ley 41/2003, serán discapacitados aquellas personas que posean una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y una minusvalía física igual o superior al 65%.

Incapacitación: del art. 199 y 200 CC., es la situación declarada judicialmente de la carencia de la aptitud para la realización de actos jurídicos, que impide a la persona gobernarse a sí mismo.

3. Mecanismos: se deben distinguir distintos mecanismos civiles y mecanismos sociales que deberán adaptarse a cada una de las situaciones; según el grado de discapacidad de la persona o incapacitación se le aplicarán los mecanismos civiles recogidos en la Ley 41/2003 para discapacitados o los mecanismos tradicionales del código civil a través de una protección institucional. Los mecanismos sociales ejercerán una protección funcional de apoyo social.

4. Protección de los ancianos desamparados, art. 239 CC; través del presente artículo se busca la protección hacia los ancianos discapacitados sin familia directa mediante una aplicación analógica del citado precepto.

5. Panorama de las Comunidades Autónomas: las Comunidades Autónomas se han encargado de la creación de órganos de coordinación y de las prestaciones socio-sanitarias, cuya finalidad principal es centralizar la información y coordinar la actividad de los departamentos de Sanidad y Servicios Sociales, a través de la creación de planes de atención socio-sanitaria.

6. Actuación de Andalucía : Andalucía ha llevado a cabo la creación de personas jurídicas de carácter fundacional (Ley 1/1999, de 31 de marzo) concibiendo así la fundación como la forma jurídica mas utilizada para el ejercicio tutelar por parte de las personas jurídicas.

9. ANEXOS

MODELO DE DEMANDA PROMOVRIENDO LA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.

AL JUZGADO

D., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. xxxxx.

vecino de, con domicilio según resulta de la copia auténtica de la escritura de poderes, que debidamente bastanteados y aceptados acompaño para su unión a los autos con devolución de aquélla, asistidos por el/la Letrado/a como mejor en derecho proceda, comparezco y digo:

Que en la representación que ostento formulo DEMANDA DE JUICIO VERBAL PROMOVRIENDO LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN DE D., mayor de edad, de estado_..., de profesión_..., con domicilio en esta Ciudad, calle_..., núm._..., piso_...; D. es el padre (en su caso, se expresarán los datos de los familiares más cercanos y el grado de filiación con el presunto/a incapaz) de mi representada/o Apoyo la demanda en los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

HECHOS

1.1_Mi mandante se halla activamente legitimado para promover la presente demanda, con arreglo al art. 757-1o de la LEC, por ser hijo (en su caso, se expresarán los datos de los familiares más cercanos y el grado de filiación con el presunto/a incapaz) de D.

Así resulta de las certificaciones de las inscripciones literales de nacimiento del demandado y de mi representado, expedidas por el Registro Civil, que acompaño señaladas de documentos números_... y_... (en caso de haber sido promovida la demanda por el cónyuge, se expresará *así resulta de la certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, que acompaño como documento núm._...+).

2.1_A pesar de la esmerada asistencia facultativa que se le ha prestado, el mencionado D. se encuentra aquejado de persistente enfermedad mental que le impide valerse y gobernarse por sí mismo en cuanto a su persona y bienes, incapacidad de obrar que de no ser legalmente subsanada podría irrogar graves perjuicios a la propia persona del enfermo, a sus intereses y a los de la sociedad en general.

Según el certificado médico oficial suscrito en fecha_... por el Médico especialista psiquiatra que le asiste, D. , se observan en D. períodos de depresión intensa con

insomnios y estados de angustia, pérdida del impulso vital y de su interés por las cosas, aparte de la memoria cada vez peor, con debilidad mental constitutiva de un estado francamente demencial de carácter irreversible, hasta el punto de no considerarle capaz de resolver por sí mismo los problemas personales, familiares o económicos que pudiera tener. Se acompaña como documento núm._... el mencionado certificado médico.

3.1 _Además de mi representado, se hace constar que los parientes más próximos de D. son los siguientes:_... (Se relacionarán éstos, con expresión de sus circunstancias personales y domicilios.) Pág.106.(En su caso, se expresará: *3.1 Aparte de mi representado, no existe pariente próximo alguno de D.)

4.1 (En caso de proceder Rehabilitación de patria potestad) El demandado convive en el mismo domicilio de sus padres como se prueba por el certificado de convivencia que adjuntamos.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- La competencia para conocer de la presente demanda corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que el presunto incapacitado tiene su residencia, por aplicación del art. 756 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

II.- Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art._200 del C. civil).

III.- Se ejercita en esta demanda la acción de incapacitación, por causa prevista en el citado artículo del C. civil, debiendo ser tramitada con arreglo a las normas del juicio declarativo verbal según establece los artículos 748-1o y 753 de la LEC

IV.- Sin prejuzgar el resultado del dictamen pericial psiquiátrico a practicar en momento procesal oportuno, ha de tenerse presente la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pues según la Sentencia de 10 de febrero de 1986, Aranzadi núm._540, aunque la enfermedad mental tenga su manifestación en fases cíclicas, ello no es obstáculo para que conforme al art._200 del C. civil, la causa de incapacitación no haya de considerarse como de carácter persistente a efectos de este precepto legal, pues su persistencia equivale a permanencia firme y constante, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica.

V.-En los procesos de incapacitación será siempre necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, que si no hubiere promovido el procedimiento será Defensor del presunto incapaz tal como establece el artículo 758 de la LEC.

En su virtud,

SUPLICO AL JUZGADO: Que por presentado este escrito con los documentos acompañados y sus copias, se sirva admitirlos y teniendo por comparecido y parte al suscrito Procurador en la representación que acredita, haber por formulada demanda de juicio de menor cuantía en solicitud de la incapacitación de D. .; y con la intervención como Defensor del Ministerio Fiscal, previos los trámites legales, dictar sentencia en la que estimando la demanda se declare la incapacitación total de D.xxx. , tanto para el gobierno de su persona como para regir y administrar sus bienes, así como se determine el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado.

OTROSÍ DIGO: Para la adecuada protección del incapaz y de su patrimonio, conforme

autoriza el art. 762 de la LEC y por ser necesarias, pido se adopten, con carácter cautelar o asegurativo, las medidas que a continuación se expresan: _... (Se indicarán éstas bien sea internamiento o patrimoniales, teniendo en cuenta los artículos 42.5 y 2.4 de la Ley Hipotecaria.)

Por todo ello,

SUPLICO AL JUZGADO: Que a instancia de esta parte se sirva disponer la adopción de dichas medidas, expidiendo al efecto los oportunos despachos. (En su caso, de no haber medidas de esta clase a adoptar, se prescindirá de insertar en la demanda este otrosí.)

OTROSI DIGO: Que de acuerdo con lo establecido en artículo 759-2o de la LEC, y previa práctica de las pruebas pertinentes, interesa se nombre en la sentencia, en su caso, tutor o curador del demandado en la persona de

Es justicia que pido, en LyF.

MODELO DE APODERAMIENTO PREVENTIVO.

-----APODERAMIENTO PREVENTIVO

-----P O D E R

Interviene en su propio nombre, y tiene, a mi juicio, capacidad legal para esta escritura,
y

-----O T O R G A-----

Que confiere PODER PREVENTIVO a favor de Don /Doña***, el cual desplegará sus efectos (desde el momento en que el/la poderdante esté afectado/a por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento o psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento, lo que la apoderada acreditará con certificado médico..., o desde su otorgamiento,... o desde la incapacidad del poderdante apreciada de cualquier otra forma dispuesta por el mismo mandante) y le otorga plenos poderes para que, en su nombre y representación, ejercite las siguientes

-----FACULTADES:

AMBITO PERSONAL.- Prestar en su nombre Consentimiento para todas las medidas e intervenciones médicas, para el examen del estado de salud del/la poderdante y consentimiento para tratamientos paliativos del dolor aunque éstos acorten la duración de vida. Consentimiento para la omisión o cese de medidas cuya finalidad es el mantenimiento de la vida por medio de tratamientos extraordinarios. Representación ante médicos, hospitales y residencias asistenciales, incluyendo la facultad de examinar la documentación médica y la obtención de toda clase de informes e informaciones. Los médicos que le asistan están dispensados de guardar el secreto profesional frente a la apoderada.

Que la apoderada determine el lugar de residencia del/ la poderdante.

(teniendo en cuenta que tras la reforma del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la ley 41 /2003 de 18 de Noviembre el presunto incapaz puede promover la declaración de su propia incapacidad en estos poderes no hay inconveniente para incluir):

Que la apoderada/ apoderado, en su caso, inicie el procedimiento legal de incapacitación del/ la poderdante.

AMBITO PATRIMONIAL.- (aquí cualquier facultad que la poderdante estime oportuna conforme a su voluntad ya sean facultades de administración o de disposición ya prevea o no el conflicto de intereses para alguna o todas ellas)

En cuanto a los ACTOS DE DISPOSICION.- se pueden establecer determinadas previsiones sobre el destino del importe obtenido en la enajenación,(*por ejemplo, El producto de la venta será destinado a sufragar los gastos que se ocasionen por el cuidado y tratamiento personal del poderdante*); o también contemplar que para determinados actos dispositivos el apoderado ha de contar con el acuerdo de otras personas; acuerdo que, en su caso, podría sustituir una autorización judicial; en efecto, El juez puede revocar el poder por resolución al constituirse el organismo tutelar pero el artículo 1732, en su dicción utiliza el vocablo “podrá”)

En cuanto a la FACULTAD DE SUSTITUIR Y OBTENER COPIAS.-(*Se ha de tratar con cuidado este apartado, su contenido en el caso de que el poderdante así lo disponga podría ser*): “ Obtener copias del presente poder y sustituirlo sólo para asuntos patrimoniales determinados y específicos, podrá asimismo el apoderado revocar las sustituciones hechas y conferir nuevamente otras.

El poder no puede ser sustituido en asuntos personales.”

10. Bibliografía.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A, *sobre el internamiento involuntario de ancianos no incapacitados en centros geriátricos*, Diario La Ley, Nº 7958, Sección Tribuna, 6 Nov. 2012, Editorial LA LEY, PP.1, 3, 7.

FERNÁNDEZ DÍAZ, A., VICENTE MERINO, A., ESCOT MANGAS, L., MARTINEZ AGUADO, J., SAINZ BRIONES, J. *Discapacidad y mecanismos de protección social: el grado de conocimiento de la sociedad española..* Universidad complutense de Madrid 2007, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Gobierno de España.

FÁBREGA RUIZ, C. y HEREDIA PUENTE, M., *Protección legal de incapaces*. Biblioteca jurídica de bolsillo. Ed. Colex no 36. Madrid 1998.

LÓPEZ DÍAZ, E., DE PAZ COBO. S, *el envejecimiento de la población y la ley de Dependencia*, LA LEY, sección doctrina, 2010.

TORRANO RUBIO, E., *patrimonio protegido y competencias de las comunidades autónomas en materia civil y tributaria*, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil num. 11/2013 parte Comentario., 2013, Aranzadi.

SERRANO ALONSO, E: *"Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela"*. La Ley, 1984-2, P. 1.117 a 1.122.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas, LA LEY, Madrid, 2010.

ESPIÑEIRA SOTO, I., *apoderamiento preventivo y autodelación de la tutela*, doctrina, Puerto de la Cruz, Tenerife, 23 de febrero de 2005.

RIVES SEVA, J.M., *testamento vital y objeción de conciencia*, LA LEY, Alicante, 2008.

REQUERO IBÁÑEZ, J.L, magistrado especialista en contencioso-administrativo, *el consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las administraciones*, LA LEY, 2002, Actualidad administrativa.

GALLEGO PERAGÓN, J.M., *concepto jurídico discapacidad*, Pamplona, 2011, Aranzadi, SA.

POZO MOREIRA, J, reforma del Registro Civil por La LET 1/2009, de 25 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, Diario La Ley, Nº 7166, Sección Doctrina, 4 de Mayo 2009, editorial LA LEY.

RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. Y RODRÍGUEZ MÍGUEZ, M., aspectos fiscales de la discapacidad: una aproximación a la figura del patrimonio protegido de los discapacitados, 2004, Doctrina.

Dirigido por PASQUA LIAÑO. M., *Jurisprudencia Civil Comentada*, Tomo I, Ed. Comares 2009.

PEÑA VICENTE, M., *la autotutela: ¿Desjudicialización de la tutela?*, Madrid, 2007, Doctrina.

MORETÓN SANZ, M.F, *el guardador de hecho ante la dependencia*, LA LEY, Madrid, 2009.

PEÑA VICENTE, M., *La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2011, LA LEY.

PEÑA VICENTE, M., *El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado*, Madrid, 2004, Doctrina.

AMORÓS GUARDIOLA, M., y BERKOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Ed. TECNOS, 1986.

GONZÁLEZ GRANDA, P, *reforzamiento de la protección jurídica de la incapacidad en las ultimas manifestaciones normativas (I)*, LA LEY, León, 2006. Trabajo finalista en el XX Premio La LEY de Artículos Doctrinales, PP.1, 2, 3, 4, 7, 12.

ANGUITA RÍOS, R.M, *la protección del discapacitada no incapacitado*, Diario La Ley, Nº 8165, Seccion Doctrina, 8 oct 2013, LA LEY, Jaén. PP. 1, 2, 3, 9 y 8.

Dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R , *Comentarios al Código Civil Tomo II*, Ed. Tirant Lo Blanch Tratados 2013.

DE PABLO CONTRERAS. P Y VALPUESTA FERNÁNDEZ. R, *Código Civil Comentado Volumen I*, Ed.CivitasThomson-Reuters de 2011.

ECHEVERRÍA DE RADA, T., *autonomía de la coluntad e instrumentos de protección*, en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 7/2013 parte Estudio, 2013, Aranzadi, S.A.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, atención a las personas en situación de dependencia en España, Libro Blanco, capítulo V, X y XII.

Protocolo de actuación de las Entidades Tutelares en Andalucía, Dirección General de Personas con Discapacidad, Marzo de 2012.

Acuerdo Marco para la coordinación socio-sanitaria entre los Ministerios de Asuntos Sociales y Sanidad en 1993. Bases para la ordenación de servicios de atención sanitaria a las personas mayores. Ministerio de Sanidad y Consumo.

Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006., publicado en el B.O.E núm. 96 de 21 de abril de 2008.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

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. Publicado en el BOE núm. 277 de 19 de Noviembre de 2003.

Ley Orgánica 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Publicado en el B.O.E el 26 octubre de 1983.

Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, publicado en B.O.E núm. 266 de 06 de noviembre de 1999

http://www.feaps.org/biblioteca/envejecimiento_ydi/capitulo05.pdf, consultada el 22 de Marzo.

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=75524558004>, consulta el 14 de febrero.