

ÁNGEL ALONSO GONZÁLEZ; ÁNGEL MARIÑO DE ANDRÉS

El mayor dependiente

Políticas de reconocimiento y protección de derechos en España

*Dependent Senior
Rights recognising and protection policies in Spain*

Resumo: Tratamos de abordar la compleja situación socio-jurídica de nuestros mayores. Para ello nos adentramos en la conceptualización de los términos precisos, sintetizando los movimientos relacionados con este colectivo y sus necesidades concretas, particularizando en la situación jurídica de los mayores y la defensa de sus derechos. Comprobamos que ese estrato de la población compondrá la mayoría en breves años. Analizamos dependencia e incapacidad en la que los mayores en porcentajes significativos se encuentran. Analizamos el mayor dependiente y añadimos un corolario de la legislación aplicable más relevante. Los medios de comunicación nos ofrecen una imagen distorsionada de un mayor lúcido e independiente que no corresponde con la proporción de mayores dependientes e independientes de la realidad social.

Palabras-clave: discapacidad, género, edad, derechos, incapacitación, control patrimonial, medios, mayores.

Abstract: We try to tackle the complex social and legal situation of our old people. That is why we treat the conceptualization of the exact terminology, sintetizing all movements related with this group and their needs, specially focusing on the legal situation of the elderly. This group of population will be the biggest in a few years. We analyse the dependence and disability present in a great part of the old people, adding an appendix with the most important legislation on this issue. The media are offering a distorted image of an independent clear-thinking senior, opposite to the real proportion of dependent and independent seniors.

Keywords: disabilities, genre, age, rights, incapacitation, media, seniors.

PROBLEMAS DE DEFINICIÓN Y EVOLUCIÓN SOCIAL

La sociedad burguesa tradicional, tras la Revolución Francesa, plasma su sistema social modelo en una norma, obviamente de carácter estatal, que en nuestro caso es el Código Civil (1889) que, igual que en otros ordenamientos jurídicos del momento, establece sus estructuras básicas: las personas, el matrimonio, el patrimonio, la propiedad, el fenómeno sucesorio y la herencia, la contratación...En este entorno diferenciamos ciertas categorías, a saber: mayores y menores de edad, hombres y mujeres, capaces e incapacitados.

a) El género

La sociedad que surge tras la revolución industrial partía de una concepción patriarcal de la familia y de la sociedad en su conjunto, con modelos rígidos. Establecía diferencias legales cara a la obtención de la mayoría de edad y plena capacidad de obrar, así marcaba el acceso a la mayoría de edad a los veintitrés años en el caso de los hombres para, sin embargo, señalar discriminatoriamente que hasta los veinticinco años las hijas de familia no podían abandonar la casa paterna a no ser que lo hicieran para contraer matrimonio o tomar hábito.

El hombre casado no sólo no perdía su estatus sino que asumía una nueva función, la de ejercer su autoridad marital para "tutelar" a su mujer, para regir su vida y sus actos, como paradigma de ello citar el antiguo artículo 57 del Código Civil que señalaba que la casada quedaba sometida a la autoridad marital, seguía la nacionalidad del marido como señalaba el artículo 21, así como también, debía seguir el domicilio del marido, artículo 58, que por supuesto fijaba él. El marido era quien, de considerarlo conveniente, daba licencia a la mujer para que realizara su actividad como sujeto de derechos así esa autorización era precisa para aceptar una herencia que le hubiera correspondido a ella o para ejercer el comercio artículos 1263.3 Código civil o arts 6 a 9 del Código de comercio, tal y como señala el profesor Lasarte (Lasarte, 2006:44) permaneciendo esta situación invariable hasta la Segunda República española y su Constitución que establece como principio la igualdad entre ambos sexos indicando al respecto en su artículo 25 que el sexo no podía ser fundamento de ningún privilegio jurídico, tendencia seguida en nuestros días.

Tras la dictadura del general Franco en la que se introducen ciertos cambios, es de señalar la importancia que para el género tiene la Constitución española de 1978 al fijar en su artículo 14 que " los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". En el mismo texto, artículo 32.1, se señala que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Estas manifestaciones legales dieron lugar a la adecuación a las mismas de todo el resto de nuestro ordenamiento jurídico a través de la derogación tácita o expresa por inconstitucionalidad de las normas anteriores que se opusieran a lo dispuesto en la Constitución, bien por la vía de una legislación expresa que se inspirara en dichos principios de la que podemos destacar a modo de ejemplo las leyes 11/1981 de 13 de mayo sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la 11/1990, de 15 de octubre de reforma del código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, la 13/2005, de 1 de julio que modifica el Código Civil en materia de derecho a con-

traer matrimonio (reconociendo el matrimonio homosexual). Los cambios sociales que reconocen estas normas también dan lugar a la preparación de nuevos cuerpos normativos.

Conviene recordar el rol básico de la mujer en varios aspectos relacionados con las personas mayores. De una parte la peculiaridad de que las encargadas de cuidar a sus mayores son en un 32,2 % sus propias hijas lo cual es algo casi inédito en el mundo. De otra el que dada la esperanza de vida, la mayor parte de las personas mayores serán mujeres, en las proporciones que más adelante se indicarán.

Entre las normas en tramitación destacamos el Proyecto de Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que algunos dieron en llamar Ley de Identidad de Género, calculando el Gobierno que unas 10 mil personas forman parte de este colectivo con disforia de género. También el proyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres.

b) Los mayores

En el entorno primero del Código Civil al igual que en la actualidad, se diferencia entre mayores de edad y menores para conferir al mayor de edad la plena capacidad para todos los actos de la vida civil, art. 315.1 si bien actualmente por aplicación del mandato del art. 12 de la constitución la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos siendo la edad la misma para ambos sexos.

Al menor se le sitúa bajo el cuidado y control de un mayor de edad, generalmente sus padres, generándose diferencias de trato de acuerdo con las diferencias posibles en situaciones como la emancipación o el nasciturus. El Código Civil establece deberes de los padres respecto del prole, por ejemplo art. 154, velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. A los hijos les impone fundamentalmente el deber de respeto "siempre", es decir tanto cuando sean los hijos menores como cuando alcancen los 18 años o después; la obediencia a los padres se limita al tiempo que permanezcan bajo su potestad y la contribución equitativa al levantamiento de las cargas de la familia se producirá mientras "convivan con ella". En materia de menores y sus derechos el cambio de sensibilidades generará, entre otras a destacar, la convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y numerosas leyes autonómicas.

Frente a la regulación protectora de los menores de edad, si acudimos al Código Civil no encontramos una regulación del anciano o, en lenguaje actual, del mayor, es decir, no se le considera una categoría necesitada de una regulación diferenciada. Se partía de que un anciano

era un mayor de edad más, como cualquier otro y sólo si padecía locura o demencia o era sordomudo que no supiera leer o escribir, se le protegería pero igual que a cualquier otro que tuviese más de 18 años.

Conviene tomar en consideración que la esperanza de vida en los siglos XIX y XX era muy limitada y sumamente inferior a la actual ya fuese dentro de la clase obrera y afectando a niños, mujeres y varones de la misma. En la actualidad de acuerdo con los datos aportados por el Anuario Estadístico de España (Inebase) tomando como fuente de información al Anuario Estadístico de las Naciones Unidas, se prevé una esperanza de vida al nacimiento para España y referida al período 2005-2010 de 76,5 años para los varones y de 83,8 años para las mujeres. Asimismo según estimaciones de las Naciones Unidas, en el año 1998 había alrededor de 580 millones de personas de sesenta años o más en todo el mundo.

Cuantificación de la categoría "mayores"

El calificativo de Mayor lo adoptamos para situarlo en cuanto grupo o categoría a contemplar a partir de los 65 años. Además conviene tener presente que actualmente en España el número de personas afectadas por discapacidad severa o total con necesidad imperiosa de ayuda personal asciende a 1.450.000 de los cuales dos tercios tienen más de 65 años y un tercio menos de esa edad. Este dato nos obligará a diferenciar entre mayores sin discapacidades severas o totales y aquellos sin discapacidades o con dependencia moderada por el diferente trato a cada uno de ellos. Ello conlleva que parte de este grupo de mayores se deba incluir en el apartado siguiente a desarrollar.

Por su parte la oficina de estadística de la Unión Europea señala que entre otros países, España va a perder población de manera permanente y que para el año 2.025 las mayores proporciones de población anciana con respecto a la población total se esperan en el norte de España, el sudoeste de Francia, Italia y Alemania. Las proyecciones demográficas de las Naciones Unidas para el año 2.050 son de casi dos billones (1970 millones) de personas mayores, previéndose que España sea el país con más ancianos en el mundo en el 2.050, seguido de cerca por Italia. Algunos datos más, como los presentados por Alonso y Mariño (2005) pueden mostrar claramente la evolución de la población futura:

- en 2050 el 37,6% de la población tendrá más de 65 años.
- el 10% serán octogenarios.
- el 60% de las personas en edad de trabajar serán mayores en 2050.

Lo que era excepcional en el siglo XIX, el anciano, pasará, tal y como hoy lo denominamos, el mayor, a ser un componente fundamental estructural del sistema de población. Necesariamente el cambio en el pe-

so específico de la población conllevará cambios en los actuales sistemas de protección social, en este caso, referidos a los mayores.

c) La incapacitación, la discapacidad, la insuficiencia y la minusvalía

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia de la Lengua en su vigésima segunda edición (2001) tras la voz “incapacitación” remite al verbo “incapacitar” que define como “decretar la falta de capacidad civil de personas mayores de edad” y por ende la “incapacidad” como “carencia de aptitud legal para ejecutar válidamente determinados actos, o para ejercer determinados cargos públicos”.

El sustantivo “discapacidad” significa “cualidad de discapacitado” llevándonos al término “discapacitado/da” del cual la Academia señala ser un calco del inglés *disabled* y significar, en tanto adjetivo dicho de una persona, “que tiene impedida o entorpecida algunas de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas”. “Disminuido” aludiría a aquel “que ha perdido fuerzas o aptitudes, o las posee en grado menor al normal” siendo un “minusválido” un adjetivo usado también como sustantivo dicho de una persona “incapacitada, por lesión congénita o adquirida, para ciertos trabajos, movimientos, deportes, etc”. La voz dependencia alude a “situación de persona que no puede valerse por sí misma” siendo el “dependiente” en su tercera acepción “persona que se sirve de otra o es subalterna de una autoridad.

Pese a la innegable bondad de las anteriores definiciones, resulta aconsejable realizar un acercamiento a las mismas acudiendo a más fuentes de información. En este sentido recurrimos a la CIDDDM la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías que en 1980 pretendía determinar cada una de estas posibilidades para homologar la terminología siendo posteriormente la OMS el 22 de mayo de 2.001 establece la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) sustituyendo a la clasificación CIDDDM para proporcionar una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los estados relacionados con ella y establecer un lenguaje común para describirlos; en base a dicha clasificación la discapacidad engloba: a) deficiencias, b) incapacidad y c) minusvalía.

La discapacidad de acuerdo con la CIF es la cualidad de una persona que tiene disfunciones en su cuerpo, limitaciones en sus aptitudes para realizar las actividades cotidianas y restricciones en la participación social, en su entorno real. No existe sin embargo unanimidad a la hora de definir estas situaciones y a modo de ejemplo podemos indicar que en el Texto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que se aprobará el miércoles 13 de diciembre de 2006 no se encuentra en su artículo dos una definición ni de discapacidad ni de persona con discapacidad por no haberse logrado acuerdo respecto de las mismas

ya que tampoco las distintas legislaciones nacionales son uniformes a la hora de definirla. Parece que por tanto podemos, todavía, considerar que la discapacidad es un "concepto jurídico indeterminado".

Estos fenómenos están en íntima conexión con la edad de las personas y, fundamentalmente, con las personas mayores. Ya en la lejana fecha de 1999 la encuesta sobre discapacitados, deficiencias y estado de salud elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, en colaboración con el INSERSO y la Fundación ONCE, señalaba que en España las personas con discapacidad estaban en torno a 3.500.000, esto es un 9% de la población total, de los cuales un 58,25 % del total eran mujeres y un 74 % tenían 65 años o más.

Nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición general de discapacidad. Podemos observar este fenómeno de no univocidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y en su art.2.2 que define como discapacitados a los afectados por minusvalía psíquica de al menos 33% y a aquellos otros que padezcan deficiencia física o sensorial de la menos el 65% pero sólo a los exclusivos efectos de proceder a la aplicación de la normativa de protección patrimonial reflejada en dicho texto.

Es por ello por lo que acudimos a la OMS en busca del concepto de discapacidad observando que la entiende como toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considere normal para un ser humano. Debe tenerse presente el que se trata de un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de una persona con su entorno.

Algunos incluso prefieren denominar a estos individuos con discapacidad como personas con diversidad funcional. Sin pretensión de exhaustividad indicaremos que las discapacidades pueden ser psíquicas (afectando al intelecto) motóricas (movimientos no normales) y sensoriales (pérdida de comunicación con los demás) teniendo en cuenta que todas ellas pueden sufrirse en distintos grados. Como podemos observar la edad por sí misma no es una discapacidad.

Para dar una breve idea diremos que dentro de la discapacidad psíquica podríamos encontrar retraso mental, trastornos del aprendizaje (lectura, cálculo...), trastornos del desarrollo (p.ej. autismo), trastornos por déficit de atención y comportamiento perturbador (hiperactividad, disocial), o cualquier tipo de enfermedad mental como esquizofrenia, anorexia o demencia. Generalmente estos individuos no tiene autocontrol, mantienen conductas imitativas y no hacen frente a los conflictos, presentando dificultades de adaptación social siendo conveniente reforzar sus habilidades sociales mediante programas individualizados. Se clasifican según su cociente intelectual.

Con igual finalidad indicaremos que la discapacidad fisicomotórica conlleva anomalías orgánicas en el aparato locomotor o en las extremidades (cabeza, columna vertebral, espina bífida, extremidades superiores o inferiores), deficiencias del sistema nervioso (parálisis de las extremidades superiores o inferiores, paraplejias y tetraplejias, trastornos de coordinación de los movimientos), deficiencias viscerales (aparato respiratorio, cardiovascular, digestivo, genitourinario, sistema endocrinometabólico, sistema inmunitario...) polio, etc. Se dan una serie de etapas psicológicas sobre todo si es sobrevenida tanto en el individuo como en la familia que llevan en primer lugar a la desorientación, en segundo lugar a la aceptación y búsqueda de soluciones para finalmente alcanzar la adaptación.

Respecto de la discapacidad sensorial destacar que engloba fenómenos como los trastornos o deficiencias relacionadas con el oído (mala audición, sordera pre-locutiva o post-locutiva, trastornos del equilibrio) la vista (ceguera total, mala visión) y el lenguaje, habla y voz (mudez, habla dificultosa, tartamudeo) y que generalmente conlleva reacciones de soledad, temor, inseguridad, angustia con sensación de aislamiento o deseo de conocer o investigar.

EL MOVIMIENTO ASOCIATIVO EN EL MARCO DE LA DISCAPACIDAD

En todo caso respecto de las personas con discapacidad los pilares de actuación son dos, a saber la integración y la normalización. Mediante la integración se pretende eliminar barreras sociales que impidan que cualquier persona por ser discapaz no pueda tener derecho a intervenir en su vida ciudadana como p. ej, en la educación o en el trabajo. La normalización por su parte supone aceptar a la persona ofreciéndole actividades y adaptando las condiciones de desarrollo a las características de las personas y no a la inversa.

Para lograr estos fines surgen movimientos asociativos y posteriormente aparecen distintas organizaciones que agrupan voluntariamente a los diferentes tipos de discapaces y a sus familias. Generalmente están agrupadas por discapacidades aunque existen órganos comunes integradores. Por ejemplo en el caso de discapacitados físicos en Galicia encontramos COGAMI (confederación gallega de Minusválidos) que es una ONG que une asociaciones de discapacitados físicos autonómicas, provinciales y locales. En el ámbito estatal se situaría COCEMFE, esto es, la Confederación Coordinadora Estatal de Minusválidos Físicos de España. De otra parte en el ámbito autonómico aparece CERMI de Galicia que une a COGAMI con FAX-PEGA (Federación de asociaciones de sordos do país galego) con FADEMGA (Federación de asociaciones a favor de personas con retraso mental) con

ONCE (organización nacional de ciegos españoles) y con FEGAFES (federación gallega de asociaciones de familiares y enfermos psíquicos).

En el ámbito estatal se encuentra el CERMI <www.cermi.es>, es decir, el Comité Español de Personas con discapacidad que es la plataforma de representación, defensa y acción de los ciudadanos españoles con discapacidad y de sus familias para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de los componentes de las sociedad.

EL ÁMBITO JURÍDICO Y SUS RESPUESTAS:

INCAPACIDAD NATURAL, INCAPACITACIÓN JUDICIAL, DEPENDENCIA

Entre las variadas respuestas que el ordenamiento jurídico concede vía el Derecho Civil a las distintas posibilidades que respecto de la capacidad de obrar pueden darse en las personas ya sean mayores o menores de edad, cabe destacar las diferencias entre incapacidad natural e incapacitación judicial para posteriormente entrar en la dependencia a través de la edad o de la discapacidad.

La incapacidad natural de la cual partimos para realizar esta visión supone la falta de condiciones físicas o mentales para llevar a cabo eficazmente un acto jurídico concreto en un momento determinado. Por ella tenemos que ver los supuestos en no existe la capacidad natural. Podríamos distinguir, en un primer lugar cuando hay enfermedades o defectos físicos para, en segundo lugar señalar las perturbaciones mentales o psíquicas de carácter transitorio y finalizar con las enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas de carácter permanente.

Si tomamos para su estudio en primer lugar a las enfermedades o defectos físicos que impidan realizar actos concretos veremos que las previsiones legales se producen tomando en consideración la incidencia que ese defecto o carencia puede tener para ese acto. A modo ejemplificador si tomamos la vista o en este caso su falta y el negocio jurídico testamentario observaremos como el art. 681 del Código civil en su número 2º señala que no podrán ser testigos en los testamentos los ciegos o que artículo 708 del mismo cuerpo legal no pueden hacer testamento cerrado.

La norma por tanto señala como consecuencia jurídica la prohibición de realizar esa concreta actuación en caso de falta de capacidad natural para el supuesto de hecho determinado por la norma. No obstante es igualmente cierto que puede prever medios para auxiliar al que padece ese defecto como podemos observar igualmente en sede testamentaria cuando dispone en el artículo 697 que el testador ciego podrá otorgar testamento cuando a su otorgamiento concurren dos testigos idóneos porque es alguien capaz es decir con capacidad volitiva y posibilidad de exterioriza-

ción de la misma. El problema se planteará cuando se realice lo prohibido por la norma en cuyo caso la sanción será la de la nulidad de lo así realizado como señala el artículo 6.3 del Código Civil al indicar que el acto que contraviene una norma imperativa o prohibitiva es nulo de pleno derecho salvo que la norma establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Como señala Weill la persona que tiene una incapacidad natural o de hecho puede, de ser mayor de edad, tener alteradas sus facultades pero quizá por negligencia, por ignorancia o por respeto a la persona del enfermo no se haya puesto en marcha un proceso de incapacitación.

Otro estadio posible a estudio es, por tanto, el de aquellos que padecen enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas transitorias que priven del entendimiento o de la voluntad. El incapaz natural puede como señala Zurita Martín actuar jurídicamente con una voluntad viciada deberemos demostrar su incapacidad para impugnar aquellas actuaciones realizadas por él pero teniendo en cuenta que concurren de una parte la presunción legal de capacidad por la constatación material del mero dato de su edad y al mismo tiempo su incapacidad natural. La regla será que los actos impugnados por incapacidad natural serán de demostrarse la misma anulados pero los no afectados por la impugnación continuarán siendo válidos. Sólo una resolución judicial de incapacitación destruirá la presunción legal de plena capacidad de obrar del mayor de edad que recoge el artículo 322 del Código Civil en relación con el 315 y el 323 del mismo cuerpo legal. En este sentido asimismo Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1101/2004 de 19 de noviembre (RJ 2004/6910) que señala que “no debe considerarse existente una declaración de voluntad contractual...cuando falte en el contratante la razón natural ya que dicha carencia excluye la voluntad negocial e impide que lo hecho valga como declaración” pero también que “al presumirse la capacidad del no incapacitado, la falta de capacidad natural debe probarse cumplidamente” para a continuación matizar que “la jurisprudencia ha destacado de modo reiterado la validez de los actos ejecutados por el incapaz antes de que su incapacidad sea judicialmente declarada (o aunque no lo sea nunca) a menos que, concreta y específicamente, se obtenga la declaración de nulidad del acto de que se trate”.

Como es obvio podrían atacarse como anulables los actos realizados durante ese período transitorio de mayor o menor brevedad pero no habría necesidad de articular un sistema estable de protección personal o patrimonial del individuo ya que por la propia transitoriedad de la situación esta remitiría a mayor o menor brevedad y el individuo podría haberla previsto y entrar en juego en ese momento o en el momento en que persistieran en forma permanente las circunstancias incapacitantes. un mecanismo de poder o apoderamiento, los denominados poderes preven-

tivos o incluso para el ámbito sanitario como el Documento de instrucciones previas (DIP) o una autotutela, que veremos posteriormente.

Sin embargo existe la posibilidad de que estas enfermedades o deficiencias sean persistentes, hipótesis que, a su vez, puede presentar dos supuestos a saber a) que no impidan al individuo gobernarse por sí mismo o b) que le impidan ese autogobierno. Más que gobernarse por sí mismo es gobernarse a sí mismo pudiendo tomar decisiones o realizar actos respecto de sí o de su patrimonio aunque necesite ayuda de alguien puntual o continuamente. Este individuo que pese a esas enfermedades o deficiencias persistentes puede realizar actos o negocios jurídicos con mínimas garantías de que con conciencia y voluntad realiza los actos libre y conscientemente no sería susceptible de incapacitación. Estas causas de privación de la capacidad de obrar las expresa actualmente el artículo 200 del Código civil sentando por ello la posibilidad de una incapacitación.

De tener la persona deficiencias o enfermedades pero cabiendo su autogobierno personal y patrimonial, aunque sea con ayudas, no habría lugar en principio a la incapacitación judicial ya que no se darían los requisitos legales y el individuo continuaría ostentando una plena capacidad de obrar por el dato de la edad. Es cierto, sin embargo, que podría darse el supuesto de actuación ante Notario el cual realizaría un juicio prima facie de capacidad del sujeto aseverando su capacidad con especial certidumbre (26 de abril de 1955, A.A. 751/1995) y, en su caso, no autorizando ante la duda, la realización del acto de que se tratase. Esto es así por ejemplo en el caso de testamento, nº 2 del artículo 663 del Código Civil, que señala que están incapacitados para testar los que habitual o accidentalmente no se hallaren en su cabal juicio, esto es, que no tengan capacidad natural de entender y querer. El Notario (S 23 de marzo de 1944) tamiza la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella se haya formado pese a la presunción de plena capacidad de obrar. El Notario si lo desea puede asegurarse de la capacidad del otorgante no incapacitado judicialmente solicitando la intervención de facultativos (Ss. 18 de abril de 1916 y 16 de noviembre de 1918).

Conviene tener presente que ni los jueces ni las Administraciones públicas están obligadas a conocer el grado de autogobierno de los individuos por el respeto que se ha de tener a los derechos fundamentales de la persona, destacando el derecho al honor, a la intimidad y la imagen personal así como el deber de sigilo o secreto profesional por ejemplo en lo relativo a las historias clínicas. En la práctica es bastante habitual la existencia de una Guarda de hecho. Se trata como su nombre indica de una situación en la cual alguien sin previa designación judicial sino por la vía de hecho realiza una actuación de protección de la persona o bienes de alguien que podría ser incapacitado. Se establece que

los actos que redunden en utilidad del sometido a la guarda de hecho no podrán ser impugnados e incluso se establece un derecho a indemnización del guardador por daños y perjuicios por él sufridos incluso con cargo al patrimonio del sometido a guarda.

De conocerse la existencia de esta guarda de hecho, la autoridad judicial podrá requerir (artículo 303 del código civil) al guardador para que informe de la situación de la persona o bienes del presunto incapaz sin perjuicio de la aplicación del artículo 228 que a continuación se tratará. De conocer la existencia de una persona susceptible de ser incapacitada (art. 762 Ley de Enjuiciamiento civil) se adoptarán por el Tribunal medidas cautelares de su persona y patrimonio iniciándose el proceso de declaración de incapacidad; en igual sentido se manifiesta el artículo 228 del código civil permitiéndose que sea incluso el propio interesado el que pueda poner en marcha el proceso de incapacitación (lo que se ha dado en llamar auto-incapacitación), además del cónyuge o pareja, descendientes, ascendientes o hermanos.

Desde 1983 las causas de incapacitación que expone el Código civil en su artículo 200 se identifican genéricamente al aludir a “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma” pasando de un sistema de tutela de familia un sistema de tutela judicial o de autoridad en el que la restricción de la capacidad de obrar del individuo se realice en virtud de sentencia judicial como señala el artículo 199 del mismo cuerpo legal.

Se busca una solución permanente y adecuada a su caso como señala el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en un proceso garantista con necesario dictamen pericial médico en donde por sentencia judicial se determinará la extensión y límites de la incapacitación, el régimen de tutela o guarda y el posible internamiento así como el tutor o tutores y el curador o curadores que se designe y las facultades de cada uno aunque el propio interesado puede realizar previsiones al respecto mediante la autotutela esto es, como después veremos , la previsión de designación de tutor. De variar las circunstancias del incapacitado podría iniciarse un nuevo proceso ya que se busca la adaptación de la resolución al supuesto concreto.

De la sentencia de incapacitación y su contenido se practicará asiento en el Registro Civil, pudiendo acceder también al Registro de la propiedad, al Registro de bienes muebles, al registro Mercantil e incluso se remitirá en su caso a la Oficina electoral. Se pretende a través de esta publicidad el que nadie pueda alegar ignorancia de la condición del incapaz: Supongamos un contrato suscrito con un incapacitado. El que contrate con él no podrá posteriormente invocar la condición del incapaz para anular el contrato suscrito. Tradicionalmente las respuestas a

estas situaciones se circunscribían al ámbito del derecho privado en el cual las posibilidades eran de una parte el deber genérico de alimentos entre parientes de los artículos 142 y ss del Código civil, y de otra la patria potestad en los artículos 152 y ss del código Civil y la tutela y la curatela de los arts. 215 y ss del mismo cuerpo legal.

En cuanto al deber legal de alimentos entre parientes señalar que el Código Civil plasma como obligación recíproca legal la solidaridad intergeneracional respecto de los cónyuges, los ascendientes y descendientes y los hermanos (art. 143 Código Civil) existiendo respecto de los demás parientes exclusivamente un deber moral y por tanto no exigible jurídicamente a prestar dichos alimentos. Estos alimentos comprenderían según el artículo 142 del código civil "todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica" además de la educación y los gastos de embarazo y parto en ciertos supuestos. La cuantía de los alimentos será proporcionada a los medios de quien los da y a las necesidades de quien las recibe (art. 146 Código Civil).

EL MAYOR DEPENDIENTE

Nos referimos al juntar estos términos a que puede haber mayores de distinto sexo, dependientes, discapacitados o no, en el trabajo nos referimos en especial al mayor con dependencia, discapacitado o no teniendo en cuenta además que una gran parte de estos mayores serán mujeres, dada la evolución de la población y la esperanza de vida.

El mayor dependiente engloba al mayor incapaz en los varios grados de discapacidad actual, también puede englobar al mayor incapacitado, etc, Todo "mayor" en mayor o menor grado va a ser dependiente y podrá acabar teniendo más o menos "minusvalía" aunque ahora esta denominación está prohibida por Ley (Proyecto de ley de dependencia), utilizaremos por tanto el término de discapacitado que refleja mejor la problemática particular de este colectivo.

EL MAYOR DEPENDIENTE Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Los medios de comunicación son cada vez más importantes en la transmisión del mensaje y su influencia social aumenta a medida que se desarrollan, esto que es una afirmación obvia debe reflejarse a la hora de transmitir la imagen de nuestros mayores, por ello es básico redefinir el concepto que utilizan sobre el mayor dependiente, para no dar lugar a equívocos o confusiones que perjudican seriamente las problemáticas que tiene el "mayor".

El mayor dependiente posee características propias definitorias de su situación vital que lo ponen en circunstancias difíciles, estas no son

contempladas en la mayoría de los casos fielmente por los medios de comunicación que ponen el foco sobre el joven y lo nuevo ignorando al colectivo de mayores y la relación de dependencia que sufren en la mayoría de los casos, lo cual dificulta la resolución de sus problemas y la concienciación social necesaria para ello.

La imagen del mayor arrojada por los massmedia corresponde a un mayor irreal e independiente y carente de los problemas que afectan a este subconjunto poblacional. Algunos, pocos, valores son tomados positivamente como la gran experiencia acumulada, pero de otros, como la dependencia se huye y es muy raro encontrar informaciones o ficciones que tengan este hecho como fundamental, cuando lo es en gran parte de este colectivo.

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

LÍNEAS DESTACADAS EN EL ÁMBITO SUPRANACIONAL Y ESTATAL

Sin pretensión de exhaustividad y a modo de selección destacaremos hitos legislativos de distintos ámbitos a tener en consideración genéricamente respecto de las personas mayores y específicamente de personas con discapacidad, mayores o no.

a) Ámbito supranacional

Naciones Unidas.

1. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Destaca como derechos fundamentales que pueden ser aplicables a este colectivo el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para su dignidad y para el libre desarrollo de la personalidad. Es genérica y cabría aplicar la a mayores dependientes o no y a discapacitados.
2. Pacto Internacional de derechos Económicos, sociales y culturales de 1966. Reconoce entre otros el derecho de toda persona a la seguridad social, comprendiendo los seguros sociales. Genéricamente reconoce estos derechos también a mayores dependientes o no y a discapacitados.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Genérico y por ello aplicable a mayores y discapaces.
4. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes de 1984. No es específico de estos colectivos pero no están excluidos de él.
5. Declaración de Derechos del Deficiente Mental de la ONU de 20 de diciembre de 1971. Específica de este colectivo que incluiría en su caso a mayores de estas características.

6. Declaración de Derechos de los Minusválidos de 9 de diciembre de 1975 Específico del colectivo reseñado.
7. Resolución 46/91 sobre Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad. Establece los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad. Específica como indica su nombre de personas mayores pero engloba a todo el colectivo.
8. Declaración de principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental de 1991.
9. Recomendación 162 de la OIT de 1960. En relación de provisiones necesarias de los trabajadores para prepararles a la jubilación y su adaptación a la misma.
10. Recomendación OIT 2001 relativa a la Seguridad Social. Toma en consideración el envejecimiento de la población y su repercusión en el sistema de seguridad social ya sea en los sistemas de capitalización, ya en los de reparto.

Consejo de Europa

1. Convenio Europeo par la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales de 1950. Tratamiento genérico de libertades individuales.
2. Carta Social Europea de 1961 y convenio de 3 de mayo de 1996 que contiene el texto revisado. Entre otros tiene específicos derechos de las personas inválidas y de protección de la familia.
3. Recomendación 1418 (1999) sobre protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos.
4. Informe sobre "Mejora de la calidad de vida de las personas mayores dependientes." 2.002. Se trata de un documento creado por un Grupo de Expertos del comité Europeo de Cohesión Social del consejo. De este informe destacamos una serie de principios:
 - Modelo de atención centrado en la persona.
 - Prestaciones de carácter integral procedentes del sistema sanitario y social.
 - Prevalencia de los apoyos y servicios domiciliarios de acuerdo con el principio "envejecer en casa".
 - Evaluación de las personas en función de su situación de dependencia por encima de indicadores económicos o sociales.
 - Desarrollo de un modelo equitativo y accesible desde el punto de vista económico.

Unión Europea.

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es el primero de los Textos internacionales que recoge de manera expresa los derechos de las personas mayores. Destacamos: Prohibición de discriminación por discapacidad o edad.
 - “Art. 21: Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.”
 - Derechos de las personas mayores.
 - “Artículo 25: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.
 - Derechos de las Personas Discapacitadas.
 - “Artículo 26: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.
 - Seguridad social y ayuda social en caso de dependencia o vejez.
 - “Artículo 32: La unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en caso de maternidad, enfermedad, accidente laboral, dependencia o vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

b) Derecho estatal

1. Constitución española
 - Artículo 39.1. “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.
 - Artículo 49. “Artículo 25: La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”.
 - Artículo 50. “Los poderes públicos garantizarán mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda y cultura”.
2. Ley 13/1982 de Integración social de minusválidos (LISMI)

3. Real Decreto 1971/1999 sobre procedimiento para reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía
4. Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de información sobre accesibilidad de discapacitados y de la tercera edad
5. Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad
6. Real Decreto 1865/2004 que regula el Consejo Nacional de discapacidad
7. Ley de protección patrimonial de personas con discapacidad de 2003
8. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

BIBLIOGRAFÍA

- Alba, F; Moreno García, F. (2004): *Discapacidad y mercado de trabajo*. Madrid: Gente Interactiva.
- Alonso González, A.; Mariño de Andrés, A. (2005) *Necesidad de previsión con la edad. Cuadernos de Trabajo social* 18. Madrid: Universidad Complutense.
- Barca, A. et alli. (2002) *Psicología y psicopatología del lenguaje del mayor*. Madrid: Científico clínica.
- Blasco, E. (2003) *Discapacidad, rehabilitación y sociedad actual*. Madrid: BSAS.
- Lasarte, C. (2004) *Compendio de derecho civil*. Madrid: Dykinson, pp. 34-47.

•

Ángel Alonso es licenciado en Economía e investigador de la Universidad de Coruña del grupo discapacidad&empleo. Desde el año 2004, es presidente fundador de Inclusion. *Ángel Mariño de Andrés* es Licenciado en derecho y profesor titular de derecho civil de la Universidad de Vigo. E-mail: inclusionvigo@yahoo.es