



Fundación
Equitas



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL



Fundación ONCE
para la cooperación e integración social
de personas con discapacidad



2008

Los Derechos de las Personas con Discapacidad
Vol. III. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL



Los Derechos de las Personas con Discapacidad

Vol. III. Área Socio-Sanitaria y de Derecho Comparado

ISBN: 978-84-92596-02-7



9 788492 596027



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

VOLUMEN III

ÁREA SOCIO-SANITARIA
Y DE DERECHO COMPARADO

Director del Proyecto
JAVIER LAORDEN

Coordinador
JOSÉ LUIS TERRERO



No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

© CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8 - 28071 MADRID

ISBN: 978-84-96518-90-2 (O.C.)

ISBN: 978-84-92596-02-7 (V. III)

Depósito legal: M. 45.057-2008

Imprime: LERKO PRINT, S.A.

Paseo de la Castellana, 121. 28046 Madrid

ÍNDICE

PRESENTACIÓN: FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.....	VII
PRESENTACIÓN: CARLOS M. ^a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Director Gerente de Obra Social Caja Madrid.....	XI

VOLUMEN I: ASPECTOS JURÍDICOS

2. RAFAEL DE LORENZO Y AGUSTINA PALACIOS: <i>Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional</i>	3
3. LUIS CAYO PÉREZ BUENO Y ÓSCAR MORAL ORTEGA: <i>Discapacidad y Administración de Justicia</i>	125
4. ELENA COMES MUÑOZ Y BLANCA M. ^a ESCALONILLA MORALES: <i>Discapacidad y procedimiento de incapacitación</i>	169
5. ALFREDO CALCEDO ORDÓÑEZ: <i>La pericial médica en el procedimiento de incapacitación civil</i>	227
6. PÍO AGUIRRE ZAMORANO: <i>La sentencia de incapacitación: alcance y efectos</i>	265
7. XAVIER O'CALLAGHAN: <i>Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho</i>	289
8. CARLOS GANZENMÜLLER ROIG: <i>El internamiento involuntario</i>	365
9. NURIA LÓPEZ-MORA GONZÁLEZ: <i>El tratamiento ambulatorio involuntario</i> ...	397
10. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ: <i>La esterilización de incapacitados: regulación y criterios para la autorización judicial</i>	453
11. FERNANDO SANTOS URBANEJA: <i>El discapacitado autor y víctima de delitos</i> ...	487
12. FRANCISCO BUENO ARÚS: <i>Tratamiento penitenciario de las personas con discapacidad responsables de actos delictivos</i>	547
13. MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA: <i>Discapacidad y empleo</i>	603
14. JOSEFA GARCÍA LORENTE: <i>Discapacidad y Derecho laboral</i>	687
15. JAVIER SALAZAR MURILLO: <i>Reconocimiento legal de la discapacidad</i>	735

16. JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA: <i>Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía</i>	779
17. M. ^a DEL PILAR GONZÁLEZ VICENTE: <i>Discapacidad y Procedimientos de Familia y de Menores</i>	811
18. PABLO COBO GÁLVEZ Y ANTONIO MARTÍNEZ MAROTO: <i>La atención a las personas en situación de dependencia</i>	841
19. RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ: <i>Posibilidades en materia sucesoria que, en favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003</i>	887

VOLUMEN II: ASPECTOS ECONÓMICOS Y PATRIMONIALES

20. JUAN BOLÁS: <i>Comentarios a la Exposición de Motivos</i>	963
21. BLANCA ENTRENA PALOMERO: <i>El patrimonio protegido de las personas con discapacidad</i>	985
22. PATRICIO MONZÓN MORENO: <i>Régimen fiscal de los patrimonios protegidos</i> ..	1033
23. FRANCISCO JAVIER QUESADA SÁNCHEZ: <i>Concepto, características y normativa jurídica de la persona con discapacidad</i>	1051
24. FRANCISCO JAVIER QUESADA SÁNCHEZ: <i>La renta y riqueza en economía</i>	1069
25. FRANCISCO JAVIER QUESADA SÁNCHEZ: <i>La renta y riqueza, sus adaptaciones a personas con discapacidad: una visión actualizada</i>	1093
26. FRANCISCO JAVIER QUESADA SÁNCHEZ: <i>La gestión del patrimonio de las personas con discapacidad</i>	1119
27. JAVIER GARCÍA MÉRIDA Y FRANCISCO JAVIER QUESADA SÁNCHEZ: <i>Análisis patrimonial y financiero de las personas con discapacidad</i>	1137
28. JAVIER GARCÍA MÉRIDA Y FRANCISCO JAVIER QUESADA SÁNCHEZ: <i>Análisis del coste de recursos y rentabilidades de las personas con discapacidad</i>	1157
29. RICARDO LECUONA GIMÉNEZ: <i>Instrumentos financieros aplicables a inversiones de personas con discapacidad</i>	1185
30. RICARDO LECUONA GIMÉNEZ: <i>La institución de la tutela de las personas con discapacidad</i>	1209
31. IGNACIO ARIAS: <i>Régimen fiscal de la discapacidad</i>	1229

Volumen III: ÁREA SOCIO-SANITARIA Y DE DERECHO COMPARADO

ÁREA SOCIO-SANITARIA

32. ANTONIO JIMÉNEZ LARA: *Las personas con discapacidad en España. Perfil sociodemográfico* 1283
33. CARMEN SÁNCHEZ CARAZO: *Políticas de integración*..... 1313
34. ASUNCIÓN DOMINGO DEL ÁLAMO, GISELA VILLARÓ CIVIT Y JAVIER LUENGO: *Discapacidad y educación*..... 1429
35. MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA: *El empleo de las personas con discapacidad: presente, pasado y futuro desde una perspectiva europea*..... 1487
36. GRACIANO ALÍA ÁLVAREZ: *Apoyos económicos a la discapacidad: pensiones y prestaciones públicas*..... 1511
37. ANTONIO MARTÍNEZ MAROTO Y ANTONIO PERALBO ROMERO: *Análisis del desarrollo normativo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y de su aplicación en las Comunidades Autónomas*..... 1555
38. FELIPE LÓPEZ LEÓN Y BELÉN BUENO MARTÍNEZ: *Políticas de accesibilidad* 1575
39. MARTA PUIG CAMPMANY Y ANDREU J. MARTÍNEZ: *Administración y responsabilidad social*..... 1635

DISCAPACIDAD Y DERECHO COMPARADO

40. BEATRIZ EUGENIA GONZÁLEZ GÁLVEZ: *La incapacidad jurídica de un ciudadano francés residente en España*..... 1667
41. JUAN MANUEL CAMPO CABAL Y ULISES FERNÁNDEZ ROJAS: *La incapacidad jurídica de un ciudadano dominicano residente en España*..... 1693
42. JUAN MANUEL CAMPO CABAL Y ULISES FERNÁNDEZ ROJAS: *La incapacidad jurídica de un ciudadano ecuatoriano residente en España*..... 1713
43. JUAN MANUEL CAMPO CABAL Y ULISES FERNÁNDEZ ROJAS: *La incapacidad jurídica de un ciudadano colombiano residente en España*..... 1743
44. JUAN MANUEL CAMPO CABAL Y ULISES FERNÁNDEZ ROJAS: *La incapacidad jurídica de un ciudadano peruano residente en España*..... 1771
45. PEDRO FERNÁNDEZ SÁEZ Y RADOUANE ZIDI: *La incapacidad jurídica de un ciudadano marroquí residente en España*..... 1781

VOLUMEN III

ÁREA SOCIO-SANITARIA
Y DE DERECHO COMPARADO

ÁREA SOCIO-SANITARIA

ANTONIO JIMÉNEZ LARA

Jefe de Área del Plan Gerontológico Estatal
Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

Las personas con discapacidad en España. Perfil sociodemográfico

SUMARIO: I. Principales fuentes estadísticas sobre discapacidad en España. II. El conocimiento cuantitativo de la discapacidad en España: interrogantes y certezas. 1. ¿Cuál es el número de personas con discapacidad? 2. La probabilidad de tener una discapacidad aumenta con la edad. 3. Más mujeres que varones, pero sólo a partir de los 45 años. 4. Unos 50.000 niños menores de 6 años con limitaciones. 5. Desplazarse fuera de casa y realizar las tareas del hogar son las discapacidades más frecuentes. 6. Las deficiencias osteoarticulares, visuales y auditivas son las responsables de la mayoría de las discapacidades. 7. Casi la mitad de las deficiencias en niños menores de 6 años se deben a factores congénitos. 8. Las enfermedades, responsables de más de la mitad de las deficiencias en personas de entre 6 y 64 años. 9. Cerca de 2,3 millones de personas tienen dificultades para realizar las actividades de la vida diaria. 10. La discapacidad no se distribuye uniformemente en el territorio. III. Las tendencias demográficas en el ámbito de la discapacidad. 1. Perspectivas globales: entre la tesis de la pandemia y la de la compresión de la morbilidad. 2. La búsqueda de una metodología común para estimar la prevalencia de las situaciones de discapacidad. 3. Principales tendencias demográficas en relación con la discapacidad. A) Descenso de los nacidos con anomalías congénitas. B) Incremento en la proporción de nacimientos prematuros. C) Riesgos de salud de la población inmigrante.

I. PRINCIPALES FUENTES ESTADÍSTICAS SOBRE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Durante el último trimestre de 2007 (fecha de redacción de este capítulo), el Instituto Nacional de Estadística está llevando a cabo el trabajo de campo de la *Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia* (EDAD 07). Esta encuesta, que se realiza con la colaboración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y de la Fundación ONCE, permitirá contar con una estimación actualizada del número de personas con discapacidad que residen en España y conocer su perfil sociodemográfico, el tipo y la severidad de sus limitaciones en la actividad, sus niveles de autonomía personal, las restricciones que encuentran para la participación, los distintos tipos de deficiencias que están en el origen de las limitaciones, los niveles educativos y de integración laboral y sus necesidades de atención y cuidado.

Hasta que se disponga de los datos de la EDAD 07, la principal fuente estadística de referencia sobre las discapacidades en España sigue siendo la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999* (EDDES 99), realizada por el Instituto Nacional Estadística con la colaboración del IMSERSO y de la Fundación ONCE, cuya fase de campo se realizó en el segundo trimestre de 1999. En 2001 se publicó un *Avance de Resultados*¹ y se pusieron los microdatos obtenidos a disposición de los investigadores. La publicación de los *Resultados Detallados*² se produjo en el mes de junio de 2002, quince años después de que se dieran a conocer, en 1987, los resultados de la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías 1986*³, la primera encuesta de envergadura realizada en España sobre discapacidades. En agosto de 2005 se publicó el *Informe General*⁴, elaborado por el Consorcio Centro de Estudios Demográficos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud, 1999. Avance de Resultados. Datos Básicos*. INE, Madrid 2001, 32 páginas.

² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud 1999. Resultados nacionales detallados*. INE, Madrid, 2002, 489 páginas.

³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y minusvalías 1986. Resultados nacionales*. INE, Madrid, 1987, 2 tomos.

⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE): *Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud 1999. Informe general*. INE, Madrid, 2005, 444 páginas.

El antecedente directo de la EDDES 99 es la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías* de 1986. Con una muestra de 74.166 viviendas y 256.337 entrevistas individuales, esta encuesta era ya un hito en el panorama de fuentes estadísticas de alcance nacional sobre discapacidad. Se acomodaba a las recomendaciones y definiciones de la OMS (en concreto, a la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*)⁵ y permitía, por primera vez para España, el cálculo de un indicador tan importante para el estudio de las condiciones de salud de la población como la Esperanza de vida en Salud. Tuvo una importante proyección internacional y ha sido muy utilizada para la realización de estudios sobre las necesidades de diferentes colectivos.

La EDDES 99 siguió la línea de la encuesta anterior, aunque actualizó su contenido en función de las nuevas demandas y planteamientos en relación con la discapacidad, que habían experimentado una intensa transformación en las décadas de los ochenta y los noventa. No es de extrañar, por ello, que existan importantes diferencias metodológicas entre ambas operaciones estadísticas, que deben tenerse en cuenta en cualquier comparación entre sus respectivos resultados. En general, la EDDES 99 resultó más restrictiva que su predecesora a la hora de identificar discapacidades, abandonó prácticamente el concepto de minusvalía (que en la encuesta de 1986 ocupaba un lugar central), y puso mayor énfasis en el grado de severidad de las discapacidades y en los apoyos que reciben las personas con discapacidad.

La EDAD 07 introduce también importantes diferencias metodológicas respecto de las dos encuestas anteriores, como reflejo del cambio que se ha producido en la conceptualización de la discapacidad en la presente década. Toma como referencia conceptual la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*⁶ de la OMS y, junto a la discapacidad, focaliza sus objetivos de investigación en el conocimiento de las situaciones de dependencia con el fin de proporcionar una base estadística que permita guiar la promoción de la autonomía personal y la prevención de las situaciones de dependencia. Aunque aún no se dispone de un avance de sus resultados (como se ha indicado, en el momento de redactar este

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS): *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad*. IMSERSO, Madrid, 1986, 291 páginas.

⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS): *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*. IMSERSO, Madrid, 2001, 320 páginas.

apartado la encuesta está en plena fase de aplicación), es previsible que supongan un importante aumento en la estimación del número de personas con discapacidad respecto de la realizada por la EDDDES 99.

La encuesta de 1986 fue objeto de muy pocas explotaciones aplicadas⁷, lo que impidió el adecuado aprovechamiento de su importante caudal informativo. La razón principal fue, sin duda, la falta de acceso de los investigadores a los microdatos de la misma. En contraste con ello, se han realizado bastantes explotaciones de la EDDDES 99. Entre las más difundidas cabe destacar el informe estadístico *La Discapacidad en Cifras*⁸ publicado por el IMSERSO, y *Las discapacidades en España: datos estadísticos*⁹, publicado por el Real Patronato sobre Discapacidad. También ha tenido una amplia difusión el informe *La inserción laboral de las personas con discapacidades*¹⁰, realizado por el Colectivo Ioé, que utiliza la EDDDES 99 como fuente de referencia para examinar la relación entre la discapacidad y el mundo laboral, y el informe del Consejo Económico y Social sobre la situación de las personas con discapacidad¹¹, que, a partir de una explotación original y exhaustiva de la EDDDES 99, formula una serie de propuestas de medidas políticas en materia de integración de las personas con discapacidad. La divulgación de los datos que proporcionó la EDDDES 99 y la reflexión acerca de su significado y alcance ha sido también abordada por Antonio JIMÉNEZ LARA en un capítulo del Tratado sobre Discapacidad¹² coordinado por Rafael DE LORENZO GARCÍA y Luis Cayo PÉREZ BUENO. Dicho artículo, actualizado y revisado, ha servido de base para la redacción de este apartado de la *Guía sobre la Discapacidad*.

⁷ Entre estas pocas aplicaciones, destaca el estudio *Las discapacidades de la población española. Un estudio basado en modelos de regresión logística* (PEÑA SUÁREZ DE RIVERA y TEIJEIRO ALFONSÍN, 1989) y el informe estadístico *Las personas con minusvalía en España: aspectos cuantitativos* (IMSERSO, 1989). Los datos de la encuesta de 1986 también sirvieron de referencia para el diseño de la muestra del estudio *Las personas con minusvalía en España: necesidades y demandas* (IMSERSO e IDES, 1988).

⁸ JIMÉNEZ LARA, A. y HUETE GARCÍA, A.: *La discapacidad en cifras*. IMSERSO, Madrid, 2002, 208 páginas.

⁹ JIMÉNEZ LARA, A. y HUETE GARCÍA, A.: *Las discapacidades en España: datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud*, 1999. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003, 196 páginas.

¹⁰ COLECTIVO IOÉ: *La inserción laboral de las personas con discapacidades*. Fundación La Caixa, Barcelona, 2003, 190 páginas.

¹¹ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL (CES): *Informe sobre la situación de las personas con discapacidad en España*, CES, Madrid, 2004, 223 páginas.

¹² JIMÉNEZ LARA, A.: "La población con discapacidad: estudios demográficos", en LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C.: *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007, págs. 207-230.

La EDDDES 99 ha permitido también a los investigadores profundizar en el análisis de la situación de algunos grupos específicos de personas con discapacidad. Ejemplo de las explotaciones realizadas en ese sentido son el estudio sobre personas con enfermedad mental grave y prolongada dirigido por ORIHUELA VILLAMERIEL¹³, el estudio sobre personas con inteligencia límite dirigido por Riera¹⁴ (ambos promovidos por el IMSERSO), el informe elaborado por un equipo de investigación de la Federación Española de Daño Cerebral (FEDACE), coordinado por Luis Miguel Bascones Serrano, para el Defensor del Pueblo sobre *Daño cerebral sobrevenido en España. Un acercamiento epidemiológico y sociosanitario*¹⁵, y el promovido por la Asociación de Daño Cerebral Sobrevenido de Castilla-La Mancha, titulado *Daño cerebral sobrevenido en Castilla-La Mancha. Realidad sociosanitaria, desafíos de apoyo e integración comunitaria*¹⁶, del que son autores BASCONES SERRANO y QUEZADA GARCÍA.

Otro ámbito en el que la EDDDES 99 ha permitido profundizar ha sido en el estudio de la dimensión, situación y características de la población dependiente, un tema de gran relevancia en los últimos años y que, como se ha dicho, es uno de los focos de interés de la EDAD 07. En relación con esta cuestión, cabe destacar el informe de Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO sobre la protección social de la dependencia¹⁷, editado por la Fundación Alternativas, el *Libro Verde sobre la Dependencia en España*¹⁸, elaborado por un grupo de trabajo promovido por la Fundación AstraZeneca y coordinado por Julio Sánchez Fierro, patrono de dicha Fundación, y, sobre todo, el *Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España*¹⁹, que en su primer

¹³ ORIHUELA VILLAMERIEL, T.; GÓMEZ CONEJO, P. (Coord.); RUEDA PALACIO, O. (Col.); LORRENCE GARCÍA, M. (Col.); CONDE DÍEZ, R. (Col.): *Población con enfermedad mental grave y prolongada*. Colección Estudios e Informes, IMSERSO. Madrid, 2003, 355 páginas.

¹⁴ RIERA, C. et al.: *Personas con discapacidad intelectual y necesidad de apoyos intermitentes: situación, necesidades y demandas. Una aproximación a la población con inteligencia límite ligera*, IMSERSO, Madrid, 2003, 217 páginas.

¹⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO: *Daño cerebral sobrevenido en España: Un acercamiento epidemiológico y sociosanitario*. Defensor del Pueblo, Madrid, 2006, 289 páginas.

¹⁶ BASCONES SERRANO, L. M. y QUEZADA GARCÍA, M. Y.: *Daño cerebral sobrevenido en Castilla-La Mancha, Realidad sociosanitaria, desafíos de apoyo e integración comunitaria*. FISLEM, Toledo, 2006, 257 páginas.

¹⁷ RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *Protección social de la dependencia en España*. Fundación Alternativas, Madrid, 2004, 64 páginas.

¹⁸ SÁNCHEZ FIERRO, Julio (Coord.), JIMÉNEZ LARA, A.; DÍEZ NICOLÁS, J.; TRESERRA I SOLER, M. A.; REMARTÍNEZ, A., y PÉREZ BUENO, L. C. (Grupo de Trabajo "Dependencia", de la Fundación AstraZeneca): *Libro Verde sobre la dependencia en España*. Ergón, Majadahonda (Madrid), 2004, 213 páginas.

¹⁹ INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO): *La atención a las personas en situación de dependencia en España. Libro Blanco*, IMSERSO, Madrid, 2005, 820 páginas.

capítulo, elaborado por JIMÉNEZ LARA, realiza, a partir de los datos de la EDDDES 99, una estimación de las personas en situación de dependencia y analiza sus características y perfiles.

Junto a la EDDDES 99, existen otras fuentes estadísticas que proporcionan información sobre determinados aspectos de la discapacidad. Entre ellas cabe destacar la *Encuesta Nacional de Salud*, que recoge información sobre morbilidad percibida, utilización de servicios sanitarios, hábitos de vida y características sociodemográficas de los entrevistados. En las sucesivas ediciones de la encuesta (la última publicada hasta el momento es la de 2006), se han ido introduciendo materias tales como vacunación antigripal y vacunaciones infantiles, visita al ginecólogo en mujeres, estado de salud de los mayores de 65 años, alimentación infantil, lactancia materna, accidentes sufridos en los últimos doce meses, limitaciones para las actividades de la vida diaria, consumo de tabaco y alcohol, ejercicio físico, prácticas preventivas y otros temas de interés para el conocimiento de la situación de salud de la población española que, de forma indirecta, proporcionan información útil para el estudio epidemiológico de la discapacidad.

También se dispone de abundante información estadística sobre diversos tipos de accidentes generadores de discapacidades. Las principales fuentes, a este respecto, son el *Anuario de Accidentes* de la Dirección General de Tráfico, la *Estadística de Accidentes de Trabajo* del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y los informes de resultados del *Programa de Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio (D.A.D.O.)*, que publica anualmente el Instituto Nacional de Consumo.

Otra fuente de interés es el *Estudio Colaborativo Español de Malformaciones Congénitas*, un programa de investigación clínica y epidemiológica sobre los defectos congénitos humanos, que fue organizado por la Dra. María Luisa Martínez-Frías en 1976, y que desde entonces ha controlado más de dos millones de nacimientos en un centenar de hospitales distribuidos por toda España. También se dispone de los datos para España que proporciona el *Registro Europeo de Anomalías Congénitas (EUROCAT)*, que incluye información sobre prevalencia de las malformaciones registradas por determinados hospitales del País Vasco, Asturias y Cataluña.

La explotación de la información contenida en los expedientes de valoración de las situaciones de discapacidad proporciona también una información valiosa para profundizar en el estudio de las discapacidades. La informatización de estos expedientes ha permitido la creación de la *Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad*, una operación estadística desarrollada conjuntamente por el IMSERSO y las Consejerías de Servicios Sociales o Bienestar Social de las diferentes comunida-

des autónomas, basada en la explotación de los datos recogidos en los procesos de valoración de las situaciones de discapacidad. Las explotaciones de esta información son relativamente escasas: el IMSERSO publicó un informe en 2000, con los datos existentes a junio de 1999, y la página *web* del SID (<http://sid.usal.es>) recoge algunas tablas de datos con la información cerrada a 31 de diciembre de 2001, fecha en la que la base de datos contenía 2.052.539 registros correspondientes a personas que habían solicitado la valoración de su situación de discapacidad, de las cuales 1.782.191 habían sido declaradas oficialmente personas con discapacidad al alcanzar un grado de discapacidad del 33 % o superior. Las Comunidades Autónomas, por su parte, han abordado diversas explotaciones de la información contenida en sus respectivas bases de datos de personas con discapacidad, sobre todo de cara a la formulación de planes de acción. Sin embargo, no existe un protocolo que permita a los investigadores acceder a los datos contenidos en la base de datos estatal ni en las bases de datos autonómicas de personas con discapacidad, algo que podría resolverse fácilmente generando ficheros de microdatos adecuadamente anonimizados.

II. EL CONOCIMIENTO CUANTITATIVO DE LA DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: INTERROGANTES Y CERTEZAS

1. ¿Cuál es el número de personas con discapacidad?

Según la EDDDES 99, el número de personas residentes en España con alguna discapacidad o con limitaciones que han causado o pueden llegar a causar discapacidades ascendía en el segundo trimestre de 1999 a 3.528.221 personas²⁰, lo que, expresado en términos relativos, viene a representar un 9 por ciento de la población total. Es importante tener en cuenta que la encuesta se ha aplicado a la población residente en domicilios particulares, y que, por tanto, excluye a las personas con discapacidad que viven en centros residenciales.

Estos datos suponen un sustancial recorte de las estimaciones realizadas trece años antes, a partir de la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías* de 1986, según las cuales el número de personas con discapacidad superaba la cifra de cinco millones setecientos mil, con una prevalencia cercana al 15 por ciento, seis puntos porcentuales por encima de la obtenida por la encuesta de 1999.

²⁰ En los menores de 6 años no se han estudiado las discapacidades, sino las limitaciones que las han causado o pueden llegar a causarlas. El número de niños con estas limitaciones asciende, según la encuesta, a 49.577.

POBLACIÓN TOTAL, ESTIMACIÓN DEL NÚMERO DE PERSONAS
CON DISCAPACIDAD Y DE LA PREVALENCIA DE LAS SITUACIONES
DE DISCAPACIDAD. ESPAÑA, 1986 y 1999

	<i>Población con discapacidad</i>		
	<i>Población total</i>	<i>Número</i>	<i>Porcentaje sobre población total</i>
Encuesta de 1986	38.341.126	5.743.291	14,98
Encuesta de 1999	39.247.019	3.528.221	8,99

Fuentes:

- Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías 1986*. Madrid, INE, 1987.
- Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999, Resultados detallados*. Madrid, INE, 2002.

Las razones de esa divergencia radican, fundamentalmente, en las diferencias metodológicas existentes entre ambas encuestas. En concreto, uno de los factores que más influye es la diversa consideración de las dificultades para el desplazamiento, respecto de las cuales la encuesta de 1999 fue mucho más “exigente” que la de 1986 a la hora de apreciar la existencia de una situación de discapacidad. Esta disparidad de criterios limita seriamente la posibilidad de realizar análisis comparativos entre ambas encuestas. Si a esto unimos el hecho de que la comparación con los datos referidos a otros países de nuestro entorno se ve también dificultada por la falta de una definición operativa homogénea de la discapacidad²¹, el resultado es que se pierde casi totalmente la perspectiva (temporal y espacial) tan necesaria para situar los datos de la EDDDES 99 en un adecuado contexto.

La proyección de los datos obtenidos por la EDDDES 99 al momento actual (teniendo en cuenta el incremento que ha experimentado la población española y su envejecimiento interno, y desde la hipótesis de

²¹ La inclusión de una serie de preguntas sobre discapacidad en determinadas oleadas (1996) del Panel de Hogares de la Unión Europea ha proporcionado datos sobre el perfil socio-demográfico de las personas con discapacidad, referidos a la población de entre 16 y 64 años, en 14 países de la Unión. Sin embargo, las diferencias en los resultados (con tasas de prevalencia de las situaciones de discapacidad que oscilan entre un 7,8 por cien en Italia y un 22,9 en Finlandia) permiten afirmar que la definición operativa de la discapacidad, y, en concreto, el umbral de gravedad a partir del cual se considera que una persona tiene una discapacidad, difiere mucho de unos países a otros. Los datos sobre discapacidad basados en el análisis longitudinal de los indicadores de salud del Panel de Hogares publicados en 2005 siguen manteniendo esas diferencias: la proporción de personas con discapacidad respecto a la población total, referidos a 2001 y a todos los grupos de edades, oscila entre el 11,3% de Italia y el 30,9 de Finlandia.

un mantenimiento sin cambios de las tasas de prevalencia específicas por edad estimadas para 1999) arrojaría la cifra de 4.430.000 personas con discapacidad a 1 de enero de 2008, con una prevalencia global cercana al 9,9 por cien. Sin embargo, a tenor de los sondeos realizados con ocasión del pretest de la EDAD 07, parece muy probable que sus resultados estimen una cifra bastante superior.

ESTIMACIÓN DEL NÚMERO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD
ESPAÑA, 1 de enero de 2008

	<i>Varones</i>	<i>Mujeres</i>	<i>Total</i>
00 a 04	26.338	26.482	52.820
05 a 09	22.363	21.448	43.811
10 a 14	17.287	13.252	30.538
15 a 19	25.276	16.560	41.836
20 a 24	29.483	18.364	47.847
25 a 29	49.580	30.040	79.619
30 a 34	80.073	51.553	131.625
35 a 39	77.236	67.601	144.837
40 a 44	82.508	70.519	153.027
45 a 49	90.790	93.157	183.948
50 a 54	93.345	118.934	212.280
55 a 59	123.785	146.027	269.812
60 a 64	172.338	189.175	361.513
65 a 69	155.780	211.129	366.909
70 a 74	181.725	301.218	482.943
75 a 79	234.069	385.553	619.622
80 a 84	201.409	368.241	569.650
85 a 89	128.548	280.357	408.905
90 a 94	45.604	122.566	168.170
95 y más	13.839	47.467	61.306
<i>TOTAL</i>	<i>1.851.378</i>	<i>2.579.642</i>	<i>4.431.020</i>

Fuente: Elaboración propia, a partir de la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999* y de las *Proyecciones de población con base al censo de 2001* del INE.

Llegados a este punto, es claro que la afirmación de que en España existen en la actualidad (enero de 2008) algo más de cuatro millones cuatrocientas mil personas con discapacidad hay que valorarla, cuando menos, con una gran cautela. Y que, más que centrarnos en la casi imposible tarea de estimar con certeza una cifra global (aunque sin olvidar que es, precisamente, esa cifra global la que cala en la opinión pública; la que las organizaciones de personas con discapacidad utilizan como argumento para apoyar sus reivindicaciones; la que sirve de parámetro para juzgar si es apropiada la magnitud del esfuerzo presupuestario que supone la financiación de las políticas de discapacidad), lo que tiene sentido es profundizar en el conocimiento de las realidades que se encuentran detrás de esa cifra. Ese conocimiento puede proporcionarnos algunas certezas, como las que se recogen en las páginas siguientes, que son sólo una muestra de las muchas lecturas que pueden hacerse a partir de la información estadística disponible sobre discapacidad.

2. La probabilidad de tener una discapacidad aumenta con la edad

La prevalencia de las situaciones de discapacidad está claramente relacionada con la edad. Según la EDDES 99, más del 32 por ciento de las personas mayores de 65 años tiene alguna discapacidad, mientras que entre las menores de 65 años la proporción de personas con discapacidad no llega al 5 por ciento. Aunque el aumento de la prevalencia es continuo conforme avanza la edad, a partir de los 45 años ese incremento se acelera de forma notable.

Este perfil se daba también en la encuesta de 1986, aunque, debido a la diferencia de criterios a la que ya se ha hecho referencia, las estimaciones de prevalencia por edad eran sistemáticamente más altas, excepto en el grupo de personas de menos de 6 años.

La prevalencia creciente de la discapacidad conforme avanza la edad se debe, al menos, a dos factores complementarios. Por una parte, al hecho de que haber vivido más años supone haber estado más tiempo expuesto a riesgos que pueden haberse concretado en una discapacidad. Por otra, a un incremento, que no sería exagerado calificar de espectacular, de la esperanza de vida de las personas que han adquirido la discapacidad en las etapas tempranas de la vida.

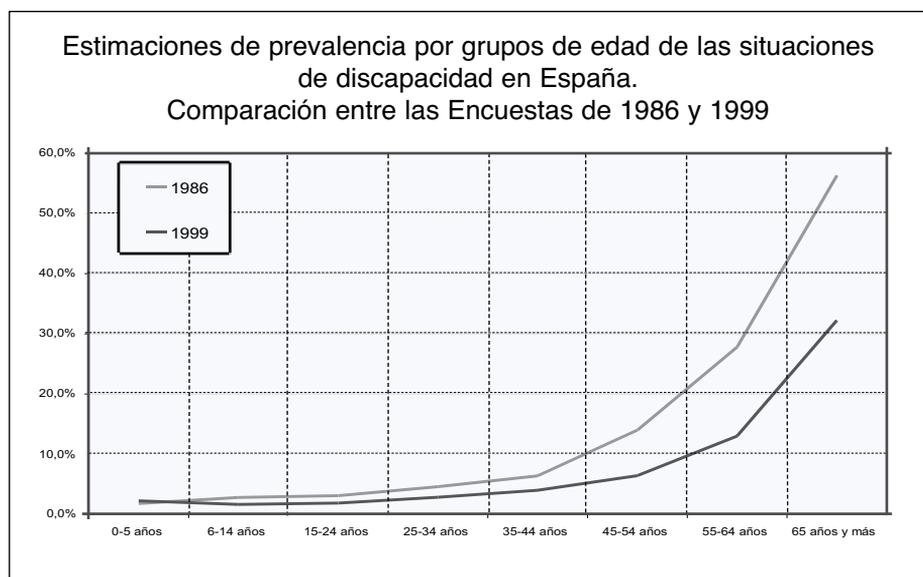
Como resultado, las personas con discapacidad tienen una edad media considerablemente más elevada que el resto de la población: 62,7 años frente a 36,4. De hecho, las personas mayores de 65 años suponen un 58,8% de todos los que declaran encontrarse en situación de discapacidad; un 23,1% son personas de entre 45 y 64 años, y sólo el 18,1% tienen menos de 45 años.

NÚMERO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y ESTIMACIÓN DE PREVALENCIA DE LAS SITUACIONES DE DISCAPACIDAD, POR EDAD. ESPAÑA, 1986 y 1999

Grupo de edad	1986		1999	
	Personas con discapacidad	Estimación de prevalencia, en %	Personas con discapacidad	Estimación de prevalencia, en %
0-5 años	43.047	1,8	49.576	2,2
6-14 años	157.836	2,8	61.337	1,7
15-24 años	215.073	3,1	110.285	1,9
25-34 años	211.094	4,6	185.906	2,8
35-44 años	282.682	6,4	230.251	4,0
45-54 años	647.840	14,0	305.909	6,4
55-64 años	1.290.312	27,8	512.304	13,0
65 años y más	2.895.407	56,3	2.072.652	32,2
TOTAL	5.743.291	15,0	3.528.220	9,0

Fuentes:

- Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías 1986*. Madrid, INE, 1987.
- Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999, Resultados detallados*, Madrid, INE, 2002.



El envejecimiento de la población con discapacidad supone la aparición de nuevas necesidades sociales y obliga a replantear los dispositivos de atención existentes y los criterios que se utilizan para medir la discapacidad, en un contexto en el que más de la mitad de las personas con discapacidad que viven en España han superado la edad de jubilación. Pensemos, tan sólo, en que políticas de una gran tradición y calado, como las de atención temprana, integración escolar e integración laboral, se dirigen, consideradas en su conjunto, a apenas un 35% del total de la población con discapacidad, mientras que otras políticas, como las relacionadas con la provisión de cuidados de larga duración para quienes necesitan ayuda para realizar las actividades de la vida diaria, cuya creciente población objetivo se concentra mayoritariamente (aunque no únicamente) entre las personas de edad más avanzada, están aún infradesarrolladas.

3. Más mujeres que varones, pero sólo a partir de los 45 años

Algo más de dos millones de las personas con discapacidad identificadas por la EDDDES 99 (el 58,3 por ciento del total) son mujeres, mientras que el número de varones con discapacidad no supera el millón y medio. Sin embargo, no en todas las edades es mayor el número de mujeres con discapacidad, pues hasta los 45 años hay más varones que mujeres en la población con discapacidades.

Cabe preguntarse cuáles son las razones para que esto ocurra. En principio, pueden aventurarse tres hipótesis complementarias: una de ellas ligada a factores culturales (una posible subdetección temprana de discapacidades en las mujeres, que sugiere la existencia de expectativas sociales diferentes por sexo), otra a factores socioeconómicos (mayor exposición de los varones a ciertos riesgos generadores de discapacidad en la juventud y las primeras etapas de la vida adulta, como los accidentes laborales y de tráfico; influencia de los estilos de vida; soledad, viudez y precariedad de ingresos a las edades avanzadas, que afectan más a las mujeres) y otra a factores biológicos (mortalidad diferencial por sexos, con un mayor índice de supervivencia entre las mujeres; diferencias en los patrones de morbilidad, etc.).

4. Unos 50.000 niños menores de 6 años con limitaciones

Con un criterio que, en principio, parece adecuado, en los menores de 6 años no se han estudiado las discapacidades, sino las limitaciones

que las han causado o pueden llegar a causarlas. Según los datos de la EDDES 99, el número de niños con estas limitaciones ascendía en 1999 a 49.577, un 2,2 por ciento de la población de ese grupo de edad (la encuesta de 1986 cifraba el número de niños menores de 6 años con limitaciones en 43.047, que representaba el 1,84 por cien de su grupo de población de referencia).

Entre las limitaciones más frecuentes en los niños menores de 6 años cabe señalar las dificultades para caminar y la presencia de debilidad o rigidez en las piernas, que según los datos de la EDDES 99 afectan a más de 11.000 niños; la imposibilidad de hacer las cosas como los demás niños de su edad, que afecta a más de 14.000; las dificultades para hablar, que afectan a más de 13.000 niños con al menos 3 años; las dificultades para ver, presentes en más de 8.000 niños, y las limitaciones para oír, que se han detectado en más de 5.000.

5. Desplazarse fuera de casa y realizar las tareas del hogar son las discapacidades más frecuentes

De acuerdo con la EDDES 99, la discapacidad más frecuente es la dificultad para desplazarse fuera del hogar, que afecta a un 60 por ciento de las personas con discapacidades mayores de 6 años (con una prevalencia global del 56,4 por mil), seguida de la discapacidad para realizar tareas del hogar (presenta en 39,4 personas de cada mil habitantes) y de otras discapacidades relacionadas con la motricidad, como desplazarse dentro de la casa o utilizar brazos y manos. Siguen en importancia cuantitativa las discapacidades para ver y oír, ambas con una prevalencia similar (entre el 26 y el 27 por mil). Las discapacidades de autocuidado, aprendizaje, relación y comunicación tienen una prevalencia sensiblemente menor.

La comparación de estos datos con los que proporcionó la encuesta de 1986 se ve dificultada por la falta de correspondencia entre las categorizaciones de las situaciones de discapacidad utilizadas en ambas encuestas. En las categorías en las que sí existe una correspondencia más o menos aproximada, se observa, por lo general, que la EDDES 99 estima unas prevalencias mayores. No parece aventurado afirmar que si se hubiesen incluido entre los criterios para determinar la existencia de discapacidad los relativos a correr y subir escaleras, las estimaciones globales de la EDDES 99 habrían superado con creces las realizadas a partir de los datos de 1986.

6. Las deficiencias osteoarticulares, visuales y auditivas son las responsables de la mayoría de las discapacidades

De acuerdo con la EDDES 99, las deficiencias osteoarticulares son la primera causa de discapacidad en la población española. En concreto, a ellas se deben más de la cuarta parte de las discapacidades registradas. Un 16,3 por mil de las personas menores de 65 años y un 117,5 por mil de las personas de más de 65 años presentan alguna deficiencia osteoarticular. Aproximadamente la mitad de ellas tienen afectadas las extremidades inferiores, un 40 por ciento tienen problemas de columna y 25 por ciento tienen afectadas las extremidades superiores.

Les siguen en importancia las deficiencias visuales y auditivas, que causan, cada una de ellas, alrededor del 18 por ciento de las discapacidades identificadas por la encuesta de 1999. Aproximadamente un 9 de cada mil personas de menos de 65 años y cerca de 9 de cada 100 personas de 65 años o más tienen deficiencias visuales, y una proporción muy similar tiene deficiencias auditivas. En 1999, la encuesta estimó que había en España más de 48.000 personas que eran ciegas totales, y casi 90.000 personas incapaces de percibir ningún sonido.

Las deficiencias mentales y el grupo de "otras deficiencias" (en el que se incluyen las deficiencias múltiples y las no clasificadas en otros apartados) originan, cada una de ellas, alrededor del 11 por ciento de las discapacidades. La encuesta estimó en alrededor de 150.000 el número de personas con retraso mental, en cerca de 135.000 el número de personas con demencias (en su inmensa mayoría mayores de 65 años) y en 235.000 el número de personas con trastornos y enfermedades mentales. El número de personas con deficiencias múltiples superaba las 480.000.

Menor importancia cuantitativa tienen las deficiencias viscerales (que causan alrededor del 7 por ciento de las discapacidades), las del sistema nervioso (algo más del 6 por ciento) y las del lenguaje, habla y voz (poco más del 1 por ciento de las discapacidades). La encuesta estimó en más de 146.000 el número de personas con discapacidad a consecuencia de deficiencias del aparato cardiovascular, en 68.000 el número de personas con discapacidad causada por deficiencias endocrino-metabólicas, como la diabetes, y en 58.500 el número de personas con discapacidad a consecuencia de deficiencias del aparato respiratorio.

Las diferencias en la metodología de identificación de las situaciones de discapacidad hacen imposible comparar los perfiles según deficiencia de la población con discapacidad estimada por las encuestas de 1986 y 1999 (conviene recordar que en ambas lo que se identifica primariamente son las posibles situaciones de discapacidad, y que sólo una vez detectada la existencia de una discapacidad se pasa a investigar cuál es la deficiencia que la ha causado).

**POBLACIÓN CON DISCAPACIDADES SEGÚN LAS DEFICIENCIAS
QUE LAS HAN CAUSADO, POR GRANDES GRUPOS DE EDAD Y SEXO**
(Datos referidos a personas de 6 y más años). ESPAÑA, 1999

	<i>De 6 a 64 años</i>		<i>De 65 años y más</i>		<i>Total</i>	
	<i>N.º de personas</i>	<i>Tasa por 1.000 hab.</i>	<i>N.º de personas</i>	<i>Tasa por 1.000 hab.</i>	<i>N.º de personas</i>	<i>Tasa por 1.000 hab.</i>
TOTAL						
Deficiencias mentales	287.041	9,4	227.029	35,4	514.070	13,9
Deficiencias visuales	265.981	8,7	573.737	88,3	839.718	22,4
Deficiencias del oído	279.259	9,1	548.101	84,3	827.360	22,2
Defic. del lenguaje, habla y voz	20.263	0,7	31.258	4,9	51.521	1,4
Deficiencias osteoarticulares	498.081	16,3	757.760	117,7	1.255.841	33,9
Defic. del sistema nervioso	131.364	4,3	168.209	26,2	299.573	8,1
Deficiencias viscerales	116.307	3,8	208.837	32,4	325.144	8,8
Otras deficiencias	46.966	1,5	474.622	73,8	521.588	14,1
No consta	28.345	0,9	47.492	7,4	75.837	2
<i>Total personas con discap. (*)</i>	<i>1.405.992</i>	<i>45,9</i>	<i>2.072.652</i>	<i>322,1</i>	<i>3.478.644</i>	<i>93,9</i>
VARONES						
Deficiencias mentales	168.039	10,9	77.305	28,6	245.344	13,6
Deficiencias visuales	133.692	8,7	206.878	75,7	340.570	18,7
Deficiencias del oído	141.942	9,2	229.350	83,8	371.292	20,4
Defic. del lenguaje, habla y voz	13.618	0,9	17.247	6,4	30.865	1,8
Deficiencias osteoarticulares	217.853	14,2	208.127	76,9	425.980	23,6
Defic. del sistema nervioso	70.414	4,6	76.666	28,3	147.080	8,1
Deficiencias viscerales	58.174	3,8	92.726	34,2	150.900	8,3
Otras deficiencias	18.374	1,2	124.252	46	142.626	7,9
No consta	16.954	1,1	16.777	6,2	33.731	1,9
<i>Total varones con discap. (*)</i>	<i>714.438</i>	<i>46,5</i>	<i>733.809</i>	<i>270,8</i>	<i>1.448.247</i>	<i>80,1</i>
MUJERES						
Deficiencias mentales	119.002	7,8	149.723	40,3	268.725	14,2
Deficiencias visuales	132.288	8,7	366.857	97,4	499.145	26
Deficiencias del oído	137.318	9,0	318.751	84,6	456.069	23,9
Defic. del lenguaje, habla y voz	6.646	0,4	14.011	3,8	20.657	1,1
Deficiencias osteoarticulares	280.228	18,4	549.634	147,4	829.862	43,8
Defic. del sistema nervioso	60.950	4,0	91.543	24,6	152.493	8
Deficiencias viscerales	58.131	3,8	116.111	31,1	174.242	9,2
Otras deficiencias	28.592	1,9	350.370	94	378.962	20
No consta	11.392	0,8	30.716	8,2	42.108	2,2
<i>Total mujeres con discap. (*)</i>	<i>691.553</i>	<i>45,4</i>	<i>1.338.843</i>	<i>359,4</i>	<i>2.030.396</i>	<i>107,2</i>

(*) Una misma persona puede estar en más de una categoría de discapacidad.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999, Resultados detallados*, Madrid, INE, 2002.

POBLACIÓN AFECTADA POR DISCAPACIDADES SEGÚN LOS TIPOS DE DEFICIENCIAS QUE LAS HAN CAUSADO, POR GRANDES GRUPOS DE EDAD (Datos referidos a personas de 6 y más años). ESPAÑA, 1999

<i>Tipos de discapacidad</i>	<i>De 6 a 16 años</i>	<i>De 17 a 24 años</i>	<i>De 25 a 44 años</i>	<i>De 45 a 64 años</i>	<i>De 65 a 79 años</i>	<i>80 años y más</i>	<i>TOTAL</i>
<i>Deficiencias mentales</i>	36.283	38.641	127.919	84.198	122.367	104.663	514.071
Retraso madurativo	6.808	0	0	0	0	0	6.808
Retraso mental profundo y severo	4.378	5.197	17.005	4.784	1.163	78	32.605
Retraso mental moderado	8.329	11.784	31.196	10.700	1.632	404	64.045
Retraso mental leve y límite	8.113	8.887	19.518	4.741	2.112	0	43.371
Demencias	813	0	1.412	4.901	50.789	76.471	134.386
Otros trastornos mentales	7.841	13.384	59.195	59.284	67.022	27.956	234.682
<i>Deficiencias visuales</i>	14.339	19.428	77.392	154.822	353.609	220.126	839.716
Ceguera total	1.275	2.589	3.323	8.302	13.871	18.942	48.302
Mala visión	13.064	16.839	74.071	146.520	339.739	201.184	791.417
<i>Deficiencias del oído</i>	13.068	15.971	78.318	171.902	348.523	199.579	827.361
Sordera prelocutiva	1.586	3.846	7.866	10.772	1.875	293	26.238
Sordera postlocutiva	549	1.322	5.757	13.211	25.104	15.312	61.255
Mala audición	10.934	10.803	63.776	144.543	318.040	183.329	731.425
Trastornos del equilibrio	0	0	1.317	4.586	6.674	1.698	14.275
<i>Deficiencias del lenguaje, habla y voz</i>	4.299	1.774	4.280	9.910	20.265	10.991	51.519
Mudez (no por sordera)	586	301	320	810	1.993	597	4.607
Habla dificultosa o incomprensible	3.713	1.473	3.960	9.101	18.272	10.394	46.913
<i>Deficiencias osteoarticulares</i>	8.808	14.607	110.114	364.552	528.238	229.523	1.255.842
Cabeza	0	213	399	386	1.369	0	2.367
Columna vertebral	2.806	4.610	43.232	178.316	207.013	68.939	504.916
Extremidades superiores	3.236	6.051	33.926	110.791	123.846	48.195	326.045
Extremidades inferiores	3.586	5.269	43.473	130.202	295.438	156.623	634.591
<i>Deficiencias del sistema nervioso</i>	8.954	13.028	41.869	67.513	108.364	59.846	299.574
Parálisis de una extremidad superior	249	770	2.132	5.572	6.107	2.676	17.506
Parálisis de una extremidad inferior	95	180	2.548	5.814	8.333	4.370	21.340
Paraplejía	790	954	2.979	3.862	5.212	3.792	17.589
Tetraplejía	374	729	3.880	2.955	3.144	2.230	13.312
Trastornos de la coord. de mov.	5.433	7.014	19.482	30.589	52.161	31.572	146.251
Otras defíc. del sistema nervioso	2.776	3.760	12.832	23.213	39.537	20.209	102.327
<i>Deficiencias viscerales</i>	1.547	1.813	20.559	92.388	154.081	54.755	325.143
Aparato respiratorio	490	798	2.998	14.953	31.273	7.989	58.501
Aparato cardiovascular	165	549	4.293	43.039	70.947	25.723	144.716
Aparato digestivo	265	301	2.349	6.636	6.879	4.508	20.938
Aparato genitourinario	224	466	2.504	6.540	11.816	8.811	30.361
Sistema endocrino-metabólico	270	0	3.939	18.656	34.732	10.423	68.020
Sist. hematopoyético y s- inmunitario	133	0	5.359	5.300	3.306	1.086	15.184
<i>Otras deficiencias</i>	3.118	1.426	5.908	36.514	188.624	285.999	521.589
Piel	150	201	1.126	753	1.219	553	4.002
Deficiencias múltiples	790	25	2.046	22.087	176.659	279.718	481.325
Defíc. no clasificadas en otra parte	2.321	1.201	2.736	14.072	11.808	6.564	38.702
<i>No consta</i>	671	2.886	6.788	18.000	29.236	18.256	75.837
<i>Total personas con discapacidad (*)</i>	<i>80.261</i>	<i>91.361</i>	<i>416.157</i>	<i>818.213</i>	<i>1.320.533</i>	<i>752.119</i>	<i>3.478.644</i>

(*) Una misma persona puede estar en más de una categoría de discapacidad.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999, Resultados detallados*, Madrid, INE, 2002.

7. Casi la mitad de las deficiencias en niños menores de 6 años se deben a factores congénitos

Según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud, el 47 por ciento de las deficiencias detectadas en niños menores de 6 años tienen causas congénitas, y el 7 por ciento se deben a problemas durante el parto. Las deficiencias debidas a enfermedades no congénitas suponen el 19,6 por ciento del total, y el 23,7 por ciento se deben a otras causas (entre las que se cuentan, por ejemplo, la iatrogenia y las intoxicaciones, así como otras causas no bien determinadas). En un 2,6 por ciento de los casos no consta la causa de la deficiencia. No se han detectado deficiencias debidas a accidentes en ese grupo de edad.

El peso de los factores congénitos es especialmente alto en el caso de las deficiencias osteoarticulares y visuales que afectan a niños menores de 6 años. Los traumatismos a los que se ven sometidos los niños en el momento del parto son un factor causal especialmente destacado en el caso de las deficiencias del sistema nervioso (anormalidades graves de las estructuras y/o funciones del sistema nervioso central y sistema nervioso periférico que afectan al sistema musculoesquelético y articulaciones), mientras que las enfermedades no congénitas tienen una repercusión sensiblemente superior a la media en el caso de las deficiencias auditivas y las deficiencias clasificadas en el grupo "otras", entre las que se incluyen las deficiencias múltiples.

8. Las enfermedades, responsables de más de la mitad de las deficiencias en personas de entre 6 y 64 años

Conforme avanza la edad, la importancia proporcional de los factores congénitos y perinatales se va diluyendo debido a la incidencia creciente de las enfermedades y de los accidentes. Así, para el grupo de edad de 6 a 64 años, las enfermedades son la causa del 51,4 por ciento de las deficiencias detectadas, y los accidentes están en el origen de otro 14,1 por cien, mientras que los factores congénitos y los problemas en el parto explicarían, respectivamente, el 15,6 y el 3,7 por cien de las deficiencias.

En el caso de los mayores de 65 años, la incidencia de la enfermedad explica el 68 por ciento de las discapacidades. En este grupo aparece con fuerza el factor "otras causas", en el que se incluyen los procesos degenerativos derivados de la edad. El resto de las causas (congénitas y accidentes de distinto tipo) tiene una presencia muy discreta.

9. Cerca de 2,3 millones de personas tienen dificultades para realizar las actividades de la vida diaria

La EDDES 99 cifra el número de personas con discapacidad para alguna de las actividades de la vida diaria en algo más de 2.285.000. De ellas, más de millón y medio tienen dificultades muy graves y necesitan de forma imperiosa la ayuda de otra persona para alguna dimensión de su desenvolvimiento cotidiano. Dos terceras partes de las personas con discapacidad para las actividades de la vida diaria tienen más de 65 años.

Los datos sobre personas que reciben ayuda personal son coherentes con ese perfil de necesidades: según la EDDES 99, más de 1,5 millones de personas con alguna discapacidad reciben ayuda de otra persona, en la forma de apoyos directos para la realización de las actividades de la vida diaria. Las principales ayudas personales se refieren a ayudas en el cuidado personal, ayudas para realizar las tareas del hogar, ayudas para la deambulación y desplazamientos, ayudas de supervisión, etc.

El *Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España* recoge una estimación de la población dependiente que podrá ser objeto de protección por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, elaborada a partir de los datos que aporta la EDDES 99. Para realizar esa estimación, que es esencial para prever los recursos que será necesario movilizar, en los próximos años, para dar una respuesta adecuada a la dependencia en España, se ha considerado que una persona es dependiente, a los efectos de tener derecho a protección con cargo al SAAD, cuando no pueda realizar, sin ayuda, alguna de las actividades básicas de la vida diaria relacionadas con el cuidado personal, la movilidad dentro del hogar o las funciones mentales básicas. De acuerdo con los datos de la EDDES 99 el número de personas dependientes era, en 1999, de unas novecientas sesenta mil.

En la estimación se han diferenciado tres grados, que permiten discriminar las situaciones de dependencia acuerdo con la intensidad de la ayuda necesaria, facilitando a la vez la valoración y la gestión de la prestación:

- Dependencia moderada: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día.
- Dependencia severa: Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere la presencia permanente de un cuidador.

- **Gran dependencia:** Cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía mental o física, necesita la presencia indispensable y continua de otra persona.

Junto a estas personas, que serían las protegidas por las prestaciones del SAAD, hay que considerar también a quienes tienen necesidad de ayuda para salir del hogar o realizar tareas domésticas y/o quienes tienen alguna discapacidad moderada en áreas de autocuidado, movilidad, alimentación y funcionamiento mental básico. Sin llegar a los altos niveles de dependencia que caracterizan al grupo anteriormente considerado, las necesidades de estas personas han de ser también objeto de atención. Al efecto de estimar su número, estas personas con necesidad de ayuda para realizar tareas domésticas y/o discapacidad moderada para alguna actividad básica de la vida diaria se han distribuido en dos grupos, de las siguientes características:

- **Grupo A:** Personas con discapacidad moderada para alguna actividad básica de la vida diaria que no necesitan ayuda diariamente.
- **Grupo B:** Personas con discapacidad para alguna actividad instrumental de la vida diaria (movilidad fuera del hogar y tareas domésticas) que no tienen discapacidad para ninguna actividad básica.

La ayuda que necesitan estas personas es, normalmente, de menor intensidad y frecuencia que la que necesitan quienes no pueden realizar las actividades básicas de la vida diaria, pero resulta igualmente imprescindible para vivir una vida digna. Al igual que ocurre en otros sistemas, como el francés, estas personas, aunque no recibieran las prestaciones del SAAD por no superar el umbral de entrada establecido para tener derecho a las mismas, podrían beneficiarse de otros servicios sociales de provisión pública.

El Libro Blanco avanza también unas previsiones sobre la evolución futura de la población dependiente, que estará determinada por el proceso de envejecimiento demográfico, que impulsará al alza las cifras globales de personas dependientes. Según el Libro Blanco apunta, es previsible que, junto a ese aumento global, se produzca una cierta reducción de la prevalencia de las situaciones de dependencia por grupos de edad, como consecuencia de la mejora de los niveles de salud, la mayor conciencia de la población sobre la conveniencia de desarrollar hábitos de vida saludables y las actuaciones preventivas.

**PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARA LAS ACTIVIDADES
DE LA VIDA DIARIA (ESPAÑA, 1999). DISTRIBUCIÓN
POR GRADOS DE NECESIDAD DE CUIDADOS**

<i>GRADO</i>	<i>En domicilios familiares (EDDES 99)</i>	<i>En resi- dencias (estimación)</i>	<i>Total</i>	<i>Proporciones</i>
<i>Personas dependientes</i>				
3 (Gran Dependencia)	121.109	20.300	141.409	14,7%
2 (Dependencia severa)	262.485	41.600	304.085	31,7%
1 (Dependencia moderada)	476.296	38.100	514.396	53,6%
<i>Total</i>	<i>859.890</i>	<i>100.000</i>	<i>959.890</i>	<i>100,0%</i>
<i>Personas con necesidad de ayuda para realizar tareas domésticas y/o discapacidad moderada para alguna ABVD</i>				
A (Disc. moderada para alguna ABVD)	679.565	45.000	724.565	47,5%
B (Discapacidad para alguna AIVD)	746.867	55.000	801.867	52,5%
<i>Total</i>	<i>1.426.432</i>	<i>100.000</i>	<i>1.526.432</i>	<i>100,0%</i>
<i>Total personas con discapacidad para las actividades de la vida diaria</i>				
<i>Total</i>	<i>2.286.322</i>	<i>200.000</i>	<i>2.486.322</i>	

**PROYECCIÓN DEL NÚMERO DE PERSONAS DEPENDIENTES
PARA LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA
POR GRADOS DE NECESIDAD DE CUIDADOS
(ESPAÑA, 2005-2020)**

	<i>2005</i>	<i>2010</i>	<i>2015</i>	<i>2020</i>
<i>Personas dependientes</i>				
Grado 3 (Gran dependencia)	194.508	223.457	252.345	277.884
Grado 2 (Dependencia severa)	370.603	420.336	472.461	521.065
Grado 1 (Dependencia moderada)	560.080	602.636	648.442	697.277
<i>Total</i>	<i>1.125.190</i>	<i>1.246.429</i>	<i>1.373.248</i>	<i>1.496.226</i>

10. La discapacidad no se distribuye uniformemente en el territorio

La prevalencia de la discapacidad presenta grandes oscilaciones territoriales, traduciendo diferencias en la estructura demográfica o en las condiciones de salud de la población, que son a su vez reflejo de las diferencias socioeconómicas entre unas regiones y otras. Así, la discapacidad afecta a más del 10% de la población de seis y más años en Castilla y León, Murcia, Galicia y Andalucía, mientras que está por debajo del 8% en Navarra, Baleares, País Vasco, Madrid, Canarias y La Rioja. El mayor porcentaje de prevalencia se da en Castilla y León (11,8%), y el menor en La Rioja (5,7%).

Como señala el *Informe General* de la EDDDES 99 (INE, 2005), el envejecimiento demográfico intensifica las diferencias debidas a otros factores. Eliminando el efecto de la estructura por edad, Murcia pasa a ser la comunidad autónoma con tasa más alta, seguida de Andalucía, Castilla-León, Castilla-La Mancha y Extremadura. En el otro extremo, La Rioja, País Vasco, Madrid, Navarra y Baleares siguen mostrando tasas de prevalencia bajas, que no se deben únicamente a estructuras menos envejecidas. La estructura de población explica en buena parte los altos porcentajes de personas con discapacidad en Aragón, Galicia y Asturias, que se reducirían notablemente si tuvieran una estructura demográfica menos envejecida, y la baja prevalencia global en Canarias, que empeoraría sustancialmente si esta comunidad autónoma tuviese la estructura media de la población española.

III. LAS TENDENCIAS DEMOGRÁFICAS EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD

1. Perspectivas globales: entre la tesis de la pandemia y la de la compresión de la morbilidad

El envejecimiento de la población incrementa el número absoluto de personas con discapacidades, pero no está claro que una mayor longevidad de la población se traduzca necesariamente en un aumento de la cantidad de años que las personas viven en situación de discapacidad, ni existen evidencias empíricas concluyentes que permitan establecer una previsión sobre la dirección que seguirá en el futuro la evolución de la prevalencia de la discapacidades en los distintos grupos de edad (definida como la proporción de personas con discapacidad respecto al total de personas de la misma edad).

La relación entre los avances médicos y la prevalencia de las situaciones de discapacidad tampoco es clara. Es cierto que gracias a estos

avances se ha conseguido que enfermedades que eran generadoras de discapacidad en el pasado hoy ya no lo sean, y que la medicina procura ayuda instrumental, ortopédica, protésica, farmacológica y/o terapéutica, que permite a las personas con discapacidad superar o compensar muchas de sus limitaciones y poder llevar así una vida lo más autónoma y participativa posible. Sin embargo, el desarrollo de la medicina también está provocando un incremento en la incidencia de la discapacidad, como consecuencia del alargamiento de la esperanza de vida y de la mayor supervivencia de personas con grandes secuelas discapacitantes.

A principios de los años ochenta se propusieron varias teorías que pretendían modelizar el comportamiento de la prevalencia de las discapacidades en una situación de crecimiento de la longevidad. Una de ellas, denominada teoría de la pandemia o de la expansión de la morbilidad, fue formulada por GRUENBERG²² y KRAMER²³ a finales de la década de los setenta, y mantiene que aunque los avances médicos permiten que más personas mayores sobrevivan a la enfermedad, incrementando así la esperanza de vida, esta mayor longevidad se traduce en un empeoramiento del estado de salud medio de la población anciana. El descenso de la mortalidad estaría provocando una pandemia, porque el retraso de la muerte incrementa la proporción de quienes padecen problemas crónicos, degenerativos o incapacitantes, y favorece la aparición de cuadros múltiples y más severos, antes muy infrecuentes.

La teoría de la compresión de la morbilidad, contrapuesta a la anterior, fue formulada por FRIES²⁴, y según ella los avances médicos y los estilos de vida más saludables no sólo están reduciendo las tasas de mortalidad, sino que también hacen que las enfermedades crónicas y las incapacidades funcionales se produzcan durante periodos cada vez más cortos y cercanos a la muerte. Una tercera teoría, la del equilibrio dinámico, desarrollada por MANTON²⁵ sostiene que la reducción de la mortalidad se debe, en parte, a la reducción del ritmo de progresión de enfermedades crónicas, de manera que, aunque una disminución de la mortalidad puede conducir a un aumento de la prevalencia de discapacidades, éstas son menos graves.

²² GRUENBERG, E. M.: "The Failures of Success", *Milbank Memorial Fund Quarterly / Health and Society*, 55 (1), 1977, págs. 3-24.

²³ KRAMER, M.: "The Rising Pandemia of Mental Disorders and Associated Chronic Diseases and Disabilities", *Acta Psychiatrica Scandinavica*, 1980, Vol. 62, págs. 282-297.

²⁴ FRIES, J. F.: "Aging, Natural Death and the Compression of Morbidity". *The New England Journal of Medicine*, Vol. 303, 1980, págs. 130-135.

²⁵ MANTON, K. G.: "Changing Concepts of Morbidity and Mortality in The Elderly Population", *Milbank Memorial Foundation Quarterly / Health and Society*, Vol. 60, 1982, págs. 183-244.

Las evidencias empíricas no son del todo concluyentes, aunque parecen avalar la teoría de la compresión de la morbilidad. Una investigación realizada por CUTLER²⁶ en los Estados Unidos ha llegado a la conclusión de que en las dos últimas décadas del siglo XX se ha producido un descenso sostenido en el porcentaje de personas mayores con problemas de autonomía personal, que puede cifrarse en torno a un uno por ciento anual. Los trabajos de MANTON y GU²⁷ apuntan en la misma dirección: de acuerdo con sus estimaciones, en el período 1989-1999 el porcentaje de personas mayores dependientes en los Estados Unidos se redujo en 6,5 puntos porcentuales (del 26,2 al 19,7%).

2. La búsqueda de una metodología común para estimar la prevalencia de las situaciones de discapacidad

No existe consenso en las estimaciones globales sobre la dimensión de la población con discapacidad. Según recoge METTS²⁸ en un informe para el Banco Mundial, en 1981, la Organización Mundial de la Salud estimó que una media del 10 por ciento de la población mundial tenía alguna discapacidad; sin embargo, en 1992, esta estimación se redujo al 4 por ciento para los países en vías de desarrollo y al 7 por ciento para los países industrializados, y el Fondo de Naciones Unidas para la Población estimó, en 1993 una proporción global de personas con discapacidad del 5,2 por ciento de la población mundial. Sin embargo, esa tendencia a la reducción de las cifras no se ha consolidado, y son muchas las instituciones que mantienen estimaciones de la proporción de discapacitados en valores del 10 por ciento o superior. La Unión Europea calcula de forma oficiosa que un 10% de la población europea (aproximadamente 46 millones en la Europa de los 25 y 50 millones con los países candidatos) tiene algún tipo de discapacidad²⁹.

²⁶ CUTLER, D. M.: "The reduction in disability among the elderly" *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 98, 2001, págs. 6.546-6.547.

²⁷ MANTON, K. G. y GU, X.: "Changes in the prevalence of chronic disability in the United States black and nonblack population above age 65 from 1982 to 1999", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Vol. 98, 2001, págs. 6.354-6.359.

²⁸ METTS, R: *Disability Issues, Trends and Recommendations for the World Bank* (Working Paper), World Bank, Washington, 2000.

²⁹ Así, por ejemplo, el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Integración de las personas con discapacidad en la sociedad, de 17 de julio de 2002, comienza con la siguiente frase: "En general, se considera que las personas con discapacidad constituyen aproximadamente el 10 % de la población. Ello significa que hay 37 millones de personas discapacitadas en la Unión Europea, cifra que ascenderá a unos 50 millones tras la adhesión de los países candidatos". El Foro Europeo de la Discapacidad, por su parte, utiliza el siguiente lema para definir el movimiento europeo de personas con discapacidad: "miles de organizaciones trabajando a todos los niveles para representar los intereses de 50 millones de personas con discapacidad, sus familias y aliados".

La Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID) también estima que la proporción de personas con discapacidad en la población global es del 10 por ciento o más, y el Instituto Roer, de Toronto (Canadá) la cifra en una banda entre el 13 y el 20 por cien.

Las oficinas de estadística de los diferentes países tampoco ofrecen datos uniformes, aunque suelen ser más abultados los referidos a países con mayor grado de desarrollo relativo, que en la mayor parte de sus estadísticas recientes sitúan el porcentaje de personas con discapacidad bastante por encima del 10%. Así, podemos encontrar estimaciones del 18% en el Reino Unido (2001), 17% en Australia (2003), 19,3% en los Estados Unidos (2000), 12,1% en Canadá (2001), 20% en Nueva Zelanda (2001), 7,1% en Argentina (2001), 7,6% en Uruguay (2004), 12,9% en Chile (2004), 2,6% en Honduras (2003) por citar solo algunos de los más recientes. Los 15 países miembros de la Unión Europea en 2001, tenían, en promedio, un 19,3% de su población con dificultades para realizar las actividades cotidianas debido a problemas de salud o discapacidad, de ellos un 9,3% con una dificultad severa³⁰, aunque es necesario hacer notar que estas cifras no distinguen entre las personas con discapacidad y aquellas que padecen un problema de salud de larga duración.

Ante esta disparidad de datos, se están haciendo esfuerzos para avanzar hacia planteamientos metodológicos comunes, que permitan obtener series de datos comparables. Hace unos años la Unión Europea ha formado un grupo de expertos para establecer unas bases conceptuales unitarias que permitan contar con unas estadísticas comunes. Desde 1994 se ha incorporado en el Panel de Hogares un módulo con datos homologables entre todos los países de Europa occidental.

Las Naciones Unidas también están desarrollando esfuerzos en ese sentido. En 2001 se constituyó el Grupo de Washington sobre Estadísticas de la Discapacidad, creado por las Naciones Unidas para promover la toma de datos estadísticos sobre discapacidad, ayudar a los países en la elaboración de estadísticas y reforzar el papel de las estadísticas a la hora de elaborar políticas sobre discapacidad que logren la plena participación social y mejoren la calidad de vida de las personas con discapacidad³¹.

³⁰ EUROSTAT: *Statistical analysis on health-related longitudinal data from the ECHP*, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2003, 188 páginas.

³¹ Los informes del Grupo de Washington están disponibles, en inglés, en <http://www.cdc.gov/nchs/citygroup.htm>

El principal objetivo del Grupo de Washington es la promoción y coordinación de la cooperación internacional en el área de las estadísticas de salud mediante el desarrollo de un conjunto de preguntas que puedan incorporarse en censos, encuestas por muestreo y otras operaciones estadísticas para proporcionar la información básica necesaria para conocer las dimensiones de la discapacidad, de cara a la fundamentación de las políticas de equiparación de oportunidades. El Grupo de Washington ha adoptado como marco teórico de referencia para el desarrollo de sus trabajos la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud* de la OMS.

En España tampoco se cuenta con información concluyente que permita conocer la evolución y las tendencias de la prevalencia de las situaciones de discapacidad. Las encuestas sobre discapacidad realizadas por el Instituto Nacional de Estadística en los años 1986 y 1999 proporcionaron estimaciones de la población con discapacidades muy dispares. Mientras la encuesta de 1986 cifraba el número de personas con discapacidad en cerca de cinco millones setecientos cincuenta mil personas, con una estimación global de prevalencia del quince por ciento, la encuesta de 1999 rebaja esta cifra hasta situarla en poco más de tres millones y medio de personas, un nueve por ciento de la población total. Como ya se ha indicado, es muy probable que los resultados de la encuesta que se está aplicando durante el último trimestre de 2007 vuelvan a incrementar la estimación de prevalencia, de acuerdo con los sondeos realizados durante las operaciones de prueba de los cuestionarios de la misma.

Las encuestas de 1986 y 1999, aun cuando comparten una orientación metodológica común y se inspiran ambas en la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, han adoptado opciones muy diferentes a la hora de categorizar las discapacidades. La encuesta de 2007, que toma como referencia la nueva *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, también introduce importantes diferencias respecto de la anterior. Esas diferencias, que se deben a los progresos en la conceptualización de la discapacidad, dificultan la comparación entre las diferentes encuestas, y limitan enormemente las posibilidades de profundizar en un análisis de la evolución de la incidencia y prevalencia de las situaciones de discapacidad en España. La comparación de los resultados de estas encuestas con otras fuentes estadísticas nacionales e internacionales también se ve seriamente dificultada por la diferencia en las opciones metodológicas adoptadas en cada caso. En este sentido, sería del mayor interés avanzar hacia una conceptualización y unos criterios de operativización ampliamente consensuados que permitieran la realización de análisis longitudinales y la comparación de estudios realizados en diferentes países y regiones.

Dicho esto, es también oportuno afirmar que la existencia de diferencias metodológicas entre los diversos estudios y encuestas es no sólo inevitable, sino también positiva. En lo que se refiere a las encuestas aplicadas por el Instituto Nacional de Estadística en 1986, 1999 y 2007, esas diferencias son un reflejo del avance en la conceptualización y en el conocimiento de la discapacidad que se han producido en los años transcurrido entre ellas, de manera que, como no podía ser de otra forma, la conceptualización de la discapacidad y los criterios adoptados para su operativización son mucho más adecuados, reflejan cada vez mejor las realidades estadísticas de la discapacidad y responden cada vez mejor a las necesidades de información de la comunidad científica. El propio concepto de discapacidad es todavía un concepto en construcción, y no cabe esperar que las categorías que actualmente se aplican para su medición o cuantificación estadística vayan a ser aplicables, sin cambios, cuando hayan pasado diez o quince años. Es necesario, por ello, conciliar el avance, inevitable y necesario, en los planteamientos metodológicos con la necesidad de disponer de series temporales que nos ayuden a comprender la evolución del fenómeno y nos permitan contrastar con datos objetivos el éxito o fracaso de las políticas de prevención y de atención que se están aplicando.

Una forma de lograr esa conciliación sería reducir el intervalo entre las diferentes aplicaciones de la encuesta sobre discapacidad. Siendo conscientes del gran esfuerzo técnico y económico que supone realizar una encuesta de estas características, creemos que es un esfuerzo que rinde importantes beneficios y que, por tanto, merece la pena abordar. Parecería razonable, por ello, planificar la realización de las aplicaciones de la encuesta sobre discapacidad con una frecuencia mayor, por ejemplo cada cinco años, lo que permitiría disponer de un flujo de información mucho más continuado y coherente. En cualquier caso, los lógicos cambios en las definiciones operativas que puedan producirse no deberían impedir la conservación de indicadores testigo que permitan realizar comparaciones apropiadas entre las sucesivas aplicaciones de la encuesta.

3. Principales tendencias demográficas en relación con la discapacidad

Las principales tendencias demográficas que se observan en relación con la discapacidad son las siguientes:

- Una importante reducción de la incidencia de las anomalías congénitas (ligada a los avances en el diagnóstico prenatal y a la posibilidad de interrumpir el embarazo).

- Un ligero incremento de algunas de las discapacidades que se manifiestan en la infancia, ligada a los avances de la medicina perinatal, que ha permitido el nacimiento y la supervivencia de niños cada vez más prematuros, que presentan un mayor índice de riesgo en determinadas discapacidades.
- Un incremento de las discapacidades graves a consecuencia de accidentes de tráfico, laborales, domésticos y de ocio, debido sobre todo a la mayor supervivencia de los afectados gracias a los mejores dispositivos sanitarios y de emergencias.
- Un incremento de la incidencia de enfermedades y trastornos mentales y de las enfermedades neurodegenerativas.
- Una creciente demanda de asistencia especializada derivada de las enfermedades de baja incidencia que son altamente discapacitantes, como la Corea de Huntington, el síndrome de La Tourette y otras enfermedades raras.
- Una frecuencia creciente de procesos patológicos complejos, caracterizados por la superposición de diferentes deficiencias (deficiencia física y enfermedad mental, retraso mental y demencia, trastornos conductuales y enfermedades orgánicas...).
- El aumento de la esperanza de vida de las personas con discapacidad. Este incremento es particularmente significativo en el caso de las personas con discapacidades congénitas o adquiridas al nacer o en las primeras etapas de la vida, que habían tenido, a lo largo de los siglos, una esperanza de vida inferior a la de la población general, y raramente sobrevivían más allá de los treinta o cuarenta años de edad. En la actualidad, son cada vez más las personas con discapacidad debida a factores congénitos o perinatales que llegan a edades avanzadas, lo que comporta, a la vez que el aumento de las complicaciones derivadas de su discapacidad, la aparición de condiciones geriátricas y el envejecimiento de los cuidadores.
- El incremento en términos absolutos de las discapacidades que se producen a edades avanzadas, debida al gran aumento de la población mayor.
- La aparición de nuevos riesgos de salud que afectan de forma específica a la población inmigrante.

A continuación se glosan brevemente tres de estas tendencias, el descenso de los nacidos con anomalías congénitas, el incremento de la morbilidad ligado a la mayor supervivencia de niños prematuros y los riesgos de salud que afectan a la población inmigrante.

A) Descenso de los nacidos con anomalías congénitas

La proporción de niños que nacen con anomalías congénitas en España se ha reducido a la mitad desde principios de los años 80, según el Centro de Investigación de Anomalías Congénitas del Instituto de Salud Carlos III. Mientras que en el período 1980-85, el 2,2% de los recién nacidos presentaban alguna anomalía, en el año 2002 el porcentaje había descendido al 1,1%. Los grupos en los que se han producido mayores descensos han sido la anencefalia, que ha pasado del 4,65 por 10.000 en el periodo 1980-85 al 0,8 por 10.000 en 1995-97 y no ha sido registrada en 2000; la espina bífida, que ha pasado del 4,73 por 10.000 en el periodo 1980-85 al 2,5 por 10.000 en 1995-97 y a sólo un 1,7 por 10.000 en 2000, y el síndrome de Down, que ha pasado del 14,78 por 10.000 en el periodo 1980-85 al 11,2 por 10.000 en 1995-97 y el 8,79 por 10.000 en 2000. También se han reducido la anoftalmia o microftalmia (que ha pasado del 2,46 por 10.000 en el período 1980-85 al 0,85 por 10.000 en 2000). Este descenso se debe, sobre todo, al diagnóstico prenatal y a la posibilidad de interrumpir el embarazo.

La frecuencia de otros defectos como las cardiopatías y anomalías de los grandes vasos, sin embargo, ha experimentado un incremento debido a que la mejora, diversificación y uso generalizado de las técnicas diagnósticas, tanto prenatales como postnatales, permiten detectar en la actualidad un mayor número de casos.

B) Incremento en la proporción de nacimientos prematuros

El avance de la medicina perinatal ha permitido el nacimiento y la supervivencia de niños cada vez más prematuros. En la actualidad, el 0,6% de los niños nacen muy prematuramente, con menos de 31 semanas de gestación.

En los últimos años, se ha incrementado también el nacimiento de niños de bajo peso, que se pueden deber tanto a partos prematuros como a un crecimiento intrauterino retardado. En ambos casos, los factores determinantes son un deficiente control de la gestación, la incidencia de enfermedades asociadas a la gestación, como hipertensión, anemia o diabetes gestacional, el hecho de que la futura madre realice trabajos con esfuerzo físico importante o elevado nivel de estrés, y los estilos de vida nocivos (tabaco, alcohol, etc.). En España, como en los demás países desarrollados, han disminuidos de forma importante los nacimientos de bajo peso causado por un control deficiente de la gestación y por enfermedades gestacionales, debido a la universalización de la asistencia obstétrica prenatal y a la protocolización de la atención a la mujer embarazada, pero el número total de nacidos de bajo peso ha

ido aumentando poco a poco debido, fundamentalmente, a los estilos de vida nocivos, las técnicas de reproducción asistida y la incorporación de la mujer al mundo laboral, sobre todo porque las condiciones laborales de las mujeres no se adecuan a los cambios biológicos durante la gestación.

Aunque los datos sobre prevalencia de trastornos del neurodesarrollo entre los grandes prematuros (peso al nacer inferior a 1.000 gramos) es muy dispar, de forma general se estima que la mitad de los supervivientes pueden presentar al menos una deficiencia significativa, como retraso intelectual (17-21%), parálisis cerebral (12-15%), ceguera (3-8%) o sordera (3-5%), y que la otra mitad de los supervivientes pueden presentar problemas en el neurodesarrollo de carácter más leve, que se manifestarán en la época escolar y adolescencia. Las cifras de prevalencia para los que tienen un peso entre 1.000 y 1.500 gramos tienden a ser aproximadamente la mitad de las del grupo previo, y las del grupo de peso entre 1.500 y 2.500 gramos son la quinta parte. Por ese motivo se suele considerar el peso inferior a 1.500 gramos como el grupo de riesgo claramente significativo.

C) Riesgos de salud de la población inmigrante

Los inmigrantes proceden, en una proporción creciente, de regiones del mundo con un bajo nivel de desarrollo. Las condiciones de vida en sus países de origen son duras. Muchos proceden de comunidades con bajos niveles educativos y sanitarios, donde persisten el desempleo y la pobreza. Algunos de estos inmigrantes son personas con discapacidades, de origen congénito o sobrevenidas, agravadas por la falta de diagnóstico precoz, las carencias en la atención temprana y la ausencia de programas de rehabilitación médica, funcional o profesional en los países de los que proceden.

Su situación puede empeorar tras la llegada a nuestro país por factores como la falta de documentación (permisos de residencia y trabajo), que limita o restringe la atención social de que pueden disponer, por factores culturales, por las condiciones de precariedad que soportan en el trabajo, la vivienda y la salud y por la falta de arraigo en nuestra sociedad, la pérdida de lazos sociales y las situaciones de desestructuración familiar, entre otros muchos factores.

El desconocimiento del idioma y la debilidad de sus lazos familiares y sociales provocan falta de información y dificultades de acceso a los recursos sociales a que tienen derecho las personas con discapacidad. Sus trabajos suelen ser poco cualificados y las condiciones laborales son, con frecuencia, más penosas e insalubres. Suelen estar más expues-

tos a accidentes de trabajo que dan lugar a incapacidades y discapacidades, tanto en los centros de trabajo como en los tránsitos desde su domicilio al trabajo, e incluso se ven expuestos a riesgos de salud específicos, como el denominado “síndrome de Ulises”, un trastorno mental descrito recientemente por Joseba ACHOTEGUI³², que es la patología psiquiátrica más frecuente entre los inmigrantes extracomunitarios, y que se caracteriza por la combinación de sentimientos de soledad, fracaso, angustia, miedo y fobias.

Las mujeres inmigrantes tienen un riesgo más elevado de embarazo prematuro, una mayor frecuencia de complicaciones en el parto y una mayor probabilidad de tener bebés de bajo peso, y sus hijos presentan tasas más altas de morbilidad perinatal, debido a la falta de accesibilidad de este colectivo a la atención prenatal precoz.

³² ACHOTEGUI, J.: *La depresión en los inmigrantes: una perspectiva transcultural*. Ediciones Mayo, Barcelona, 2004, 67 páginas.

CARMEN SÁNCHEZ CARAZO
Doctora en Medicina, Máster en Bioética

Políticas de integración

SUMARIO: I. Políticas sanitarias y personas con discapacidad. Introducción. 1. Situación actual de las políticas sanitarias en materia de discapacidad. A) Derecho a la salud. B) Problemas de accesibilidad en la sanidad. C) Prevención de la discapacidad. Atención Temprana. 2. Derechos de las personas con discapacidad en relación a la salud. A) Derecho a la información. B) Derecho al consentimiento. C) Derecho a la confidencialidad y protección de datos. D) Derecho a las instrucciones previas. E) Derecho a vivir y morir sin dolor: una vida digna y una muerte digna. 3. Salud y demandas sanitarias de las personas con discapacidad. A) Planificación familiar. B) Investigación científica. C) Presente y futuro de la salud mental. Tratamiento obligatorio.

I. POLÍTICAS SANITARIAS Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD. INTRODUCCIÓN

Según la Organización Mundial de la Salud¹ en su Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), publicada en 1980, una discapacidad es “toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.

Una de las dimensiones más importantes de la discapacidad es la sanitaria. No podemos olvidar que en la mayoría de los casos la discapacidad es consecuencia de un proceso de salud; un accidente, una enfermedad propiamente dicha, una alteración genética o una disfunción orgánica. Las políticas sanitarias deben considerar la situación es-

¹ En adelante, OMS.

pecífica de las personas con discapacidad atendiendo a las causas que originan la discapacidad, así como a las secuelas y complicaciones a las que pueden dar lugar, garantizando una atención integral, con criterios de calidad y teniendo en cuenta la diversidad del colectivo². En otras palabras, las alteraciones y procesos que causan una discapacidad, exigen una atención sanitaria específica desde el punto de vista de la prevención y la promoción de la salud³. Asimismo, las personas con discapacidad plantean demandas sanitarias específicas. Por ejemplo, una persona que padece diabetes ha de tener una atención integral para evitar, desde el pie diabético a las posibles alteraciones oculares o renales. La persona afectada ha de contar con los medios necesarios para poder ejercer un mayor control sobre la misma.

Para el sistema sanitario, por tanto, responder adecuadamente a todas estas necesidades, representa un reto que pone a prueba principios como la universalidad, la accesibilidad y la calidad de la atención sanitaria. En la atención a la discapacidad, además, se ponen mucho más en evidencia los problemas relacionados con el principio de equidad; la justicia y la igualdad del sistema sanitario. No olvidemos que una persona con discapacidad, incluso los familiares que le atienden, tienen mayor problema para encontrar trabajo y para tener un seguro sanitario privado. Por ello, las políticas sanitarias deben considerar prioritarias las acciones dirigidas a mejorar la salud de los grupos más vulnerables. Sólo así se podrá mejorar la salud de la sociedad en general. Hay que tener en cuenta que la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que ha entrado en vigor el 3 de mayo de 2008, después de ser ratificada por veinte países⁴, reconoce la acce-

² "La Situación de las Personas con Discapacidad en España". *Informe 4/2003*. Colección Informes CES, Madrid 2004: 45.

³ La promoción de la salud en el sentido que define la Carta de Ottawa, aprobada en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el día 21 de noviembre de 1986: "Proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma. Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente". Aspectos que se han mantenido en la 6ª Conferencia Mundial de Promoción de la Salud, Tailandia, del 7 al 11 de agosto de 2005, adoptando la Carta de Bangkok, en la que establece: "La promoción de la salud se basa en ese derecho humano fundamental y refleja un concepto positivo e incluyente de la salud como factor determinante de la calidad de vida, que abarca el bienestar mental y espiritual.

La promoción de la salud consiste en capacitar a la gente para ejercer un mayor control sobre los determinantes de su salud y mejorar así ésta. Es una función central de la salud pública, que coadyuva a los esfuerzos invertidos para afrontar las enfermedades transmisibles, las no transmisibles y otras amenazas para la salud".

⁴ Coincidiendo con el Día Internacional de las Personas con Discapacidad, 3 de diciembre de 2007, España ha ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Opcional. <http://www.un.org/disabilities/index.asp>

sibilidad a la salud⁵ como un elemento imprescindible para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de sus derechos humanos.

La protección de la salud pasa por el estudio de la salud de las ciudades y de sus habitantes, del control del medio ambiente, de la seguridad en el trabajo, así como por el estudio de las demandas y necesidades de las personas. Además, requiere de una respuesta inmediata en términos de programas de prevención y de promoción de la salud tanto de carácter general como específicos. La especificidad es esencial cuando hablamos de las personas con discapacidad, de las distintas necesidades y demandas que requiere cada tipo de discapacidad: los programas de prevención, los de promoción y de educación de la salud, de salud sexual, para la mejora de la higiene alimentaria y de los hábitos alimenticios o para potenciar el ejercicio físico son sólo algunos ejemplos de programas específicos que requieren las personas con alguna discapacidad. Todos ellos son precisos para mejorar su calidad de vida y para prevenir secuelas y enfermedades. Si la ciudad, como lugar de convivencia, juega un papel determinante en la salud de los ciudadanos, para las personas que tienen alguna discapacidad es mucho más importante. Por ejemplo, pensemos en las personas con asma a las que la polución o el polvo les puede llegar a incapacitar para poder andar por la calle. Es tan importante el medio que nos rodea que nuestra salud depende de cómo y dónde vivimos, de cómo y dónde trabajamos, de las condiciones en que están el aire que respiramos, los alimentos que comemos y el agua que bebemos, de los hábitos de conducta que tenemos, de si tomamos o no algún tipo de droga, o del ruido y el estrés que soportamos. La salud, por tanto, en buena parte depende de nuestro entorno y de cómo nos relacionemos con él. En consecuencia, es necesario informar de forma accesible, clara y exhaustiva a todas las personas sobre la salud, la prevención de las enfermedades y los hábitos higiénico-alimentarios que mejoran la calidad de vida. Y todo esto se hace mucho más evidente en las personas que tienen algún tipo de discapacidad.

La *discapacidad*, según la OMS⁶, es un término genérico que incluye déficit, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación.

⁵ Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo. v) *Reconociendo* la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

⁶ Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, en la resolución WHW 54.21, aprobada en la quincuagésima cuarta Asamblea Mundial de la Salud, del 22 de mayo del 2001.

Unos años atrás, en 1980, la OMS publicó la CIDDMM en la que el término discapacidad estaba relacionado con “cualquier restricción o falta de capacidad que dificulta o impide realizar una actividad determinada. El cambio de la nomenclatura no es gratuito; el cambio de “minusvalías” por el de “discapacidad” trata de reflejar una situación sin tantos aspectos negativos de la persona que lo padece, planteando un aspecto muy importante que es el de los factores ambientales que ya se conoce que influyen de manera directa en la salud y la calidad de vida de las personas.

La discapacidad es una consecuencia de una o varias alteraciones funcionales o estructurales de un órgano corporal, o de una función propia de ese órgano. Partiendo de esta distinción, el Instituto Nacional de Estadística realizó en 1999 la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud⁷ –EDDES⁸–. En ella se explica que se ha investigado tanto el número de personas con discapacidades, como el número de discapacidades y de deficiencias padecidas. Así, en el cuestionario de salud se recogía información sobre temas tales como: medida de la utilización de los servicios, autovaloración del estado de salud, características antropométricas, limitaciones temporales de las actividades cotidianas, hábitos de vida, accidentalidad, prevalencia de enfermedades crónicas, victimación, accesibilidad y hábitos de nutrición.

Gro HARLEM defiende que mejorar la salud de un individuo, o de la población en su conjunto, no es meramente una cuestión de reducir las muertes prematuras debido a enfermedades o lesiones. La salud también se relaciona con el funcionamiento humano, es decir con la capacidad que tiene el individuo para vivir una vida plena como individuo y como miembro de una sociedad. Para mejorar la salud, necesitamos herramientas para medir esa mejora y para medir también los cambios que traen esas intervenciones⁹. La “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”¹⁰ (CIF), es un marco conceptual internacional, de la OMS, común para describir y medir la salud y la discapacidad en ambos niveles: el individual y el de la población. Así, como afirma HARLEM, mientras la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) clasifica a las enfermedades como causas de muerte, la CIF clasifica la salud. Juntas, las dos, nos proporcionan herramientas excepcionalmente amplias y exactas para

⁷ Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud. 1999. Madrid, 2000. <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/discapa/discapamenu.htm>

⁸ En adelante, la Encuesta sobre Discapacidades se denominará: EDDES.

⁹ Gro HARLEM BRUNDTLAND. Directora General de la OMS. Conferencia de la OMS sobre Salud y Discapacidad. <http://www.inclusion-ia.org/espa%F1ol/Norm/conf-oms.htm>

¹⁰ En adelante, CIF.

entender la salud de una población y cómo el individuo y su ambiente actúan recíprocamente para impedir o promover que la vida se viva a su pleno potencial¹¹.

El tener una herramienta de medida es imprescindible para poder estudiar e investigar, y esta herramienta es la CIF. Una herramienta universal, consensuada y aceptada por la mayoría de los países desarrollados durante un proceso internacional de más de 10 años. En la elaboración participaron 65 países miembros de la OMS, lográndose un amplio acuerdo tanto en la terminología como en la clasificación de las distintas discapacidades. Debido a la fiabilidad que le otorgan los diversos trabajos de campo, esta herramienta es indispensable para comprender la clasificación del funcionamiento y la discapacidad. El objetivo de la CIF es conseguir un modelo universal de la discapacidad, desde un aspecto inclusivo, rechazando la idea de que la discapacidad pueda definir a un grupo separado de personas.

La salud no es la perfección absoluta de la persona, la OMS la define como “el estado de perfecto bienestar físico, psíquico y social, y no sólo la ausencia de lesión o enfermedad”. Y en ese “bienestar”, la salud se encuentra en la habilidad de vivir la vida en todo su potencial. Para muchas personas con discapacidad, la realización de esa habilidad de vivir depende en gran medida de aspectos sociales, de factores que tienen que ver con el ambiente y la sociedad en general. Por ejemplo, una persona en silla de ruedas encuentra difícil, o imposible, entrar en el edificio de su centro de trabajo porque no tiene rampas o ascensores, entonces la CIF identifica el enfoque de una intervención, afirmando que es el edificio el que debe modificarse y no la persona la que debe ser obligada a encontrar un lugar de trabajo diferente. Y lo mismo que el tratamiento de la persona con discapacidad ha de estar encaminado a una mejor adaptación al ambiente, igualmente las barreras y dificultades que tiene una persona con discapacidad no deben ser achacadas a las limitaciones de la persona sino a los obstáculos y barreras físicas, sensoriales o sociales, que existen en el entorno.

En los últimos años se ha constatado que era claramente artificioso el argumento clásico por el que se excluía socialmente a las mujeres y a la gente de piel oscura, y que se fundamentaba en su desigualdad “natural” y su diferencia con respecto al hombre blanco. De igual modo, hasta hace poco, la misma discapacidad se consideraba como una causa totalmente “natural” de la desigualdad, a diferencia, por ejemplo, de las desigualdades de clase, género o raza, que se consideraban convencio-

¹¹ Gro HARLEM BRUNDTLAND. Directora General de la OMS. Conferencia de la OMS sobre Salud y Discapacidad. <http://www.inclusion-ia.org/esp/%F10l/Norm/conf-oms.htm>

nales o arbitrarias¹². Como afirma KITTAY¹³, la discapacidad no es una categoría natural, sino social. Los seres humanos vienen al mundo en una pluralidad de formas, con diferentes capacidades e incapacidades, aptitudes e ineptitudes, puntos fuertes y también débiles. Algunas variables aparecen a lo largo de la vida, mientras que otros atributos dependen de factores como la herencia, el nacimiento o las circunstancias ambientales. Pero ninguna de estas variables afecta a la igualdad y la dignidad esencial de todos los seres humanos. La discapacidad tiene una gran relación con una visión del mundo en el que la imagen del cuerpo es un elemento prioritario, por lo que unos cuerpos tendrán mucha más importancia que otros, igual que se privilegian unas mentes en detrimento de otras. Esta concepción construye un mundo en el que unas personas pueden desarrollar mucho mejor sus capacidades mientras que otros casi no pueden hacerlo. La discapacidad es, de manera importante, consecuencia de una desigualdad a la hora de poder participar en la vida social. Las personas con discapacidad se encuentran en desventaja a la hora de participar en igualdad de condiciones por razón de sus problemas y limitaciones, pero también efecto de los obstáculos restrictivos del entorno en que vive. La solución, por tanto, de los problemas inherentes a la discapacidad no es sólo individual y requiere también cambios en los entornos inmediatos (hogar, escuela, centros de trabajo, establecimientos comerciales, etc.), en las estructuras sociales formales e informales existentes en la comunidad (transporte, comunicaciones, seguridad social, políticas laborales, etc.), y también cambios en las normas, criterios y prácticas que rigen e influyen en el comportamiento y en la vida social de los individuos. El enfoque correcto, por tanto, supone actuar simultáneamente sobre las personas y sobre los entornos donde estas personas viven¹⁴.

El II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad defiende que a pesar de que durante años se consideró la discapacidad como un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, traumatismo o cualquier otro problema de salud, hoy se hace más hincapié en los factores ambientales, en su calidad de condicionantes tanto del origen de las discapacidades como de la solución de los problemas que conllevan. Este nuevo enfoque sostiene que una parte sustancial de las dificultades y desventajas que tienen las personas con

¹² KITTAY, E. "Discapacidad, dignidad y protección", en *Revista Internacional de Teología Conciliar*, 300 (2003): 295.

¹³ KITTAY, E. art. cit.

¹⁴ Cf. "La persona con discapacidad y la sociedad". http://www.sercuidador.org/discapacita_do_sociedad.htm

discapacidad, no son atribuibles a sus propios déficit y limitaciones sino a carencias, obstáculos y barreras que existen en el entorno social¹⁵.

Por tanto, podemos decir que la discapacidad es consecuencia de los prejuicios sociales y del fracaso de la respuesta de una sociedad a las diferentes capacidades de las personas y exigencias y necesidades físicas que tiene cada individuo, dando origen a la discapacidad social.

Las personas discapacitadas podrían vivir con la misma plenitud y dignidad que el resto de la población si se les ofreciera la ayuda adecuada y el acceso a las mismas posibilidades. Además, los distintos gobiernos tienen, si quieren, la capacidad de propiciar unas políticas solidarias y justas en donde las diversas personas, con sus distintas posibilidades, pudiesen desarrollarse y realizarse.

Quienes tienen problemas sensoriales, aquellas personas cuyos cuerpos no se ajustan a la forma consideradas “propias de la especie”; con músculos que no funcionan como la media, esqueleto diferente u otras alteraciones, los que tienen enfermedades graves, como SIDA o enfisema, e incluso aquellos que tienen una discapacidad intelectual, enfermedades mentales o ciertas formas de autismo, han demostrado que son capaces de asumir un trabajo con el que pueden mantenerse a sí mismos, ser autónomos, tener su propia familia, ser líderes sociales o artistas. En suma, tienen capacidad para vivir una existencia “normal”. En otras palabras, los discapacitados han demostrado que, con la ayuda y la adaptación adecuadas y la ausencia de prejuicios, pueden desarrollar plenamente su vida sin ser ninguna carga para la sociedad.

Según KANT la dignidad de los seres humanos reside en su capacidad para comportarse como seres morales autónomos. Así, las sociedades que quieran que todos sus miembros vivan con dignidad, deben realizar las acciones necesarias para la eliminación de las barreras físicas, sensoriales, psíquicas y sociales y poner a disposición de los discapacitados los recursos necesarios para que puedan participar en cualquier ámbito de la vida. No existe ningún fundamento ético ni legal que justifique que se les prive de los medios necesarios para vivir dignamente. Este es el fundamento que debe primar en las políticas sociales y sanitarias con las personas que tengan alguna discapacidad¹⁶.

¹⁵ II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad. Aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2003. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales: 22.

¹⁶ Aunque no podemos olvidar que desgraciadamente hay personas que independientemente de los recursos que se pongan a su disposición no tendrán una mínima autonomía, aunque eso sí, serán capaces de sentir y de amar aunque no lo manifiesten de la forma habitual.

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, establece que la dignidad de la persona, la accesibilidad a los distintos estamentos sociales, la igualdad, y el respeto a la diferencia evolutiva de las distintas personas, son principios básicos en los que se han de sustentar las diferentes acciones para que las personas con alguna discapacidad ejerzan plenamente y sin discriminación sus derechos¹⁷. La Convención establece que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano¹⁸ e insiste en la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso¹⁹.

Durante siglos las personas discapacitadas fueron apartadas, excluidas, incluso escondidas. Poco a poco la sociedad ha percibido lo positivo de la diversidad²⁰, la pluralidad y por tanto, lo positivo de una sociedad donde hay diferencias físicas y psíquicas con distintos valores y posibilidades. Los seres humanos, sea cual fuere su grado de capacidad, necesitan de otros seres humanos para desarrollar esas capacidades²¹. Todos somos necesarios y todos nos necesitamos unos a otros, pero todavía hoy, las personas con discapacidad suelen ser objeto de discriminación a causa de los prejuicios o la ignorancia y, en demasiadas ocasiones, no tienen acceso a los servicios esenciales²²; uno de los servicios esenciales es el de la salud. Así, la Convención defiende que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud, sin discriminación por motivos de discapacidad²³.

¹⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 3. Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.
- b) La no discriminación.
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) La igualdad de oportunidades.
- f) La accesibilidad.
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer.
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

¹⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo. h.

¹⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo. j.

²⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Preámbulo. j.

²¹ CORTINA, Adela. *Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI*. Ediciones Nobel. Oviedo, 2007: 225.

²² La ONU y las personas con discapacidad. <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/>

²³ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 25.

Las Naciones Unidas, desde sus comienzos, han tratado de mejorar la situación de las personas con discapacidad y hacer más fáciles sus vidas. En los diversos tratados, declaraciones e instrumentos relacionados con los derechos humanos se defiende que las personas con discapacidad deben poder ejercer sus derechos civiles, políticos, sociales y culturales en igualdad de condiciones con el resto de personas²⁴. Y para proteger estos derechos, en la resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001, se decidió establecer un comité especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembro y observadores de las Naciones Unidas, para que examinase las propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, con un enfoque holístico desde el desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social²⁵. Así nace la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que los derechos relacionados con la salud ocupan un lugar preferente.

La discapacidad está directamente relacionada con aspectos de salud y de enfermedad. Es necesario tener en cuenta que la discapacidad es consecuencia de alteraciones genéticas, secuelas de accidentes o derivados de diversas enfermedades. Por lo que el derecho a la atención sanitaria y a la rehabilitación es fundamental para tener una vida de calidad. En nuestra Constitución se establece este derecho en el artículo 49²⁶.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI) desarrolla el artículo 49 de la Constitución Española, que establece la obligación de los poderes públicos de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas discapacitadas, a las que prestarán la atención especializada que requieran y las ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos. Esta fue la primera Ley de contenido social en España, supuso un avance capital para las personas con discapacidad y sus familiares. Antes de la LISMI la situación venía marcada por una oferta limitada de la Seguridad Social, la disponibilidad de pocos centros para discapacitados, la falta de una educación normalizada o la poca participación de los beneficia-

²⁴ ONU y las personas con discapacidad. <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/>

²⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Recordatorio primero.

²⁶ Artículo 49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad físicas, sensorial y psíquica, a las que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

rios en la planificación de las normativas. Por otra parte, a nivel de prestaciones, sólo existía el Fondo de Asistencia Social (FONAS), destinado a cubrir pequeños auxilios económicos por ancianidad y enfermedad. Con la LISMI se reconocen prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad como un derecho subjetivo y se regula la asistencia sanitaria de éstas. Con esta Ley se integra un gran número de derechos y un sistema que trata de abarcar todas las necesidades y problemas de las personas con discapacidad, estableciendo no sólo el derecho a la prevención y a la atención especializada, sino también las medidas necesarias para la integración en la sociedad, a nivel laboral, educativo, de ocio, etc.²⁷.

La LISMI, además del derecho subjetivo de las personas con discapacidad a tener prestaciones sociales, establece la elaboración de un Plan Nacional de Prevención de las Minusvalías²⁸. Estas iniciativas no llegaron a llevarse a cabo. El primer Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 1997-2002, aprobado por la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales el 26 de noviembre de 1996, a propuesta del Congreso de los Diputados, incluyó un primer esbozo de políticas sanitarias orientadas específicamente a afrontar los problemas de la discapacidad. De los cinco grandes Planes sectoriales que lo integraban con sus correspondientes iniciativas y ámbitos de intervención, dos de ellos han sido hasta hace muy poco la referencia de las políticas sanitarias en materia de discapacidad: el Plan de Promoción de la Salud y Prevención de Deficiencias y el Plan de Asistencia Sanitaria y Rehabilitación Integral. Pero, lamentablemente, no se llevó a cabo ni un seguimiento ni una evaluación conjunta del grado de ejecución de las numerosas medidas contenidas en ambos planes sectoriales. Además, aquel primer intento de articulación de una política sanitaria integral en materia de discapacidad no tuvo continuidad en el II Plan de Acción para las per-

²⁷ La Integración Social de las Personas con Discapacidad: La Ley 13/1982, de 7 de abril. <http://www.discapnet.es/Discapnet/Castellano/Legislacion/Faqs/faq10.htm>

²⁸ Artículo nueve.

Uno. El Gobierno presentará a las Cortes Generales un Proyecto de Ley en el que se fijarán los principios y normas básicas de ordenación y coordinación en materia de prevención de las minusvalías.

Dos. Sin perjuicio de las facultades que puedan corresponder a las distintas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, para formular sus propios planes de actuación en la materia, el Gobierno elaborará cuatrienalmente, en relación con tales planes, un Plan Nacional de Prevención de las Minusvalías que se presentará a las Cortes Generales para su conocimiento, y de cuyo desarrollo informará anualmente a las mismas.

Tres. En dichos planes se concederá especial importancia a los servicios de orientación y planificación familiar, consejo genético, atención prenatal y perinatal, detección y diagnóstico precoz y asistencia pediátrica, así como a la higiene y seguridad en el trabajo, a la seguridad en el tráfico vial, al control higiénico y sanitario de los alimentos y a la contaminación ambiental. Se contemplarán de modo específico las acciones destinadas a las zonas rurales.

sonas con discapacidad 2003-2007. El II Plan no tuvo en cuenta a las organizaciones representadas en el Consejo Económico y Social en su proceso de elaboración y aprobación y dejó de contemplar las políticas sanitarias como un área de intervención específica en materia de discapacidad²⁹.

El contenido del II Plan de Acción para las personas con discapacidad 2003-2007 se organiza en cuatro grandes Áreas³⁰:

1. Atención a personas con graves discapacidades.
2. Políticas activas de inserción laboral de las personas con discapacidad.
3. Promoción de la accesibilidad de entornos, productos y servicios.
4. Cohesión de los Servicios Sociales para personas con discapacidad.

Todas las Áreas tienen idéntica estructura:

- Una Introducción que ofrece Datos Básicos sobre la materia del Área, una sucinta descripción de la Situación Actual, y la relación de los principales marcos de política social que están definiendo las grandes directrices para los próximos años.
- Una parte Central en la que se recogen las Propuestas. Consta de un Objetivo General que expresa la finalidad última de tales propuestas, Estrategias para lograr ese objetivo, las Líneas de Actuación que desarrollan cada Estrategia y las Medidas que concretan las actuaciones a llevar a cabo.

Pero al no existir un seguimiento ni control de calidad, las distintas estrategias y programas no se realizaron. Así, por ejemplo, la Estrategia 12 de Atención Socio-Sanitaria³¹, que establecía impulsar un modelo de atención socio-sanitaria que garantizara las prestaciones y la continuidad de cuidados sanitarios y de servicios sociales a los gravemente afectados, no se ha realizado.

Sin embargo, entre la elaboración del I Plan de Acción para las personas con discapacidad y el II Plan de Acción, se habían producido cambios importantes en la todo lo relativo a la evolución de la discapacidad; algo que hubiera aconsejado una revisión de sus objetivos y líneas de

²⁹ "La Situación de las Personas con Discapacidad en España". Informe 4/2003. Colección Informes CES, Madrid 2004: 46.

³⁰ II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2003-2007. Aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2003. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO): 14

³¹ II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad: 49.

actuación con el máximo nivel de participación social, lo que, como se ha mencionado, no se produjo. Así, desde entonces, la publicación de la EDDDES³² ha permitido ahondar en el diagnóstico de la situación de las personas con discapacidad en España, aunque con ciertas limitaciones respecto a sus demandas específicamente sanitarias. Por otro lado, hay que tener en cuenta que en el marco general del Sistema Nacional de Salud, en el que se inscriben las políticas sanitarias en materia de discapacidad, también se han producido significativos cambios, siendo especialmente destacables la descentralización de la gestión sanitaria y la aprobación de la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. A partir de esta ley, la política sanitaria de prevención cambia de rumbo y abandonando la pretensión de la Ley General de Sanidad de elaborar un único Plan Integral de Salud, se orienta a la realización de Planes Integrales de Prevención de carácter sectorial. Por ejemplo; el Plan Nacional de Prevención del Tabaquismo y el Plan Nacional de Cardiopatía Isquémica, aprobados en 2003, fueron los primeros exponentes de esta nueva orientación que, en materia de discapacidad, abriría nuevas perspectivas desde el punto de vista del diseño de las políticas en este ámbito y revestiría a partir de entonces la forma de Planes integrales por patologías o deficiencias más discapacitantes o, incluso, de un Plan integral de salud para las personas con discapacidad³³.

El 1 de diciembre de 2006, el Consejo de Ministros aprobó el “Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007”, en el que los aspectos relativos a la salud se tratan de forma prioritaria. El Plan consta de ocho áreas y la VII es la de salud³⁴, en la que se afirma que “la asistencia sanitaria de carácter universal en nuestro país, no se adecua a las necesidades y circunstancias de las mujeres con discapacidad. Las leyes dictadas para eliminar las barreras arquitectónicas, actitudinales y de comunicación, que fueron concebidas para mejorar el acceso al sistema público de salud de las personas con discapacidad, se han mostrado incapaces de satisfacer las necesidades específicas de las mujeres de este colectivo. Así, por ejemplo, hay dificultades de accesibilidad a los servicios dirigidos a las mujeres (ginecología, obstetricia, planificación familiar), el instrumental utilizado en las consultas ginecológicas (camillas, equipamiento para la realización de las exploraciones, mamografías, etc.) no tiene en cuenta la presencia de una mujer con silla de ruedas.

³² Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud.

³³ “La Situación de las Personas con Discapacidad en España”: 47.

³⁴ *Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales Familias y Discapacidad: 23.

Así mismo, se dan con frecuencia conductas inadecuadas, y algunas claramente discriminatorias, por parte del personal médico-sanitario como, por ejemplo, no dirigirse directamente a ellas a la hora de hacer preguntas sobre lo que les ocurre, sino hablar con la persona acompañante. Otras veces se quita importancia a las dolencias de estas mujeres, atribuyéndolas a sus deficiencias. Las dificultades que encuentran las mujeres con discapacidad en el ámbito sanitario, les dificulta el disfrute de derechos esenciales como el derecho a la maternidad, a la interrupción voluntaria del embarazo o al desarrollo de su sexualidad³⁵.

Las dificultades que encuentran los hombres y las mujeres con discapacidad en el sistema sanitario les dificultan la autonomía y el ejercicio de sus derechos, especialmente el de la salud. Las políticas sanitarias deben estar orientadas a la prevención y a la promoción de la salud, pero garantizando su accesibilidad. Es necesario, por tanto, que la información pueda llegar a todas las personas y que los servicios sanitarios respondan a las necesidades de cada uno. En la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, este problema se tiene muy en cuenta y se establece la accesibilidad como un parámetro de calidad:

“La accesibilidad de los centros, servicios y prestaciones de carácter sanitario para personas con discapacidad constituye un criterio de calidad que ha de ser garantizado por el Sistema Nacional de Salud. Los centros sanitarios de nueva creación deberán cumplir las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Las Administraciones públicas sanitarias promoverán programas para la eliminación de barreras en los centros y servicios sanitarios que, por razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación”³⁶.

1. Situación actual de las políticas sanitarias en materia de discapacidad

A) Derecho a la salud

El derecho a la salud es un derecho de nuevo reconocimiento. Pensemos que, como se explica en el preámbulo de la Ley General de Sanidad (LGS), el primer intento de poner al día las técnicas de intervención

³⁵ “Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007”: 49.

³⁶ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, artículo 28.1, párrafo 3.

pública en los problemas de salud de la población lo constituyó el proyecto de Código Sanitario de 1822, que no llegó a aprobarse. Más de treinta años después se aprueba la primera Ley, de 28 de noviembre de 1855, que consagra la Dirección General de Sanidad, creada muy pocos años antes. Esta Ley estuvo vigente durante muchos años por la falta de acuerdos sobre un nuevo texto de Ley sanitaria, y ante la imposibilidad de llegar a acuerdos, la reforma se establece por Real Decreto de 12 de enero de 1904 (NDL 27011), que aprueba la Instrucción General de Sanidad, norma que mantiene el esquema organizativo de 1855, cambiando por épocas el nombre de la Dirección General de Sanidad por el de Inspección General de Sanidad. Años más tarde, la Ley de 1944 (RCL 1944\1611; RCL 1946\1160 y NDL 27017), mantiene los principios y estructura de la Ley de 1855.

Y como tal derecho a la salud aparece como tal por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948. En su artículo 25 afirma:

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Dos años antes, el 22 de julio de 1946, se produjo la Constitución de la OMS, adoptada en Nueva York por la Conferencia Institucional de la Salud. La OMS se creó como una institución de las Naciones Unidas, fue firmada por los representantes de 61 Estados miembros de la ONU y entró en vigor el 7 de abril de 1948. Las Reformas adoptadas por la 26.^a, 29.^a, 39.^a y la 51.^a Asambleas Mundiales de la Salud, se han incorporado al texto quedando actualmente como sigue³⁷:

Los Estados parte en esta Constitución declaran, en conformidad con la carta de las Naciones Unidas, que los principios de la misma son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos.

³⁷ http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

1. La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades.
2. El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.
3. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y los Estados.
4. Los resultados alcanzados por cada estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.
5. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y al control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.
6. El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.
7. La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.
8. Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.
9. Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

La salud es un derecho básico de las personas, que debe ser garantizado a través de acciones que aseguren que todos los miembros de la sociedad accedan a una cobertura médica adecuada, en especial los sectores más vulnerables, entre ellos las personas con alguna discapacidad y los que tienen mayores riesgos de contraer enfermedades.

En nuestra Constitución se defiende la protección de la salud en el artículo 43:

Artículo 43

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Así, nuestra Constitución se ocupa del derecho a la protección a la salud de manera directa en el artículo 43, aspecto muy significativo y que hay que tener presente es el mandato que hace a que los poderes públicos tutelen la salud pública. Esto es muy importante, pues Ministerio, Comunidades y Ayuntamientos, según sus competencias, se han de ocupar de cuestiones tan importantes, y que pueden evitar muchas discapacidades, como son las vacunas³⁸, la polución atmosférica³⁹ y todo lo relativo a la prevención⁴⁰ y promoción de la salud. Y un derecho tan importante tiene referencias en otros mandatos constitucionales; en otros muchos de sus preceptos hay referencias a la salud y a las acciones protectoras relativas a la misma. El más importante es el artículo 15, que se encuentra dentro de los derechos fundamentales que tenemos todas las personas, donde defiende; “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

El artículo 15 de la Constitución protege la vida y la “integridad física y moral” y por tanto no solo esta relacionado con el derecho a la salud de las personas. También las personas con alguna discapacidad tienen en este artículo el principio de su protección al respeto de la persona física y moral por muy “diferente” que sea física o intelectualmente.

Otros preceptos constitucionales relacionados con el derecho a la salud se encuentra el artículo 40, apartado 2, en el que establece especificaciones que mejoran la salud de los trabajadores y su calidad de vida, como son el descanso o las vacaciones:

Artículo 40.

2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

³⁸ Por ejemplo, la vacuna de la rubéola puede evitar muchas malformaciones e importantes discapacidades.

³⁹ Muchos problemas alérgicos y respiratorios se ven agravados, incluso llegando a producir serias discapacidades a las personas por los problemas de polución.

⁴⁰ Un ejemplo de prevención lo tenemos en la toma de ácido fólico por mujeres que se quieren quedar embarazadas para evitar la espina bífida.

El artículo 49 defiende que; “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. Por lo tanto, todas las personas tengan o no alguna discapacidad tienen derecho a la salud, es más las personas con discapacidad tienen derecho a la atención especializada que necesiten para poder ejercer su derecho, por ejemplo al trabajo, como se establece en el artículo 35.

Los problemas específicos de salud de las personas mayores se encuentran en el artículo 50 de la Constitución, donde se relaciona de forma directa la salud con el bienestar y la calidad de vida de las personas:

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a 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, cultura y ocio”.

Otra mención importante a la salud se encuentra en el artículo 51.1, en donde establece la salud como un derecho de los consumidores. Este mandato se relaciona de manera directa con la salud pública; la prevención y promoción de la salud.

“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

JIMÉNEZ DE PARGA defiende que muchos preceptos constitucionales regulan materias de indudable dimensión sanitaria, como el medio ambiente, un aspecto muy importante que tiene que ver con el aire que respiramos o el agua que bebemos. El artículo 45.1 afirma que “todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona...”. Otras materias relacionadas con la salud son: la calidad de vida, respecto de la que el artículo 45.2 dice que “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida”; también la vivienda digna y adecuada, que todos los españoles tenemos

derecho a disfrutar según el artículo 47; la protección integral de los hijos y de las madres, recogida en el artículo 39.2, etc.⁴¹

Ley General de Sanidad –LGS⁴²– nace por no poderse demorar más la reforma sanitaria ante el reconocimiento Constitucional del derecho a la protección de la salud, derecho que, para ser efectivo, requiere que los poderes públicos la adopten las medidas idóneas para satisfacerlo. La otra razón que hace necesaria la LGS es por la organización de las Comunidades Autónomas en todo el territorio del Estado, a las cuales se les ha reconocido en sus Estatutos amplias competencias en materia de Sanidad⁴³.

El objeto de la Ley es el derecho a la protección de la salud, recogido en su artículo 1:

Título Preliminar

Del derecho a la protección de la salud

Artículo 1.

1. La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución.
2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.
3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.
4. Para el ejercicio de los derechos que esta Ley establece están legitimadas, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional, las personas a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

La LGS es una norma básica y de aplicación en toda España⁴⁴. En esta Ley se incorpora el derecho a la protección de la salud y el de garantizar la asistencia sanitaria, rehabilitación y asistencia social.

⁴¹ Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. *El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud*. http://www.madrid.org/cs/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=filename%3Dderecho_consti.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1158621445699&ssbinary=true.

⁴² La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; en adelante, LGS.

⁴³ Ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, preámbulo II.

⁴⁴ Artículo 2. 1. Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aque-

Artículo 6

Las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias estarán orientadas:

1. A la promoción de la salud.
2. A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población.
3. A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas.
4. A garantizar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.
5. A promover las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente.

Con la LGS se establecen los derechos de las personas en relación a la sanidad. Es un reconocimiento que marcará un antes y un después, tanto en la relación médico paciente, como en la capacidad de las personas para decidir sobre su cuerpo. Así, todos los derechos que se reconocen en ella son importantes, pero los que defienden la información, que por su importancia está reconocido en el artículo 9 y 10.2⁴⁵, y el consentimiento, artículo 10.3, marcarán un paso adelante en la autonomía de las personas⁴⁶.

llas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula.

2. Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía.

⁴⁵ Tenemos que recordar que la información es la base para que la persona pueda ejercer sus derechos, si no se tiene información, por ejemplo, no se puede consentir.

⁴⁶ Artículo 9. Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes.

Artículo 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Y en el derecho a la salud es muy necesario señalar la importancia que tienen las medidas preventivas, ya sea a edades tempranas como en edades más tardías, en el ejercicio del derecho de la salud. Siendo la prevención y la promoción de la salud la primera prioridad que marca la LGS⁴⁷. Pues si pensamos un momento, en el derecho a la *protección de la salud* que se establece en nuestra Constitución, lo que se puede proteger es la prevención. La enfermedad no se puede erradicar, pero sí prevenir; sí se pueden poner medidas para que las personas tengan una mejor calidad de vida. Por ejemplo, con la higiene y seguridad en el trabajo o disminuyendo la polución y los humos, o evitando tóxicos en los alimentos, o tóxicos en el ambiente. Y las exigencias de las medidas preventivas también están la prevención de las secuelas y de las discapacidades. Por tanto, la prevención es un objetivo prioritario en la LGS y las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias deberán estar orientadas a ello⁴⁸.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

8. A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria.

9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente.

10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

⁴⁷ Este principio se defiende en la LGS en el capítulo primero del Título Primero, denominado: *de los principios generales*:

Artículo 3. 1. Los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades.

⁴⁸ Artículo 6. Las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias estarán orientadas:

Como afirma la OMS⁴⁹, “el derecho a la salud obliga a los Estados a generar condiciones en las cuales todos puedan vivir lo más saludablemente posible”. Esto significa que todas las personas deben tener garantizados aquellos derechos que mejoren su calidad de vida, como son el acceso a los servicios de salud, unas condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. Y también aspectos preventivos y de rehabilitación.

El derecho a la salud está consagrado en numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos y en las constituciones de países de todo el mundo. Entre los muchos acuerdos que se han producido en las últimas décadas. A continuación enumeramos algunos ejemplos de tratados de las Naciones Unidas sobre derechos humanos en los que el derecho a la protección de la salud se encuentra protegido:

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.
- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979.
- La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989.
- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2007.

Igualmente se defiende este derecho en tratados regionales. A modo de ejemplo:

- La Carta Social Europea, de 1961.
- La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981.
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), de 1988.

Por tanto, según la Ley General de Sanidad, y la propia Constitución, todas las personas, tengan alguna discapacidad o no, tienen derecho a la protección de la salud y la asistencia sanitaria. Derecho reconocido

1. A la promoción de la salud.

2. A promover el interés individual, familiar y social por la salud mediante la adecuada educación sanitaria de la población.

3. A garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas.

⁴⁹ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/index.html>

igualmente en las distintas Leyes de Ordenación Sanitaria de las Comunidades Autónomas se establece idéntico derecho⁵⁰.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ha entrado en vigor el 3 de mayo de 2008, establece el reconocimiento del derecho a la salud de las personas con alguna discapacidad, teniendo en cuenta que las personas con discapacidad requieren una mayor atención y servicios. Por ejemplo, una persona con parálisis cerebral requiere una rehabilitación durante mucho tiempo, incluso a lo largo de toda su vida, este reconocimiento hace una llamada de atención a los estados para que se establezca de forma real. La Convención es un gran paso adelante en la consolidación de los derechos de las personas con discapacidad y también en todo lo relacionado con el derecho a la salud. Su artículo 25, establece un importante nivel de exigencia a los estados para que todas las personas puedan hacer efectivo un derecho tan importante como es el de la salud y merece ser comentado punto a punto.

La Convención, en el artículo 25, establece que los Estados han de reconocer “que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”. Para ello tienen que adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación. Aspecto, este último, muy importante porque se especifica que la rehabilitación es uno de los tratamientos más importantes para que muchas personas puedan tener una aceptable calidad de vida. Detallando una serie de aspectos a los que se van a ver obligados los países que ratifiquen el Convenio.

- a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de

⁵⁰ Por ejemplo, la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, afirma en su artículo 3 que: “*Son titulares de los derechos y deberes contemplados en esta Ley, en relación con el Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha, todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Autónoma. Quienes no residan en ella gozarán de dichos derechos en la forma y condiciones previstas en la legislación estatal y en los Convenios nacionales e internacionales que les sean de aplicación*”.

La Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, en su artículo 3 establece que: “*El Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid es el conjunto de recursos, normas, medios organizativos y acciones, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud*”.

su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

- c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;
- d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;
- e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;
- f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

El derecho a la salud también se reconoce en la Convención sobre los Derechos del Niño⁵¹, en la que se reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”⁵².

En el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, se establece el contenido de la cartera de servicios comunes de las prestaciones sanitarias de la salud pública, la atención primaria, la atención especializada, la atención de urgencia, la prestación farmacéutica, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario⁵³. Siendo la prevención un aspecto importante para poder incluirse dentro de la cartera de

⁵¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990.

⁵² Convención sobre los derechos del niño. Artículo 24.

⁵³ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, artículo 1.1.

servicios⁵⁴. En este Real Decreto el derecho a la salud de las personas con discapacidad se encuentra señalado ante los diversos problemas. Dentro de la “cartera de servicios comunes de atención primaria”, se contempla la detección y seguimiento del niño con discapacidades físicas y psíquicas⁵⁵. Igualmente, se tiene en cuenta la atención a la persona mayor en situación de riesgo: Valoración clínica, sociofamiliar y del grado de dependencia para las actividades de la vida diaria. Esta valoración conlleva la elaboración de un plan integrado de cuidados sanitarios y la coordinación con atención especializada y los servicios sociales, con la finalidad de prevenir y atender la discapacidad y la comorbilidad asociada⁵⁶. Teniendo una singular importancia la prevención de la violencia en personas que tienen un riesgo mayor como las personas mayores, niños y personas con discapacidad⁵⁷. Otros aspectos señalados en la cartera de servicios en los que se especifica a las personas vulnerables son:

- La prevención y educación sanitaria de los aspectos relativos a la salud buco dental, en el que se excluyen de la misma, entre otros los tratamientos ortodónticos, empastes o implantes, hace una excepción importante para personas con discapacidad que no puedan ser tratados sin sedación siendo, en estos casos, derivados a centros donde puedan ser tratados adecuadamente⁵⁸.

⁵⁴ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre. Artículo 5. Criterios y requisitos.

3. Para ser incluidos como parte de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, las técnicas, tecnologías o procedimientos deberán reunir todos los requisitos siguientes:

- a) Contribuir de forma eficaz a la prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento.
- b) Aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada, respecto a otras alternativas facilitadas actualmente.
- c) Cumplir las exigencias que establezca la legislación vigente en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos, productos sanitarios u otros productos

⁵⁵ Real Decreto 1030/2006, anexo II. 6.1.6.c.

⁵⁶ Real Decreto 1030/2006, anexo II. 6.5.3

⁵⁷ Real Decreto 1030/2006. Anexo II. 6. *Atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos.*

6.6. Detección y atención a la violencia de género y malos tratos en todas las edades, especialmente en menores, ancianos y personas con discapacidad.

6.6.1. Detección de situaciones de riesgo.

6.6.2. Anamnesis, y en su caso exploración, orientada al problema en las situaciones de riesgo y ante sospecha de malos tratos.

6.6.3. Comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en el caso de sospecha de violencia de género o de malos tratos en menores, ancianos y personas con discapacidad y, si procede, a los servicios sociales.

6.6.4. Establecimiento de un plan de intervención adaptado a cada caso.

⁵⁸ Real Decreto 1030/2006. Anexo II. 9. *Atención a la salud bucodental*

Comprende las actividades asistenciales, diagnósticas y terapéuticas, así como aquellas de promoción de la salud, educación sanitaria y preventivas dirigidas a la atención a la salud bucodental.

- Los problemas de urgencia en los que se sospeche violencia de género. En estos casos existe el mandato de comunicar cualquier sospecha⁵⁹.
- Y algo tan importante para las personas con alguna discapacidad como es el derecho a la prestación de prótesis y las ortoprótesis, definidos en el RD 1030/2006 como “la prestación ortoprotésica consiste en la utilización de productos sanitarios, implantables o no, cuya finalidad es sustituir total o parcialmente una estructura

La indicación de esta prestación se realiza por los odontólogos y especialistas en estomatología.

La atención bucodental en atención primaria tiene el siguiente contenido:

- 9.1. Información, educación para la salud y, en su caso, adiestramiento en materia de higiene y salud bucodental.
- 9.2. Tratamiento de procesos agudos odontológicos, entendiéndose por tales los procesos infecciosos y/o inflamatorios que afectan al área bucodental, traumatismos oseodentarios, heridas y lesiones en la mucosa oral, así como la patología aguda de la articulación témporo-mandibular. Incluye consejo bucodental, tratamiento farmacológico de la patología bucal que lo requiera, exodoncias, exodoncias quirúrgicas, cirugía menor de la cavidad oral, revisión oral para la detección precoz de lesiones premalignas y, en su caso, biopsia de lesiones mucosas.
- 9.3. Exploración preventiva de la cavidad oral a mujeres embarazadas: Incluye instrucciones sanitarias en materia de dieta y salud bucodental, acompañadas de adiestramiento en higiene bucodental, y aplicación de flúor tópico de acuerdo a las necesidades individuales de cada mujer embarazada.
- 9.4. Medidas preventivas y asistenciales para la población infantil de acuerdo con los programas establecidos por las administraciones sanitarias competentes: Aplicación de flúor tópico, obturaciones, sellados de fisuras u otras.
- 9.5. Se consideran excluidos de la atención bucodental básica los siguientes tratamientos:
 - 9.5.1. Tratamiento reparador de la dentición temporal.
 - 9.5.2. Tratamientos ortodóncicos.
 - 9.5.3. Exodoncias de piezas sanas.
 - 9.5.4. Tratamientos con finalidad exclusivamente estética.
 - 9.5.5. Implantes dentarios.
 - 9.5.6. Realización de pruebas complementarias para fines distintos de las prestaciones contempladas como financiadas por el Sistema Nacional de Salud en esta norma.
- 9.6. En el caso de personas con discapacidad que, a causa de su deficiencia, no son capaces de mantener, sin ayuda de tratamientos sedativos, el necesario autocontrol que permita una adecuada atención a su salud bucodental, para facilitarles los anteriores servicios serán remitidas a aquellos ámbitos asistenciales donde se les pueda garantizar su correcta realización.

⁵⁹ Real Decreto 1030/2006. Anexo IV. Cartera de servicios comunes de prestación de atención de urgencia

La atención de urgencia es aquella que se presta al paciente en los casos en que su situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata. Se dispensará tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente y la atención in situ, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería, y con la colaboración de otros profesionales.

2. Contenido

2.8. La comunicación a las autoridades competentes de aquellas situaciones que lo requieran, especialmente en el caso de sospecha de violencia de género o de malos tratos en menores, ancianos y personas con discapacidad.

corporal, o bien modificar, corregir o facilitar su función. Comprenderá los elementos precisos para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente. Esta prestación se facilitará por los servicios de salud o dará lugar a ayudas económicas, en los casos y de acuerdo con las normas que reglamentariamente se establezcan por parte de las administraciones sanitarias competentes”⁶⁰. Y en el RD se detalla que la prestación ortoprotésica comprende los implantes quirúrgicos, las prótesis externas, las sillas de ruedas, las órtesis y las orto-prótesis especiales⁶¹. Los grupos y subgrupos de las diferentes prestaciones ortoprotésicas básicas se encuentran detallados en el Real Decreto 1030/2006, siendo las Comunidades Autónomas las competentes en prestar este servicio por lo que pueden ofertar prestaciones de mayor calidad, o prestaciones no incluidas en esta norma, pero todas las Comunidades Autónomas han de ofertar como mínimo las prestaciones ortoprotésicas que se exigen en esta norma. Además, los requisitos generales para la obtención de las prestaciones ortoprotésicas se detallan en el Real Decreto, con el fin de garantizar unos mínimos en todas las Comunidades Autónomas⁶².

⁶⁰ Real Decreto 1030/2006, anexo VI. Cartera de servicios comunes de prestación ortoprotésica.

⁶¹ Real Decreto 1030/2006, anexo VI. 1.1.

⁶² Real Decreto 1030/2006, anexo VI.5. *Requisitos generales:*

- 5.1. Los productos sanitarios incluidos como prestación ortoprotésica, para poder ser suministrados y utilizados, deben cumplir los requisitos contemplados en la legislación vigente que les resulte de aplicación.
- 5.2. Los establecimientos sanitarios elaboradores de ortoprotésis a medida y los que las adaptan individualizadamente deben reunir los requisitos que en cada momento establezca la administración sanitaria competente, a fin de que se salvaguarde una correcta elaboración y adecuación de la prestación prescrita al paciente.
- 5.3. Para las prótesis externas, las sillas de ruedas, ortesis y ortoprotésis especiales, son de aplicación los siguientes aspectos:
 - 5.3.1. La entrega de uno de estos productos al usuario ha de ir acompañada del certificado de garantía y una hoja informativa con las recomendaciones precisas para la mejor conservación del mismo en condiciones de utilización normal y las advertencias para evitar su mal uso, de acuerdo con lo que establezca en cada caso la administración sanitaria competente.
 - 5.3.2. Cuando se trate de productos que requieren una adaptación específica al paciente:
 - a) Correrán a cargo del establecimiento cuantas rectificaciones imputables a la elaboración y adaptación sean precisas.
 - b) En la elaboración de los productos, el establecimiento se ajustará siempre a las indicaciones consignadas por el especialista prescriptor.
 - c) En los casos que se determine, una vez obtenida la prestación por el usuario, el especialista prescriptor comprobará que el artículo se ajusta rigurosamente a sus indicaciones y se adapta perfectamente al paciente.
 - 5.3.3. En el caso de artículos susceptibles de renovación, ésta puede concederse, cuando no sea debida al mal trato del usuario, en las condiciones que al efecto se determinen por la administración sanitaria competente en la gestión de la pres-

Sobre las ayudas técnicas y tecnológicas, como se demanda desde el CERMI, es necesario la revisión de ortoprótesis y de ayudas técnicas contenidas en el Catálogo Ortoprotésico para actualizarlas, acomodarlas y aquilatarlas a la realidad de las personas con discapacidad, ajustando su concesión a cada necesidad concreta y no a unos supuestos preestablecidos, así como a los avances y progresos experimentados en este ámbito de la atención socio-sanitaria. Todo ello, eliminando las discriminaciones existentes en la cobertura por razón de edad⁶³.

El derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales como explica la OMS⁶⁴:

1. “Disponibilidad: contar con un número suficiente de centros sanitarios y servicios públicos de salud, así como también, de programas sanitarios”.

2. *Accesibilidad* Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos.

La accesibilidad debe entenderse desde los 4 aspectos siguientes:

- No discriminación, Los centros sanitarios han de ser accesibles a los sectores más vulnerables como las personas con discapacidad, menores y personas mayores.
- Accesibilidad física, tanto en la distribución geográfica como que los centros sean sin barreras físicas ni sensoriales.
- Acceso a la información, promoviendo una información clara, completa y accesible para todas las personas, propiciando formatos en braille, de fácil lectura, y otras formas que facilite la comunicación y la información.
- Accesibilidad económica, asequibilidad y sin discriminación a personas que tengan enfermedades o alguna discapacidad. Esto es muy importante pues ya se existen en muchos seguros exclusiones

tación. Además para aquellos productos susceptibles de renovación que requieren una elaboración y/o adaptación individualizada, se debe tener en cuenta la edad del paciente para fijar el periodo de renovación, de modo que se adecue a la etapa de crecimiento de los niños y a los cambios morfológicos derivados de la evolución de la patología.

5.4. En el caso de los implantes quirúrgicos se ha de facilitar a los pacientes una hoja informativa con las instrucciones así como las recomendaciones, contraindicaciones y precauciones que deben tomarse en su caso.

⁶³ CAYO PÉREZ, Luis. *Discapacidad y Asistencia Sanitaria: Propuesta de mejora*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI; Madrid, 2006: 60.

⁶⁴ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/index.html>

o aumento de las primas cuando una persona tiene alguna discapacidad⁶⁵.

3. *Aceptabilidad*. Todos los centros y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, igualmente serán sensibles a las diferencias de género y edad de las personas.

4. *Calidad*. Los centros y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Al igual que todos los derechos humanos, la OMS mantiene que el derecho a la salud impone a los Estados Partes tres tipos de obligaciones⁶⁶:

- Respetar. Exige abstenerse de injerir en el disfrute del derecho a la salud.
- Proteger. Requiere adoptar medidas para impedir que terceros (actores que no sean el Estado) interfieran en el disfrute del derecho a la salud.
- Cumplir. Requiere adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud.

En la Recomendación Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015⁶⁷ defiende el derecho a la salud y en su línea de acción n.º 9 afirma:

“Las personas con discapacidad tienen el mismo derecho que los demás miembros de la sociedad a unos servicios sanitarios de calidad y a unos tratamientos y tecnologías apropiados para que su estado de salud sea el mejor posible. Ciertas personas con discapacidad necesitan servicios sanitarios especiales e innovadores para mejorar su calidad de vida. Las personas con discapacidad y, en su caso, sus representantes deberían ser consultados y asociados plenamente al

⁶⁵ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige un trato igual para las personas con discapacidad en relación a los seguros médicos. Afirma en el artículo 25.e) “Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.

⁶⁶ <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/index.html>

⁶⁷ Adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros.

proceso decisorio relativo a los programas de atención personalizados. Este enfoque sitúa a la persona con discapacidad en el centro del proceso de planificación y de concepción de la asistencia sanitaria y le permite adoptar, con conocimiento de causa, decisiones sobre su salud”.

El derecho a la salud es un derecho ya consolidado y reconocido y ahora requiere que su efectividad sea real. Así, el Sistema Nacional de la Salud tiene por objetivo y finalidad, como afirma el Tribunal Constitucional, garantizar la protección de la salud de los ciudadanos, cometido que se instrumentaliza a través de un conjunto de servicios y prestaciones sanitarias de carácter preventivo, terapéutico, de diagnóstico, de rehabilitación, así como de promoción y mantenimiento de la salud⁶⁸. Este derecho debe ser interpretado como un **derecho inclusivo** que no sólo abarca la atención de los procesos de enfermedad propiamente dicha, también debe incluir los principales factores determinantes de la salud, como, entre otros, todos los aspectos relativos a la promoción y prevención de la salud y de la enfermedad, la educación sanitaria, la educación sexual, la planificación familiar, el acceso al agua limpia potable, un aire con la mínima contaminación, la atención del medio ambiente, condiciones sanitarias adecuadas, el suministro de alimentos de calidad, una nutrición apropiada, una vivienda salubre y con higiene, todo lo relacionado con condiciones apropiadas en el trabajo y la salud laboral.

B) Problemas de accesibilidad en la sanidad. Diseño para todos

La accesibilidad es muy importante para todos los servicios pero representa una mayor importancia para un servicio prioritario para la persona como es la salud. Si los servicios sanitarios no son accesibles muchas personas no van a poder acceder a ellos. Su importancia es reconocida por todas las organizaciones y administraciones siendo uno de los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁹. En su Preámbulo reconoce “la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, recurso de inconstitucionalidad núm. 297/97, promovido por el Presidente el Gobierno contra el art. 51 y la disposición adicional vigésimo quinta de la Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de Presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para 1997. Fundamentos Jurídicos 5.

⁶⁹ El artículo tres de la Convención establece los ocho principios de la misma, y el punto f, es la accesibilidad.

humanos y las libertades fundamentales”. Y en el artículo 9 establece que para que “las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida” se deberán adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y a los servicios públicos y privados. Especificando la necesidad de eliminar las barreras de acceso en los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, **instalaciones médicas** y lugares de trabajo⁷⁰. Llegándose al acuerdo de adoptar las medidas necesarias para⁷¹:

- a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público.
- b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad.
- c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad.
- d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión.
- e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público.
- f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información.
- g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet.

El acceso al sistema sanitario es una cuestión de preocupación general, pues el resultado de la atención sanitaria, el resultado de un tratamiento o procedimiento sanitario, va a depender del grado de comunicación y de la facilidad de acceder a la información o al propio centro.

⁷⁰ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 9.1.a.

⁷¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículo 9.2.

Algunos problemas hacen mucho más difícil la comunicación y la accesibilidad, como la sordera, la falta de visión, algunos trastornos intelectuales y mentales, o algunos problemas físicos. En concreto, las personas con trastornos del espectro autista presentan una serie de deficiencias, como la ausencia de sistemas de comunicación, escasez de habilidades para expresar deseos o quejas, niveles alterados de la percepción de malestar, dificultad para adaptarse a situaciones nuevas. Estas características, unidas al poco conocimiento por parte del sistema sanitario del propio síndrome y de particularidades en el trato, hacen que la comunicación y la búsqueda de una correcta atención sanitaria se vean dificultadas⁷².

Luis CAYO expresa el problema de la accesibilidad y los derechos de las personas⁷³:

“Las barreras, es decir, el conjunto de obstáculos de distinto tipo que de algún modo dificultan o impiden la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad, representan objetivamente una limitación para el ejercicio de los derechos más básicos que, en una sociedad democrática avanzada, asisten a cualquier ciudadano. Los conceptos de eliminación de barreras, adaptación y análogos, están quedando trasnochados. Y no porque la no existencia de barreras, la adecuación del entorno a las personas que se separan del canon medio de ciudadano, el que determina el patrón de normalidad, sean una realidad, sino porque se han mostrado claramente insuficientes para resolver aceptablemente el problema del acceso, en igualdad de condiciones, a los bienes, productos y servicios que ofrece la sociedad por parte de las personas con discapacidad.

La accesibilidad, el acceso universal y el diseño para todos no son un capricho de unos seres “diferentes” que la sociedad, los poderes públicos, irán atendiendo magnánimamente y por vía de concesión otorgada en función de la disponibilidad o de que otras cosas más urgentes o más llamativas les hagan un hueco; estos nuevos conceptos, que han de sustituir al de eliminación de barreras, de corto alcance, son, o han de ser auténticos derechos, derechos exigibles, cuyo incumplimiento sea considerado, a todos los efectos, una vulneración de un derecho civil, ciudadano. Que una persona con discapacidad no pueda tomar el metro o el autobús, o que una persona sorda no tenga medio de entrar en contacto con un servicio de urgencias sanitarias (061, 112, etc.), no son meras molestias o inconveniencias, sino verdaderos actos de discriminación que, una sociedad democrática y avanzada, no puede permitir”.

⁷² La Federación Autismo Castilla y León ha puesto en marcha el proyecto de investigación socio-sanitaria: “La accesibilidad del sistema sanitario en las personas con TEA”. http://info.autismo.org.es/AE/infoAutismo/Boletín_20061102/castillayleon_TEA.htm

⁷³ CAYO PÉREZ, L. *Op. cit.*: 40-41.

Actualmente existen importantes problemas de accesibilidad a la atención sanitaria para las personas con discapacidad. A pesar que en el 2000 se firmó un convenio marco de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el CERMI sobre atención sociosanitaria, salud y consumo a las personas con discapacidad, queda mucho por hacer. Fue un convenio de colaboración que suponía un compromiso de mejorar las condiciones de vida, salud y consumo de las personas con discapacidad. Para ello, se intentaba arbitrar iniciativas, programas y acciones en los ámbitos de competencia de este departamento ministerial. El convenio proponía también la inclusión de la discapacidad como materia en los programas formativos para mejorar la cualificación del personal sanitario; así como la revisión del catálogo ortoprotésico y el régimen de ayudas técnicas. Por otra parte, se abordaba la protección del consumidor discapacitado, la promoción de la accesibilidad y la eliminación de barreras en los centros dependientes del Ministerio de Sanidad⁷⁴. Pero no se llevó a término y ahora se están estudiando en el Ministerio de Sanidad y Consumo protocolos para una mejor accesibilidad para las personas con discapacidad en el ámbito de la salud⁷⁵.

Una información accesible es prioritaria para que la persona pueda saber dónde tiene que dirigirse en caso de tener un problema, y se hace necesario que sea clara, veraz y totalmente accesible. Para que las personas puedan acceder a la sanidad han de conocer los servicios. A la falta de información accesible se añade el que en muchos centros, todavía hoy, existen barreras arquitectónicas que dificultan la entrada y salida de los mismos. Igualmente, dentro de los hospitales y otros centros sanitarios, existen grandes problemas que dificultan la accesibilidad; desde mobiliario no pensado para personas con problemas físicos a cuartos de baño inaccesibles, como importantes barreras para las personas con alguna discapacidad sensorial, pues existen importantes problemas de comunicación con las personas sordas o ciegas. Aunque parezca mentira, todavía hoy apenas existe información especialmente dirigida a personas sordas o ciegas. Así, por ejemplo, la información de los centros, los prospectos de los fármacos o las indicaciones sanitarias deberían figurar en braille para que las personas ciegas pudiesen entender cuestiones tan importantes para su salud, y en formatos de fácil lectura, para personas con problemas de comprensión.

⁷⁴ <http://www.cermi.es/NR/rdonlyres/1A52A6B9-C122-47F9-AD2E-AB23E3110B6A/140/Boletín3.PDF>

⁷⁵ <http://www.todoancianos.com/temas-t-sanidadestudiarprotocolosparagarantizarlaaccesibilidadadelosminusvlidosanuevoshospital-id-8968>

La discapacidad es una limitación física, sensorial o intelectual que, en la mayoría de los casos, conlleva necesidad de soporte humano y/o técnico. En dicha situación, todos sin excepción, en algún momento, hemos estado, estamos o podemos llegar a estar. Tales limitaciones se pueden superar o al menos reducir si el medio en el que nos desenvolvemos es accesible para todos, si está a nuestra disposición la información necesaria, si podemos participar de la forma más autónoma posible, si la atención es de calidad, si se produce un necesario e inevitable cambio de creencias y actitudes negativas, de estereotipos, de temores infundados y de prejuicios, si se implanta el respeto y se asegura la intimidad, y por último se ha de tener una relación normalizada con las personas con discapacidad.

Los problemas de accesibilidad son tan importantes que el propio Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad confirma esta problemática y afirma⁷⁶:

“La asistencia sanitaria de carácter universal en nuestro país, no se adecua a las necesidades y circunstancias de las mujeres con discapacidad. Las leyes dictadas para eliminar las barreras arquitectónicas, actitudinales y de comunicación, que fueron concebidas para mejorar el acceso al sistema público de salud de las personas con discapacidad se han mostrado incapaces de satisfacer las necesidades específicas de las mujeres de este colectivo. Así, por ejemplo, hay dificultades de accesibilidad a los servicios dirigidos a las mujeres (ginecología, obstetricia, planificación familiar) el instrumental utilizado en las consultas ginecológicas (camillas, equipamiento para la realización de las exploraciones, mamografías, etc.) no tiene en cuenta la presencia de una mujer con silla de ruedas.

Así mismo, se dan con frecuencia conductas inadecuadas y claramente discriminatorias por parte del personal médico-sanitario, como no dirigirse directamente a ellas a la hora de hacer preguntas sobre lo que les ocurre, sino hablar con la persona acompañante. Otras veces, se quita importancia a las dolencias de estas mujeres, atribuyéndolas a sus deficiencias.

Las dificultades que encuentran las mujeres con discapacidad en el ámbito sanitario, les dificulta el disfrute de derechos esenciales como el derecho a la maternidad, a la interrupción voluntaria del embarazo, o al desarrollo de su sexualidad.

Finalmente, se debe hacer referencia a las llamadas *Enfermedades Raras*, es decir, aquellas cuya incidencia en la población es inferior a

⁷⁶ Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007. Aprobado por el Consejo de Ministros del 1 de diciembre de 2006. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006: 49.

cinco casos por cada diez mil habitantes. Con frecuencia, las enfermedades raras desembocan en discapacidad, debido a su carácter degenerativo y buena parte de ellas tienen una prevalencia mayor entre las mujeres que entre los hombres”.

Teniendo en cuenta los problemas que se plantean con frecuencia en la relación entre los profesionales de los servicios sociosanitarios y las personas con alguna discapacidad que acuden a los centros, a modo de resumen, propongo las siguientes actuaciones para mejorar la accesibilidad y conseguir que la atención a las personas con alguna discapacidad se realice con calidad:

- Infraestructuras arquitectónicas accesibles y adaptación de las consultas y de los accesos de los centros sanitarios.
- Mobiliario accesible para facilitar la exploración a las personas con alguna discapacidad.
- Trato natural, con el mismo respeto con que debe ser tratada toda persona, evitando el trato paternalista.
- Tiempo suficiente de atención en consulta, ya que la discapacidad suele conllevar a veces una cierta dificultad en la comunicación y en la exploración.
- Tener en cuenta al explorar, intervenir y/o movilizar las limitaciones que presenta, o puede presentar, cada tipo de discapacidad. Antes de actuar se ha de preguntar a la persona el tipo de discapacidad que tiene, el grado de afectación, los movimientos que puede o no realizar, si tiene dolor al realizar algún movimiento, si tiene dificultades comunicativas o de comprensión...).
- No asociar discapacidad con infelicidad o con un determinado estado emocional.
- Colocarse a la altura de la persona con discapacidad, de frente, e informarle con claridad, evitando etiquetas y tecnicismos.
- Reconocimiento implícito y explícito de la capacidad de decisión de las personas con discapacidad como un derecho. Las personas con discapacidad (si no están “incapacitadas legalmente”) tienen que poder decidir sobre las cuestiones que se plantean en el ámbito sanitario y que les competen directamente.
- Dirigirse a la persona con discapacidad que está enferma o tiene algún problema de salud, y no a sus acompañantes, a menos que no pueda comunicarse por sí misma.
- Reclamar de las administraciones públicas que todo el personal que atiende a personas con discapacidad tenga formación y habi-

lidades específicas en este campo y asegurar la formación continuada a cargo de las propias instituciones públicas.

- Tener en cuenta que no es pertinente indagar en el motivo de la discapacidad, a menos que sea necesario para el proceso asistencial sanitario.
- Ofrecer ayuda cuando las limitaciones que presentan puedan impedir o dificultar su desenvolvimiento.
- En el caso de dificultades motrices, sensoriales o visuales, a la hora de prestar servicio a las personas con estas características, cumplimentar solicitudes, formularios y recetas de forma clara e inteligible.
- La mujer o el hombre con discapacidad no tiene por qué ir acompañado a los servicios sanitarios. Debe existir personal cualificado para ayuda o apoyo en el vestir y en el desvestir; así como para realizar las transferencias, cuando sea necesario.
- No negarles la posibilidad de que vayan acompañando a otras personas a las que pueden ayudar, ya que seguramente lo hacen en su vida cotidiana (por ejemplo, mujer con discapacidad que lleva a su hijo/a a consulta, o acompaña a sus padres, familiares o amigos).
- La sexualidad de la persona con discapacidad es idéntica al resto de la población. Ha de dispensarse a esta persona un trato normalizado y si tiene algún problema específico tratarlo de la manera más efectiva.
- Las mujeres con discapacidad son más vulnerables a la violencia y los malos tratos, debido a la doble discriminación a la que se ven sometidas por razones de género y discapacidad. Es necesario que los y las profesionales de la Salud tomen conciencia y muestren una especial sensibilidad hacia esta realidad, implicándose de forma activa en la detección de casos cuando una paciente presente indicios de haber sufrido una agresión, incluidos el abuso y la explotación sexual. Ayúdenlas a denunciar su situación.
- Las mujeres con discapacidad tienen derecho a informarse y ser informadas en lo referente a todos los procedimientos médicos, incluida la planificación familiar, los métodos anticonceptivos, la esterilización y el aborto.
- Toda persona con discapacidad es partícipe de su salud, y se debe educar y concienciar ella misma en potenciar hábitos saludables en relación con el ejercicio físico, el sueño, la medicación, la alimentación, la sexualidad, la reproducción y los métodos anticon-

ceptivos. Asimismo, se les informará en todo lo relativo a la prevención de cáncer y de otras enfermedades.

- Las personas con discapacidad no pueden ser consideradas como meros sujetos pasivos que reciben una atención y unos servicios por parte de las instituciones sanitarias. Las personas con discapacidad y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, han de ser consultadas y tenidas en cuenta a la hora de planificar y administrar los recursos del sistema de salud⁷⁷.
- La atención a la salud integral de las personas con discapacidad comienza con una serie de estrategias de prevención en los dispositivos de atención primaria y especializada.
- Otras discapacidades, incluidas las derivadas de procesos degenerativos, de enfermedad o de envejecimiento, deben tener un tratamiento específico. Por ejemplo, las personas alérgicas a alimentos o con necesidades dietéticas especiales han de ser tenidas en cuenta en la atención sociosanitaria y a la hora de las prestaciones económicas derivadas de esas patologías.
- Facilitar la información en formatos accesibles; con letras de tamaño apropiado, en formato braille y de fácil lectura.
- La concepción y planificación de una atención sanitaria capaz de atender la diversidad supone un valor añadido para el sistema sanitario en su conjunto, pues al dar respuesta a las necesidades y demandas más específicas beneficia, por extensión, a todo el universo de ciudadanos⁷⁸.

Actualmente es necesario avanzar mucho para que la información, las tecnologías, los servicios públicos y privados sean accesibles para todas las personas, ya tengan una discapacidad física, sensorial o intelectual. Muchas normas existen al respecto, pero su cumplimiento dista bastante de lo deseado. Así, por ejemplo, en lo relacionado con las nuevas tecnologías, el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social establece, entre otras medidas, las condiciones para que las distintas páginas de Internet sean accesibles, algo que todavía no se cumple en muchas páginas *web* de administraciones sanitarias. Igualmente, en la accesibilidad física y sensorial los problemas son importantes. Otro ejemplo es la Comunidad de Madrid, que después de

⁷⁷ CAYO PÉREZ, L. *Op. cit.*: 50.

⁷⁸ CAYO PÉREZ, L. *Op. cit.*: 48.

casi quince años de entrada en vigor de la Ley 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, acaba de aprobar el Reglamento Técnico de Desarrollo en Materia de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, por Decreto 13/2007, de 15 de marzo. Pues bien, en él se establecen las medidas que se han de desarrollar para la accesibilidad de espacios públicos y privados, haciendo referencia a los centros de salud que, por ejemplo, determina cómo en estos las barandillas todas irán con doble pasamano⁷⁹, algo que se incumple en la mayoría de los Centros sanitarios de la Comunidad de Madrid.

La accesibilidad es prioritaria para que todas las personas se puedan integrar en la vida social, y mucho más la accesibilidad en los centros sanitarios, si no existe accesibilidad para todos, los derechos humanos no se respetan. Afirma Augusto HORTAL⁸⁰:

“Realizarse como persona y respetar a las personas incluye la dimensión corporal (requiere alimento, protección, cuidado de la salud, respeto a la integridad física, etc.). Realizarse como persona incluye la dimensión social, el respeto y promoción de los derechos humanos, la exigencia de la responsabilidad en términos de igualdad, libertad, justicia y solidaridad. Todo ello tiene que hacerse efectivo en las condiciones culturales e históricas que configuran tanto las posibilidades y aspiraciones como las exigencias irrenunciables de lo que es ser persona”.

C) Prevención de la discapacidad

La prevención de la discapacidad es la acción más importante para que la enfermedad cada día tenga una menor incidencia en nuestra sociedad y para minimizar muchos efectos y secuelas de distintas patologías. Es necesario promover e implementar acciones de información

⁷⁹ Decreto 13/2007, de 15 de marzo, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento Técnico de Desarrollo en Materia de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas. Norma 1. 1.2.2.2.b: Las barandillas y/o paramentos que delimiten las escaleras contarán, en ambos lados, con un pasamanos cuya altura de colocación estará comprendida entre 95 y 105 cm, medidos desde el borde de cada peldaño. Dichos pasamanos mantendrán la continuidad a lo largo de todo su recorrido, independientemente de que se produzcan cambios de dirección y se prolongará un mínimo de 30 cm en arranque y fin de escalera. Cuando la escalera tenga un ancho libre superior a 400 cm, dispondrá de un pasamanos central. En los edificios de uso público destinados a actividades de salud o de atención a niños, ancianos o personas con discapacidad, se dispondrán barandillas a doble altura; la inferior estará emplazada entre 65 y 75 cm, medidos desde el borde de cada peldaño, y la superior entre 95 y 105 cm.

⁸⁰ HORTAL, A. *Ética aplicada y conocimiento moral*. En CORTINA A., GARCÍA-MARZA D. (ed.). *Razón pública y éticas aplicadas*. Tecnos; Madrid, 2003: 118-119.

y orientación a la población en general; pero también acciones dirigidas al personal sanitario. Lo más importante es prevenir, que implica actuar incluso antes de que la mujer quede embarazada. La planificación del embarazo, la consulta preconcepcional, la adecuada atención a la embarazada, que implica el diagnóstico prenatal, el parto con atención cualificada y el manejo integral del recién nacido son, entre otros, elementos esenciales para prevenir muchas discapacidades. Y en los casos en que el niño tenga alguna patología es muy importante realizar un “Diagnóstico Precoz”, que haga posible desarrollar acciones terapéuticas y de estimulación precoz que permiten en gran medida disminuir las alteraciones funcionales de forma total o parcial. Y no podemos olvidar que cada euro que se invierte en prevención, ahorra diez euros en atención sanitaria.

La Declaración de la Asamblea de Rehabilitación Internacional, Auckland, 1996 defiende la prevención y la rehabilitación como las principales medidas para evitar la discapacidad. Esta Declaración marcará un antes y un después, pues en ella se establecen pautas para prevenir las discapacidades causadas por enfermedades transmisibles y no transmisibles, por alteraciones congénitas, por accidentes de tráfico o accidentes laborales y, también, por los conflictos armados. Sobre las enfermedades no transmisibles y las alteraciones congénitas afirma⁸¹:

“2. Prevención de las discapacidades debidas a enfermedades no transmisibles

Muchas personas presentan discapacidades originadas por enfermedades no transmisibles que afectan a los sistemas musculoesquelético y cardiovascular. La prevención primaria es importante en relación con estas enfermedades, a menudo influenciadas por unas condiciones y unos modos de vida nada saludables, pero es más importante que todas las personas puedan acceder por igual a los servicios sanitarios y de bienestar social que presten el tratamiento y la rehabilitación eficaces y adecuados.

Rehabilitación Internacional promoverá la prevención de las enfermedades no transmisibles y llamará la atención de las autoridades sanitarias sobre la importancia del tratamiento y la rehabilitación para todos como fundamento de la eficaz prevención secundaria y terciaria de las discapacidades relacionadas con esas enfermedades.

3. Prevención de las discapacidades congénitas

Muchos niños nacen con graves discapacidades físicas o psíquicas relacionadas con defectos congénitos. A este hecho pueden contri-

⁸¹ <http://paidos.rediris.es/genysi/recursos/doc/leyes/auckland.htm>

buir tanto factores ambientales como genéticos, y las posibilidades científicas de la acción preventiva aumentan rápidamente.

Las sustancias nocivas en el aire, el agua, los alimentos y otras materias pueden ser detectadas en concentraciones muy pequeñas y la tecnología diagnóstica puede facilitar información sobre individuos afectados y portadores. Además, recientes iniciativas, como el “Proyecto Genoma”, muestran tanto la esperanza como los peligros inherentes a la programación de la dotación genética para las generaciones futuras.

Rehabilitación Internacional, por su parte y junto con otras entidades, dará la batalla por un mejor entorno para todos e instará a los gobiernos para que, con urgencia, tomen todas las medidas apropiadas para evitar las deficiencias teniendo en cuenta la cultura y los principios de cada comunidad. Rehabilitación Internacional abogará también por la protección de los derechos humanos y civiles de personas con deficiencias congénitas en este “nuevo mundo”. Rehabilitación Internacional apoya las acciones tendentes a suprimir la discapacidad, pero no las tendentes a suprimir a las personas con discapacidad”.

La prevención es el reto del siglo XXI para que los procesos que producen alguna discapacidad disminuyan. La OMS está realizando muchos esfuerzos en la prevención. Así, está realizando importantes campañas contra enfermedades como la neumonía⁸² o la tuberculosis⁸³. La OMS está realizando importantes campañas de vacunación de la polio, para conseguir la erradicación de una enfermedad que produce tanta discapacidad⁸⁴. O los graves problemas visuales, que según las estimaciones recientes, afecta a más de 161 millones de personas, de las cuales 124 millones presentaban disminución de la agudeza visual y 37 millones sufrían ceguera. Considerando que esas cifras no comprenden los problemas visuales debidos a errores de refracción, el alcance real de las discapacidades visuales a nivel mundial es probablemente mucho mayor⁸⁵. Pero lo que resulta de enorme importancia es que, según la OMS, al analizar el perfil epidemiológico mundial de la ceguera se puede comprobar que hasta un 75% de los casos son evitables. Entre otras, las cataratas, una patología que se opera con mucha facilidad, en nuestro país es una cirugía ambulatoria sin mayores complicaciones, provo-

⁸² <http://www.who.int/bulletin/volumes/86/5/08-053348/en/index.html>

⁸³ <http://www.who.int/tb/es/index.html>

⁸⁴ La OMS ha realizado en los últimos años campañas de vacunaciones que han llegado a millones de personas, por ejemplo se han vacunado a más de 34 millones de niños contra la polio en África. <http://www.un.org/spanish/News/fullstorynews.asp?newsID=5356&criteria1=polio>

⁸⁵ Organización Mundial de la Salud. Informe de la Secretaría. Prevención de la ceguera y la discapacidad visual evitable. 59ª Asamblea Mundial de la Salud A59/12. Punto 11.7 del orden del día provisional 24 de abril de 2006. Punto 1.

ca casi el 50% de la ceguera en el mundo, o el glaucoma o la retinopatía diabética que provocan el 12 y 5 % de la ceguera, son patologías que se pueden prevenir y evitar que muchas personas tengan una discapacidad tan dependiente⁸⁶.

En 1999 se lanzó la Iniciativa Mundial para la Eliminación de la Ceguera Evitable, conocida como Visión 2020⁸⁷: **El derecho a ver**. El objetivo de esta alianza entre la OMS y el Organismo Internacional de Prevención de la Ceguera fue eliminar las causas de ceguera evitable para el año 2020 y frenar e invertir la duplicación que se prevé que experimentará el número de discapacidades visuales evitables en el mundo entre 1990 y 2020⁸⁸. En agosto de 2008 se celebra la Octava Asamblea de IAPB con el objetivo de establecer redes de comunicación, intercambiar información, participar en deliberaciones científicas y entrar en contacto con la diversidad de experiencias de todas las personas que están luchando por la prevención de la ceguera. El tema de la Asamblea es: “Excelencia y Equidad en Salud Ocular”⁸⁹.

La prevención de la discapacidad visual evitable igual que la prevención de otras discapacidades es el gran reto del siglo XXI. Pequeñas actuaciones, como lentes, vacunas, vitaminas, por ejemplo, evitan problemas que pueden producir importantes dependencias con grandes costes personales y sociales. En la evaluación de la ejecución de los programas de la OMS, durante 2004-2005⁹⁰, la prevención de las diferentes discapacidades fue uno de los principales objetivos. Por ejemplo, el objetivo para la prevención, erradicación y control de las enfermedades transmisibles era el siguiente:

“Crear un entorno en el que los Estados Miembros y sus asociados internacionales y nacionales estén mejor preparados –tanto técnica como institucionalmente– para reducir la morbilidad, la mortalidad y la discapacidad mediante el control y, si procede, la erradicación o eliminación de las enfermedades transmisibles seleccionadas”⁹¹.

El resultado de la prevención se ha visto claramente en el periodo 2004-2005 en que se observó, por primera vez, una disminución consi-

⁸⁶ OMS. *Op. cit.* Punto 4 y 5.

⁸⁷ Visión 2020 tiene una página sobre las acciones en América: <http://www.v2020la.org/index.php>

⁸⁸ OMS. *Op. cit.* Punto 8.

⁸⁹ <http://8ga.iapb.org/>

⁹⁰ www.who.int/gb/ebw/ha/pdf_files/WHA59/PBPA_04_05-sp.pdf

⁹¹ Organización Mundial de la Salud. Presupuesto por Programas 2004-2005. Evaluación de la Ejecución. Ginebra 2006: 18.

derable de la carga mundial de discapacidades visuales (los años de vida ajustados en función de la discapacidad disminuyeron de 45 millones a 37 millones a nivel mundial), debido principalmente a la tendencia descendente de diversas enfermedades transmisibles, como el tracoma o la oncocercosis, y también a la creciente implantación de programas de prevención de la ceguera en todo el mundo⁹². “Nadie puede discutir el importante papel que juegan los avances médicos en la prevención y el tratamiento de las deficiencias y en la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad. Gracias a algunos de estos avances se ha conseguido que enfermedades que eran generadoras de discapacidad en el pasado hoy ya no lo sean, y que personas que hasta hace pocos años estaban abocadas a un deterioro físico o mental progresivo que, precedido de un periodo de grave discapacidad, finalizaba provocándoles la muerte, pueden llevar una vida social y profesional normalizada. La Medicina procura ayuda instrumental, ortopédica, protésica, farmacológica y/o terapéutica, que permite a determinadas personas con discapacidad superar o compensar muchas limitaciones, y poder llevar así una vida lo más autónoma y participativa posible”⁹³.

Para la OMS la atención a las diferentes causas de discapacidades y la rehabilitación se guía por la resolución WHA58.23⁹⁴, sobre discapacidad, incluidos la prevención, el tratamiento y la rehabilitación, adoptada por la Asamblea de la Salud en mayo de 2005, en la que se aboga por una aplicación más estricta de las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas; la prestación de apoyo a los programas comunitarios de rehabilitación; la inclusión de un componente de discapacidad en las políticas y programas de salud nacionales; la promoción de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad; que se preste apoyo a los Estados Miembros en la adopción de las medidas necesarias para reducir los factores de riesgo que llevan a la discapacidad. Pidiendo a la OMS que intensifique su labor en pro de un mejoramiento de la calidad de vida y promoción de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, y que preste apoyo a los Estados Miembros para fortalecer los programas nacionales de rehabilitación⁹⁵.

La OMS ha elaborado, dentro de las medidas complementarias adoptadas al respecto, el Plan de Acción 2006-2011 sobre discapacidad y rehabilitación, centrado en: la preparación de un informe mundial sobre esta cuestión; la sensibilización; la facilitación del acopio y análi-

⁹² Organización Mundial de la Salud. *Op. cit.*: 41.

⁹³ CAYO PÉREZ, L. *Op. cit.*: 28-29.

⁹⁴ www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58/WHA58_23-sp.pdf

⁹⁵ www.ops-oms.org/spanish/gov/ce/ce136-25-s.pdf

sis de datos; el apoyo, la promoción y el fortalecimiento de los servicios de salud y rehabilitación; la promoción de la rehabilitación basada en la comunidad; el fomento del desarrollo, la producción, la distribución y el mantenimiento de tecnologías de asistencia; el respaldo de la formulación, aplicación, evaluación y supervisión de políticas; la creación de capacidad y la promoción de redes y alianzas multisectoriales. La ejecución del Plan se inició, tras las consultas oportunas, con la elaboración de una serie de documentos normativos sobre el fortalecimiento de los servicios de asistencia médica y rehabilitación; el suministro y mantenimiento de sillas de ruedas; los servicios comunitarios de rehabilitación y las actividades de automanejo para las personas con discapacidad⁹⁶.

El Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015, no contiene una línea de acción específica sobre el tema de la prevención. Pues mantiene que esta es una cuestión importante tanto para las personas con discapacidad, como para las que no tienen alguna discapacidad y para los propios gobiernos, porque los efectos de la discapacidad se hacen sentir sobre el individuo, su familia y la sociedad en general⁹⁷. Y en su considerando 21 afirma:

“Que un objetivo fundamental consiste en poner en marcha medidas en los sectores económico, social, de la enseñanza, el empleo, el medio ambiente y la salud con el fin de que se mantenga el mayor tiempo posible la plena capacidad funcional de cada individuo a lo largo de toda su vida y favorecer la prevención de la minusvalía”.

En la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la prevención es uno de los objetivos más importantes para una atención de calidad. Así, entre sus principios se encuentra “la prestación de una atención integral a la salud, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad”⁹⁸.

Todas aquellas acciones que permiten mantener una vida de calidad promoviendo la salud y reduciendo los riesgos y las secuelas de las

⁹⁶ Organización Mundial de la Salud. *Op. cit.*: 69.

⁹⁷ Recomendación Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015. (adoptada por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006, durante la 961ª reunión de Delegados de Ministros) : 26.

Puede encontrarse en: <http://sid.usal.es/mostrarficha.asp?id=10047&fichero=3.3.5>

⁹⁸ Ley 16/2003. Artículo 2.d.

enfermedades y traumatismos constituyen prevención de la discapacidad. Al igual que en la prevención de la salud, podemos establecer tres niveles de prevención: primaria, secundaria y terciaria.

1. Prevención primaria. Corresponden las actuaciones y protección para reducir los riesgos propios de las diferentes patologías y traumatismos. La prevención primaria trata de evitar las enfermedades y los diversos accidentes o traumatismos.
2. Prevención secundaria. Corresponde a este nivel todas aquellas actuaciones que se realizan para realizar el diagnóstico temprano y tratamiento lo más pronto posible, para que la patología dure lo menos posible y los resultados del tratamiento sean los mejores para la persona y sus familias⁹⁹. Un ejemplo de la prevención secundaria es el diagnóstico precoz en una alteración congénita como por ejemplo la sordera.
3. Prevención terciaria. En este nivel se encuentran las actuaciones para que una vez aparecida la enfermedad o sufrido el traumatismo, las secuelas y discapacidades sean las mínimas. En este caso se encontrarían, por ejemplo, las actuaciones para la reinserción social.

La prevención es necesaria durante toda la vida del individuo, teniendo una gran importancia la prevención de los accidentes laborales, de los accidentes de tráfico¹⁰⁰, las patologías mentales, en las diversas enfermedades como, por ejemplo, en la diabetes o el glaucoma, incluso en el proceso de envejecimiento se tiene constancia que las medidas de que la prevención y promoción de la salud mejoran la calidad de vida durante los años vividos. La necesidad de las actuaciones preventivas exige elaborar políticas de actuación que hagan que la prevención sea accesible a todas las personas y que la calidad de vida sea una realidad¹⁰¹.

⁹⁹ Es conocido por todos que un diagnóstico en una fase temprana del cáncer tiene casi el 100% de probabilidades de curación.

¹⁰⁰ El Informe mundial sobre prevención de los traumatismos causados por el tránsito, elaborado por la OMS y el Banco Mundial, en 2004, pone de manifiesto la gran importancia que tiene la prevención para mejorar la calidad de vida, disminuir las discapacidades y evitar mucho gasto sanitario. http://www.who.int/violence_injury_prevention/publications/road_traffic/world_report/es/

¹⁰¹ La prevención es tan importante que en el Real Decreto 1030/2006 en la actualización de la cartera de servicios se tendrá en cuenta las repercusiones que tiene la nueva técnica o procedimiento en la prevención de la salud.

Otro ejemplo es la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 17 tiene en cuenta la necesidad de la prevención y rehabilitación:

“Art. 17.1. La Administración de la Generalidad Valenciana llevará a cabo las actuaciones necesarias tendentes a garantizar a las personas con discapacidad, la rehabilitación integral necesaria para mejorar, mantener o compensar su estado físico, psíquico o sensorial.

Actualmente, la prevención de las diferentes discapacidades es bastante deficiente. A pesar de todas las normativas y recomendaciones nacionales e internacionales, la prevención y promoción de la salud en general, y de las discapacidades en particular, es muy deficiente. La Ley de Cohesión afirma que la prestación de atención primaria garantizará la globalidad y continuidad de la atención a lo largo de toda la vida, comprendiendo actividades como la prevención de las enfermedades, el mantenimiento y recuperación de la salud y la rehabilitación¹⁰². Pero esto en la realidad no se cumple con facilidad.

Muchas personas con discapacidad necesitan tratamientos crónicos para mantener su calidad de vida a niveles aceptables. Los tratamientos son costosos, por ejemplo la rehabilitación. En la mayoría de los centros solo acceden a la rehabilitación las personas con procesos agudos o, en algunos casos, las personas que necesitarían largos tratamientos, pero únicamente se les ofrece algunas sesiones unas semanas cada año. La constatación de la falta de interés por una atención tan importante en la Comunidad de Madrid, es que en el Decreto 22/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad; en el Decreto 23/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud; y en el Decreto 24/2008, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud, publicados en el BOCM del 9 de abril de 2008, se elimina la Dirección General de Salud Pública y Alimentación y extingue el Instituto de Salud Pública.

Se conoce ya la causa de la mayoría de las enfermedades y se sabe que con una buena prevención se pueden llegar a evitar el 80% de las enfermedades, existiendo pruebas del ahorro de coste que supone una buena prevención¹⁰³. Es necesario potenciar la investigación para la prevención de las discapacidades, al igual que incentivar los servicios de prevención y de promoción de la salud, para que todas las personas tengan una mejor calidad de vida durante todos sus años de vida.

A estos efectos, se entiende por rehabilitación, el proceso orientado a la recuperación, mantenimiento o adquisición de una función o habilidad perdida, reducida o no adquirida, teniendo por objeto la prestación de servicios y ayudas técnicas dirigidas a la consecución de la recuperación de las personas con discapacidad, la minoración de las secuelas resultantes y del desarrollo de las capacidades que dispone la persona con discapacidad”.

¹⁰² Ley 16/2003. Artículo 12.

¹⁰³ Ver: *Estrategia Regional y Plan de Acción para un enfoque integrado sobre la prevención y el control de las enfermedades crónicas, incluyendo el régimen alimentario, la actividad física y la salud*. Organización Panamericana de la Salud. OMS. 47.º Consejo Directivo, 58ª Sesión del Comité Regional. Washington, D.C., EUA, 25-29 de septiembre 2006.

a) Atención Temprana

Se entiende por Atención Temprana, en adelante AT, “el conjunto de intervenciones, dirigidas a la población infantil de 0-6 años, a la familia y al entorno, que tienen por objetivo dar respuesta lo más pronto posible a las necesidades transitorias o permanentes que presentan los niños con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos. Estas intervenciones, que deben considerar la globalidad del niño, han de ser planificadas por un equipo de profesionales de orientación interdisciplinar o transdisciplinar”¹⁰⁴.

Actualmente no existe una definición legal sobre qué se entiende en España por AT, pero la definición que da el Grupo de Atención Temprana se puede tomar como una definición de consenso. El *Libro Blanco de la Atención Temprana* es un referente imprescindible para entender este problema. En él esta basado fundamentalmente este apartado, gracias a él se ha llegado a consensos y actuaciones en lo relativo a la AT.

El desarrollo infantil es un proceso dinámico, sumamente complejo, que se sustenta en la evolución biológica, psicológica y social. “Los primeros años de vida constituyen una etapa de la existencia especialmente crítica ya que en ella se van a configurar las habilidades perceptivas, motrices, cognitivas, lingüísticas y sociales que posibilitarán una equilibrada interacción con el mundo circundante. La Atención Temprana es una atención multiprofesional: Pediatría, Neurología, Psicología, Psiquiatría, Pedagogía, Fisiatría, Lingüística, etc., que tiene como finalidad ofrecer a los niños con déficit o con riesgo de padecerlos un conjunto de acciones optimizadoras y compensadoras, que faciliten su adecuada maduración en todos los ámbitos y que les permita alcanzar el máximo nivel de desarrollo personal y de integración social”¹⁰⁵.

La AT debe llegar a todos los niños que presenten algún tipo de trastorno o alteración en su desarrollo, ya sea de tipo físico, psíquico o sensorial, o se consideren en situación de riesgo biológico o social. Todas las acciones e intervenciones que se llevan a cabo en AT deben tener en cuenta no sólo al niño, sino también a toda la familia y a su entorno. Se tiene clara constancia de cómo este tipo de atención ayuda de manera importante a que el niño tenga unas menores secuelas, ya sean físicas, intelectuales o sensoriales. Pero siendo tan importante la AT, todavía hoy no está regulado el procedimiento para una intervención pública

¹⁰⁴ Definición de Atención Temprana. Grupo de Atención Temprana. *Libro Blanco de la Atención Temprana*. Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Madrid, 2000: 13.

El libro puede obtenerse en: http://iier.isciii.es/autismo/pdf/aut_lbap.pdf

¹⁰⁵ Grupo de Atención Temprana. *Op. cit.*: 7.

integral que dé respuesta a las necesidades reales de la población infantil de 0 a 6 años con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos.

Los objetivos propios a la Atención Temprana son¹⁰⁶:

1. Reducir los efectos de una deficiencia o déficit sobre el conjunto global del desarrollo del niño.
2. Optimizar, en la medida de lo posible, el curso del desarrollo del niño.
3. Introducir los mecanismos necesarios de compensación, de eliminación de barreras y adaptación a necesidades específicas.
4. Evitar o reducir la aparición de efectos o déficit secundarios o asociados producidos por un trastorno o situación de alto riesgo.
5. Atender y cubrir las necesidades y demandas de la familia y el entorno en el que vive el niño.
6. Considerar al niño como sujeto activo de la intervención.

La mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado la AT, una de las últimas en hacerlo ha sido La Rioja. El 1 de noviembre de 2007 se ha publicado en el Boletín Oficial de La Rioja, el Decreto 126/2007, de 26 de octubre, por el que se regula la Intervención Integral de la Atención Temprana en La Rioja, en el se entiende por Atención Temprana el conjunto de intervenciones que tienen por objeto dar respuesta a las necesidades que presentan la población infantil de 0 a 6 años con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos. Con ello se trata de prevenir y/o compensar sus desventajas transitorias o permanentes a través de una atención individualizada de carácter preventivo, asistencial, habilitador y orientada tanto a esta población infantil, como a su entorno familiar y social, así como, planificada por un equipo interdisciplinar de profesionales y coordinada con otros recursos de atención. Y establece como objetivos específicos de la Atención Temprana¹⁰⁷:

- a) Evitar o reducir la aparición de efectos de una deficiencia o déficit secundarios o asociados producidos por un trastorno o situación de alto riesgo.
- b) Optimizar, en la medida de lo posible, el curso del desarrollo del menor.

¹⁰⁶ Grupo de Atención Temprana. *Op. cit.*: 17-18.

¹⁰⁷ Decreto 126/2007, de 26 de octubre, por el que se regula la Intervención Integral de la Atención Temprana en La Rioja, artículo 2.

- c) Introducir los mecanismos necesarios de compensación, eliminación de barreras y adaptación a las necesidades específicas.
- d) Atender y cubrir las necesidades y demandas de la familia y el entorno en el que vive el menor.
- e) Considerar al menor y familia como sujeto activo de la intervención.

Los servicios de AT, como se indica en el Decreto de La Rioja, atenderán a la población infantil de 0 a 6 años y sus familias, que se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias y/o sufra o pueda sufrir alguna de las siguientes situaciones¹⁰⁸:

- a) Situación de riesgo ambiental que vivan en unas condiciones sociales poco favorecedoras o en situación de desprotección, ya sean situaciones de riesgo o de desamparo, siempre que éstas alteren su proceso madurativo.
- b) Retraso o cualquier otro factor o signo biológico de riesgo que durante el periodo pre, peri y postnatal, hayan estado sometidos a situaciones que podrían alterar su proceso madurativo, como puede ser la prematuridad, el bajo peso o la anoxia al nacer.
- c) Retraso o cualquier otro factor o signo biológico de riesgo, desviaciones o discapacidades del desarrollo establecidas, transitorias o permanentes, o discapacidades de tipo cognitivo, de la movilidad, de la comunicación o sensoriales.

En la AT los niveles de intervención serán los mismos que en la prevención en otras edades de la vida¹⁰⁹.

- a) Prevención primaria: para evitar las condiciones que pueden llevar a la aparición de deficiencias o trastornos en el desarrollo infantil desarrollando programas de información y formación general.
- b) Prevención secundaria: con la que se pretende detectar y diagnosticar precozmente con el fin de evitar o reducir las consecuencias negativas de las condiciones detectadas en grupos de población considerados de riesgo. Se pautan tratamientos médicos en aquellos procesos susceptibles de mejora; se diseñan adaptaciones curriculares y ayudas técnicas necesarias, y desde el ámbito social se establece un programa de intervención que marque unas estrategias para incorporar elementos de mejora en

¹⁰⁸ Decreto 126/2007. Artículo 4.

¹⁰⁹ Decreto 126/2007. Artículo 5.

la familia que posibiliten un mayor bienestar del menor, su familia y su entorno.

- c) Prevención terciaria: para eliminar o reducir las consecuencias negativas de los trastornos o disfunciones detectadas en el desarrollo del niño. Comprende todas las actuaciones dirigidas al menor, su familia y su entorno para mejorar las condiciones de su desarrollo. Es una intervención habilitadora, rehabilitadora, terapéutica, y de necesidades educativa especiales.

Las actuaciones de la AT según el Libro Blanco irán encaminadas al ámbito clínico, al ecológico y al social¹¹⁰, y el Decreto de La Rioja las engloba de la siguiente forma¹¹¹.

- a) Prevención de situaciones de riesgo.
- b) Detección desde todos los sectores implicados de cualquier déficit en el menor.
- c) Diagnóstico funcional, sindrómico y etiológico de los trastornos del desarrollo.
- d) Atención terapéutica interdisciplinar del menor, su familia y su entorno.
- e) Orientación, apoyo y acompañamiento a la familia en el proceso de desarrollo integral del menor.
- f) Coordinación de las actuaciones de los sectores implicados: sanitarios, educativos y sociales, que interviene en la prevención, detección precoz y atención de los menores con trastornos de desarrollo o con riesgo de padecerlo, así como con los profesionales de los centros de educación infantil donde se encuentren escolarizados u otros agentes que pudieran considerarse necesarios.

Los programas de cribado para el hipotiroidismo congénito y la fenilcetonuria se pusieron en marcha en nuestro país entre los años 1978 y 1982. En la Comunidad de Madrid se creó el Comité de Expertos, por Resolución 56/1994, de 10 de mayo de 1994, del Director General de Prevención y Promoción de la Salud (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 129, de 2 junio 1994), para el asesoramiento en los aspectos de investigación científica que requiere el desarrollo del Programa de Prevención de Minusvalías en Recién Nacidos, se ha modificado por Resolución de 6 de mayo de 2005, de la Dirección General de Salud Pública y Alimentación. El Programa de Prevención de Minusvalías en Recién Nacidos, consiste en la detección precoz de enfermedada-

¹¹⁰ Grupo de Atención Temprana. *Op. cit.*: 48-49.

¹¹¹ Decreto 126/2007. Artículo 6.

des endocrinometabólicas congénitas en todos los recién nacidos de la Comunidad de Madrid. Para lo cual se realiza un cribado universal mediante la extracción de dos muestras de sangre del talón de los lactantes y con unos estudios bioquímicos se detectan graves patologías: Hipotiroidismo congénito, Hiperplasia Suprarrenal congénita, Hemoglobopatías congénitas y Fenilcetonuria o Hiperfenilalaninemias. Detectadas precozmente estas enfermedades, que no presentan síntomas al nacer y tratándose con urgencia en el primer mes de vida se consigue prevenir de forma eficaz discapacidades neurológicas, deficiencias psíquicas y complicaciones graves para la salud del niño¹¹².

Actualmente, los programas de detección precoz de enfermedades endocrinometabólicas están generalizados, pero no es así con otras patologías y alteraciones que pueden dejar importantes secuelas si no se realiza un tratamiento precoz. Por ejemplo, la luxación congénita de cadera que con un diagnóstico precoz y un tratamiento temprano no deja secuelas posteriores, no tiene un protocolo de diagnóstico similar en todos los centros. Se sabe que en el caso de niños con factores de riesgo o con exploración clínica dudosa se debe realizar una ecografía, que es la técnica diagnóstica de elección por no ser invasiva y ser un método seguro a cualquier edad, incluso en el prenatal. Pues bien, la ecografía en unos centros se viene realizando desde hace más de una década y en otros todavía no se realiza. De igual forma, procesos tan importantes como la prevención del autismo o la prevención de problemas visuales o auditivos no se realizan de forma similar en unos centros u otros, produciendo muchos problemas a las familias que se encuentran angustiadas por no saber donde poder realizar un diagnóstico y un tratamiento precoz.

En el Real Decreto 1030/2006, que establece la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, los servicios que se establecen están directamente relacionados con la AT¹¹³:

- 6.1. Servicios de atención a la infancia.
 - 6.1.1. Valoración del estado nutricional, del desarrollo ponderal y del desarrollo psicomotor.
 - 6.1.2. Prevención de la muerte súbita infantil.
 - 6.1.3. Consejos generales sobre desarrollo del niño, hábitos nocivos y estilos de vida saludables.

¹¹² Resolución de 6 de mayo de 2005, de la Dirección General de Salud Pública y Alimentación, por la que se establece la nueva composición del Comité de Expertos asesor del Programa de Prevención de Minusvalías en Recién Nacidos de la Comunidad de Madrid.

¹¹³ Real Decreto 1030/2006. Anexo II. 6.1 Servicios de atención a la infancia.

- 6.1.4. Educación sanitaria y prevención de accidentes infantiles.
- 6.1.5. Orientación anticipada para la prevención y detección de los problemas de sueño y de esfínteres.
- 6.1.6. Detección de los problemas de salud, con presentación de inicio en las distintas edades, que puedan beneficiarse de una detección temprana en coordinación con atención especializada, a través de las actividades encaminadas a:
 - a) Detección precoz de metabopatías.
 - b) Detección de hipoacusia, displasia de articulación de cadera, criptorquidia, estrabismo, problemas de visión, problemas del desarrollo puberal, obesidad, autismo, trastornos por déficit de atención e hiperactividad.
 - c) Detección y seguimiento del niño con discapacidades físicas y psíquicas.
 - d) Detección y seguimiento del niño con patologías crónicas.

La primera Comunidad Autónoma que regula sobre la AT en una norma con rango de Decreto es la catalana, en el año 1995¹¹⁴, algunos años después será la Comunidad de Galicia la que en 1998 regule este tipo de prestación con un mayor detalle¹¹⁵ y la Comunidad de La Rioja ha sido la última¹¹⁶. En las Comunidades en las que no está regulada la Atención Temprana, también existe este tipo de atención pero con una gran descoordinación que permite que se pierda eficacia en muchos casos. Es muy importante la coordinación entre profesionales y servicios para que la atención se de calidad. Y como se dice en el Libro Blanco, la organización de la AT debe posibilitar¹¹⁷:

- a) La adopción de medidas encaminadas a la prevención.
- b) La detección precoz de los riesgos de deficiencias.
- c) La intervención como proceso tendente a conseguir el máximo desarrollo físico, mental y social.

¹¹⁴ Decreto 206/1995, de 13 de junio, por el que se adscribe la atención temprana al Departamento de Bienestar Social.

¹¹⁵ Decreto 69/1998, de 26 de febrero, por el que se regula la atención temprana a discapacitados en la Comunidad de Galicia.

¹¹⁶ Decreto 126/2007, de 26 de octubre, por el que se regula la Intervención Integral de la Atención Temprana en La Rioja.

¹¹⁷ Grupo de Atención Temprana. *Op. cit.*: 9.

Y el conjunto de principios básicos sobre los que se debiera asentar la AT deberán ser¹¹⁸:

1. Diálogo, integración y participación.
2. Gratuidad, universalidad e igualdad de oportunidades, responsabilidad pública.
3. Interdisciplinariedad y elevada cualificación profesional.
4. Coordinación.
5. Descentralización.
6. Sectorización.

La AT no puede ser vista exclusivamente como una vertiente de la rehabilitación, de la intervención psicosocial o de la educación, sino que debe formar parte de un proceso integral que tiene como fin último el desarrollo armónico de los niños integrados en todo su entorno. El *Plan de Acción del CERMI Estatal en materia de Atención Temprana a Personas con Discapacidad*, presenta una serie de propuestas para establecer políticas. Por ejemplo, el primer objetivo general es:

- 01 Una AT universal, pública, gratuita, integral y sectorizada, constituida como derecho subjetivo del niño/a con discapacidad, dirigida a la población infantil que presenta trastornos en su desarrollo o que tiene riesgo de manifestarlos, y encaminada a lograr un desarrollo motórico, cognitivo, lingüístico, afectivo y social lo más armónico posible, en los niños/niñas hasta los seis años.

Para el que establecen las siguientes medidas, alguna de ellas son:

- 0101 Aprobar una norma legal de ámbito estatal sobre AT, que establezca unos mínimos uniformes para todo el territorio del Estado, que reconozca el derecho, delimite la AT y la garantice como servicio público¹¹⁹ o, universal, gratuito, integral y sectorizado para todos los niños/niñas y familias que lo necesiten.
- 0102 Sectorizar la Atención Primaria.
- 0103 Promover una red de centros autónomos, públicos y privados sin ánimo de lucro, concertados y homologados, primando, en este último caso, los de iniciativa social. Y que todos los centros pasen a formar parte de esa red.

¹¹⁸ CAYO PÉREZ, Luis (dir.). *Plan de Acción del CERMI Estatal en materia de Atención Temprana a Personas con Discapacidad*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI; Madrid, 2005: 10.

¹¹⁹ CAYO PÉREZ, L. (dir.). *Op. cit.*: 70.

- 0104 Reducir al mínimo los trámites administrativos previos a la atención que limitan de forma manifiesta el acercamiento a los servicios de población que, por otra parte, resulta especialmente vulnerable.

Cuando se planifica la AT, muchos piensan en los gastos que pueden producir. Incluso algunas administraciones disminuyen los presupuestos y los recursos. Por ejemplo, en la Comunidad de Madrid los equipos multidisciplinares que existían en dos Hospitales han sido eliminados. Pero las políticas socio-sanitarias, a pesar de que se la tipifica como gasto, gasto social, cuando están bien planteadas y adecuadamente ejecutadas no pueden ser consideradas como gasto y mucho menos en lo que respecta a la AT. Los recursos socio-sanitarios son inversiones que hace la sociedad en calidad de vida de las personas y de la propia sociedad. Una actuación preventiva (inversión de recursos) seguida de un diagnóstico precoz y de una adecuada atención, puede evitar problemas importantes posteriormente al niño o a la niña, a la familia, y a la propia sociedad (ahorrando muchos recursos). Por tanto, es importante establecer políticas sociales inversoras como las que tienen que ver con la AT, pues realmente, en vez de gasto social en las actuaciones de la AT se debe hablar de “inversión de recursos”, que van a mejorar la calidad de vida de las personas y de la sociedad en general, ahorrando recursos y aumentando la productividad¹²⁰. Y por la importancia que tiene la prevención en la calidad de vida ulterior, es necesario establecer protocolos de atención precoz para procesos relacionados con alteraciones auditivas, visuales, intelectuales y físicas, y que la atención y prevención sea de calidad en todos los centros sanitarios.

El Grupo de Atención Primaria ha realizado un gran trabajo. Detallan los principios que se deben de seguir pero falta mucho para que estos se cumplan. Las diferencias entre unas Comunidades y otras son importantes, los equipos multiprofesionales no se potencian y el seguimiento de los niños no es suficiente. Por lo que muchos padres tienen que realizar un sobreesfuerzo para conseguir que sus hijos tengan una vida de calidad. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia tiene una página informativa para todo el Estado Español¹²¹. En cada Comunidad deberá existir una guía clara informativa sobre todos los servicios y recursos para que los padres conozcan donde acudir y facilitar la prevención y el tratamiento temprano evitando al máximo las posibles secuelas, hoy los recursos no están bien centra-

¹²⁰ CAYO PÉREZ, L. (dir.). *Op. cit.*: 17.

¹²¹ <http://www.saad.mtas.es/portal/>

lizados¹²². Por ejemplo, en Cataluña existe una relación de Centros de Atención Primaria¹²³. Aunque todas las Consejerías de Servicios Sociales y la mayoría de los Ayuntamientos tienen página Web, ésta no contiene, en un buen número de casos, la información necesaria para solucionar los problemas de información que tienen muchas familias con hijos con alguna discapacidad. Las páginas suelen tener mucha más información para los problemas que tienen las personas mayores. Los Ayuntamientos tienen una importante labor que realizar; los Servicios Sociales de los mismos deben propiciar ayuda e información de manera rápida y eficiente¹²⁴.

2. Derechos de las personas con discapacidad en relación a la salud

Ética y derechos

La ética surge necesariamente en el mundo de la sanidad porque en ésta se trata no de «cosas», sino de «sujetos», es decir, de personas. Es más, las decisiones que se toman y las acciones que se realizan en la organización sanitaria no sólo inciden en las personas que trabajan o se relacionan directamente con ella, sino que afectan a toda la sociedad. En el trabajo socio-sanitario se actúa de manera directa en el “ser” personal, sobre su cuerpo, sus intimidades, su vida. Pensemos, por un momento, en la relación que se tiene con una persona mayor en una residencia o con un paciente en un hospital. Las acciones que se realizan inciden directamente sobre dicha persona: el respeto, la intimidad, cómo y cuándo se le informa, si se le permite o no que dé su consentimiento, si se fomenta o no su autonomía y su libertad.

¹²² En la página web de Síndrome de Down se puede encontrar información de servicios sociales de las distintas Comunidades. http://www.down21.org/educ_psc/educacion/recursos_educ_cativo/tg-recursos-educ.htm.

¹²³ http://paidos.rediris.es/genysi/centros/at_cata.htm

¹²⁴ Muchas Comunidades Autónomas tiene en Internet una guía de sus recursos. Así: Andalucía: http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Personas_Discapacidad/HTML/index.html

Castilla y León: <http://www.jcyl.es/ireso/busquedas/busquedas.html> ;

Cantabria: <http://www.serviciosocialescantabria.org/pag/busquedaGuiada.aspx> ;

Generalitat de Cataluña: <http://www.gencat.net/temes/cas/serveis.htm#seccio4> ;

La Comunidad de Madrid tiene una buena página informativa sobre los servicios para personas mayores, http://www.madrid.org/cs/Satellite?pagename=PMAY/Page/PMAY_home&language=es

Y otros servicios sociales:

<http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=Page&cid=1109265843990&idConsejeria=1109266187278&idListConsi=1109265444710&pagename=ComunidadMadrid%2FEstructura&sm=1109265843990>

Ya ORTEGA, en 1954, afirmaba que la fábrica, la casa de comercio, el servicio de transportes las residencias de ancianos o el hospital, eran los órganos principales del cuerpo social¹²⁵.

Vivimos en un mundo plural y en un momento de cambio social; pero en modo alguno vivimos de espaldas a la ética. Sabemos que el motor de un posible cambio no puede ser únicamente el bienestar material¹²⁶. Victoria CAMPS explica cómo nuestras acciones y decisiones tienen un componente ético:

“La vida humana es constitutivamente moral, tanto en el sentido que señala Aranguren, según el cual somos morales porque nuestra vida está por hacer, no se nos da determinada, como porque el proyecto de vida, individual y colectivo, se configura necesariamente en torno a unos ideales, a unos valores que, finalmente, o son éticos o están contra la ética. Podemos equivocarnos en nuestros juicios, actuar de buena o mala fe, pero lo que hagamos o nos propongamos, lo que decidamos, cuando realmente es algo importante y no trivial, será justo o injusto, leal o desleal, humano o inhumano”¹²⁷.

Es necesario suscitar cuestiones y ayudar a la reflexión sobre aspectos importantes del quehacer diario de nuestros centros socio-sanitarios y, en general, de todos los que ejercen la toma de decisiones, por pequeñas que sean, en el mundo sanitario y socio-sanitario. La reflexión es necesaria en todo lo relacionado con el dolor y la dependencia, pues es parte importante del vivir del hombre. Lo «ético» está en el hecho mismo de vivir meditando¹²⁸, a la vez que el objeto de esa meditación es el propio vivir, del que sin duda forman parte la salud y la enfermedad.

¿Qué es la ética? (¿Esto es tuyo?)

En los últimos años se habla mucho de ética, pero no siempre en el mismo sentido o con objetivos similares. Muy a menudo se habla de ética para afeardar la conducta ajena y legitimar la propia. Podemos decir que la ética es un tipo de saber que pretende orientar la acción humana en un sentido racional; es decir, que pretende que obremos racionalmente. La ética, por tanto, se relaciona con el «buen hacer».

¹²⁵ Cf. ORTEGA Y GASSET, J. *Una vista sobre la situación del gerente o «manager» en la sociedad actual. Obras completas*, tomo IX. Madrid: Revista de Occidente, 1971; 730.

¹²⁶ CAMPS, V. *Virtudes públicas*. Madrid: Espasa Calpe, 1996; 10.

¹²⁷ CAMPS, V. *Op. cit.*: 16.

¹²⁸ ZUBIRI, X. *Naturaleza, historia, Dios*. Madrid: Alianza Editorial, 1987; 248.

En Grecia, hacia el siglo IV a.C., la ética se definía como la tendencia al bien. Y el bien es el objeto de la investigación de ARISTÓTELES. Todo arte y toda investigación, e igualmente toda acción y libre elección, parecen tender a algún bien; por esto se ha manifestado, con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden¹²⁹.

Para ARISTÓTELES, el padre de la filosofía, la felicidad es el fin último del hombre. Opinaba que, al igual que la mano tiene su función, el hombre tiene la suya y, así como existen funciones y actividades propias de una profesión, así también existe la del hombre. La función del hombre es una cierta vida, y ésta es una actividad del alma y unas acciones razonables¹³⁰. Y en su búsqueda de la perfección humana y de la felicidad, ARISTÓTELES afirma que el ser perfecto parece ser suficiente¹³¹, no en relación con uno mismo, como un ser que vive una vida solitaria, sino en relación con su padre, sus hermanos, su marido, sus amigos, sus con-ciudadanos, o personas con las que se relaciona en el trabajo, puesto que el hombre es por naturaleza un ser sociable¹³². El padre de la filosofía define la virtud como un término medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por lo que decidiría el hombre prudente¹³³. La virtud encuentra y elige el término medio¹³⁴. El concepto "término medio" lo repite en muchas ocasiones, de manera que la frase «en el medio está la virtud» se ha hecho popular y ha pasado de generación en generación. Pero es tarea difícil ser buenos, pues en todos los casos es trabajoso hallar el medio. La virtud y el vicio están en nuestro poder¹³⁵, y si está en nuestro poder hacer lo bello o lo vergonzoso e, igualmente, el no hacerlo, en esto radica el ser buenos o malos, estará en nuestro poder el ser virtuosos o viciosos¹³⁶, y, al fin, el ser felices e infelices.

Por su parte, KANT, en su búsqueda del bien y de la felicidad, estableció el imperativo categórico como motor del obrar ético¹³⁷:

Obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal.

¹²⁹ ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*, 1094 a, 1-3.

¹³⁰ ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1098 a, 14-15.

¹³¹ ARISTÓTELES considera suficiente lo que por sí solo hace deseable la vida y no necesita nada, y cree que tal es la felicidad. La felicidad es algo perfecto y suficiente –ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1097 b, 14-15–. No se debe confundir ser solitario, al cual desprecia ARISTÓTELES, con ser independiente. El hombre es independiente cuando posee todo lo necesario para su felicidad; el amor, la amistad, el trabajo, etc.

¹³² ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1097 b, 8-10.

¹³³ ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1106 b, 35-36.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1107 a, 3.

¹³⁵ ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1113 b, 7.

¹³⁶ ARISTÓTELES. *Op. cit.*: 1113 b, 13-15.

¹³⁷ KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe, 1983; 72.

O bien¹³⁸:

Obra según la máxima que pueda hacerse a sí misma al propio tiempo ley universal.

Así pues, el comportamiento ético para KANT es ese obrar de forma tal que lo que se realice pueda ser válido para el resto de personas, que sirva de pauta de comportamiento para otras organizaciones, para la sociedad en general, en definitiva, que pueda ser universalizable.

El respeto a la esfera privada es el indicador del grado de tolerancia de una sociedad.

(LOCKE)

Intimidad y confidencialidad

La intimidad y la confidencialidad que demanda la persona, por su misma naturaleza, penetra en un buen número de aspectos de la vida de cada individuo. Éstos son siempre los más sensibles, los más delicados y estimados y, a la vez, los más frágiles. Momentos en los que nos vemos y nos hacemos más vulnerables: por eso requieren un cuidado y un respeto especial¹³⁹.

El derecho fundamental a la intimidad está reconocido en nuestra Constitución en el artículo 18¹⁴⁰. Este derecho, que tenemos todas las personas, ya se esté en una situación de enfermedad o en situación de dependencia, representa el derecho a lo íntimo y a la autodeterminación de la persona. El derecho a la intimidad resulta difícil de definir. Afecta a las esferas más profundas de la personalidad y, junto a un componente estable y permanente, ofrece también otros factores cambiantes fruto de la coyuntura, de la sensibilidad personal y social. El derecho a la intimidad es el derecho fundamental del futuro, del siglo XXI, y que, como dijo magistrado ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, en 1998; “si no hay intimidad no habrá nada”. Desde entonces mantengo la defensa de la intimidad, explicando que “sin intimidad no hay ni tenemos libertad”, como afirmaba ÁLVAREZ-CIENFUEGOS (*Ponlo como cita a pie. Cuida-*

¹³⁸ KANT, I. *Op. cit.*: 96.

¹³⁹ SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. *La intimidad y el secreto médico*. Díaz de Santos, Madrid; 2000: XVII.

¹⁴⁰ La Constitución española de 1978 marca el punto importante en el desarrollo legislativo de todos los derechos fundamentales en general y el de la intimidad en particular. La protección de la intimidad de la persona se califica desde la Constitución como un derecho fundamental, apoyado en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables que le son inherentes a ésta, contenido propio de su realidad ontológica. En ella se defiende el derecho a la intimidad con una gran perfección técnica en el artículo 18:

do con personalizar). Donde no se protege la intimidad no se protegen otros muchos derechos. Por eso se puede definir como un derecho “raíz”, pues funda, alimenta y da razón de ser a otros derechos. Se hace necesaria la defensa de la intimidad para que la persona pueda ejercitar su derecho a la libertad¹⁴¹.

Es importante tener en cuenta que la libertad, y, por tanto, sus concreciones -derecho a la intimidad y la vida privada-, son necesarias para que el individuo pueda desarrollar el derecho de autonomía y, de esta forma, tomar por sí solo las decisiones que mejor le convengan, siempre que no estén en juego derechos fundamentales de terceros o bienes y valores constitucionales, es decir, sin daño o menoscabo a los demás. El derecho a la vida privada o a un ámbito de la vida privada es la autonomía, la libertad de que nadie que no sea uno mismo decida o imponga coactivamente lo que tengamos que hacer. Pero en todo este proceso de defensa del derecho de la intimidad hay que recordar que, como nos enseña ARISTÓTELES, en el “medio esta la virtud”, pues el ejercicio del derecho a la vida privada y a la intimidad no es un derecho absoluto, y puede traer buenas y malas consecuencias. De lo contrario, no sería una libertad individual. Así, por ejemplo, una persona podría abusar de su privacidad hasta el extremo de arriesgar su vida.

El derecho a la intimidad, para el Tribunal Constitucional, deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana¹⁴².

En nuestro país el derecho a la intimidad comienza a perfilarse de forma clara a partir del 14 de mayo de 1982, cuando entró en vigor *la Ley 1/82, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*. En dicha Ley se establece que el derecho de la intimidad es un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible –artículo 1.3.–, y que solamente la intromisión

¹⁴¹ La Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, en su fundamento 6, explicaba como nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. Ante los problemas de falta de confidencialidad de los datos informatizados, explicaba el Tribunal, se presentaba un problema de garantías de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento de datos.

¹⁴² SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “La Intimidad: Un derecho fundamental de todos”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n.º 5. [Fecha de publicación: 30/03/2003: 2-3. <http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/sanchez-intimidad-01.pdf>

sería legítima cuando estuviese expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso –artículo 2.2.–. Así, para las personas de cualquier edad, y que tengan cualquier tipo de discapacidad o se encuentren en situación de dependencia, el derecho de la intimidad tiene los siguientes caracteres:

1. Es indisponible, no pudiéndose transmitir ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*.
2. Es irrenunciable.
3. Es inexpropiable e inembargable, como consecuencia de los dos caracteres anteriores.
4. Es imprescriptible, ya que al ser derechos inherentes a la persona al prescribir y extinguirse el derecho habría que considerar que la persona misma, a la que van unidos, se extinguiría también.

La LGS introduce este derecho como tal en el ámbito sanitario, estableciendo el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con proceso sanitario, ya fuese la atención sanitaria en un ambulatorio, centro de día, hospital o cualquier otra institución sanitaria, obligando tanto a centros y servicios públicos como privados¹⁴³.

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 defiende la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los que resalta el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas. Además, explicita que el Sistema Nacional de Salud debe asegurar, en condiciones de escrupuloso respeto la intimidad personal y la libertad individual del usuario, la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan y sin ningún tipo de discriminación. Esta explicación del preámbulo se ve correspondida en el artículo 7 donde de forma clara establece que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley. Y exige que los centros sanitarios adopten las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior y que elaboren, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes¹⁴⁴.

¹⁴³ LGS. Artículo 10.3

¹⁴⁴ SÁNCHEZ CARAZO, C. *Op. cit.*: 8.

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* defiende claramente este derecho tan importante para las personas. Una persona con discapacidad, al igual que muchas personas mayores, y más si se encuentran en situación de dependencia, al necesitar ayuda de otras personas para la realización de algunas tareas de su vida diaria, o tener que vivir fuera de su domicilio, se encuentran con que el derecho de su intimidad en muchas ocasiones se ve vulnerado. Por eso *La Convención* defiende que este derecho fundamental ante cualquier vulneración. Además, se exige que la protección de todos los datos relativos a la salud y a la discapacidad sea como establece la legislación e igual para todas las personas¹⁴⁵. Igualmente la *Recomendación Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, como acciones específicas de los Estados, recomienda que estos garanticen la confidencialidad de los datos de cada persona¹⁴⁶.

Este derecho, tan importante para la dignidad y la autonomía de la persona, es recogido en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que exige que sea respetada la confidencialidad de todas las personas, tengan el tipo de dependencia que tengan, cuando se recojan y se traten sus datos personales¹⁴⁷.

El artículo 7 de la Ley 41/2002 consolida la protección de datos de carácter personal relativos a la salud exigiendo que las normas de protección de datos se cumplan así como el *Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter*

¹⁴⁵ *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Artículo 22. Respeto de la privacidad.

1. Ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Las personas con discapacidad tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones.

2. Los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

¹⁴⁶ *Recomendación Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*. 3.14.3.ii.

¹⁴⁷ *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. Artículo 4.2.d.

personal^{148, 149}. Y por primera vez se desarrolla el derecho de acceso a los datos de salud. En la LGS se establecía el embrión de este derecho de acceso cuando en el artículo 10.11 afirmaba que el paciente tendría derecho al informe de alta. Pero no se refería a la historia clínica como tal. Este derecho estaba regulado de forma general en la LOPD, pero quedaban ciertas lagunas¹⁵⁰:

- ¿Todos los profesionales de un centro pueden enterarse de lo que le ocurre a una persona que ingresa en un centro sanitario o sociosanitario?
- ¿Quién puede acceder a la historia clínica o a la historia socio-sanitaria?
- ¿Hay que dar la historia a los pacientes o los usuarios de los centros?
- ¿Se han de dar a los pacientes o usuarios las anotaciones que hacen los profesionales?
- ¿Se debe dar la historia clínica o la socio-sanitaria de una persona fallecida a sus familiares?

Estas preguntas quedan contestadas en la Ley 41/2002. Tenemos que tener en cuenta que las historias de los centros sociosanitarios de personas con discapacidad, como los de atención a la dependencia o los de personas mayores, están sujetos a las mismas normas que se exigen para los centros sanitarios. Así, si vamos al artículo 16.1 de dicha Ley, encontramos que “La historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia”. Por tanto, solamente los profesionales que atienden a un paciente pueden acceder a su historia clínica. Por otra parte, el centro sanitario, ya sea público o privado, ha de poner las medidas técnicas y organizativas necesarias para que, como se establece en el artículo 16.2, “se posibilite en todo momento el acceso a la historia clínica de cada paciente por los profesionales que le asisten”. Y solamente a dichos profesionales, evitando el acceso de terceros no autorizados como se regula en la LOPD para los datos identificativos manuales e informatizados. Y, por supuesto, el personal

¹⁴⁸ La Ley 41/2002 exige que se cumpla el *Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal*, pero este ha sido derogado por el RD 1720/2007.

¹⁴⁹ La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal en adelante se denominará LOPD.

¹⁵⁰ SÁNCHEZ CARAZO, C. *Op. cit.*: 17-19.

de administración y gestión de los centros sanitarios y sociosanitarios sólo pueden acceder a los datos de la historia clínica relacionados con sus propias funciones –artículo 16.4 de la Ley 41/2002–, por lo que en el Centro¹⁵¹ se establecerán las medidas de seguridad pertinentes que eviten el acceso no necesario.

Es más, un paso adelante en la confidencialidad es el hecho de que el acceso a la historia clínica con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia obliga a preservar los datos de identificación personal del paciente, separados de los de carácter clínico-asistencial, de manera que, como regla general, quede asegurado el anonimato, salvo que la persona haya dado su consentimiento para no separarlos o que una Ley establezca la necesidad de acceder a los datos de una persona, por ejemplo, por medidas urgentes de salud pública. Se exceptúan “los supuestos de investigación de la autoridad judicial en los que se considere imprescindible la unificación de los datos identificativos con los clínico-asistenciales, en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente”, tal y como establece el artículo 16.3 de la Ley 41/2002. Pero hay que tener en cuenta que dicha Ley afirma taxativamente que “el acceso a los datos y documentos de la historia clínica queda limitado estrictamente a los fines específicos de cada caso”, defendiendo el derecho de autonomía de la persona, el derecho a la protección de datos de carácter personal como ha establecido el Tribunal Constitucional en Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre.

Por tanto, se ha de tener claro que solamente el personal socio-sanitario que atiende a una persona puede acceder a sus datos de salud, y siempre sujetos a la obligación de secreto, aunque la persona no haya dado su consentimiento. Las excepciones son: cuando lo permita una Ley, en procesos judiciales o en los casos en que el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, cumpla sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria (artículo 16.5).

A la pregunta de si las personas tienen derecho a su historia clínica o a la socio-sanitaria, la Ley 41/2002 responde afirmativamente, tenien-

¹⁵¹ En la LOPD, se establece en su artículo 9: El responsable del tratamiento de los datos de carácter personal, ya sean informatizados o manuales, deberá adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

do derecho a la documentación de la historia y a obtener copia de los datos que figuran en ella –artículo 18.1–. Se estima que –artículo 18.3– dicho derecho de acceso del paciente no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, como en el caso, por ejemplo, de pacientes psiquiátricos en los que en su historia clínica figura información aportada por la familia. Y en el mismo apartado, la Ley 41/2002 considera la protección de los profesionales y establece que no podrá ejercerse el derecho de acceso del paciente en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en la elaboración de la historia clínica, los cuales pueden contraponer al derecho de acceso el de la reserva de sus anotaciones subjetivas.

La Ley 41/2002, en su artículo 18.4, clarifica qué hacer ante la petición de acceso a la historia de un paciente fallecido por parte de un familiar. Establece que sólo se facilitará el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. Y también en este caso, la Ley 41/2002 se reafirma en la defensa de la intimidad y autonomía del paciente y del profesional, estableciendo que no se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido, algo muy importante pues como hemos visto en la Ley Orgánica 1/1982, el derecho a la intimidad no prescribe y puede haber casos en los que una persona podía haber contado, por ejemplo, a su terapeuta cuestiones que no quería que supieran sus hijos, datos que, por tanto, no pueden entregarse a la familia; por el hecho de morir no significa que deje de tener intimidad. Tampoco se entregaran los datos sobre anotaciones subjetivas de los profesionales. Y, por último se será muy cuidadoso con la intimidad de terceros, por lo que no se facilitará aquella información que perjudique a terceras personas.

Hay que tener en cuenta que la relación profesional sanitario/paciente se debe establecer sobre una base de mutua confianza. Tiene como fundamento el respeto al paciente, o al usuario de los servicios sociales, por parte del trabajador sanitario, y se orienta primariamente a recuperar o mantener la salud y la calidad de vida de la persona. Parte de ese respeto lo constituye la obligación de guardar silencio acerca de aquellas cosas que la persona comunica al profesional sobre su peculiar situación de debilidad. Hay que tener en cuenta que la confianza tiene mucho que ver con la confidencia y la confidencialidad. La LOPD, en su artículo 10¹⁵², exige el respeto y el secreto por parte de las personas que

¹⁵² Ley Orgánica 15/1999. Artículo 10. *Deber de secreto*:

El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al

manejan la información y los datos de carácter personal, y de esta forma asegurar la confidencialidad, y por supuesto, la autonomía de las personas.

La confidencialidad y la protección de datos están íntimamente relacionadas con la autonomía –capacidad que tienen los seres racionales para actuar independientemente– y la libertad del sujeto. Cuando una persona confía sus datos personales, según el artículo 5 de la LOPD debe estar informada de la finalidad y forma de utilización, de su derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición. En definitiva, se ha de respetar la autonomía del interesado, y, por tanto, solamente se darán a conocer los datos del interesado con la autorización de éste, exceptuando los casos que la Ley enumera taxativamente, como, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas.

Pero la confidencialidad no significa solamente que las historias y los diversos archivos que contengan datos de las personas, se encuentren bien guardadas o que los datos no se difundan. La confidencialidad implica no hacer comentarios en lugares públicos, como la cafetería, no comentar nada fuera del trabajo y, también, no hacer comentarios con los compañeros a menos que esto sea necesario para el tratamiento del paciente. Se ha de tener el máximo cuidado con la información que se da a familiares y amigos. La información que se dará a las personas que ayudan o cuidan a una persona ya esté enferma o con una discapacidad, o en situación de dependencia, ha de ser la imprescindible para que puedan atenderlo, pero todo lo concerniente a la enfermedad solamente se dará al propio paciente. En resumen, las personas que trabajan con pacientes, o usuarios de los centros socio-sanitarios, han de informar únicamente al propio interesado y mantener el secreto como derecho que es de los profesionales y también de los propios pacientes.

La confidencialidad y la protección de datos es un derecho de todas las personas tengan o no alguna discapacidad o tengan o no algún proceso de enfermedad. La LOPD garantiza el derecho a la intimidad de todas las personas¹⁵³, y es más, cuando una persona se encuentra en una situación de vulnerabilidad, como los niños o las personas intelectualmente incapaces, sus derechos han de estar más protegidos. Es preciso recordar que, como afirma la LOPD en su artículo 6.1, “el trata-

deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo.

¹⁵³ LOPD. Artículo 1. *Objeto*:

La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

miento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”.

El Reglamento de LOPD establece que solamente se podrán ceder o tratar los datos que identifiquen a las personas cuando se haya dado previamente el consentimiento¹⁵⁴. La prestación del consentimiento ha de ser libre, específico, inequívoco e informado, siendo necesario el cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 5.1¹⁵⁵. Y en el caso que las personas sean menores de edad, o no tengan capacidad de dar su consentimiento, su representante legal será el que tenga la responsabilidad de defender el derecho de estas personas. Y esto se ve reforzado en el Reglamento de la LOPD. Así, el derecho de los menores y de las personas que no están capacitadas para dar su consentimiento, se defiende en el artículo 13 de dicho Reglamento, donde establece que “en ningún caso podrán recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar, o sobre las características del mismo, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos”. Por tanto, al igual que un menor, toda persona que se encuentre en una situación en la que no pueda dar su consentimiento, como en el caso de las personas con discapacidad intelectual no podrán utilizarse los datos que le identifiquen, como la imagen, si no se ha dado previamente el consentimiento por parte de sus tutores o representantes legales. Siendo el responsable del fichero o del tratamiento, el que articule los mecanismos necesarios para que garantice que se ha comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento prestado en su caso, por los padres, tutores o representantes legales¹⁵⁶. En los

¹⁵⁴ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Artículo 10.1.

¹⁵⁵ LOPD. Artículo 5.1 Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.
- b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.
- c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.
- d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.

Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, deberá designar, salvo que tales medios se utilicen con fines de trámite, un representante en España, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento.

¹⁵⁶ Real Decreto 1720/2007. Artículo 13.4.

últimos meses hemos visto como se ha vulnerado el derecho a la intimidad de las personas con discapacidad intelectual subiendo videos a YouTube en los que se humillaba a estas personas. Las personas con discapacidad intelectual no tienen capacidad de dar su consentimiento por lo que la utilización de sus datos de carácter personal no es lícita y el Reglamento no deja dudas sobre ello, por lo que la utilización de imágenes de personas con discapacidad intelectual esta protegida de la misma manera que la imagen de los menores.

El artículo 162.1 del Código Civil, respecto de los mayores de catorce años, exceptúa de la representación legal del titular de la patria potestad a *“los actos referidos a derechos de la personalidad u otros del hijo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”*. Así, para los mayores de catorce años, ha de considerarse que el menor tiene condiciones suficientes de madurez y discernimiento para prestar su consentimiento respecto al tratamiento de sus datos personales, y por tanto el menor de 14 años no lo tiene. En lo referente a la prestación del consentimiento, debe recordarse que, conforme dispone el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, *“se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representante legales”*. A mayor abundamiento, la Audiencia Nacional, en Sentencia 897/2003 de 29/06/2005, señala: *“A los efectos de la minoría de edad conviene recordar la distinción existente entre capacidad jurídica que es la que posee toda la persona por el hecho de serlo y, capacidad de obrar, que es la idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o en otros términos, la capacidad para ejercitar derechos o asumir obligaciones, que puede ser plena o encontrarse limitada si el sujeto no puede realizar con plena eficacia actos o negocios jurídicos o algún tipo de ellos, encontrándose entre esas limitaciones de la capacidad de obrar, la minoría de edad, de ahí que sean sus representantes legales los que actúen por él”*¹⁵⁷.

En resumen para el tratamiento de los datos de personas discapacitadas intelectuales, personas incapacitadas para dar el consentimiento, y menores será necesario recabar el consentimiento para la recogida de sus datos, con la información completa de lo que exige en el artículo 5.1

¹⁵⁷ Informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos, 2000/0000. *Consentimiento otorgado por menores de edad*. https://www.agpd.es/portalweb/canaldocumentacion/informes_juridicos/consentimiento/index-ides-idphp.php

de la LOPD, y obteniéndose el consentimiento de sus padres o representantes legales. Así, cuando se utiliza la imagen o los datos de personas con discapacidad intelectual, o personas que por alguna patología no tienen capacidad para comprender la información, por lo que no tienen capacidad de consentir, se está vulnerando el derecho a la intimidad de esa persona.

A) Derecho a la información

El derecho a la información se proyecta en un doble plano: de una parte, como derecho a conocer aquellos datos sobre la enfermedad que nos afectan a todas las personas; y de otra, como la obligación de la Administración, o la entidad de que se trate, de facilitar tal información al interesado y guardar el secreto de la misma frente a terceros. El derecho a la información es un derecho raíz, pues sin la información no podemos ejercer el resto de los derechos. Si no estamos bien informados no podemos tomar decisiones, no podemos ejercer nuestra autonomía ni nuestra libertad¹⁵⁸.

El derecho a la información es resaltado por las distintas normativas de nuestro país y Recomendaciones europeas relacionadas con la salud¹⁵⁹. Así, por ejemplo, una de las últimas Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Recomendación 1418 (1999), sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, adoptada el 25 de junio de 1999, en su punto XI y XII aconseja la protección del derecho de las personas, incluidas las que se encuentran en una situación de enfermedad terminal, a la autodeterminación y a una información veraz y completa.

A lo largo de la historia el médico ha tenido una relación con el paciente paternalista. Así, el médico decidía lo que se hacía o no se hacía con el propósito de curar y realizar lo que éste pensaba era mejor para su paciente, y el paciente confiaba en su médico. El paciente obedecía y, en algunos casos, tenía que callarse, pues aunque no estuviese de acuerdo con el tratamiento o no sabía qué se estaba haciendo con su cuerpo, no se podía preguntar. Poco a poco, tras la Declaración de los Derechos Humanos, en 1948, se comienza a defender los derechos de las personas a recibir todo tipo de información y, por tanto, también cuando la persona se encuentre en una situación vulnerable de enfermedad. El derecho a

¹⁵⁸ SÁNCHEZ CARAZO, C. *Op. cit.*: 10.

¹⁵⁹ La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, en su artículo 13.2, establece el derecho de los consumidores y usuarios a una información cierta, eficaz, veraz y objetiva.

la información de la salud se establece como tal, por primera vez, en la LGS¹⁶⁰ pero, incluso en esa época, la información no se daba con facilidad. Hasta que entró en vigor en nuestro País el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina*¹⁶¹, en el 2000, el acceso a la historia clínica y a la información socio-sanitaria, en esa relación de “beneficencia-paternalismo” que el profesional sanitario tenía con sus pacientes, era poco común o mejor dicho “extraordinaria”. Durante muchos años la información se consideraba un privilegio que el médico, u otro profesional, podía o no conceder a sus pacientes, pero siempre según su criterio. Se llegaba el caso en que un profesional de enfermería tomaba la tensión y no le decía al paciente, aunque se lo preguntara, qué tensión tenía. El profesional sanitario ha de ser consciente de que informar es una exigencia del deber de beneficencia que tiene hacia sus pacientes¹⁶². Igualmente, en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* reafirma el derecho al consentimiento libre e informado que tienen todos los pacientes¹⁶³.

Tenemos que tener en cuenta que, como dice LAÍN ENTRALGO, que “yo soy mi cuerpo”. Todo lo relacionado con *mi* cuerpo me afecta de forma trascendente, afecta a mi vida y a mi futuro y, por tanto, he de ser *yo* quien conozca y decida qué se ha de hacer con *mi* cuerpo. Así, por ejemplo, si se quema mi casa me puedo comprar otra y si mi coche es abollado puedo repararlo o cambiarlo según mi voluntad y mi cuenta corriente... y yo elijo el color. Pero si destrozan mis piernas, no las puedo cambiar por mucho dinero que tenga y si me ponen un tratamiento u otro que afecta a mi vida, he de ser *yo* quien decida. Todo lo relacionado con mi cuerpo y mi salud es mucho más importante para mi vida y mi persona que el color de un coche o las cortinas de mi casa. A veces es difícil cambiar las formas tradicionales de comportamiento según las cuales los profesionales callaban lo que creía conveniente y, por supues-

¹⁶⁰ La LGS. Artículo 10.5: A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

¹⁶¹ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Publicado en el BOE n.º 251, el 20 de octubre de 1999, ha entrado en vigor en España el 1 de enero de 2000.

El Convenio se le conoce como convenio de Oviedo por haber sido firmado en dicha ciudad.

¹⁶² Cf. COUCERO VIDAL, A. “La información al paciente”. *Jano* 1991; XLI (octubre): 79-81.

¹⁶³ *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. 2000/C 364/01. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 18 de diciembre de 2000. El Artículo 3.2 En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:

— el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley.

to, el paciente no podía acceder a la información de su propio cuerpo. Pero informar, dar acceso a los datos relacionados con su salud, como dice Diego GRACIA, no es un acto sin más, forma parte del proceso del acto médico. Y aunque algunos piensen que puede ser una pérdida de tiempo o que la persona no “comprenderá” correctamente, o bien, que el conocimiento de la verdad puede crear estados de ansiedad y angustia, la realidad es bien distinta. Sí, es cierto que puede haber pacientes que no quieran saber, y este derecho hay que respetarlo¹⁶⁴, pero en la mayoría de los casos la información, el conocimiento del proceso, mejora la relación médico-paciente y, con ella, su acción terapéutica. Alejandro JADAD, catedrático del Departamento de Epidemiología Clínica y Bioestadística de la Universidad McMaster de Canadá fue uno de los pioneros en defender que los resultados del tratamiento mejoran cuando el enfermo está bien informado¹⁶⁵, algo con lo que hoy en día existe un consenso generalizado¹⁶⁶:

Y ha sido la Ley 41/2002, la que ha venido a consolidar este derecho tan importante para la autonomía de las personas. En ella se establece de forma concreta que los pacientes tienen derecho a conocer toda la información disponible sobre su salud, y que toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. El profesional responsable del paciente es el que ha de garantizar el cumplimiento del derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle y el titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita¹⁶⁷.

¹⁶⁴ En el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* en su artículo 10.3 se establece el derecho que tienen las personas a no conocer. Derecho reconocido en la Ley 41/2002 en el artículo 9.1.

¹⁶⁵ Declaraciones de Alejandro JADAD al periódico *El País* con motivo de su conferencia en la Universidad de Verano El Escorial, *El País* 1999, 11 de julio: 34. “Tenemos evidencias consistentes. Se ha comprobado que si los pacientes tienen la oportunidad de participar en la toma de decisiones, de preguntar, de tener información individualizada sobre su dolencia, los desenlaces son mejores. Esto se ha visto en el tratamiento de la hipertensión, de las úlceras, del dolor del cáncer, de la diabetes...”.

¹⁶⁶ Albert JOVELL, médico y paciente, defiende la información y el consentimiento de las persona desde el *Foro Español de Pacientes*. <http://www.webpacientes.org/fep/>

¹⁶⁷ Ley 41/2002. Artículo 4.

La información se dará al propio sujeto y, además, se tiene en cuenta un aspecto importante para todas las personas con discapacidad intelectual o con dificultad de tomar decisiones pues defiende que en estos caso también se dará la información al propio paciente, “de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión”, e informando también a su representante legal¹⁶⁸. Pero eso implica un paso adelante en los derechos de las personas con discapacidad. Además el Reglamento de la LOPD exige que la información que dirija a menores o a personas con dificultades en la comprensión sea en un lenguaje fácilmente comprensible¹⁶⁹.

El derecho a la información que toda persona en relación a sus datos socio-sanitarios se reafirma en la Ley 41/2002, que establece el derecho que tiene el paciente a conocer todo lo relativo a las actuaciones sanitarias, señalando que la información clínica, que ha de formar parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, siendo el médico responsable del paciente quien garantizará el cumplimiento de su derecho a la información¹⁷⁰.

Por tanto, para respetar la autonomía de los pacientes y su derecho a decidir, no olvidemos que para poder decidir o dar el consentimiento la persona ha de estar claramente informada, es necesario que la persona reciba la información de forma clara, veraz y completa. Así, la obligación de informar sobre cualquier proceso socio-sanitario, independientemente de la edad de la persona o de su situación de discapacidad o dependencia, es tan absoluta que sólo podría decaer en cuatro casos¹⁷¹:

1. Cuando el enfermo no quiera ser informado, utilizando su derecho a no saber.
2. Cuando la urgencia terapéutica, siguiendo el principio de beneficencia en favor del enfermo, así lo requiera, y sólo mientras dure esa urgencia.

¹⁶⁸ Ley 41/2002. Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial.

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal.

¹⁶⁹ RD 1720/2007. Artículo 13.3.

¹⁷⁰ Ley 41/2002. Artículo 4.

¹⁷¹ SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “El consentimiento informado: un derecho de todos”. *Sesenta y más*, n.º 215; abril de 2003: 49-50.

3. “Cuando la información sanitaria puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando *por razones objetivas* el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave”. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y siempre comunicará su decisión a la persona que el propio paciente ha designado como la persona que recibirá la información, o bien, si éste no lo hubiese dicho, a personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.
4. Cuando la información sobre el interesado se encuentra *inseparablemente* unida a la información sobre otra u otras personas. Al colisionar dos derechos: el derecho a saber sobre uno mismo y el derecho a la intimidad de terceras personas, creemos que, siempre sopesando el mal menor en cada caso, en principio debe prevalecer el derecho a la intimidad. Esta última excepción se hace especialmente problemática en los casos de información genética, pues el conocimiento de datos de esta naturaleza necesariamente afecta a todos los miembros de una familia.

B) Derecho al consentimiento

El consentimiento está íntimamente relacionado con la información, pero no siempre van unidos¹⁷². Es importante tener en cuenta este principio a la hora de la reflexión sobre el consentimiento, al igual que la importancia que tiene éste en la autonomía de las personas. Así, para que una persona pueda ejercer su derecho de autonomía ha de poder consentir sobre lo concerniente a su vida. En la Ley 41/2002 el derecho al consentimiento se encuentra en el capítulo IV titulado “El respeto de la autonomía del paciente”. La autonomía de la persona es el objeto de la Ley 41/2002 cuyo principio básico es la dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica. Además, la Ley exige que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiera el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. Una persona autónoma es un individuo que tiene la capacidad de deliberar sobre sus fines personales, y de obrar bajo la dirección de esta deliberación. Respetar la

¹⁷² SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. *La intimidad y el secreto médico*. Díaz de Santos, Madrid; 2000: 138.

autonomía significa, respetar la libertad de la persona, dar valor a las consideraciones y opciones de las personas, y abstenerse, a la vez, de poner obstáculos a sus acciones, a no ser que éstas sean claramente perjudiciales para los demás¹⁷³.

La persona dará el consentimiento verbalmente, en la mayoría de los casos, salvo en los casos en que se realicen procedimientos invasivos o que pueden suponer un riesgo para la persona. Teniendo en cuenta que en todo momento se puede revocar el consentimiento¹⁷⁴. Pero se van a poder realizar actuaciones sanitarias sin el consentimiento cuando sea en beneficio de la persona como en casos de por graves problemas de salud pública, o bien por motivos de urgencias en los que sea vea en grave peligro la integridad física o psíquica de la persona, y teniendo presente que se obtendrá el consentimiento del propio interesado o de su representante legal lo más pronto posible¹⁷⁵.

Cuando la persona no pueda tomar decisiones, ya sea por ser menor de edad, por estar incapacitada o por estar en una situación física o psíquica en la que no puede decidir, las decisiones serán por representación. Así, en el caso de personas con discapacidad intelectual, o personas mayores con problemas de comprensión, aunque se tratará de informar y escuchar a la persona de manera apropiada, el consentimiento lo darán sus representantes legales¹⁷⁶.

La confidencialidad, el consentimiento, la capacidad de decir, y la protección de datos de carácter personal¹⁷⁷ están íntimamente relacionados con la autonomía y la libertad del sujeto, la libertad de que nadie que no sea uno mismo decida o imponga coactivamente lo que tengamos que hacer, ya sea para conservar la salud o para hacer un tipo u

¹⁷³ SÁNCHEZ CARAZO, C. *Op. cit.*: 25.

¹⁷⁴ Ley 41/2002. Artículo 8.

¹⁷⁵ Ley 41/2002. Artículo 9.

¹⁷⁶ Ley 41/2002. Artículo 9.

3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.
- c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

¹⁷⁷ La LOPD en su artículo 6 exige el consentimiento de la persona para poder tratar los datos identificativos, al igual que lo exige el Reglamento de la LOPD en su artículo 10.

otro de rehabilitación. Es esta línea, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* determina que las administraciones exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado¹⁷⁸. Y la misma Recomendación Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el *Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, defiende que los programas de rehabilitación se realicen con el consentimiento de las personas¹⁷⁹.

C) Derecho a la confidencialidad y protección de datos

La confidencialidad

El secreto de los profesionales sanitarios tiene su fundamento en la relación de confianza que debe existir entre el profesional y el usuario de los servicios socio-sanitarios. Esta confianza debe ser respetada por el profesional con el objeto, no solo de proteger los derechos de la persona, también en el sentido de proteger la persona, pues una revelación de los datos a terceras personas puede acarrearle que sea discriminado o que tenga cualquier otro problema. La relación de los pacientes y los profesionales ha de ser una relación de confianza basada en la confidencia. En esto se basa el secreto profesional. Así, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia define la palabra *confidencial* como “lo que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas”. Y *confianza* tiene como primera acepción “esperanza firme que se tiene de una persona o cosa”¹⁸⁰.

La confidencialidad de los datos de las personas, como he venido explicando es un derecho de todos y en el caso de las personas vulnerables; personas mayores, personas con discapacidad, niños se ha de tener un cuidado especial por la dificultad que tienen estas personas en defen-

¹⁷⁸ *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Artículo 25.d.

¹⁷⁹ 3.10. Línea de acción n.º 10: Rehabilitación. 3.iii.

¹⁸⁰ SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “El derecho a la protección de la intimidad de los datos genéticos”. *Revista Latinoamericana de Bioética*, n.º 2. <http://www.umng.edu.co/www/section-4007.jsp#I1645>

der sus propios derechos. En la *Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad* se exige que cuando se recopilen datos estadísticos y de investigación se respete la legislación sobre protección de datos, a fin de asegurar la confidencialidad y el respeto de la privacidad de las personas con discapacidad¹⁸¹. Igualmente en el *Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, se exige que cuando se obtenga información se garantice la confidencialidad de los datos de las personas¹⁸².

Lo que tenemos que tener claro es que será cada persona la que tiene capacidad para decidir que actos de su vida, o que datos, se conozcan y cuales no, dejando claro que el hecho que un paciente cuente a un médico, un trabajador social, u otro profesional de la salud, un aspecto sobre su salud no significa que quiera que otras personas lo conozca. La confidencialidad está íntimamente relacionada con la libertad de la persona y con su autonomía, por lo que el respeto a la libertad requiere previamente un respeto a la confianza que ha depositado la persona, un respeto a la confidencialidad.

La protección de datos

A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos la mayoría de las Constituciones, europeas y americanas, incorporan a su articulado la defensa de la intimidad en los términos de la Declaración, que declara en su artículo 12:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”.

Desde los años sesenta Europa lucha a favor de la protección de datos de carácter personal. Diversas recomendaciones y directivas han llevado a que los países de la Unión Europea mantengan unas políticas en defensa de la protección de la intimidad. En nuestra Constitución se defiende este derecho fundamental en el artículo 18, es de reseñar el punto 4 en el que afirma que “... la Ley limitará el uso de la informática para garan-

¹⁸¹ *Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad*. Artículo 31.

¹⁸² *Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*. 3.14.3. Acciones específicas de los Estados miembros. ii.

tizar el honor y la intimidad...”, teniéndose ya constancia de la gran importancia que tenía la informática en materia de información.

Asimismo, no hay que olvidar que, y aunque ya se haya señalado, en la LGS se recoge el derecho del paciente a “la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias... ya sean en centros públicos o privados”¹⁸³, debiendo “...quedar plenamente garantizado el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar”¹⁸⁴, momento en que la confidencialidad pasa a ser un derecho de los pacientes en el centro de servicios sociales o en el hospital.

Desde la publicación de la Constitución, en 1978, el derecho a la intimidad se ha ido consolidando. Cada día este derecho novedoso se ha difundido más entre todos los ciudadanos y así es más demandado y defendido. Actualmente, en las diversas actuaciones que tengan un mínimo de calidad, la intimidad y la confidencialidad han de estar presentes. Desde los servicios de un banco, una tienda de ropa, un hospital o un colegio, la privacidad es un elemento prioritario para que ciudadano se sienta seguro de dicho centro. Así, todos los ficheros que contengan datos que identifican a las personas, que contengan datos de carácter personal, se han de registrar ficheros en la Agencia de Protección de Datos y hay que implantarles las medidas de seguridad según el tipo de datos que contengan. Y tenemos que tener en cuenta que todos los ficheros en los que figuren datos relacionados con la discapacidad o la dependencia de una persona, datos de salud, han de tener medidas de seguridad de nivel alto. *Los ficheros que no tengan datos de carácter personal de personas no están sujetos a las normas de protección de datos.*

En la LOPD y el Reglamento de la misma se encuentran los principios que se han de seguir siempre que se recojan y se traten datos que identifiquen a la persona, ya sean datos informatizados, o de cualquier otro tipo. A modo de resumen se pueden establecer las siguientes obligaciones que no podemos olvidar y que todas las personas han de demandar para el ejercicio de sus derechos.

1. Deber de secreto de todos los datos que se conozcan de los pacientes y usuarios sociosanitarios. Artículo 10 LOPD.
2. Informar y solicitar el consentimiento expreso a todas las personas a las que se les guarden sus datos. Artículos 5 y 6 LOPD.
3. Redacción de cláusulas informativas sobre protección de datos para todas las personas a las que se les recojan sus datos identificativos sobre la protección de datos. Artículo 5 LOPD.

¹⁸³ LGS. Artículo 10.3.

¹⁸⁴ LGS. Artículo 61.

4. Solamente se dará información a la persona interesada o a su representante legal. Artículo 11 LOPD.
5. Facilitar el ejercicio de los derechos de las persona en relación a los datos de carácter personal: acceso, rectificación, cancelación y oposición.
6. Inscripción de los ficheros en el Registro General de la Protección de Datos. Artículo 55 del Reglamento de la LOPD.
7. Suprimir los datos identificativos cuando ya no sean necesarios o cuando lo solicite el propio interesado. Artículos 16 y 17 LOPD.
8. Redacción del documento de seguridad. “El responsable del fichero o tratamiento elaborará un documento de seguridad que recogerá las medidas de índole técnica y organizativa acordes a la normativa de seguridad vigente que será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los sistemas de información”. Artículo 88 del Reglamento de la LOPD.
9. Implantar las medidas de seguridad de índole técnica y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos objeto de tratamiento. Artículos 9 y 10 LOPD y Reglamento de la LOPD.
10. Redacción de los contratos, formularios y cláusulas necesarias para la recogida de datos, los tratamientos por terceros y las cesiones o comunicaciones.
11. Auditoría. Artículo 99 del Reglamento de la LOPD.

Como ejemplo de la creación y registro de un fichero de datos personales puede verse la Orden 1459/2007, de 25 de mayo, por la que se establece el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia y se crea el correspondiente fichero de datos de carácter personal.

Derechos de las personas en relación a la protección de datos

Todas las personas a las que se les traten sus datos de carácter personal tienen los derechos que se establecen en la LOPD, derechos que han de ser respetados a todas las personas. La Ley establece tres grandes principios: calidad de los datos, derecho a la información y consentimiento del afectado, que yo defiendo que son tres derechos que tienen las personas que junto a los derechos que marca la LOPD; acceso, rectificación, cancelación y oposición, marcan los siete derechos que se deben respetar para que la intimidad y la protección de datos sea respetada.

A) *Calidad de los datos*: Según el artículo 4 de la LOPD los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, cuando sean *adecuados, pertinentes y no excesivos* en relación a la finalidad para la que se hayan solicitado a la persona... Se debe tener en cuenta que los datos de carácter personal no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que se hayan recogido, y que cuando la finalidad termine serán cancelados. Además, los datos han de ser exactos y puestos al día de forma que respondan con la realidad. En el caso en que los datos no sean ciertos deberán ser rectificadas.

NO se deben recoger datos de las personas que no sean necesarios, pero tampoco se deben dar datos cuando no sean necesarios

B) *Derecho a la información*: El derecho a la información es un derecho raíz; sin él no pueden darse el resto de derechos. Si una persona no está bien informada, no puede consentir ni acceder a sus datos, no sabe dónde pueden encontrarse, ni rectificarlos, oponerse o cancelarlos. El derecho a la información se encuentra recogido en el artículo 5 de la LOPD y desarrollado en los artículos 14 al 18 del Reglamento de la LOPD.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, establece en su fundamento 6 que el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía significa que la persona ha de estar informada sobre están siendo tratados sus datos para poder tener capacidad de control. Además impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales no sirve de nada si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen y con qué fin.

C) *Derecho de consentimiento*: Según el artículo 6 de la LOPD, el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa. La STC¹⁸⁵ 292/2000, en su fundamento 7, establece que el derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control

¹⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional.

sobre los datos personales que permite a la persona decidir cuáles de esos datos se pueden proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar; también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Esta capacidad de disposición y control sobre los datos personales, se concreta jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles por un tercero, sea el Estado o un particular. Y para que este control se pueda dar, la persona ha de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro, el poder oponerse a esa posesión y usos.

D) Derecho de acceso: Toda persona tiene derecho, según el artículo 15 de la LOPD, a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos. La información podrá obtenerse mediante la mera consulta de los datos por medio de su visualización, o la indicación de los datos que son objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no, en forma legible e inteligible. El Reglamento de la LOPD afirma que este derechos, al igual que el de rectificación cancelación y oposición, es un derecho personalísimo, por lo que requiere la identificación de la persona para poder ejercerlo, solamente en el caso de incapacidad, o en el caso de menores, podrá ejercerlo su representante legal¹⁸⁶. Siendo cada uno de ellos independientes por lo que para solicitar, por ejemplo, la rectificación, no, necesariamente, se ha tenido que solicitar el acceso de los datos¹⁸⁷.

Cuando una persona solicita el derecho de acceso a los datos de carácter personas los puede obtener de las siguientes formas¹⁸⁸:

- a) Visualización en pantalla.
- b) Escrito, copia o fotocopia remitida por correo, certificado o no.
- c) Telecopia.
- d) Correo electrónico u otros sistemas de comunicaciones electrónicas.
- e) Cualquier otro sistema que sea adecuado a la configuración o implantación material del fichero o a la naturaleza del tratamiento, ofrecido por el responsable.

¹⁸⁶ Reglamento de la LOPD. Artículo 23.

¹⁸⁷ Reglamento de la LOPD. Artículo 24.

¹⁸⁸ Reglamento de la LOPD. Artículo 28.

Actualmente el acceso a los datos socio-sanitarios es aceptado por todos y en las distintas leyes y normas se defiende este derecho. Por ejemplo, la Ley 41/2002 se establece que el paciente tiene derecho a acceder a su historia, teniendo derecho a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella –art.18.1–. Al igual que la Ley 14/2007, de 3 de julio, de *Investigación biomédica*, que en su artículo 47 establece el derecho que tienen las personas a acceder al resultado de sus análisis.

E) Derecho de rectificación y cancelación: Como establece el artículo 16 de la LOPD, el usuario tiene derecho a rectificar los datos inexactos o incompletos y también tiene derecho a que se cancelen sus datos cuando haya terminado la finalidad para la que fueron recogidos. Con los datos de salud, hay autores que piensan que se pueden cancelar los datos de carácter personal –puede quedar la historia anonimizada–, pasado un periodo, a petición del interesado, y cuando no existan problemas relacionados con la salud pública ni con demandas judiciales, pero otros muchos autores piensan que no se pueden cancelar. Es un tema abierto al debate y que requiere que se estudie en profundidad. La Ley 41/2002, defiende en todo momento la necesidad de trabajar con datos anonimizados para reservar al máximo la intimidad y confidencialidad.

F) Derecho de oposición: Este derecho se desarrolla en el artículo 34 del Reglamento de la LOPD, es el derecho que tienen los asegurados a oponerse al tratamiento de sus datos o a su cese cuando:

“a) Cuando no sea necesario su consentimiento para el tratamiento, como consecuencia de la concurrencia de un motivo legítimo y fundado, referido a su concreta situación personal, que lo justifique, siempre que una Ley no disponga lo contrario.

b) Cuando se trate de ficheros que tengan por finalidad la realización de actividades de publicidad y prospección comercial, en los términos previstos en el artículo 51 de este reglamento, cualquiera que sea la empresa responsable de su creación.

c) Cuando el tratamiento tenga por finalidad la adopción de una decisión referida al afectado y basada únicamente en un tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal, en los términos previstos en el artículo 36 de este reglamento”.

D) Derecho a las instrucciones previas

El derecho de autonomía y a tomar decisiones sobre nuestro cuerpo implica poder decidir, con antelación, y manifestar nuestra voluntad anticipadamente, con objetivo de que cuando se llegue a situaciones en

cuyas circunstancias no pueda ser capaz de expresar la voluntad personalmente, sobre los cuidados, el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de nuestro cuerpo o de los órganos, se tenga en cuenta sus decisiones. La persona, que para poder realizar un documento de instrucciones previas ha de ser mayor de edad, capaz y libre, puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor con el médico o el equipo socio-sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas o últimas voluntades. Pero, como indica la Ley, nunca serán aplicadas las instrucciones previas cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico, ni contrarias a la “*lex artis*” o las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto al manifestar sus voluntades. Dejando en la historia clínica del paciente “constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”. Teniendo en cuenta que las instrucciones previas, podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito¹⁸⁹.

En resumen, las instrucciones previas permiten expresar los deseos a toda persona mayor de edad, capaz y libre, sobre cómo quiere que se le trate y se le cuide cuando no sea capaz de tomar decisiones. Sirven para informar al equipo médico sobre sus deseos y para nombrar a alguien para que hable en su nombre, si la persona no puede comunicarse por sí mismo.

Esto se realizará mediante el “*documento de instrucciones previas*”. En él, la persona mayor de edad, capaz y libre, explica cómo quiere que sean los cuidados y el tratamiento de su salud si llega a situaciones en las que no sea capaz de tomar decisiones o manifestar sus opiniones. También puede expresar previamente, una vez llegado el fallecimiento, cuál quiere que sea el destino de su cuerpo y de sus órganos.

La primera vez que aparece reflejado en una norma, en nuestro País, el derecho a decidir es con el Convenio de Oviedo, en su artículo 9 defiende que cuando un paciente no se encuentre en situación de expresar su voluntad en el momento de la intervención médica, serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente. Y es en la Ley 41/2002, cuando este derecho se establece como tal en el artículo 11. Actualmente¹⁹⁰ todas las Comunidades Autónomas han establecido normas que regulan sus registros de instrucciones previas. Y para asegurar la eficacia de este documento es necesario que, sea cual sea el lugar que sea donde se haya realizado, pueda ser conocido de manera precisa cuando se necesitan tomar decisiones. Por ello, por medio del

¹⁸⁹ Ley 41/2002. Artículo 11.

¹⁹⁰ Mayo de 2008, fecha en que se termina la revisión.

Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, se ha regulado el Registro Nacional de Instrucciones Previas y se ha creado el fichero automatizado de datos de carácter personal correspondiente. Adscribiéndose al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección.

Cuando una persona realiza sus instrucciones previas y las inscribe en el registro de la Comunidad Autónoma donde vive, o realiza sus voluntades anticipadas, dicha Comunidad comunicará los datos al Registro Nacional en los primeros siete días, enviándose tanto los datos mínimos como la copia del documento de instrucciones previas¹⁹¹. Creándose un fichero con los datos siguientes para poderse conocer las decisiones de la persona al que solamente accederán las personas autorizadas¹⁹².

Información mínima que deben trasladar las comunidades autónomas al Registro nacional una vez realizada la inscripción de un documento de instrucciones previas¹⁹³:

- Comunidad Autónoma.
- Unidad responsable del registro autonómico.
- Persona autorizada que comunica la inscripción.
- Fecha y hora.
- Datos del documento inscrito:
- Denominación:
 - Declaración vital anticipada.
 - Documento de voluntades anticipadas.
 - Expresión de la voluntad con carácter previo.
 - Expresión anticipada de voluntades.
 - Documento de voluntades vitales anticipadas.
 - Documento de instrucciones previas.
 - Otras.
- Identificación del declarante:
 - Nombre y apellidos.
 - Sexo.
 - DNI o pasaporte.
 - N.º tarjeta sanitaria o código de identificación personal.
 - Fecha de nacimiento.

¹⁹¹ Real Decreto 124/2007. Artículo 3.

¹⁹² Real Decreto 124/2007. Artículo 4.

¹⁹³ Real Decreto 124/2007. Anexo.

- Nacionalidad.
- Domicilio (ciudad, calle, número).
- N.º de teléfono.
- Identificación del representante:
 - Nombre y apellidos.
 - DNI o pasaporte.
 - Domicilio (ciudad, calle, número).
 - N.º de teléfono.
- Datos de la inscripción:
 - Registro donde se ha realizado.
 - Fecha de inscripción.
 - Localización del documento.
- Modalidad de la declaración:
 - Primer documento.
 - Modificación (alteración parcial del contenido del documento ya inscrito sin privación total de sus efectos).
 - Sustitución (privación de efectos al documento ya inscrito y otorgamiento de uno nuevo en su lugar).
 - Revocación (privación total de efectos del documento ya inscrito sin otorgar otro en su lugar).
 - En el caso de que exista ya otra declaración, se consignarán también los datos de la inscripción primitiva.
- Formalización de la declaración:
 - Ante notario.
 - Ante testigos.
 - Ante la Administración.
- Materia de la declaración:
 - Cuidados y tratamiento.
 - Destino del cuerpo del otorgante o de los órganos una vez fallecido.
 - Sobre ambos aspectos.
 - Copia del documento de instrucciones previas inscrito en el registro autonómico.

El documento de instrucciones previas sirve para que se respete la autonomía de la persona y defiende su libertad, permitiendo y posibilitando que se cumplan sus deseos.

*Preguntas y respuestas en torno a las instrucciones previas*¹⁹⁴:

- ¿Se ha de elaborar una instrucción previa para recibir atención médica?

No, la atención médica se recibe independientemente de si se realiza o no el documento de instrucciones previas. Cada persona decide si quiere o no elaborar un documento de instrucciones previas.

- ¿Se renuncia a recibir atención médica de calidad si se elabora una instrucción previa?

No. La atención médica es igual, de la misma calidad, independientemente de que se elabore o no una instrucción previa.

- ¿Se puede cambiar o cancelar una instrucción previa?

Sí. Las decisiones previas pueden ser revocadas o canceladas. Es más, mientras la persona conserve su capacidad y pueda manifestar libremente su voluntad, ésta prevalecerá sobre las instrucciones contenidas en el documento.

- ¿Cómo se puede realizar el documento de instrucciones previas?

- a) Las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito, de manera que exista seguridad sobre el contenido del documento, debiendo figurar en el mismo la identificación del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento.

Puede hacerse ante Notario; ante el personal al Servicio de la Administración, en las condiciones que se determinen mediante Orden del Consejero de Sanidad y Consumo o ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deberán tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por matrimonio u otro vínculo de análoga relación de afectividad. Tampoco los testigos pueden tener relación laboral, patrimonial, de servicio u otro vínculo obligatorio.

- b) La persona que realiza el documento podrá designar uno o varios representantes por el orden y en la forma que estime conveniente

¹⁹⁴ En la página Murcia-Salud pueden encontrarse algunas preguntas y respuestas sobre las instrucciones previas. <http://www.murciasalud.es/pagina.php?id=78225&idsec=2817>

para que, llegado el caso, sirvan como interlocutores suyos con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

- c) Las instrucciones previas o últimas voluntades se registrarán en el Registro autonómico, y éste, por su parte, comunicará al Registro nacional, en el plazo de siete días, la inscripción efectuada. Tendrá carácter definitivo en éste la inscripción que, en su momento, se realizó provisionalmente.

- ¿Cuál es el contenido de las instrucciones previas?

Las instrucciones previas o las voluntades anticipadas pueden referirse a los cuidados y al tratamiento de la salud (por ejemplo, quitar o no el respirador o realizar tratamientos para mantener la vida artificial o no), y, una vez llegado el fallecimiento, al destino del cuerpo o de sus órganos o piezas anatómicas, respecto a la donación o la utilización en la investigación. Igualmente, en el supuesto de situaciones críticas vitales e irreversibles respecto a la vida, podrá incorporar declaraciones para que se evite el sufrimiento con medidas paliativas, o que no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios. Asimismo, en el documento de instrucciones previas las personas podrán manifestar anticipadamente su voluntad de no ser informadas en los supuestos de diagnóstico fatal. En este caso, el declarante podrá designar una o varias personas a las que el médico deba informar. En el documento de instrucciones previas se puede determinar si desea que alguna persona tome decisiones por ella. La persona que realiza sus voluntades anticipadas puede manifestar previamente su voluntad de estar acompañados en la intimidad en los momentos cercanos a la muerte, y a que los acompañantes reciban el trato apropiado a las circunstancias.

- ¿Dónde se ha de entregar el documento de instrucciones previas?

Se entregará en el registro sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente. También se puede entregar en el centro sanitario donde la persona es atendida.

La Consejería remitirá la información al Registro Nacional de Instrucciones Previas.

- ¿Quién toma estas decisiones en el caso de menores de edad?

Las personas competentes de 18 años o mayores, pueden elaborar cualquier tipo de instrucción previa. Los padres y tutores legales hablan en nombre de los menores.

- ¿Cuándo entra en vigor una instrucción previa?

Una instrucción para los médicos entra en vigor solamente cuando el médico que le atiende certifica que la persona padece de una enfermedad terminal o irreversible, la cual demanda un tratamiento para mantenerlo con vida y que puede resultar en su muerte durante un lapso de tiempo relativamente corto; o bien, cuando se encuentre en estado de coma, incompetencia o que, por alguna otra razón, sea incapaz de comunicarse por sí mismo.

La persona designada para tomar las decisiones está autorizada a hacerlo cuando el médico certifica por escrito que el paciente no está en disposición de tomar decisiones relacionadas con su atención médica, por sí mismo.

- ¿Una comunicación oral (es decir no escrita) se puede calificar como instrucción previa?

Sí. Una instrucción para los médicos, expresada en forma oral, es válida, pero se ha de realizar ante testigos y se anotará en la historia clínica.

- ¿Qué sucede en una situación de emergencia o si la persona es ingresada en otro hospital?

Si se ha elaborado correctamente, su instrucción previa debe ser respetada por cualquier hospital del Estado. El Registro nacional de instrucciones previas asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las Comunidades Autónomas.

- ¿Cuándo se deben elaborar las instrucciones previas?

Cualquier tiempo es bueno para elaborar una instrucción previa, pero ésta es especialmente importante cuando se encuentra enfermo y se busca atención médica. Al realizarla es importante guiarse por sus valores y creencias. Hablar sobre sus deseos con sus familiares y amigos, su médico y otras personas importantes de su vida. Y siempre hay que tener en cuenta que las instrucciones previas ayudan a que se respete nuestra autonomía, nuestra libertad y sobre todo nuestros deseos sobre lo que queremos que nos hagan en los momentos que no podemos tomar decisiones.

E) Derecho a vivir y morir sin dolor: una vida digna y una muerte digna

El primer principio de la bioética, principio de la beneficencia, señala que las personas han de ser tratadas de manera ética, no sólo respetando sus decisiones y protegiéndolas de daño, sino también esforzándose en asegurar su bienestar, que se pueda beneficiar de los diversos tratamientos y, de manera fundamental, de los tratamientos del dolor. El hombre hoy nace sin dolor, y es ético que la persona termine su vida en paz y sin dolor. Así está establecido por todas las éticas; ética laica, católica, judía, protestante. Por ejemplo, el Papa Juan Pablo II afirmaba en su Encíclica "*Evangelium Vitae*" (página 42): *Ya Pío XII afirmó que es lícito suprimir el dolor por medio de narcóticos, a pesar de tener como consecuencia limitar la conciencia y abreviar la vida.*

Hay que reflexionar sobre la ética de los tratamientos contra el dolor, pero lo que resulta conclusivo para todos es que no es ético permitir que la persona sufra, no socorrerla y no dar un tratamiento apropiado contra el dolor, incluso aunque como efecto secundario se pueda *abreviar* la vida. Y lo que va contra toda ética y toda responsabilidad es dar credibilidad a lo que solamente es un rumor o a los anónimos, poniendo en juego los derechos de las personas y la confianza médico-paciente. La relación médico paciente se basa en la confianza y en la confidencia, y si ésta se rompe el profesional sanitario pierde lo más valioso de su profesión, pero el paciente será el más perjudicado pues al no confiar, su sufrimiento no será paliado en la misma medida.

La autonomía y libertad de la persona han de ser respetados en todos los momentos de la vida. Javier GAFO, el gran maestro de la bioética en España, señala cómo estos principios han de perseguirse en el momento de máximo dolor y sufrimiento como es el momento cercano a la muerte.

"La atención sanitaria no debe centrarse únicamente en la prolongación de la vida del enfermo. Es verdad que esa lucha contra la enfermedad y la muerte es un indiscutible objetivo de la praxis sanitaria y ha tenido una gran importancia en el avance de la Medicina, pero no puede convertirse en un objetivo que deba ser buscado siempre. La acción sanitaria tiene también otros dos puntos de mira: la voluntad del enfermo y la urgencia de humanizar su proceso de muerte. Tampoco en la situación de proximidad a la muerte debe privarse al enfermo de su protagonismo y deberá valorarse cuál es su petición. Existen situaciones en que debe respetarse seriamente el deseo del propio enfermo terminal. E, igualmente, la praxis sanitaria debe ser muy sensible a la humanización del proceso de muerte. Es irracional y éticamente reprochable crear situaciones en que se prolonga cuantitativamente la existencia del enfermo, pero al cruel precio de causar un inaceptable encarnizamiento terapéutico. Los médi-

cos deben ser sensibles a revisar sus actitudes ante el enfermo, incluso a no convertir sus propias angustias ante la muerte en actitudes vitalistas. La muerte de un enfermo no es muchas veces un fracaso para un médico; el verdadero fracaso es la muerte deshumanizada. Hay que afirmar con rotundidad que la muerte humanizada de un paciente constituye también un verdadero éxito de la medicina”.

3. Salud y demandas sanitarias de las personas con discapacidad

A) *Planificación familiar*

El propósito de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. Y entre los derechos que la Convención defiende están la intimidad y la vida sexual, dos derechos fundamentales para que la persona pueda realizarse. Todas las personas somos seres sexuados y como tales nos comportamos y nos relacionamos. Durante muchos años se ha considerado a la personas con discapacidad como seres asexuados, no se les ha permitido tener vida sexual, era algo mal visto. Y las personas con discapacidad, como personas que son, tienen derecho a su vida sexual.

Las personas con discapacidad intelectual también tienen derecho a vivir y a disfrutar su sexualidad y no es ético privarlas de su derecho. Pero ante los diversos problemas éticos que se pueden plantear, hay que estudiar los casos uno a uno; hay que sopesar la capacidad de decisión de la persona. En todo caso, ha de prevalecer, siempre, el respeto a la persona, a su libertad y a sus derechos.

La Convención, en su artículo 2, afirma que se entiende “discriminación por motivos de discapacidad” cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Así, podemos afirmar que no facilitar que todas las personas tengan intimidad y no permitir el ejercicio de su sexualidad es una discriminación.

El derecho de las personas con discapacidad a ser madre y padre, es un derecho reconocido¹⁹⁵, como el derecho a la planificación fami-

¹⁹⁵ El Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las per-

liar¹⁹⁶. En la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 29 de agosto de 2006, CEDAW/C/36/D/4/2004¹⁹⁷, defiende los derechos de las mujeres en relación a su sexualidad. En el 2007 se ha aprobado el I plan de acción para las personas con discapacidad¹⁹⁸ en el que se plantean objetivos tan importantes como es que las mujeres con discapacidad tengan los mismos derechos en relación a su vida sexual que el resto de mujeres y que desaparezcan muchos de los estereotipos que existen en nuestra sociedad que hacen que muchas mujeres con alguna discapacidad ejerza sus derechos con muchas dificultades. Igualmente, el *Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007*, en su objetivo n.º 4 promueve el reconocimiento del derecho a la sexualidad de las mujeres con discapacidad. Muchas de sus recomendaciones están relacionados con los derechos relacionados con la vida sexual de la mujer pues son muchas las dificultades que encuentran las mujeres con discapacidad, y tampoco es fácil en el ámbito sanitario, que, en casos, dificulta el disfrute de derechos esenciales como el derecho a la maternidad, a la interrupción voluntaria del embarazo, o al desarrollo de su sexualidad¹⁹⁹.

Son muchas las preguntas que se plantean en torno a la sexualidad de las personas con discapacidad²⁰⁰:

- ¿Es admisible la interrupción del embarazo por causa de discapacidad presente o futura en el feto?
- ¿Puede procederse a la esterilización de una persona con discapacidad sin su consentimiento?
- ¿En qué circunstancias y con qué requisitos es aceptable la restricción de libertad de una persona con enfermedad mental en un episodio de crisis?

sonas con discapacidad en Europa 2006-2015, establece en el punto 39: Poner en marcha los medios necesarios para conseguir la auténtica igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y una participación activa de las mujeres y jóvenes con discapacidad en el campo de la enseñanza y de la formación, el empleo, la política social, la participación en la toma de decisiones, la sexualidad, la representación social, la maternidad y la vida familiar, y para prevenir la violencia.

¹⁹⁶ Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015: 56. "Garantizar a las mujeres con discapacidad la igualdad de acceso a los servicios sanitarios, y especialmente a los asesoramientos y tratamientos prenatales y ginecológicos y a la planificación familiar".

¹⁹⁷ <http://64.233.183.104/search?q=cache:Fg7o4DFkm5MJ:www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/Decision%25204-2004%2520-%2520Spanish.pdf+sentencia+sobre+esterilizacion&hl=es&ct=clnk&cd=2>

¹⁹⁸ http://www.discapnet.es/Discapnet/Castellano/Documentos/Planes/Plan_12.htm

¹⁹⁹ *Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007*. Op. cit.: 49.

²⁰⁰ CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *La creciente dimensión ética de la discapacidad*. 7 de enero de 2005. <http://solidaridaddigital.discapnet.es/paginas/tribuna/MGR05010701.htm>

- ¿Quién y cómo ha de suplir la capacidad de obrar de una persona con discapacidad que el ordenamiento jurídico ha declarado incapaz?
- ¿Qué justificación tienen las instituciones cerradas en las que se interna a las personas con discapacidad y en las que subyace casi siempre un germen segregador?
- ¿Es la vida independiente una aspiración éticamente superior a los sistemas de intervención que colocan a la persona con discapacidad en una situación de dependencia?
- ¿Las organizaciones sociales de la discapacidad tienen un mayor compromiso ético, que ha de expresarse en su comportamiento y en sus normas de funcionamiento, precisamente por su naturaleza voluntaria y altruista?
- ¿Es la discapacidad un hecho, una circunstancia negativa para la persona y el entorno o es una manifestación más de la diversidad humana que puede añadir valor y riqueza al entramado social?

La respuesta a cada una de las preguntas no es fácil, ni siempre tiene que ser la misma. Pero todas ellas deben ser pensadas y contestadas teniendo en cuenta las circunstancias personales de cada persona. Cada caso ha de requerir una reflexión y un estudio. En muchos casos se deberá consultar al comité de bioética del centro, antes de tomar algunas decisiones. Pero en todos los casos ha de intentar prevalecer, siempre que sea posible, la autonomía, la libertad y la posibilidad de tener en cuenta los deseos de las personas. Y siempre se ha de respetar, en todo lo posible, la vida sexual de las personas. No es ético que a una persona, por que tenga una discapacidad intelectual o de otro tipo, se la prive de algo tan importante como es la vida sexual; en el grado que cada persona lo requiera, pero hay que permitir que todas las personas puedan expresar su afectividad y sexualidad. Es muy importante la información clara a todas las personas con discapacidad sobre su cuerpo y sobre la sexualidad, propiciar una información accesible; en sistema Braile, en formato de fácil lectura, de forma que todas las personas sea cual sea su discapacidad pueda comprenderlo. Igualmente es necesaria la información a los padres y tutores, especialmente en los casos de hijos con discapacidad intelectual para que conozcan las fases por las que pasan sus hijos y como poder responder para que los derechos a una vida sexual y afectiva sean respetados.

Las personas con discapacidad intelectual tienen derecho a poder ejercer su sexualidad, es necesario incidir en este derecho que todavía hoy no es respetado en algunos casos. Ya la STC 215/1994 de 14

de julio, trataba de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Barcelona respecto del párrafo segundo, último inciso, del artículo 428 del Código Penal introducido por la Ley Orgánica 3/89, de 21 de junio. El artículo 428 del Código Penal, en el inciso cuestionado que dice así: “Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”. El Auto que planteaba la cuestión de inconstitucionalidad partía de que los deficientes psíquicos tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos y afirmaba que la esterilización de los incapaces es una medida objetivamente vejatoria, contraria a su integridad física y desproporcionada. El Tribunal declaró que el precepto cuestionado era constitucional. Destaca la Sentencia que se trata de una esterilización concebida exclusivamente en beneficio de los propios incapaces que en razón de padecer grave enfermedad psíquica no pueden prestar el consentimiento libre que exige el precepto con lo que entiende que no se plantea una colisión de derechos fundamentales. Asimismo, subraya que el precepto excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre esterilización de los deficientes psíquicos ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez. En definitiva, el Tribunal sostiene que la intervención de la familia a través del representante legal del incapaz, del Juez, de los especialistas, y finalmente del Ministerio Fiscal son garantía suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz favorezca sus condiciones de vida, si bien subraya que la norma no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales²⁰¹.

Las personas con discapacidad tienen derecho a poder vivir su sexualidad pero en ese derecho está el derecho a ser respetado y evitar toda posible manipulación que puedan desencadenar abusos. Y en esta reflexión sobre el respeto a la vida sexual de las personas creo que también hay que defenderlo como algo justo. Dice Adela CORTINA que lo justo es que todas las personas gocen de alimento, vivienda, vestido, de libertad de expresarse, de orientar personalmente su vida y también creo que lo justo es tener una vida sexual elegida por cada uno sin manipulaciones ni abusos en ningún sentido, pues abuso es obligar a una persona a tener relaciones sexuales, pero también abuso es prohibir a una persona tenerlas. “Lo justo es que las sociedades que deseen estar a la altura

²⁰¹ http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1994-0215

de la mínima dignidad moral satisfagan estas necesidades básicas y promuevan las capacidades de las personas para que puedan satisfacerlas y llevar adelante una vida feliz”²⁰²

B) Investigación clínica²⁰³

La investigación que se viene realizando desde hace más de un siglo en medicina, en biología y en las ciencias de la salud, ha sido un instrumento clave para mejorar la calidad, la expectativa de vida y el bienestar de las personas. En los últimos años la investigación ha cambiado de manera sustancial, tanto metodológica como conceptualmente. La investigación que se realiza con personas puede implicar prácticas que resulten peligrosas, y de hecho ha habido muchos abusos a lo largo de la historia. Tal hecho motiva un importante debate ético y legal en torno a la investigación biomédica.

La era de la medicina experimental, en sentido estricto, se inicia en el siglo XIX. Durante el siglo pasado se han conocido serios abusos de índole ética, que han sido los desencadenantes del nacimiento de la moderna bioética. Podemos recordar los experimentos realizados por los científicos de la época nazi. La exposición pública de dichos abusos en los procesos de Nuremberg, al finalizar la segunda guerra mundial, estimuló la determinación de impedir que situaciones semejantes se repitiesen. El llamado *Código de Nuremberg* (1946) abrió el camino a la formulación de normativas más precisas para proteger la integridad de los sujetos humanos en la experimentación biomédica. Posteriormente, la Declaración de Helsinki (1964) de la Asociación Médica Mundial, establecía las bases que debía de regir toda investigación clínica y defendía los derechos de todas las personas en materia de investigación; derechos que se han de respetar en la atención sociosanitaria de todas las personas.

La bioética nació como disciplina en 1971 por los problemas éticos que se comienzan a producir en la investigación y los tratamientos médicos. Albert R. JONSEN, en su historia de la bioética, habla del desarrollo de la “nueva medicina” como uno de los factores decisivos en el nacimiento de la bioética²⁰⁴. Por ejemplo, en la década de los sesenta

²⁰² CORTINA, A. *Op. cit.*: 262.

²⁰³ SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “Ética y Ley de investigación biomédica: consentimiento informado”. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*. N.º 47, julio-septiembre 2007: 105-130.

²⁰⁴ JONSEN, A. R., *The Birth of Bioethics*, New York y Oxford, Oxford University Press, 1998, 12.

hicieron su entrada en el mercado farmacológico los primeros anovulatorios. En España la “píldora” se introduce en 1963 y con ella se produjo el primer debate bioético en el que moralistas, médicos, filósofos, economistas, y otros profesionales discutieron los *pros* y los *contras* que podía producir. Con la “píldora” se abren nuevas posibilidades para la separación de la actividad sexual y la procreación, abriendo un debate ético que tuvo un gran impacto en el desarrollo de la bioética. Y los problemas y dilemas entre la ética y la ciencia no han dejado de sorprendernos. Y todos los avances han de ir precedidos de la investigación. Lamentablemente muchos pacientes a los que se les ofrece entrar en un proyecto de investigación no conocen sus derechos y por tanto no los van a poder defender. Por este motivo es necesario que todos, profesionales de los servicios sociosanitarios y usuarios, leamos y conozcamos la Declaración de Helsinki. Dicha Declaración es el pilar de la ética médica, actualmente vigente, que se ha de cumplir en todas las investigaciones que se realicen como exige la legislación de nuestro País –la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, modificada por Ley 53/2002, en su artículo 60. En ella, se afirma que todos los ensayos clínicos deberán realizarse en condiciones de respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica en la que resultan afectados seres humanos, siguiéndose a estos efectos los contenidos en la declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados y, siempre, la persona que participe en un proyecto de investigación prestará su consentimiento libremente expresado por escrito, tras haber sido informado sobre la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos del ensayo clínico.

La Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, publicada en el BOE el 4 de julio, viene a ser la primera norma en la que se pone límites precisos a la investigación a favor de los derechos de las personas. Otras normas anteriores han defendido derechos como la información, el consentimiento, la intimidad, pero ninguna con la fuerza y precisión que en esta nueva Ley aparece. Esta Ley tiene como uno de sus ejes prioritarios asegurar el respeto y la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas del ser humano y de otros bienes jurídicos relacionados con ellos a los que ha dado cabida nuestro ordenamiento jurídico. Proclama que la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia. En particular, la Ley se construye sobre los principios de la integridad de las personas y la protección de la dignidad e identidad del ser humano en cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, así como en la realización de análisis genéticos, el tratamiento de

datos genéticos de carácter personal y de las muestras biológicas de origen humano que se utilicen en investigación.

La intimidad personal y el tratamiento confidencial de los datos de carácter personal, se protege en la Ley 14/2007. Es importante resaltar que por primera vez se hace referencia, de manera directa, a la aplicación de la LOPD, a los datos genéticos²⁰⁵ y a las muestras biológicas, datos que se han venido considerando por todos como “datos de salud” y como tales deberían ser tratados con la seguridad de nivel alto y con el consentimiento de las personas. Pero es en esta Ley en la que se exige por primera vez, con muy buen criterio, el consentimiento por escrito para la cesión de los datos genéticos obtenidos de un análisis genético²⁰⁶. Así, desde que ha entrado en vigor la Ley 14/2007, cuando a una persona se le realice un análisis genético tiene derecho a conocer y al *poder de disposición*, sobre unos datos tan importantes para su persona, como son los datos genéticos²⁰⁷. Esta nueva exigencia es muy importante para las personas con alguna discapacidad relacionada con causas genéticas. En ellas la intimidad y la confidencialidad se hace mucho más importante por las discriminaciones que se pueden producir, para ella misma o su familia, por motivos de la enfermedad.

De igual forma, se establece en la Ley el derecho que tiene el sujeto a conocer todo lo relativo a sus muestras biológicas, y también, en el caso que revoque el consentimiento, su derecho a que sean destruidas. Este último aspecto es novedoso y muy importante, con él se asegura el *poder de disposición*. Permite que la persona que participa en una investigación tenga la certeza que en cualquier momento puede “salir” de ésta con toda libertad²⁰⁸.

²⁰⁵ Ley 14/007, artículo 45. *Principios rectores específicos*.

b) Protección de datos: se garantizará el derecho a la intimidad y el respeto a la voluntad del sujeto en materia de información, así como la confidencialidad de los datos genéticos de carácter personal

²⁰⁶ Ley 14/007, artículo 51. *Deber de confidencialidad y derecho a la protección de los datos genéticos*.

1. El personal que acceda a los datos genéticos en el ejercicio de sus funciones quedará sujeto al deber de secreto de forma permanente. Sólo con el consentimiento expreso y escrito de la persona de quien proceden se podrán revelar a terceros datos genéticos de carácter personal.

²⁰⁷ Ley 14/007, artículo 50. *Acceso a los datos genéticos por personal sanitario*.

2. Los datos genéticos de carácter personal sólo podrán ser utilizados con fines epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia cuando el sujeto interesado haya prestado expresamente su consentimiento, o cuando dichos datos hayan sido previamente anonimizados.

²⁰⁸ Ley 14/007, artículo 59. *Información previa a la utilización de la muestra biológica*.

1. Sin perjuicio de lo previsto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, y en particular, en el artículo 45 de esta Ley, antes de emitir el consentimiento para la utilización de una muestra biológica con fines de investigación biomédica que no vaya a ser sometida a un proceso de anonimización, el sujeto fuente recibirá la siguiente información por escrito:

Sobre las muestras que ya se encuentran guardadas en los distintos bancos, laboratorios y centros de investigación, la Ley exige que para la utilización de las mismas, obtenidas antes de la entrada en vigor de la ley, es necesario que se preserve la confidencialidad del sujeto²⁰⁹. La persona, por el *poder de disposición*, deberá conocer qué se hace con sus datos y dar su consentimiento. Solamente se permitirá la investigación sin el consentimiento de los interesados en el caso excepcional de que se trate de una investigación de interés general y sea muy complicado ponerse en contacto con la persona. Es necesario recordar que hasta ahora cuando una persona se hacía un análisis genético o se le extraía una muestra biológica, perdía todo el control, que por derecho tiene, sobre que se hacía con una información tan importante. Desconocía si se investigaba con dichos datos o no, o los fines del estudio que podía tener en el futuro. Esta nueva Norma es un paso adelante en la defensa de los derechos de todas las personas.

El derecho a la información va a ser uno de los ejes de la *Ley de Investigación Biomédica*. Éste se proyecta con respecto al ciudadano en un doble plano: de una parte, como derecho a conocer aquellos datos sobre su enfermedad, sobre su salud, y también sobre todo lo concerniente a la investigación que le afecte; y de otra, como la obligación de la Administración o la entidad de que se trate, de facilitar tal información al interesado y guardar el secreto de la misma frente a terceros. El derecho a la información es resaltado por las distintas normativas de nuestro país y Recomendaciones europeas relacionadas con la salud. Incluso en enfermos con ciertas facultades intelectuales disminuidas se recomienda, tanto en el Convenio de Oviedo como en recomendaciones europeas, que se les informe²¹⁰.

Esta nueva Ley resalta este derecho, exigiendo una información clara y completa a todas las personas que participen en una investigación biomédica. No hay que olvidar que la información y la documentación sanitaria son prestaciones sanitarias como se establece en el Real Decre-

e) Derecho de revocación del consentimiento y sus efectos, incluida la posibilidad de la destrucción o de la anonimización de la muestra y de que tales efectos no se extenderán a los datos resultantes de las investigaciones que ya se hayan llevado a cabo.

²⁰⁹ Ley 14/007. Disposición transitoria segunda. *Muestras almacenadas con anterioridad*.

Las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán ser tratadas con fines de investigación biomédica cuando el sujeto fuente haya dado su consentimiento o cuando las muestras hayan sido previamente anonimizadas.

²¹⁰ El Convenio de Oviedo en su artículo 6.3, establece que cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

to 63/1995, de 20 de enero, *sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*.

En el artículo 4 de la Ley 14/2007, se establece el respeto de la “libre autonomía” “una vez recibida la información adecuada”. En dicho artículo se exige que la información se dará de forma comprensible para todos. Siendo la primera norma que obliga a darla en formato accesible; “la información se prestará a las personas con discapacidad en condiciones y formatos accesibles apropiados a sus necesidades”. Exigencia que se repite en el artículo 15.1, por lo que hará necesario, por ejemplo, dar la información en braille, en casos de personas ciegas o en un formato de “fácil lectura” cuando las personas tengan alguna dificultad para la comprensión.

La nueva Ley exige informar sobre aspectos importantes, siendo relevante señalar que sobre algunos aspectos no se informaba hasta ahora. Todos ellos necesarios para que la persona pueda decidir de manera libre su participación, o no, en la investigación; la finalidad, naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación. La información relacionada con la investigación biomédica, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, **será accesible**²¹¹, y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

A todas las personas a las que se solicite su participación en un proyecto de investigación recibirán previamente la necesaria información, debidamente documentada. La información comprenderá²¹² la finalidad, naturaleza, importancia, implicaciones, el propósito, el plan detallado, las molestias y los posibles riesgos y beneficios de la investigación. Incluso se exige que se informe a las personas que no tienen capacidad para consentir²¹³. Dicha información especificará los siguientes extremos²¹⁴:

- a) ¿Naturaleza, extensión y duración de los procedimientos que se vayan a utilizar, en particular los que afecten a la participación del sujeto?

²¹¹ Es muy importante señalar que por primera vez se insiste en la “accesibilidad” de la información.

²¹² Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, artículo 4. 1 y artículo 15.1 y 2.

²¹³ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, artículo 20.1: “La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones: (...). c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información”.

²¹⁴ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, artículo 15.2.

- b) ¿Procedimientos preventivos, diagnósticos y terapéuticos disponibles?
- c) ¿Medidas para responder a acontecimientos adversos en lo que concierne a los sujetos que participan en la investigación?
- d) ¿Medidas para asegurar el respeto a la vida privada y a la confidencialidad de los datos personales de acuerdo con las exigencias previstas en la legislación sobre protección de datos de carácter personal?
- e) ¿Medidas para acceder, en los términos previstos en el artículo 4.5, a la información relevante para el sujeto, que surjan de la investigación o de los resultados totales?
- f) ¿Medidas para asegurar una compensación adecuada en caso de que el sujeto sufra algún daño?
- g) ¿Identidad del profesional responsable de la investigación?
- h) ¿Cualquier futuro uso potencial, incluyendo los comerciales, de los resultados de la investigación?
- i) ¿Fuente de financiación del proyecto de investigación?

La obligatoriedad de informar a los participantes de una investigación incluye la comunicación de los resultados finales. Si los resultados son relevantes para la salud de los participantes, la información deberá ser puesta a su disposición, aunque no se hubiese terminado la investigación²¹⁵. Y una vez terminada, los resultados finales se comunicarán a los participantes siempre que lo soliciten²¹⁶. Aspectos novedosos y muy importantes para que todos los participantes puedan defender su autonomía personal y consentir con libertad.

Con la Ley de Investigación Biomédica, el consentimiento informado es exigido para la realización de cualquier investigación y, también, queda protegido el derecho a revocar el consentimiento en cualquier momento²¹⁷. Los principios generales del consentimiento informado se encuentran en el artículo 4 de la Ley, siendo necesaria, como ya se ha visto, una información completa de todo el proceso. De manera general se indica la posibilidad de prestar el consentimiento por representación y en los casos en que el sujeto sea menor o no esté capaci-

²¹⁵ Ley 14/2007, artículo 26.

²¹⁶ Ley 14/2007, artículo 27.

²¹⁷ Ley 14/2007, artículo 4. *Consentimiento informado y derecho a la información.*

3. Las personas que participen en una investigación biomédica podrán revocar su consentimiento en cualquier momento, sin perjuicio de las limitaciones que establece esta Ley. Las personas o entidades que hayan recibido dicho consentimiento dispondrán las medidas que sean necesarias para el efectivo ejercicio de este derecho.

tado para otorgarlo, participarán todo lo posible y serán escuchados durante todo el proceso²¹⁸, antes de que su representante otorgue el consentimiento.

En todas las investigaciones el consentimiento ha de ser expreso y por escrito, y éste ha de ser específico para cada una de las investigaciones que se realicen²¹⁹, y, por supuesto, tiene derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento²²⁰. La Ley deja claro que cuando se da un consentimiento para una investigación no significa que se dé para otras. No olvidemos *el poder de disposición* que tenemos todos y que significa que en todo momento tenemos derecho a decidir sobre nuestros datos y sobre nuestra persona. Éste es el eje de la nueva Ley: el derecho que tiene la persona a decir que no a un análisis, a una investigación, y también a revocar el consentimiento una vez dado.

La libertad de la persona no debe perderse en ningún momento y la persona puede cambiar de opinión y sentirse libre sin que pueda ser discriminada²²¹. Pero en la práctica esto no es fácil. El sujeto, en muchos casos, se siente “obligado” a “complacer” a su médico del que necesita que le cure, que le resuelva un problema a él o a su familiar. Por este motivo es necesario que los profesionales e investigadores tengan en cuenta esto a la hora de pedir un consentimiento y que los Comités de Investigación Clínica valoren cómo se pide el consentimiento. Esta “necesidad” de “complacer” al profesional sanitario se ve mucho más agravado en los casos de personas con discapacidad, o personas mayores, pues éstas al estar en una situación en la que se encuentran dependientes por un tratamiento crónico o por necesitar mejorar la calidad de vida por estar en una situación dependiente, o simplemente, por ejem-

²¹⁸ 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.

Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

5. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

²¹⁹ Ley 14/2007, artículo 13. *Consentimiento*.

La realización de una investigación sobre una persona requerirá el consentimiento expreso, específico y escrito de aquélla, o de su representante legal, de acuerdo con los principios generales enunciados en el artículo 4 de esta Ley.

²²⁰ Ley 14/2007, artículo 15.4.

²²¹ Ley 14/2007, artículo 6. *No discriminación*.

Nadie será objeto de discriminación alguna a causa de sus características genéticas. Tampoco podrá discriminarse a una persona a causa de su negativa a someterse a un análisis genético o a prestar su consentimiento para participar en una investigación biomédica o a donar materiales biológicos, en particular en relación con la prestación médico-asistencial que le corresponda.

plo, por la necesidad de rehabilitación, no van a ser capaces de decir “no” a una propuesta entrar en un programa de investigación. Yo pienso que los profesionales sanitarios no pueden pedir “cualquier cosa” a sus pacientes. Los Comités de Investigación Clínica han de proporcionar protección a todas las personas vulnerables para que sus derechos sean respetados.

Ante los problemas que se han producido, y que se pueden producir en relación con la investigación en personas vulnerables, la Ley dedica todo un capítulo para proteger el derecho de estas personas en situaciones específicas como el embarazo y ante la falta de capacidad de tomar decisiones de la persona que tomaría parte en una investigación.

Las personas en situación de más vulnerabilidad se encuentran más protegidas como en el caso de las mujer embarazada²²², o cuando una persona no tiene capacidad para expresar su consentimiento. En este último caso la Ley solamente permite la investigación cuando la seguridad sea máxima. De esta forma, sólo podrá participar si se asegura que los resultados de la investigación producirá un beneficio real o directo a la persona, que no se pueda realizar la investigación en personas capaces de dar el consentimiento, que se haya informado tanto a la persona como a sus representantes y que estos últimos otorguen el consentimiento. Sin estas condiciones la investigación no podrá efectuarse, aunque de manera excepcional se puede realizar si solamente existiese un riesgo mínimo, si la investigación fuera necesaria para mejorar los conocimientos de la enfermedad y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal²²³. Igualmente, la Ley protege a las personas que están

²²² Ley 14/2007, artículo 19. *Investigaciones durante el embarazo y lactancia.*

1. Exclusivamente podrá autorizarse una investigación en la que participe una mujer embarazada, respecto a la cual dicha investigación no vaya a producir un beneficio directo, o sobre el embrión, el feto, o el niño después de su nacimiento, si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir a producir unos resultados que redunden en beneficio de otras mujeres, embriones, fetos o niños.
- b) Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en mujeres que no estén embarazadas.
- c) Que la investigación entrañe un riesgo y un perjuicio mínimos para la mujer y, en su caso, para el embrión, el feto o el niño.
- d) Que la embarazada o los representantes legales del niño, en su caso, presten su consentimiento en los términos previstos en esta Ley.

2. Cuando la investigación se lleve a cabo en una mujer durante el periodo de lactancia, deberá tenerse especial cuidado en evitar un impacto adverso en la salud del niño.

²²³ Ley 14/2007, artículo 20. *Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.*

1. La investigación sobre una persona menor o incapaz de obrar, salvo que, en atención a su grado de discernimiento, la resolución judicial de incapacitación le autorizase para prestar su consentimiento a la investigación, únicamente podrá ser realizada si concurren las siguientes condiciones:

en una situación clínica que les impide tomar decisiones. En este caso, además de exigir que no se pueda realizar la investigación en personas que no estén en situación de emergencia, que tenga unos riesgos mínimos o unos efectos beneficiosos directos sobre la persona, se ha de poner siempre en conocimiento del Ministerio Fiscal²²⁴.

- a) Que los resultados de la investigación puedan producir beneficios reales o directos para su salud.
- b) Que no se pueda realizar una investigación de eficacia comparable en individuos capaces de otorgar su consentimiento.
- c) Que la persona que vaya a participar en la investigación haya sido informada por escrito de sus derechos y de los límites prescritos en esta Ley y la normativa que la desarrolle para su protección, a menos que esa persona no esté en situación de recibir la información.
- d) Que los representantes legales de la persona que vaya a participar en la investigación hayan prestado su consentimiento por escrito, después de haber recibido la información establecida en el artículo 15. Los representantes legales tendrán en cuenta los deseos u objeciones previamente expresados por la persona afectada. En estos casos se actuará, además, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 4 de esta Ley.

2. Cuando sea previsible que la investigación no vaya a producir resultados en beneficio directo para la salud de los sujetos referidos en el apartado 1 de este artículo, la investigación podrá ser autorizada de forma excepcional si concurren, además de los requisitos contenidos en los párrafos b), c) y d) del apartado anterior, las siguientes condiciones:

- a) Que la investigación tenga el objeto de contribuir, a través de mejoras significativas en la comprensión de la enfermedad o condición del individuo, a un resultado beneficioso para otras personas de la misma edad o con la misma enfermedad o condición, en un plazo razonable.
- b) Que la investigación entrañe un riesgo y una carga mínimos para el individuo participante.
- c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

²²⁴ Ley 14/2007, artículo 21. *Investigación en personas incapaces de consentir debido a su situación clínica.*

1. Para la realización de una investigación en situaciones clínicas de emergencia, en las que la persona implicada no pueda prestar su consentimiento, deberán cumplirse las siguientes condiciones específicas:

- a) Que no sea posible realizar investigaciones de eficacia comparable en personas que no se encuentren en esa situación de emergencia.
- b) Que en el caso de que no sea previsible que la investigación vaya a producir resultados beneficiosos para la salud del paciente, tenga el propósito de contribuir a mejorar de forma significativa la comprensión de la enfermedad o condición del paciente, con el objetivo de beneficiar a otras personas con la misma enfermedad o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél.
- c) Que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal.

2. Se respetará cualquier objeción expresada previamente por el paciente que sea conocida por el médico responsable de su asistencia, por el investigador o por el Comité de Ética de la Investigación correspondiente al centro.

3. A los efectos del apartado primero de este artículo se consideran investigaciones en situaciones de emergencia, aquéllas en las que la persona no se encuentre en condiciones de otorgar su consentimiento y, a causa de su estado y de la urgencia de la situación, sea imposible obtener a tiempo la autorización de los representantes legales del paciente o, de carecer de ellos, de las personas que convivieran con aquél.

4. Las personas que participen en una investigación en situación de emergencia o, en su caso, sus representantes legales, deberán ser informados a la mayor brevedad posible en los términos establecidos en el artículo 4 de esta Ley. Asimismo se deberá solicitar el consentimiento para continuar participando en las investigaciones, en en cuanto el paciente se halle en condiciones de prestarlo.

La investigación con personas va a plantear muchos conflictos éticos, pero estos se hacen más profundos cuando se realizan con personas con discapacidad física o sensorial o personas mayores. Pero los dilemas bioéticos son muy importantes cuando la investigación se realiza con personas con discapacidad intelectual, enfermos mentales y personas con capacidad intelectual límite. Las personas, para participar en un proyecto de investigación deberían poder decir en libertad, esto es difícil cuando se tiene una enfermedad, pues cualquier enfermedad nos deja indefensos y vulnerables, pero los problemas relacionados con la capacidad de comprensión y de decidir impiden que la persona pueda ejercer su voluntad con libertad. Sin olvidar que en las investigaciones hay muchos intereses económicos que hacen que se puedan cometer abusos. Para el respeto de las personas y de sus derechos es necesario no *instrumentalizar* a la persona en contra de sus planes vitales. Afirma Adela CORTINA²²⁵:

“Ciertamente, la capacidad de sufrir de los seres sintientes se esgrime desde la tradición utilitarista como una de las razones para no dañar a aquellos seres que la poseen de un modo innecesario. Por eso, un comité ético debe supervisar cualquier proyecto que pretenda investigar con seres vivos, cuidando que no se dañe de forma innecesaria. Pero, en lo que se refiere a seres humanos, capaces de dirigir su vida de forma autónoma, la obligación de no dañar forma parte de un principio más amplio: el de no instrumentalizar, *el de no poner a las personas al servicio de fines que ellas no han elegido*, precisamente porque ellas pueden elegir sus propias metas.

Éste es el verdadero respeto de la autonomía, y por eso KANT en *La metafísica de las costumbres* interpretaba a su modo el primero de los deberes que recoge ULPIANO: “Vive con honestidad” (*honeste vive*). La interpretación kantiana, pasada por el tamiz de la autonomía, reconocida en el mundo moderno, lleva a reconocer que cada uno debe evitar convertirse para los demás en un medio, ha de conseguir ser para ellos a la vez un fin. Lo que, dicho en el lenguaje del reconocimiento cordial, se convierte en la obligación de no instrumentalizarse recíprocamente, sino respetar la autonomía ajena y la propia. De suerte que el otro no puede ser manipulado en contra de sus fines, ni yo misma he de permitir que otros me manipulen.

La humanidad es ante todo un fin limitado de las acciones humanas y, por lo tanto, no es legítimo dañar a las personas, pero tampoco instrumentalizarlas en contra de sus propios planes vitales, siempre que esos planes no sean dañinos para las demás personas. El límite de la actividad política, económica, científica, es la no mani-

²²⁵ CORTINA, Adela. *Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI*. Ediciones Nobel. Oviedo, 2007: 224.

pulación. Y cualquier diseño institucional ha de atenerse al principio que prohíbe instrumentalizar, tratar a las gentes en contra de sus fines”.

C) Presente y futuro de la salud mental

<http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/saludMental.htm>

Actualmente muchas personas y sus familias se encuentran con grandes problemas por la falta de recursos en salud mental. Hoy día no se da respuesta a muchos problemas que se producen cada día, ni en la atención ambulatoria, que es deficiente y no abarca la atención a muchos problemas, ni en la hospitalaria, en donde los recursos son muy deficitarios, existen pocas camas, las altas se dan en muchos casos sin resolver los problemas realmente y la familia tiene que hacer frente, en demasiadas ocasiones, a situaciones para las que no tiene recursos ni preparación.

Un problema añadido a la falta de recursos es que cuando una persona tiene un problema relacionado con la salud mental, ha de asistir al centro de referencia, encontrándose en muchos casos con un profesional con el que no congenia, y, sin embargo, no puede cambiarse de médico o terapeuta con facilidad. En muchos casos, esta falta de confianza en el profesional hace que se abandone el tratamiento y el problema se agrava. Hay que tener en cuenta que la atención a las personas con problemas en salud mental implica que se produzca una confianza para poder contar sentimientos, problemas, sensaciones, y si no se produce una buena relación los resultados terapéuticos van a verse alterados.

También cuando la persona necesita servicios sociales para reintegrarse en la sociedad, al salir de un centro hospitalario, de una terapia de deshabitación, o de un tratamiento largo, estos son muy deficientes y no dan respuesta a los problemas, siendo, una vez más, las familias las que se han de enfrentar a situaciones muy problemáticas. Desde hace años se demanda por parte de las asociaciones de afectados y de sus familias recursos y servicios pero la situación continúa sin resolverse.

Los trastornos mentales y de conducta son una de las mayores preocupaciones de la OMS. La incidencia que tiene en la población es muy importante, así, según la OMS la frecuencia es del 10%, aproximadamente, de la población adulta a nivel mundial. Una quinta parte de los adolescentes menores de 18 años padecerá de algún problema de desarrollo, emocional o de conducta, uno de cada ocho tiene un tras-

torno mental; entre los niños en desventaja, la proporción es uno de cada cinco. Los trastornos mentales y neurológicos son responsables del 13% del total de los Años de Vida Ajustados por Discapacidad (DALYs) que se pierden debido a todas las enfermedades y lesiones en el mundo. Cinco de cada diez de las principales causas de discapacidad a nivel mundial son condiciones psiquiátricas, incluyendo la depresión, consumo de alcohol, esquizofrenia y trastornos compulsivos. Incluso llega a afirmar que un tercio de los años vividos con discapacidad pueden atribuirse a trastornos neuropsiquiátricos. Globalmente, el 12% de ellos se deben únicamente a la depresión. Los trastornos mentales son frecuentes o comunes en todos los países, ocasionan un enorme sufrimiento, dificultan la capacidad de aprendizaje de los niños e interfieren significativamente en la vida de las personas que los padecen. Además de la discapacidad y mortalidad prematura por suicidio que a veces originan, tienden también a producir el aislamiento social de quienes los padecen. Las proyecciones estiman que para el año 2020 las condiciones neuropsiquiátricas serán responsables del 15% de las discapacidades a nivel mundial, y la depresión unipolar por sí sola será responsable del 5.7% de los DALYs²²⁶.

En España, el 11 de diciembre de 2006 se aprobó, por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud la “Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud”²²⁷, para un mejor conocimiento de la problemática y situación de la salud mental en España estrategia que falta mucho para que sus acciones se lleven a término. Los problemas de salud mental tienen muchos problemas pero pocos recursos. La Encuesta Nacional de Salud de España (ENSE) 2006, la frecuencia de depresión, ansiedad u otros trastornos mentales es muy importante como puede verse en la tabla²²⁸. La frecuencia de algún tipo de estos trastornos en la población general es del 13,66%.

²²⁶ *Prevención de los Trastornos Mentales. Intervenciones efectivas y opciones de políticas.* (Un Informe del Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias de la Organización Mundial de la Salud, en colaboración con el Centro de Investigación de Prevención de las Universidades de Nijmegen y Maastricht). Organización Mundial de la Salud, Ginebra: 2004: 16.

²²⁷ <http://www.msc.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/saludMental.htm>

²²⁸ <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t15/p419/a2006/p01/l0/&file=01009.px&type=pca-xis&L=0>

Depresión, ansiedad u otros trastornos mentales

	<i>Total</i>	<i>Sí</i>	<i>No</i>	<i>No consta</i>
AMBOS SEXOS				
Total	37.428,8	5.114,7	32.079,4	234,6
De 16 a 24 años	4.660,5	226,0	4.405,5	28,9
De 25 a 34 años	7.611,5	630,0	6.940,3	41,2
De 35 a 44 años	7.252,4	855,7	6.350,1	46,6
De 45 a 54 años	5.910,3	967,6	4.906,5	36,2
De 55 a 64 años	4.733,3	951,1	3.744,5	37,6
De 65 a 74 años	3.848,4	770,1	3.055,8	22,4
De 75 y más años	3.412,4	714,2	2.676,7	21,6
VARONES				
Total	18.359,0	1.489,0	16.745,0	125,0
De 16 a 24 años	2.389,3	62,5	2.304,0	22,8
De 25 a 34 años	3.936,4	244,3	3.678,5	13,7
De 35 a 44 años	3.695,7	296,4	3.373,5	25,9
De 45 a 54 años	2.939,7	275,0	2.641,8	22,9
De 55 a 64 años	2.299,5	280,4	1.995,9	23,2
De 65 a 74 años	1.676,3	171,8	1.497,0	7,5
De 75 y más años	1.422,0	158,8	1.254,3	8,9
MUJERES				
Total	19.069,8	3.625,7	15.334,5	109,7
De 16 a 24 años	2.271,2	163,6	2.101,6	6,1
De 25 a 34 años	3.675,1	385,7	3.261,8	27,5
De 35 a 44 años	3.556,6	559,3	2.976,6	20,7
De 45 a 54 años	2.970,7	692,6	2.264,7	13,4
De 55 a 64 años	2.433,8	670,8	1.748,6	14,4
De 65 a 74 años	2.172,1	598,3	1.558,8	14,9
De 75 y más años	1.990,4	555,4	1.422,4	12,6

La ENSE realizada en todo el territorio nacional, a lo largo de todo un año, desde junio de 2006 a junio de 2007, con entrevistas a 29.478 adultos (16 y más años) y a 9.122 menores de 16 años a través de entrevista a la madre, padre o tutor²²⁹, muestra que un 21,3% de la población de 16 años en adelante, y un 22,1% de la que se halla entre los 4 y los 15, presentan “riesgo de mala salud mental”^{230, 231}.

**Problemas o enfermedades crónicas o de larga evolución
diagnosticadas por un médico por sexo y comunidad autónoma.
Población de 16 y más años²³²**

Unidades: porcentajes

Depresión, ansiedad u otros trastornos mentales	
<i>Sí</i>	
AMBOS SEXOS	
Total	13,84
Andalucía	14,81
Aragón	10,68
Asturias (Principado de)	21,87
Balears (Illes)	17,87
Canarias	12,90
Cantabria	10,73
Castilla y León	10,66
Castilla-La Mancha	12,53
Cataluña	13,44
Comunitat Valenciana	13,33
Extremadura	14,71
Galicia	20,05
Madrid (Comunidad de)	11,88

²²⁹ <http://www.msc.es/gabinetePrensa/notaPrensa/desarrolloNotaPrensa.jsp?id=1164>

²³⁰ http://www.infocop.es/view_article.asp?id=1786

²³¹ <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t15/p419/a2006/p05/l0/&file=01020.px&type=pca-xis&L=0>

²³² <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t15/p419/a2006/p05/l0/&file=01020.px&type=pca-xis&L=0>

Murcia (Región de)	15,26
Navarra (Com. Foral de)	13,74
País Vasco	12,70
Rioja (La)	4,43
Ceuta y Melilla	11,52

VARONES

Total	8,20
Andalucía	8,75
Aragón	5,83
Asturias (Principado de)	12,17
Balears (Illes)	12,73
Canarias	8,01
Cantabria	5,97
Castilla y León	7,62
Castilla-La Mancha	7,35
Cataluña	8,28
Comunitat Valenciana	7,13
Extremadura	9,75
Galicia	12,23
Madrid (Comunidad de)	6,58
Murcia (Región de)	8,69
Navarra (Com. Foral de)	9,95
País Vasco	6,50
Rioja (La)	2,28
Ceuta y Melilla	7,44

MUJERES

Total	19,26
Andalucía	20,68
Aragón	15,47
Asturias (Principado de)	30,66
Balears (Illes)	22,98

Canarias	17,75
Cantabria	15,22
Castilla y León	13,61
Castilla-La Mancha	17,73
Cataluña	18,41
Comunitat Valenciana	19,40
Extremadura	19,55
Galicia	27,19
Madrid (Comunidad de)	16,79
Murcia (Región de)	21,94
Navarra (Com. Foral de)	17,47
País Vasco	18,56
Rioja (La)	6,61
Ceuta y Melilla	15,45

La mayoría de los trastornos mentales son leves o transitorios y, en la mayoría de los casos, se cuenta con medidas terapéuticas y de rehabilitación efectivas. Además, existe evidencia de que intervenciones enfocadas en la promoción de la salud mental y la prevención de los trastornos mentales incrementan, facilitan la inserción del individuo en la comunidad y disminuyen los costes sociales y económicos. Teniendo en cuenta que mejorar la atención a la salud mental en España es uno de los objetivos estratégicos del Ministerio de Sanidad y Consumo, desde la Agencia de Calidad del Ministerio, en coordinación con las Comunidades Autónomas, las sociedades científicas y las asociaciones de pacientes, se ha elaborado la «Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud». En ella se adopta un enfoque integrado que combina la promoción de la salud mental, la prevención de los trastornos mentales, el diagnóstico y el tratamiento de los pacientes, la coordinación inter e intrainstitucional, así como adoptar medidas que fomenten la inserción laboral y social de las personas que padecen estos trastornos²³³.

La IMHPA²³⁴ es una red europea en Promoción de la Salud Mental y Prevención de los Trastornos Mentales formada por profesionales pro-

²³³ Manuel GÓMEZ BENEYTO (coord.), *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid; 2007: prologo.

²³⁴ <http://database.imhpa.net/>

cedentes de 30 países europeos y 7 redes internacionales, cuyo objetivo es promover el desarrollo e implementación de actividades de promoción prevención en Europa. Las Recomendaciones para la promoción de la salud mental de menores de seis años de la Red Europea de Promoción de la Salud Mental, se basan en elevar la conciencia de la importancia de la salud mental de los niños y desarrollar políticas para promover la salud mental de los niños y sus familias, para²³⁵:

- Apoyar a la paternidad, facilitando la paternidad responsable y sensible y el desarrollo de lazos entre padres e hijos.
- Prestar particular atención a niños vulnerables, como:
 - Niños con dificultades psicosociales o problemas de salud (ej.: prematuros, discapacitados, enfermos crónicos, niños con problemas del desarrollo o del comportamiento temprano).
 - Niños en un ambiente familiar vulnerable (ej.: niños que han sufrido abusos o descuido, niños en hogares monoparentales o con padres adolescentes, niños adoptivos, hijos de enfermos mentales o adictos).
 - Niños con dificultades socioculturales (refugiados, inmigrantes, y padres desempleados).
- Facilitar ambientes vecinales amigables, seguros y no violentos.
- Desarrollar guarderías y cuidados de día focalizados en promoción de la salud mental de los niños.
- Facilitar escuelas con curriculum, programas y ambientes que promuevan la salud mental.
- Incrementar el reconocimiento de las necesidades de los niños entre los servicios de salud y comunitarios.
- Animar a los lugares de trabajo a proporcionar un entorno que promueva la salud mental de los padres y el apoyo a la vida familiar.
- Mejorar el marco de protección legal y monitorizar los cuidados de los niños para facilitar y asegurar la promoción de la salud mental y la protección de la infancia.
- Proporcionar la financiación suficiente para implantar estas medidas.

²³⁵ <http://www.msc.es/ciudadanos/proteccionSalud/adolescencia/ganarSalud/recomendaciones.htm>

Los niños tienen el derecho de ser protegidos y ayudados en su desarrollo hacia el bienestar y un estilo de vida mentalmente saludable²³⁶, incluyendo habilidades para la superación, sin distinción de raza, religión, género, o discapacidades físicas y psíquicas²³⁷. La promoción de la salud mental en los primeros años de vida promueve una amplia gama de resultados positivos, incluyendo el incremento de la salud mental, menos riesgo de trastornos mentales y de conducta, mejor calidad de vida y una diversidad de resultados positivos tanto sociales como económicos²³⁸.

En los últimos años se han escrito diversos programas de prevención y promoción de la salud mental²³⁹, tanto de niños como de adultos. Ésta es una prioridad para la Organización Mundial de la Salud²⁴⁰. Las patologías mentales es la epidemia del siglo XXI, pero las soluciones son mínimas. Actualmente hay muy pocos centros integrales para que las personas con problemas de salud mental puedan encontrar solución a sus problemas. Este es el gran reto de la sanidad para los próximos años. Igualmente la atención a las personas con discapacidad intelectual no resuelve los problemas de la persona y de sus familias y actualmente muchos centros y servicios se han puesto en marcha a iniciativa de las propias familias.

- Tratamiento obligatorio

La enfermedad mental suele necesitar tratamientos de mucho tiempo, incluso llegan con frecuencia a ser crónicos, que tienen, en muchos casos, efectos secundarios desagradables como somnolencia, disminución de la libido o aumento desordenado del apetito. Tratamientos que en muchos casos se abandonan, ya sea por los efectos secundarios, por cansancio o por el propio rechazo a la enfermedad, y que provoca que se produzcan reagudizaciones con cierta frecuencia; se entra en crisis, es necesario ingresar en el hospital y poner tratamientos agudos y vuelta a empezar; es lo que se denomina vulgarmente “la puerta rotatoria”. Con frecuencia los ingresos duran pocos días, el enfermo sale y al cabo de unos meses vuelva a ingresar, estando los periodos que permanecen en el domicilio sin medicarse y sin garantías de calidad de vida. Para evitar este problema se presentó un proyecto de Ley de Modificación de

²³⁶ Naciones Unidas Convención de los Derechos del Niño (20 de noviembre 1989).

²³⁷ Artículo 13 del Tratado sobre las Comunidades Europeas, Amsterdam (junio 1997).

²³⁸ Federación Mundial de Salud Mental. Promoción de la salud mental en niños menores de 6 años. http://www.dinarte.es/salud-mental/pdf/12_2/info01.pdf

²³⁹ <http://www.sunaptein.net/legislacion.html>

²⁴⁰ http://www.who.int/topics/mental_health/es/

la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos. Presentada por el Grupo Parlamentario Catalán²⁴¹ (Convergència i Unió), el 2 de julio de 2004: Proposición de Ley 122/000085 de Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Admitida a trámite el 13 de julio (Boletín de las Cortes del 19 de julio).

En su exposición de motivos se indica que “uno de los aspectos que más preocupan a los familiares de las personas con enfermedad mental es la negativa de los enfermos a asumir el tratamiento médico, en ocasiones por la falta de reconocimiento de la propia enfermedad y en otros casos por la estigmatización social de las enfermedades mentales o por los efectos secundarios de la medicación de las mismas que lleva a los enfermos a la decisión o la inercia de no tomar tratamiento. Las personas que padecen una enfermedad mental que hoy por hoy es crónica, pueden llevar a cabo una vida normalizada si es atendida correctamente desde el punto de vista socio-sanitario y sigue un tratamiento. En caso contrario, su calidad de vida se puede ver alterada y agravada. En la práctica, se está sometiendo a personas que precisan de ayuda al más absoluto abandono que únicamente reciben la medida terapéutica de ingresarlo cuando existe una pérdida de calidad de vida acuciante y/o se produce una situación de riesgo para su vida o para la de los demás”.

Desde el 2004 se han mantenido en el Congreso de los Diputados reuniones con expertos, con asociaciones y se han presentado muchas enmiendas. El plazo de las enmiendas se ha prolongado mes a mes²⁴², la legislatura ha concluido sin que se haya dado un paso adelante en este problema tan importante para muchas familias. Hay que tener en cuenta que en la toma en consideración de esta proposición se votó a favor por 325 votos a favor y nueve abstenciones, por lo que se hace necesario que se retome en la próxima legislatura. Muchos legisladores tienen miedo a legislar sobre una materia que coarta las libertades. Yo no creo que limite las libertades si se establecen los mecanismos de control apropiados, es más, yo creo que aumenta la libertad y la auto-

²⁴¹ http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&PIECE=IWA8&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=70-70&QUERY=%28proposicion+adj2+lev%29.tipo.+no+%40fcie+no+concluido.fase.

²⁴² http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&PIECE=IWA8&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=70-70&QUERY=%28proposicion+adj2+lev%29.tipo.+no+%40fcie+no+concluido.fase.

nomía de la persona. Pues cuando una persona se le reagudiza su proceso una y otra vez y tiene que ingresar y recibir tratamientos de choque con frecuencia, la limitación de su libertad es mucho mayor que si tienen un tratamiento crónico y estable que le permita vivir una vida normalizada.

El tratamiento forzoso ha de ser el “último recurso” la autonomía y la libertad ha de respetarse pero este es un problema de límites. El internamiento forzoso no es la mejor vía para lograr la adherencia del paciente al tratamiento. Pero en los casos límite la “obligatoriedad” es la única forma de que se tome el tratamiento. El tratamiento de los enfermos mentales -que no pueden gobernarse a sí mismos- exige una regulación de las medidas que les puedan afectar, que deben establecer en beneficio de los afectados²⁴³.

Actualmente, las únicas medidas de protección legal de las personas con enfermedad mental son el internamiento y la incapacitación. Muchas familias ven en la incapacitación la única vía para solicitar posteriormente que su familiar enfermo se someta a tratamiento, pero en la práctica no existe ninguna medida directa de aplicación cuando el enfermo no presta su consentimiento. No existe ninguna norma jurídica que ampare este tipo de situaciones. El artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento prevé medidas cautelares, que pueden ser patrimoniales o personales de protección de los derechos e intereses de los presuntos incapaces, pero dichas medidas han de ser adoptadas en o de forma inmediata anterior a un procedimiento de incapacitación judicial.

²⁴³ El Comité de Derechos Humanos, el 17 de julio de 2000 determina que el autor de un delito que había estado en prisión durante un año (3 marzo 1994-17 marzo 1995) sin tratamiento psiquiátrico, lo que determinó que su estancia en prisión fuese mucho más larga que la pena impuesta por no haber tenido mejoría. El 6 de febrero de 1996 el Tribunal de Distrito de Middelburg ordenó que el tratamiento del autor se prorrogara dos años. El Tribunal consideró que en los informes psiquiátricos se demostraba que el estado del autor no había mejorado, y que éste se negaba a que se le administraran medicamentos antipsicóticos.

El letrado afirma que el autor es víctima de la violación del artículo 10 del Pacto, puesto que permaneció detenido sin tratamiento durante más de un año a pesar de que dicho tratamiento había sido ordenado por el Tribunal. También afirma que si el tratamiento se hubiera iniciado puntualmente no habría sido necesario prorrogar la detención del autor. Según el letrado, en estas circunstancias cualquier tratamiento adicional debe ser exclusivamente voluntario; en consecuencia la detención del autor vulnera la dignidad inherente al ser humano y, por ende, el artículo 10 del Pacto.

El Estado Parte también informa al Comité de que el tratamiento obligatorio se prorrogó de nuevo por un período de dos años por decisión del Tribunal del 24 de febrero de 1998. Por consiguiente, el Estado Parte impugna la afirmación del autor de que su tratamiento obligatorio ha pasado a ser ilegal en razón del retraso con que se inició. Si el autor considera que le ha perjudicado la prolongada demora del tratamiento, puede presentar una demanda de indemnización contra el Estado.

El Código Civil plantea en el artículo 158 medidas de protección de los menores que se podrían asimilar a los incapaces, pero ninguna de ellas es de aplicación en el caso de la intervención ambulatoria.

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano establece, como ya se ha indicado, en su artículo 7 la posibilidad de intervención y no sólo de ingreso. Este convenio no obstante no ha tenido ningún reflejo ni desarrollo legislativo y nos consta que sólo ha sido aplicado en pocos casos por algunos jueces.

Algunas fiscalías han realizado intentos de aproximación a esta materia que no se ven apoyados por los jueces ante la falta de normativa ni por los facultativos ante la falta de información en relación a este tema y ante la falta de coordinación para las evaluaciones periciales precisas para llevarlo a cabo con la máxima garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

El Comité técnico-jurídico antes mencionado inicialmente formado por letrados de asociaciones, fue incorporando al grupo a fiscales de los Servicios de Incapacidades de nueva Comunidades Autónomas, magistrados, médicos psiquiatras, responsables de áreas sanitarias, trabajadores sociales y asesores jurídicos de las oficinas del Ararteko y del Síndic de Greuges, que han estudiado y analizado profundamente el ámbito y el marco legislativo adecuado para instaurar, buscando el mayor beneficio de la persona afectada así como el máximo respeto de sus derechos, la propuesta de reforma legislativa de adicionar un apartado nuevo al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo ello, el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presenta la Proposición de Ley con un artículo único para adicionar un apartado 5 nuevo al artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que quedará como sigue:

“Artículo 763.

5. Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del Facultativo, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento”.

El problema que nos vamos a encontrar con este cambio de la normativa de los ingresos forzosos se encuentra en dos puntos:

1. Los abusos que se pueden dar.
2. La vulneración al derecho de autonomía y libertad de la persona.

Actualmente sólo se puede realizar un ingreso forzoso por razones de urgencia y por muy pocos días. Desde hace tiempo se está presentando el problema para algunas personas que al no seguir el tratamiento su calidad de vida es muy deficiente. Yo creo que existen algunos casos en los que debe propiciarse el ingreso forzoso tanto para diagnóstico como para el tratamiento, y también mantengo que es ético el tratamiento obligatorio siempre que esté asegurado el bien de esa persona y su libertad. Y para salvaguardar los derechos de las personas, su autonomía y su libertad, creo que sería necesario que para decidir un tratamiento obligatorio informasen sobre el paciente la asistente social que conoce al paciente y sabe de su problemática y de su familia y el Comité de Ética Asistencial. Este último, al estar formado por un equipo multidisciplinar, puede dar una visión más objetiva del problema, además sería conveniente que en las informaciones periódicas que han de realizarse al juez, el Comité de Ética Asistencial realizara un informe sobre cómo se encuentra la persona y de la evolución del paciente. De esta forma, el Comité asegura que se respeta a la persona y no se cometen abusos. Además sería preciso que el paciente hubiese otorgado las instrucciones previas, que el paciente firmaría cuando se encontrase con capacidad de tomar decisiones.

Si el paciente ha consentido previamente que en caso de dejar de tomar su tratamiento se le obligue a que lo reanude y lo tome correctamente, junto con el control del fiscal, del forense, del propio facultativo, del trabajador social y el comité de bioética, se pueden evitar los “abusos” de tratamientos e ingresos innecesarios, que se dieron en épocas pasadas, y se puede tener la certeza que los derechos de la persona, su libertad y autonomía, están protegidos y también estará protegido el derecho que tiene a la salud y a ser cuidado y atendido en caso de necesidad.

La libertad y autonomía es un derecho fundamental que hay que proteger y también en los pacientes mentales y en las personas con discapacidad intelectual. Hay que proteger que no pierdan este derecho fundamental y para ello se tendrá en cuenta sus instrucciones previas, y también su derecho a recibir ayuda; a que el derecho de autonomía, beneficencia y justicia sea una realidad. La autonomía de la persona es un principio de la bioética que hay que defender, pero también el principio de beneficencia y el de justicia. Estamos en un problema de límites: el límite entre la autonomía y la libertad de la persona y el principio de beneficencia de “ayudar”, el principio de “socorro; el principio de justicia de la propia persona el de la justicia de terceros. Por tanto se hace necesario valorar cada caso y que un Comité de Ética Asistencial garantice que se respetan los derechos de la persona.

ABREVIATURAS

AT: Atención Temprana.

CIDDM: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías.

CIE: Clasificación Internacional de Enfermedades.

CIF: Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.

Convenio de Oviedo: Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina. Hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE n.º 252. Publicado el 20 de octubre de 1999.

EDDES: Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud.

ENSE: Encuesta Nacional de Salud de España.

FONAS: Fondo de Asistencia Social.

IPHPA: Implementing Mental Health Promotion Action.

Ley 41/2002: 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.

LGS: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

RD: Real Decreto.

Reglamento de la LOPD: Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

RD 1720/2007: Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

SIDA: Síndrome de Inmuno-Deficiencia Adquirida.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

“La Situación de las Personas con Discapacidad en España”. *Informe 4/2003*. Colección Informes CES, Madrid 2004.

Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, en la resolución WHW 54.21, aprobada en la quincuagésima cuarta Asamblea Mundial de la Salud, del 22 de mayo del 2001.

Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud. 1999. Madrid, 2000.

Gro HARLEM BRUNDTLAND. Directora General de la OMS. *Conferencia de la OMS sobre Salud y Discapacidad*.

KITTAY, E. “Discapacidad, dignidad y protección”, en *Revista Internacional de Teología Concilium* 300 (2003).

II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2003-2007. Aprobado por el Consejo de Ministros de 5 de diciembre de 2003. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO).

CORTINA, Adela. *Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI*. Ediciones Nobel. Oviedo, 2007.

CORTINA A., GARCÍA-MARZA D. (ed.). *Razón pública y éticas aplicadas*. Tecnos; Madrid, 2003.

Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2007. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales Familias y Discapacidad

Manuel JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. *El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud*.

CAYO PÉREZ, Luis. *Discapacidad y Asistencia Sanitaria: Propuesta de mejora*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI; Madrid, 2006.

Estrategia Regional y Plan de Acción para un enfoque integrado sobre la prevención y el control de las enfermedades crónicas, incluyendo el régimen alimentario, la actividad física y la salud. Organización Panamericana de la Salud. OMS. 47.º Consejo Directivo, 58ª Sesión del Comité Regional. Washington, D.C., EUA, 25-29 de septiembre 2006.

Libro Blanco de la Atención Temprana. Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía. Madrid, 2000.

CAYO PÉREZ, Luis (dir.). *Plan de Acción del CERMI Estatal en materia de Atención Temprana a Personas con Discapacidad*. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad – CERMI; Madrid, 2005.

ORTEGA Y GASSET, J. *Una vista sobre la situación del gerente o «manager» en la sociedad actual*. Obras completas, tomo IX. Madrid: Revista de Occidente, 1971.

CAMPS, V. *Virtudes públicas*. Madrid: Espasa Calpe, 1996.

ZUBIRI, X. *Naturaleza, historia, Dios*. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*, 1094 a, 1-3.

KANT, I. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe, 1983.

Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015.

Prevención de los Trastornos Mentales. Intervenciones efectivas y opciones de políticas. (Un Informe del Departamento de Salud Mental y Abuso de Sustancias de la Organización Mundial de la Salud, en colaboración con el Centro de Investigación de Prevención de las Universidades de Nijmegen y Maastricht). Organización Mundial de la Salud, Ginebra: 2004.

Manuel GÓMEZ BENEYTO (coord.). *Estrategia en Salud Mental del Sistema Nacional de Salud*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid; 2007.

CORTINA, Adela. *Ética de la razón cordial. Educar en la ciudadanía en el siglo XXI*. Ediciones Nobel. Oviedo, 2007

CAYO PÉREZ BUENO, LUIS. *La creciente dimensión ética de la discapacidad*. 7 de enero de 2005. <http://solidaridaddigital.discapnet.es/paginas/tribuna/MGR05010701.htm>

JONSEN A. R., *The Birth of Bioethics*, New York y Oxford, Oxford University Press, 1998

SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “Ética y Ley de investigación biomédica: consentimiento informado”. *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*. N.º 47, julio-septiembre 2007: 105-130.

- SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. *La intimidad y el secreto médico*. Díaz de Santos, Madrid; 2000.
- SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “El derecho a la protección de la intimidad de los datos genéticos”. *Revista Latinoamericana de Bioética*, n.º 2. <http://www.umng.edu.co/www/section-4007.jsp#11645>
- SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “La Intimidad: Un derecho fundamental de todos”. Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, n.º 5.
- SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. “El consentimiento informado: un derecho de todos”. *Sesenta y más*, n.º 215, abril de 2003
- COUCERO VIDAL, A. “La información al paciente”. *Jano* 1991; XLI (octubre): 79-81.
- JADAD, A. Declaraciones al periódico *El País* con motivo de su conferencia en la Universidad de Verano El Escorial. *El País* 1999, 11 de julio: 34.

ASUNCIÓN DOMINGO DEL ÁLAMO –MUTUALDIS–

Directora de FUNPRODAMI

GISELA VILLARÓ CIVIT –MUTUALDIS–

Psicóloga especialista en Educación

JAVIER LUENGO –MUTUALDIS–

Maestro especialista en Educación Especial

Discapacidad y educación

SUMARIO: I. Introducción. II. Desarrollo legislativo de la educación especial en España. 1. Ley General de Educación (Ley de 4 de agosto de 1970). 2. La educación en la Constitución (1978). 3. Ley Orgánica de Integración Social de los Minusválidos (Ley de 7 de abril de 1982, LISMI). 4. El Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial. 5. Real Decreto 969/1986, de 11 de abril, por el que se crea el Centro Nacional de Recursos para la Educación Especial (CNREE). 6. Ley de Ordenación General del Sistema Educativo: De la Educación Especial (Ley de 3 de octubre de 1990). 7. Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de los Alumnos con Necesidades Educativas Especiales. 8. Ley Orgánica de Calidad de la Educación (Ley de 23 de diciembre de 2002). 9. Ley Orgánica de Educación (Ley de 4 de mayo de 2006). III. Influencia europea. IV. La escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales. 1. Etapas, ciclos y cursos del actual sistema educativo y desarrollo normativo para la atención de alumnos con necesidades educativas especiales. A) Educación Infantil. B) Educación Primaria. C) Educación Secundaria Obligatoria (ESO). D) Programas de Garantía Social. E) Bachillerato. F) Formación Profesional. G) Enseñanzas universitarias. 2. Modalidades de escolarización. A) Integración escolar en centros ordinarios. B) Unidades de Educación Especial. C) Escolarización combinada. D) Escolarización en Centros de Educación Especial. V. Recursos para la atención del alumnado con necesidades educativas especiales en enseñanza reglada. 1. Recursos profesionales en el centro educativo. A) Equipos de sector. B) Maestros de pedagogía terapéutica. C) Especialistas en Audición y Lenguaje. 2. Recursos técnicos y materiales. VI. Glosario de términos.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de proceder a analizar el marco legislativo de la educación especial, puede resultar ilustrativo conocer brevemente los antecedentes que marcaron su actual desarrollo.

En esta evolución, se pueden observar que las respuestas que la sociedad ha ofrecido a estas personas han estado marcadas por cada momento histórico.

Si nos retrocedemos hasta la Antigüedad clásica, nos encontramos con dos visiones o maneras diferentes de explicar las minusvalías físicas, psíquicas y sociales. Por un lado nos encontramos con una visión que se mantuvo posteriormente en gran parte de las culturas ancestrales, una visión basada fundamentalmente en aspectos demonológicos o míticos, donde todo aquello que escapaba a la libertad humana tenía un origen profético, diabólico, sobrenatural... Para resolver o hacer frente a este tipo de cuestiones se recurría permanentemente a la puesta en marcha de una serie de conjuros, magia, hechicería... A pesar de ello, eran numerosos y predominantes los casos y las actitudes de abandono, desprecio o aniquilación del minusválido o deficiente como solución de problemas.

Por otro lado, progresivamente se empieza a observar una manera de entender las deficiencias desde un punto de vista más científico y natural, considerándolas como patologías del organismo. Surgen bajo esa concepción médicos provenientes de la filosofía como HIPÓCRATES, GALENO, CELSO, etc., a los que más tarde se les pasó a denominar creadores del naturalismo psiquiátrico. Sus progresos y resultados fueron muy importantes y con trascendencia histórica posterior, avanzaron en la concepción de la deficiencia y se convirtieron en un referente para el desarrollo posterior de esta cuestión. Sin embargo no consiguieron acabar definitivamente con la visión ancestral que perseguía la concepción de las personas con algún tipo de deficiencia.

Visión que perdura y se acrecienta en la Edad Media, ya que a pesar del logro de avances importantes, se repitieron conductas que reproducían viejas costumbres respecto al trato hacia minusvalías y deficiencias. El aspecto religioso y la importancia y desarrollo del mismo en la vida cotidiana no ayudaba a superar los sentimientos de culpa, pecado o castigo divino, sino más bien al contrario, convirtiéndose en la explicación y base de los problemas relacionados con la discapacidad. Ante éste tipo de situaciones el desarrollo de planteamientos de cualquier tipo acabaron dominados absolutamente por una concepción caritativa. Ayudar al minusválido era una manera de acercamiento a Dios. Surgen entonces los hospitales, las cofradías y los socorros sociales como respuesta asistencial más común de la época.

En esta misma línea, hasta la primera mitad del S.XIX nos movemos en un periodo en el que la atención a las personas con discapacidad tiene un marcado carácter caritativo-asistencial.

Posteriormente, con la llegada de los nuevos aires renacentistas y modernos, apoyados por los nuevos descubrimientos científicos y culturales, se comienzan a cuestionar los modelos pedagógicos sostenidos previamente. Surge una nueva perspectiva a través de la cual comienzan a anteponerse las ideas y planteamientos basados en el redescubrimiento del hombre como sujeto y principio de educación. Ahora la especificidad del sujeto comienza a considerarse en el centro de la nueva cultura. Se trata de un planteamiento donde las propias circunstancias individuales son el eje de cualquier acción posterior. Este principio abrirá infinitas posibilidades y caminos para aquellas personas con algún tipo de minusvalía, que hasta ese momento no habían tenido acceso a la educación.

A pesar de ciertos casos aislados de atención, no se puede hablar de Educación Especial como práctica formal de instrucción a personas con algún tipo de discapacidad hasta bien entrado el siglo XVI. En ese momento de la historia surgen trabajos con personas sordas principalmente. Ejemplos a destacar en ese sentido serán los casos de Pedro PONCE DE LEÓN (1520-1581) y Juan Pablo BONET (1579-1633) que abrieron camino a la educación de personas sordomudas. Sus ideas y estudios se convirtieron en todo un referente pedagógico. En el año 1760 surge en Francia, de la mano del abate Charles Michel L'EPÉE (1712-1789), la primera escuela pública francesa para disminuidos: La *Institution Nationale des Sords-Muets* de París. Años después, en 1802, en España se abría, bajo los auspicios de la Real Sociedad Económica Matritense, la Real Escuela de Sordomudos de Madrid.

Iniciativas parecidas comienzan a desarrollarse en el caso de personas ciegas; destacando especialmente los casos de George Philip Harsdorffer que, en 1651, creó una tablilla de cera para que escribiesen los invidentes; Valentín Haüy (1745-1822), quien en 1748 fundó la *Institution des Jeunes Aveugles* en París. Haüy adoptó de manera pionera la escritura en relieve proclamando que los ciegos eran educables, principio que continuaría como eje de todos los trabajos desarrollados pocos años después por su discípulo Louis Braille (1806-1852).

El 17 de marzo de 1526 con la publicación por parte de Luis VIVES de "Subventionem Pauperum" puede considerarse como el punto de partida de la llamada educación social europea. A partir de aquí se abrirá un nuevo campo para la educación social y todo lo referente a la educación de personas con algún tipo de discapacidad.

Los nuevos planteamientos científicos y metodológicos que conllevó el racionalismo empírico de BACON (1551-1626), HOBBS (1558-1679), LOCKE (1632-1704), NEWTON (1642-1727) HUME (1711-1776), alcanzaron de la misma forma una trascendencia fundamental, ya que asentaron un método pedagógico de progreso personal y cultural que dependía de la experimentación. El desarrollo empírico del aprendizaje se convierte a partir de entonces en el aspecto fundamental para el nacimiento y desarrollo de la educación especial. Empezaba a perder peso a partir de ese momento las ideas y planteamientos basados en la cultura y pedagogía de la fe, del dogma, de la autoridad y de los valores tradicionales y la experimentación emerge como principio principal de la acción pedagógica.

A partir de este momento se empieza a concebir una educación centrada especialmente en actualizar la propia naturaleza desde la realidad y posibilidades de cada sujeto. Comienza la colaboración entre médicos, psicólogos y pedagogos; es el inicio de la pedagogía terapéutica. Jean Marc GASPARD ITARD (1774-1838) médico-pedagogo francés, desarrolló un plan para procurar la rehabilitación e incorporación a la sociedad de un niño perdido que pasó hasta los 16 años con una manada de lobos. Promovió la creación de centros especializados para la atención de sordomudos y ciegos y los afectados por otras minusvalías, siendo un pionero de la educación especial. En este momento, existe una gran discusión social sobre herencia vs. aprendizaje. A partir de aquí surge el cuestionamiento de las posibilidades de aprendizaje de los niños “deficientes”.

Eduard SÉGUIN (1812-1880) médico que impulsado por los trabajos de ITARD publica en 1846 “The Moral Treatment, Hygiene, and Education of Idiots and Other Backward Children”, documento pionero y trascendental sobre las necesidades especiales de niños con discapacidades intelectual. En 1866, publica “Idiocy: and its Treatment by the Physiological Method”; donde describe los métodos que usa en la “Escuela de Fisiología Séguin” en la ciudad de Nueva York. Esos programas refuerzan la importancia de desarrollar la independencia de las personas con discapacidad, a través de la combinación de desafíos físicos e intelectuales. Partiendo de la base de que siempre es susceptible de mejorar a través de la educación, intenta hacer una clasificación según el grado de afección en el retraso: idiocia, imbecilidad, debilidad mental y simple retraso. Fue un reformador de las instituciones para estos niños.

La entrada del siglo XX supuso el impulso definitivo de la Educación Especial y su consiguiente consideración como subsistema escolar. En 1901 se inauguraba en Bruselas la escuela de Ovidio Decroly para retrasados y anormales, y, en 1906, se abría en Roma la primera *Casa dei*

Bambini para niños pobres y con problemas de María Montessori. Se imponía la necesidad de una escuela diferenciada y al margen del sistema escolar ordinario. En su apoyo vino la emergente escuela graduada y su necesidad de clasificar a los alumnos según su nivel de inteligencia. Trabaja la pedagogía con estos niños y diseña un método a través del juego trasladado a las escuelas “normales” donde se emplea hasta nuestros días. Percibe que la deficiencia mental no es un problema médico sino pedagógico.

En este periodo aparece un “tratamiento médico – psíquico – pedagógico” y varios test para medir las diferencias, como el test de Binet-Simon de evaluación de la inteligencia con la posterior revisión de Stanford. Sus aportaciones serán claves para el desarrollo de la psicología cognitiva y la clasificación de los alumnos según su habilidad y capacidades. Todo ello posibilitó una línea divisoria que marcó la apertura de dos grandes modelos escolares o grupos de alumnos: los considerados sujetos normales, que podrían beneficiarse del sistema educativo ordinario, y los no normales, para los que habría que crear instituciones educativas especiales.

Surgen los trabajos de PIAGET y DECROLY, defienden con otros pedagogos y psicólogos la educación en el medio ambiente natural: familia, escuela, comunidad. Aparecen, a través de estos instrumentos de medida, las primeras catalogaciones sobre las deficiencias y el descubrimiento de que los resultados son más eficaces si el tratamiento se realiza en familia, en un medio normalizado.

De ahí avanzamos a una etapa en la que, a pesar de un enfoque más educativo, continúa prevaleciendo su carácter segregador (JIMÉNEZ y VILÁ, 1999).

Se logra la creación de instituciones y organismos dependientes de la administración, eficaces y activos, como el Reglamento del Colegio Nacional de Sordomudos (1902) entre otros. Esto genera un cambio de actitud y el desarrollo de una educación especial para personas con discapacidad sensorial y psíquica.

A partir de los años 30 comienza a trabajarse sobre la detección temprana, la prevención. Se incrementa la sensibilización social y una diferenciación de deficiencias.

La pedagogía es terapéutica, su objetivo es curar, tratar, corregir. Aparece por primera vez este término. En los años 40 Leo KANNER empieza a hablar del autismo.

En 1959 se cataloga las deficiencias en 5 niveles: límite, leve, moderado, grave y profundo; a través del Test de Stanford-Binet.

No será hasta mediados del siglo XX, de la mano de la obligatoriedad de la enseñanza, en la que la educación especial adquiera una perspectiva significativamente diferente: Se establece un sistema de educación especial paralelo al sistema de educación general, se empiezan a oír las primeras voces que plantean la integración educativa, hasta llegar a planteamientos de educación en la diversidad y de educación inclusiva.

Actualmente en nuestro país el modelo educativo a través de la incorporación del concepto de alumno con necesidades educativas especiales ha evolucionado de manera relevante a la hora de conceptualizar la educación especial, pasando de concebirse como un sistema educativo paralelo al ordinario a entenderse como el conjunto de recursos y medidas que se ponen en juego para responder a las necesidades de los alumnos. La diversidad en la educación resulta clave en la medida que todos los alumnos y alumnas tienen unas necesidades educativas propias y específicas para acceder a las experiencias de aprendizaje, que requieren una atención pedagógica individualizada.

II. DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA EDUCACIÓN ESPECIAL EN ESPAÑA

Las leyes que regulan o han regulado el sistema educativo español son las siguientes:

- Ley General de Educación (LGE, 1970)
- Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE, 1985)
- Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE, 1990)
- Ley Orgánica de la Participación la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG, 1995)
- Ley Orgánica de Universidades (LOU, 2001)
- Ley Orgánica de las cualificaciones y de la Formación profesional (LOCFP, 2002)
- Ley Orgánica de Calidad de la Educación (LOCE, 2002)
- Ley Orgánica de Educación (LOE, 2006)

Sin embargo, de éstas nos centraremos en aquéllas que afectan directamente a la educación especial y analizaremos aquellas otras normas y leyes que nos permiten entender mejor su desarrollo actual.

1. Ley General de Educación (Ley de 4 de agosto de 1970)

La ordenación y estructura del sistema educativo español datan en lo esencial de la Ley General de Educación de 1970. En su momento supuso una de las reformas más importantes del sistema educativo español, seguramente la de mayor importancia tras la Ley de Moyano de 1857. Esta ley dio un gran salto hacia delante en la modernización de la escuela española y en escolarización de la población.

La aparición de esta Ley respondía a unas demandas y necesidades que habían venido evidenciándose a lo largo de los sesenta. Esta década propició el aumento sostenido de la renta *per cápita* y modificó la estructura productiva española. La reducción del sector agrario y el incremento del sector industrial se vieron acompañados de intensos movimientos migratorios interiores, con enormes repercusiones familiares y sociales.

Los cambios económicos y sociales producidos en la década de los sesenta habían dado lugar a una nueva sociedad urbana, dinámica y aceleradamente industrializada, a cuyas necesidades no podía responder el viejo sistema educativo. La respuesta a este desfase fue la Ley General de Educación y financiación de la Reforma Educativa, del 4 de agosto de 1970, la cual constituía, además, un intento de aproximar la situación educativa española a la de los demás países europeos.

A pesar de que su promulgación y aprobación se enmarca y responde a un contexto confesional y totalitario con todos los matices que esa cuestión conlleva, es interesante centrarse en los aspectos positivos de la Ley. A ella se debe la extensión de la enseñanza gratuita y obligatoria hasta los 14 años.

La Ley General de Educación resulta significativa porque por primera vez se pone el acento en la educación para todos. Así en sus objetivos se señala lo siguiente:

“Se trata, en última instancia, de construir un sistema educativo permanente no concebido como criba selectiva de los alumnos, sino capaz de desarrollar hasta el máximo la capacidad de todos y cada uno de los españoles”.

Reconoce las obligaciones del Estado en relación con la educación, considerada como servicio público, restableciendo una tradición presente en la historia educativa española, pero perdida hasta 1970.

“Todos los españoles tienen derecho a recibir y el Estado el deber de proporcionar una educación general y una formación profesional que les capacite para el desempeño de una tarea útil para la sociedad y para sí mismos”.

Establece las bases que permiten la generalización de la escolaridad de la población de 6 a 14 años. Propone una educación comprensiva y común para esa misma población

Con esta ley se plantea por primera vez en el sistema educativo español la educación de los alumnos/as con necesidades educativas especiales. Así en el título primero sobre el sistema educativo se dedica el capítulo VII a la definición y regulación de la educación especial.

“La educación especial tendrá como finalidad preparar, mediante el tratamiento educativo adecuado, a todos los deficientes e inadaptados para una incorporación a la vida social, tan plena como sea posible en cada caso, según sus condiciones y resultado del sistema educativo, y a un sistema de trabajo en todos los casos posibles que les permita servirse a sí mismos y sentirse útiles a la sociedad”. (art. 49.1)

Con la ley se plantea la educación para promover su autonomía y su participación en la sociedad. Será el Ministerio de educación el encargado de determinar sistemas de valoración que permitan identificar a los alumnos de educación especial y los objetivos estructuras, duración y programas.

“El Ministerio de Educación y Ciencia establecerá los medios para la localización y el diagnóstico de los alumnos necesitados de educación especial. A través de los servicios médico-escolares y de orientación educativa y profesional, elaborará el oportuno censo, con la colaboración del profesorado –especialmente el de Educación Preescolar y Educación General Básica–, de los Licenciados y Diplomados en Pedagogía Terapéutica y Centros especializados. También procurará la formación del profesorado y personal necesario y colaborará con los programas de otros Ministerios, Corporaciones, Asociaciones o particulares que persigan estos fines”. (art. 50)

“El Ministerio de Educación y Ciencia, en colaboración con los Departamentos y Organismos competentes, establecerá los objetivos, estructuras, duración, programas y límites de educación especial, que se ajustarán a los niveles, aptitudes y posibilidades de desenvolvimiento de cada deficiente o inadaptado y no a su edad”. (art. 52)

Sin embargo, esta reglamentación establece la educación especial como un sistema paralelo a la educación ordinaria porque aunque deja la puerta abierta para aquellos alumnos con menos necesidades de apoyo esta escolarización se daba en muy pocos casos.

“La educación de los deficientes e inadaptados, cuando la profundidad de las anomalías que padezcan lo haga absolutamente necesario, se llevará a cabo en Centros especiales, fomentándose el establecimiento de unidades de educación especial en Centros docentes de régimen ordinario para los deficientes leves cuando sea posible”.. (art. 51)

2. La educación en la Constitución (1978)

La definición del artículo 27 de la Constitución Española de 1978 fue costosa ante la dificultad de alcanzar el consenso entre las fuerzas políticas. Al final alcanzaron unos acuerdos básicos basados en los principios de libertad, tolerancia y pluralismo que acompañaron a la redacción constitucional también para el ámbito de la educación.

La extensión de la educación básica, hasta alcanzar a todos y cada uno de los ciudadanos, constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas. Se entiende el desarrollo de la educación como condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas. Por ello, el derecho a la educación se ha ido configurando progresivamente como un derecho básico, y los estados han ido asumiendo su provisión como un servicio público prioritario.

La constitución es el punto de partida para garantizar el derecho de todos los españoles a la educación y a la ayuda para el desarrollo de la personalidad del individuo. Para ello, los poderes públicos, representados por el Estado y las Comunidades Autónomas deben asegurar esta educación a través de un programa general de enseñanza y de la creación de centros docentes.

Así, el artículo 27.1 garantiza el derecho a la educación de todos los españoles y el tratamiento de la libertad de enseñanza, que debe ser entendido en un sentido amplio y no restrictivo, contemplado y asumido como el concepto que abarca todo el conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación.

“Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones.

“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Establece la obligatoriedad y gratuidad de una educación básica concibiendo esta como servicio público, y responsabilizaba prioritariamente al Estado de su provisión. Ello no obstante, reconociendo y consagrando el carácter mixto de nuestro sistema educativo, abría la posibilidad de que centros no estatales pudieran participar en la oferta de puestos escolares gratuitos en los niveles obligatorios, obteniendo en contrapartida un apoyo económico del Estado.

“La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”.

Al Estado y a las Comunidades Autónomas, por medio de la programación general de la enseñanza, corresponde asegurar la cobertura de las necesidades educativas, proporcionando una oferta adecuada de puestos escolares, dignificando una enseñanza pública insuficientemente atendida durante muchos años y promoviendo la igualdad de oportunidades

“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”.

Se establece de esta manera modo un estado de cierto equilibrio entre la obligación del Estado a garantizar la enseñanza para todos y el derecho de cualquier persona a la promoción y la creación de centros docentes.

Se configuran los aspectos característicos del actual sistema educativo en España. Un sistema de carácter mixto o dual, con un componente público mayoritario y uno privado de magnitud considerable.

“Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”.

En el artículo 27.7 de la Constitución se garantiza una concepción participativa de la actividad escolar. Posteriormente, con el desarrollo legislativo, la participación de la comunidad escolar se vehicula a través del Consejo Escolar del centro. Además de constituir medio para el control y gestión de fondos públicos, la participación es mecanismo idóneo para atender adecuadamente los derechos y libertades de los padres, los profesores y, en definitiva, de los alumnos.

“Los profesores, los padres, y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”.

“Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes”.

El artículo 27.9 deja marcada la senda para el posterior régimen de conciertos, a través del cual se materialice el sostenimiento público de los centros privados concertados que, junto con los públicos, contribuyen a hacer eficaz el derecho a la educación gratuita.

“Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes a que reúnan los requisitos que la ley establezca”.

Por último, hace referencia a la garantía institucional de la autonomía universitaria y al mismo tiempo abre la puerta al derecho fundamental que comprende entre otros el derecho a elaborar sus propios estatutos y la elaboración de los planes de estudio.

“Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”.

El artículo 27 de la Constitución queda así como referente y punto de partida para el posterior y correspondiente desarrollo de estos preceptos en las diferentes leyes, de modo que resulten modelados equilibradamente en su posterior desarrollo normativo.

3. Ley Orgánica de Integración Social de los Minusválidos (Ley de 7 de abril de 1982, LISMI)

Partiendo del artículo 49 de la Constitución Española de 1978 (*“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*) e inspirándose en la declaración de los derechos del deficiente mental y de los minusválidos aprobados por Naciones Unidas (1975), la LISMI insta a los poderes públicos a conseguir una efectiva integración en la sociedad de las personas con discapacidad.

“Los poderes públicos prestarán todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo primero, constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social”. A estos efectos estarán obligados a participar, para su efectiva realización, en su ámbito de competencias correspondientes, la Administración Central, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Sindicatos, las entidades y organismos públicos y las asociaciones y personas privadas”. (art. 3)

Resulta novedosa la concepción de la minusvalía en la ley al establecer con claridad la diferencia entre deficiencia, discapacidad y minusvalía que siguiendo los criterios internacionales de la Organización Mundial de la Salud, se concreta en las siguientes definiciones:

Deficiencia: En el ámbito de la salud, una deficiencia es entendida como la pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica o anatómica.

Discapacidad: En la experiencia de la salud, discapacidad es toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia, de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. Representa o indica las consecuencias de la deficiencia desde el punto de vista del rendimiento funcional y de la actividad del individuo.

Minusvalía: Dentro del ámbito de la salud, consiste en una situación desventajosa para determinados individuos como consecuencia de una deficiencia o discapacidad que limita o impide el desarrollo y desempeño de un rol que es normal en su caso. Es decir, se refiere a las desventajas que sufre el sujeto como consecuencia de su deficiencia o discapacidad.

En las diferentes disposiciones incide en que es el entorno en su dimensión social, educativa y laboral el que se transforma para que la persona con discapacidad forme parte activa de la sociedad.

En el plano educativo trata de plasmar los cuatro principios que han de regir en la educación de las personas con discapacidad: normalización de los servicios, integración escolar, sectorización de la atención educativa e individualización de la enseñanza e insta a las Administraciones Educativas a desarrollar una política de integración de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de la Educación General y, en consecuencia, a reordenar la educación especial de acuerdo con tales principios.

“El minusválido se integrará en el sistema ordinario de la educación general recibiendo, en su caso, los programas de apoyo y recursos que la presente Ley reconoce”. (art. 23.1)

“La educación especial se impartirá en las instituciones ordinarias, públicas o privadas del sistema educativo general, de forma continuada, transitoria o mediante programas de apoyo, según las condiciones de las deficiencias que afecten a cada alumno y se iniciará tan precozmente como lo requiera cada caso, acomodando su ulterior proceso al desarrollo psicobiológico de cada sujeto y no a criterios estrictamente cronológicos”. (art. 25)

Establece que la educación sólo se realizará en centros específicos cuando resulte imposible su integración en el sistema ordinario siendo necesaria una coordinación entre ambos tipos de centros.

“La Educación especial será impartida transitoria o definitivamente a aquellos minusválidos a los que les resulte imposible la integración en el sistema educativo ordinario”. (art. 23.2)

“Solamente cuando la profundidad de la minusvalía lo haga imprescindible, la educación para minusválidos se llevará a cabo en Centros específicos. A estos efectos funcionarán en conexión con los Centros ordinarios, dotados de unidades de transición para facilitar la integración de sus alumnos en Centros ordinarios”. (art. 27)

Garantiza la gratuidad de la enseñanza en las diferentes modalidades educativas.

“Los minusválidos, en su etapa educativa, tendrán derecho a la gratuidad de la enseñanza, en las instituciones de carácter general, en las de atención particular y en los centros especiales, de acuerdo con lo que dispone la Constitución y las leyes que la desarrollan”. (art. 30)

Se empieza a hablar de la necesidad de valorar al alumno individualmente a través de equipos multidisciplinares evaluándolo en todas sus dimensiones.

“En todo caso, la necesidad de la educación especial vendrá determinada, para cada persona, por la valoración global de los resultados del estudio diagnóstico previo de contenido pluridimensional”. (art.24)

Plantea explícitamente entre sus objetivos la integración social de la persona que tiene un discapacidad destacando entre sus fines la promoción de la autonomía y el máximo desarrollo de las capacidades individuales.

“La educación especial es un proceso integral, flexible y dinámico, que se concibe para su aplicación personalizada y comprende los diferentes niveles y grados del sistema de enseñanza; particularmente los considerados obligatorios y gratuitos, encaminados a conseguir la total integración social del minusválido. Concretamente, la educación especial tenderá a la consecución de los siguientes objetivos: a) La superación de las deficiencias y de las consecuencias o secuelas derivadas de aquellas. b) La adquisición de conocimientos y hábitos que le doten de la mayor autonomía posible. c) La promoción de todas las capacidades del minusválido para el desarrollo armónico de su personalidad. d) La incorporación a la vida social y a un sistema de trabajo que permita a los minusválidos servirse y realizarse a si mismos”. (art. 26)

Señala la importancia de contar con profesionales específicamente preparados.

“La educación especial, en cuanto proceso integrador de diferentes actividades, deberá contar con el personal interdisciplinario técnicamente adecuado que, actuando como equipo multiprofesional, garantice las diversas atenciones que cada deficiente requiera. Todo el personal que, a través de las diferentes profesiones y en los distintos niveles, intervenga en la educación especial deberá poseer, además del título profesional adecuado a su respectiva función, la especialización, experiencia y aptitud necesarias”. (art. 28)

Los derechos se extienden a los extranjeros residentes en España y a los españoles residentes en el extranjero.

“Los servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en esta Ley se otorgarán a los extranjeros que tengan reconocida la situación de residentes en España, de conformidad con lo previsto en los acuerdos suscritos con sus respectivos Estados y, en su defecto, en función del principio de reciprocidad”. (art. 7.4)

“El Gobierno extenderá la aplicación de las prestaciones económicas previstas en esta Ley a los españoles residentes en el extranjero, siempre que carezcan de protección equiparables en el país de residencia, en la forma y con los requisitos que reglamentariamente se determinen”. (art. 7.5)

4. El Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial

La ley de Integración Social de los Minusválidos se concretó en el ámbito normativo en el Real Decreto 334/1985 siendo el referente de la educación especial en los años siguientes.

Es a través de este Real Decreto como se materializa la aplicación del principio de normalización, sectorización e individualización que en educación especial se traduce en la integración escolar, la ordenación de los servicios educativos y la educación adaptada a las necesidades individuales de cada alumno. Plantea un concepto de Educación Especial más amplio, menos restrictivo y más diversificado que implicará la acción de equipos interdisciplinarios.

Su importancia radica en que considera la educación especial como parte del sistema educativo y establece los mecanismos necesarios para que, desde ese marco, los alumnos con discapacidad puedan hacer efectivo su derecho a la educación.

“El derecho de todos los ciudadanos a la educación se hará efectivo, con respecto a las personas afectadas por disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales o por inadaptaciones, a través, cuando sea preciso, de la Educación Especial que, como parte integrante del Sistema Educativo, se regula en el presente Real Decreto”. (art. 1)

Señala que la escolarización de los alumnos con discapacidad debe llevarse a cabo en centros ordinarios y recurriendo a los centros o unidades específicas sólo cuando las circunstancias o características de la discapacidad no lo permitan.

“La Educación Especial se concretará bien en la atención educativa y temprana anterior a su escolarización, o bien en los apoyos y adaptaciones precisos para que los alumnos disminuidos o inadaptados puedan llevar a cabo su proceso educativo en los centros ordinarios del sistema escolar, en el régimen de mayor integración posible, o en los centros o unidades de Educación Especial. La escolarización en centros o unidades específicas de Educación Especial, sólo se llevará a cabo cuando por la gravedad, características o circunstancias de su disminución o inadaptación, el alumno requiera apoyos o adaptaciones distintos o de mayor grado, a los que podrían proporcionársele en los centros ordinarios y durará únicamente el tiempo que la disminución o inadaptación haga imposible la integración”. (art. 2)

Establece los mismos objetivos educativos para todo el alumnado y el principio de adecuación de las enseñanzas a las características de los alumnos considerando lo establecido en el sistema general de ordenación académica como referencia para la educación especial.

El inicio y el final de la escolaridad de los alumnos con discapacidad será el mismo que el resto de los alumnos. La educación especial se iniciará cuando sea más conveniente pudiéndose prolongar hasta los 18 años cuando existan causas que lo justifiquen. Los objetivos de la etapa obligatoria serán los mismos que los establecidos con carácter general adaptando los contenidos a las necesidades y capacidades de los alumnos.

“La atención educativa especial del niño disminuido o inadaptado podrá iniciarse desde el momento en que, sea cual fuere su edad, se adviertan en él deficiencias o anomalías que aconsejen dicha atención o se detecten riesgo de aparición de las mismas”. (art. 5)

“La escolarización anterior a la obligatoria comenzará y finalizará en las mismas edades establecidas por la ley con carácter general, y tendrá por objeto iniciar o continuar, en su caso, en régimen de integración escolar, el proceso de desarrollo y socialización del alumno disminuido o inadaptado”. (art. 6)

“La educación general básica en régimen de Educación Especial, en cualquiera de las modalidades de escolarización comenzará y finalizará, igualmente, en la edad fijada con carácter general por la ley para este nivel. Previa conformidad de la autoridad educativa correspondiente, podrá aquella prolongarse hasta los dieciocho años, cuando existan causas que lo justifiquen y los servicios correspondientes estimen que con esa prolongación el alumno podrá superar sus estudios en ese nivel. La finalidad de la Educación Especial en el nivel de educación general básica será, en la medida de lo posible, la establecida con carácter general para este nivel. El contenido y programas de la educación a que se refieren los párrafos anteriores, se adaptará a las necesidades y capacidades de los alumnos a los que va dirigida. En cualquier caso, en los centros específicos de Educación Especial, se prestará atención relevante a los procesos de socialización y al desarrollo de habilidades y destrezas manipulativas que se continuarán con las actividades de talleres, preparatorias de una Formación Profesional específica”. (art. 7)

Estructura y ordena la formación profesional especial en sus distintas modalidades.

“La Formación Profesional especial, en cualquiera de las modalidades de escolarización establecidas comenzará al concluir el alumno su preparación en el nivel de educación general básica, de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, y su duración será la establecida con carácter general para la Formación Profesional de primer grado. Excepcionalmente, podrá prorrogarse un año más, previa conformidad de la autoridad educativa correspondiente, cuando existan causas que lo justifiquen y los servicios técnicos competentes estimen que con esa prolongación podrá superar su Formación Profesional o, en otro caso, completar adecuadamente un aprendizaje que le permita desempeñar una tarea de tipo laboral. La finalidad de la Formación Profesional especial será, en la medida de lo posible, la misma que la establecida, con carácter general, para la Formación Profesional ordinaria de primer grado. Los contenidos y programas de la Formación Profesional especial serán los mismos que los de la Formación Profesional ordinaria de primer grado. Cuando el alumno de Formación Profesional no pueda, por razón de su disminución o inadaptación, seguir las enseñanzas teóricas y prácticas de los programas de Formación Profesional ordinaria de primer grado, aquella perseguirá, en todo caso, la capacitación del alumno en técnicas y aprendizaje profesionales que favorezcan y fomenten su desarrollo personal y su futura integración socio-laboral, a través de las modalidades de Formación Profesional adaptada o Formación Profesional de aprendizaje de tareas, según se tome como base para ella el programa ordinario o se establezcan programaciones concretas para determinadas tareas laborales de carácter elemental”. (art. 8).

En cuanto a los estudios superiores se ofrecerán los apoyos que el alumno requiera para que pueda cursarlos.

“Para los estudios de niveles de educación superior a los contemplados en los artículos precedentes, incluidos los universitarios, las autoridades educativas correspondientes establecerán medidas que posibiliten a los alumnos con disminuciones cursarlos”. (art. 10)

Dedica el capítulo III a los apoyos y ayudas técnicas señalando la importancia de que éstos se adecuen a las necesidades y características del alumno. Estos apoyos comprenderán, fundamentalmente, la valoración y orientación educativa, el refuerzo pedagógico, y los tratamientos y atenciones personalizadas.

“La valoración y orientación educativa comprenderán: la prevención y detección temprana de las disminuciones e inadaptaciones a efectos de educación, la evaluación pluridimensional de los alumnos disminuidos e inadaptados, la elaboración de los programas de desarrollo individual, con la participación de los padres y profesores. Dichos programas deberán recoger el plan de trabajo que se considere adecuado a cada alumno y los apoyos y atenciones personalizadas requeridas, la orientación técnico-pedagógica para la mejor aplicación por los profesores de estos programas. Y el seguimiento de dicha aplicación a lo largo de todo el proceso educativo, la colaboración en las tareas de orientación a padres, en orden a la integración escolar”. (art. 12)

“El refuerzo pedagógico comprenderá: la facilitación al alumno disminuido o inadaptado integrado de la Asistencia técnico-pedagógica que precise para la ejecución de su programa de desarrollo individual. Esta asistencia podrá prestarse bien al alumno, al profesor del aula o a ambos. El mayor refuerzo y apoyo pedagógico que necesitan los alumnos escolarizados en centros específicos, vendrá garantizado por la especialización del profesor del aula y la existencia de una menor proporción de alumnos por profesor en dichas aulas, lo que permitirá una mayor atención personalizada, el seguimiento del programa de desarrollo individual y la propuesta de las modificaciones que, en su caso, se consideren oportunas, la adaptación de los recursos didácticos a las peculiaridades de cada alumno, la orientación a los padres, junto con el profesor del aula para que colaboren estrechamente en el proceso educativo de sus hijos”. (art. 13)

“Los tratamientos y atenciones personalizadas, que estarán en función de las características y necesidades de los alumnos que los precisen, comprenderán, fundamentalmente, la logopedia, la fisioterapia y, en su caso, la psicoterapia, la psicomotricidad, o cualquier otro que se estimara conveniente”. (art. 14)

Las adaptaciones de los métodos, materiales o medios irán encaminadas a facilitar el proceso de aprendizaje del alumno y permitirán la acreditación de los estudios cursados siempre y cuando esas adaptaciones no afecten al nivel básico de conocimientos exigidos.

“Las adaptaciones del sistema pedagógico ordinario, que tendrán por objeto posibilitar o facilitar al alumno disminuido o inadaptado su proceso educativo, podrán concretarse en acomodar a las peculiaridades físicas, sensoriales o intelectuales de aquel el contenido o desarrollo de los programas ordinarios, los métodos o sistemas de impartición de los mismos, el material didáctico y los medios materiales utilizados, o las pruebas de evaluación de conocimientos que correspondan; y en el caso de estudios universitarios, además, el régimen de convocatorias establecido con carácter general, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31.2 de la ley 13/1982, de 7 de abril. Las adaptaciones que afecten al contenido de los programas siempre que no supongan merma en el nivel básico de conocimientos exigidos para las enseñanzas en que se implanten, permitirán la obtención de las titulaciones académicas correspondientes a esas enseñanzas. En otro caso se expedirá un certificado que acredite la escolaridad. El contenido, programas, desarrollo y alcance de la educación básica impartida en los centros específicos de Educación Especial, se adaptarán mediante un programa de desarrollo individual a la capacidad física e intelectual del alumno y se acomodarán a su desarrollo psicobiológico y no a criterios estrictamente cronológicos. Cuando el alumno no pueda adquirir los contenidos mínimos de la educación básica, su programa de desarrollo individual se orientará preferentemente a desarrollar los procesos de socialización, la autonomía personal y las habilidades manipulativas”. (art. 17)

Los centros ordinarios donde sean atendidos los alumnos con discapacidad deberán contar con la autorización correspondiente pudiendo reducir el número de alumnos. Por su parte, los centros de educación especial se guiarán por lo establecido para los centros ordinarios sin más modificaciones que las impuestas por las características de su personal y de sus alumnos.

No se trata tanto de preparar a un profesorado especializado con la responsabilidad exclusiva de la educación de estos alumnos en centros igualmente especiales, como de prever los medios y apoyos necesarios para que todo el profesorado, individual y colectivamente, pueda acometer la tarea de adaptar los proyectos educativos y curriculares y las programaciones didácticas y de aula.

“Los centros en los que se imparta Educación Especial habrán de contar con la infraestructura y servicios necesarios, que permitan a los alumnos en ellos escolarizados desarrollar al máximo sus capacidades”. (art. 20)

“Los centros específicos de Educación Especial facilitarán, siempre que sea posible, el paso a los centros ordinarios de los alumnos disminuidos o inadaptados en ellos atendidos. En todo caso coordinarán las actividades extraescolares de sus alumnos con las de otros centros ordinarios”. (art. 21)

“El horario de los centros que impartan Educación Especial, bien sean ordinarios o específicos, y el de su profesorado será el establecido con carácter general para los centros de enseñanza del nivel que corresponda”. (art. 22)

“Las actividades y servicios complementarios que se lleven a cabo en los centros de Educación Especial, estarán sujetos a la normativa que con carácter general regule esas actividades y servicios”. (art. 23)

“La escolarización de los alumnos disminuidos o inadaptados en régimen de integración o en centros específicos de Educación Especial públicos o financiados por fondos públicos, se determinara por la autoridad educativa correspondiente, en base al dictamen del equipo de profesionales a que se refiere el artículo 3. Y previa audiencia de los padres o tutores de aquellos”. (art. 24)

5. Real Decreto 969/1986, de 11 de abril, por el que se crea el Centro Nacional de Recursos para la Educación Especial (CNREE)

Después de este Real Decreto del 6 de marzo, de ordenación de la educación especial se publicará este Real Decreto partiendo de que para que realmente la educación sea para todos, se requiere que el profesorado cuente con los medios adecuados para atender a las personas con discapacidad. Así este centro se crea con los siguientes fines:

“El centro nacional de recursos para la Educación Especial se constituye de esta forma en el lugar de elaboración, reflexión y experimentación de las orientaciones básicas emanadas del Ministerio de Educación y Ciencia en relación con la Educación Especial, capaz de impulsar, analizar y coordinar las aceleradas transformaciones que se están produciendo en nuestro país en este campo; de diseñar los materiales necesarios y las adaptaciones curriculares precisas para posibilitar la escolarización de los alumnos minusválidos en el régimen de mayor integración posible; de ofrecer medios rigurosos de diagnóstico a partir de la confluencia de los distintos profesionales especializados que estudian los procesos de desarrollo y de aprendizaje; de incorporar, experimentar y difundir los avances tecnológicos que para la ayuda de los alumnos con minusvalías se están produciendo, especialmente en el campo de la comunicación y de la transmisión de información; de formular y coordinar, en colaboración con

otras entidades y organismos, iniciativas estables para el perfeccionamiento del profesorado, la elaboración de textos y materiales, la investigación y la información en el campo de la Educación Especial”.

Además establece tres áreas de atención.

“El centro nacional de recursos para la Educación Especial se estructurará en torno a tres áreas: deficiencia visual, auditiva y alteraciones del lenguaje; deficiencia motórica, y deficiencia mental y trastornos del desarrollo”. (art. 4)

El CNREE ha elaborado multitud de herramientas y documentos que aún hoy constituyen materiales básicos de los docentes para favorecer la integración de alumnos con necesidades educativas especiales.

6. Ley de Ordenación General del Sistema Educativo: De la Educación Especial (Ley de 3 de octubre de 1990)

La Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) sustituye a la Ley General de Educación de 1970 y surge con el ánimo de adecuar nuestro sistema educativo a los principios de la Constitución de 1978 y acercarlo a los estándares europeos.

Con la promulgación de la LOGSE se consolidan los planteamientos de la LISMI y el Real Decreto 334/1985 en la forma de entender la educación especial. Ya no existe un sistema educativo paralelo para los alumnos de educación especial con objetivos distintos y régimen de escolarización diferente. Es la enseñanza la que se adecua a las necesidades de los alumnos y no éstos a lo que el sistema educativo pueda ofrecerles.

“El sistema educativo comprenderá enseñanzas de régimen general y enseñanzas de régimen especial. Las enseñanzas de régimen general se ordenarán de la siguiente forma: a) Educación infantil, b) Educación primaria, c) Educación secundaria, que comprenderá la educación secundaria obligatoria, el bachillerato y la formación profesional de grado medio, d) Formación profesional de grado superior, e) Educación universitaria. Son enseñanzas de régimen especial las siguientes: a) Las enseñanzas artísticas, b) Las enseñanzas de idiomas. Las enseñanzas recogidas en los apartados anteriores se adecuarán a las características de los alumnos con necesidades especiales”. (art. 3)

Esta ley introduce el concepto de necesidades educativas especiales frente al de deficientes que señalaba la LGE, minusválidos de la LISMI o disminuido o inadaptados del Real Decreto. Lo significativo de este concepto es que las necesidades educativas especiales son relativas por-

que surgen de la dinámica que se establece entre las características personales del alumno y las respuestas que recibe de su entorno educativo. Cualquier niño o niña puede tener necesidades educativas especiales no sólo el alumno con discapacidad. Éstas pueden ser temporales o permanentes.

“El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para que los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes puedan alcanzar dentro del mismo sistema, los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos”. (art. 36.1)

Estas necesidades no supondrán el etiquetado que lleve a una posterior exclusión o segregación sino que serán el punto de partida de la acción educativa posterior. Se pone el acento en los recursos que deben ofrecerse para satisfacer las necesidades, lo cual abre el campo de acción para la educación de estos niños, campo de acción muy restringido si prevalece el concepto de discapacidad comprometiendo al profesorado y a los servicios de apoyo. El maestro se tiene que adaptar al niño y no al revés.

Desarrolla la ordenación de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP), que sustituyen a los equipos multiprofesionales.

“La identificación y valoración de las necesidades educativas especiales se realizarán por equipos integrados por profesionales de distintas cualificaciones, que establecerán en cada caso planes de actuación en relación con las necesidades educativas específicas de los alumnos”. (art. 36.2)

Plantea la heterogeneidad frente a la homogeneidad. En los modelos anteriores se situaba al alumnado en un curso o grupo de acuerdo con su edad y el nivel de conocimiento, se entendía que todos tenían el mismo nivel de conocimiento, el mismo nivel de desarrollo, por tanto la educación era igual para todos. Con esta ley se entiende que los grupos son heterogéneos por tanto no podemos dar respuestas homogéneas para todos. Se plantean la respuesta educativa desde la diversidad, ya que es un hecho al que hay que darle una respuesta educativa.

“La atención a los alumnos con necesidades educativas especiales se iniciará desde el momento de su detección. A tal fin existirán los servicios educativos precisos para estimular y favorecer el mejor desarrollo de estos alumnos, y las Administraciones educativas competentes garantizarán su escolarización”. (art. 37.2)

El régimen de enseñanza será el ordinario y lo más parecido posible al del resto de los alumnos:

“La atención al alumnado con necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización y de integración escolar”. (art. 36.3)

Se acaba con la clasificación realizada con carácter permanente según la cual resultaba imposible que un alumno que pasaba al sistema diferenciado de Educación Especial volviera al ordinario. Atención individualizada y adaptación curricular individualizada.

“Al final de cada curso se evaluarán los resultados conseguidos por cada uno de los alumnos con necesidades educativas especiales, en función de los objetivos propuestos a partir de la valoración inicial. Dicha evaluación permitirá variar el plan de actuación en función de los resultados”. (art. 36.4)

Señala la necesidad de contar con profesionales especializados que actúan coordinadamente con profesionales de otras disciplinas. La responsabilidad de la coordinación corresponde al tutor. El currículum se concreta en cada centro, etapa y nivel. Anteriormente se desviaba al alumnado separándolo del aula a técnicos especialistas sin integración en su grupo de referencia.

“El sistema educativo deberá disponer de profesores de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales didácticos precisos para la participación de los alumnos en el proceso de aprendizaje. Los centros deberán contar con la debida organización escolar y realizar las adaptaciones y diversificaciones curriculares necesarias para facilitar a los alumnos la consecución de los fines indicados. Se adecuarán las condiciones físicas y materiales de los centros a las necesidades de estos alumnos”. (art. 37.1)

Desde esta ley se potencia el trabajo individualizado con los alumnos partiendo de la adaptación curricular correspondiente, para esto, el tutor puede ser ayudado por maestros o educadores de apoyo que bien antes o durante la clase pueden atender a estos alumnos/as.

Deja de hablarse de centros de integración. La escolarización de los alumnos vendrá determinada por el dictamen de escolarización elaborado por el EOEP previa evaluación psicopedagógica, contando siempre con el visto bueno del Servicio de Inspección Educativa.

“La escolarización en unidades o centros de educación especial sólo se llevará a cabo cuando las necesidades del alumnado no puedan ser atendidas por un centro ordinario. Dicha situación será revisada periódicamente, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso de los alumnos a un régimen de mayor integración”. (art. 37.3)

El seguimiento de los alumnos con necesidades educativas especiales debe ser valorado y realizado no sólo por el tutor sino por todos los

profesionales que trabajan con él. Se le evaluará partiendo de la adaptación curricular que se haya hecho y no con los objetivos generales del curso. El alumno promocionará si supera los criterios de evaluación planteados para él en su adaptación curricular individualizada. Se lleva a cabo una evaluación continua en la que prima la evolución del alumno en todos los ámbitos del aprendizaje y no sólo la adquisición de conceptos. Se evalúan todos los aspectos del alumno, no sólo el aprendizaje sino también el esfuerzo.

Se reconoce a los padres un papel en la toma de decisiones que afecten a la escolarización de sus hijos:

“Las Administraciones Educativas regularán y favorecerán la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales”. (art. 37.4)

Se interviene en el contexto familiar, escolar y social del alumnado. La valoración psicopedagógica la realizan los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica a petición del centro (generalmente a través del tutor) o de la familia. El orientador de la zona o sector tomará la decisión de si el niño entra o no en el programa de integración, siempre contando con la ratificación del servicio de inspección.

7. Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de los Alumnos con Necesidades Educativas Especiales

A través de este Real Decreto se regulan los aspectos relativos a la ordenación, la planificación de recursos y la organización de la atención educativa a los alumnos con necesidades educativas especiales. Resulta significativa su referencia en el preámbulo al origen y naturaleza de estas necesidades.

“Sin embargo, no todas las necesidades educativas especiales son de la misma naturaleza, tienen un mismo origen o requieren, para ser atendidas, actuaciones y medios similares. Por una parte, cabe distinguir entre las necesidades especiales que se manifiestan de forma temporal o transitoria de aquellas que tienen un cierto carácter de estabilidad o permanencia a lo largo de la escolarización. Por otra parte, su origen puede atribuirse a diversas causas relacionadas, fundamentalmente, con el contexto social o cultural, con la historia educativa y escolar de los alumnos o con condiciones personales asociadas bien a una sobredotación en cuanto a capacidades intelectuales, bien a una discapacidad psíquica, sensorial o motora o a trastornos graves de conducta. Por último, si bien la Administración educativa debe regular las actuaciones y los medios previstos para atender las necesidades especiales de todo el alumnado, desde la perspec-

tiva de la ordenación, de la planificación de recursos y de la organización de la respuesta educativa, conviene acometer esta tarea atendiendo diferencialmente a su naturaleza, origen y mayor o menor permanencia de sus manifestaciones en el transcurso de la escolaridad”.

Destaca la importancia de la atención temprana.

“La atención educativa a los niños y niñas con necesidades educativas especiales comenzará tan pronto como se adviertan circunstancias que aconsejen tal atención, cualquiera que sea su edad, o se detecte riesgo de aparición de discapacidad”. (art. 3.1)

“El Ministerio de Educación y Ciencia, a través de los equipos de orientación educativa y psicopedagógica, asegurará la detección precoz y la evaluación de las necesidades educativas especiales de los niños y niñas con discapacidad psíquica, sensorial o motora”. (art. 12.1)

“La atención educativa a estos niños y niñas, que se iniciará desde el momento en que, sea cual fuera su edad, se produzca la detección de una discapacidad psíquica, sensorial o motora, tendrá por objeto corregir precozmente, en lo posible, las secuelas de la discapacidad detectada, prevenir y evitar la aparición de las mismas y, en general, apoyar y estimular su proceso de desarrollo y aprendizaje en un contexto de máxima integración”. (art. 12.2)

En línea con los planteamientos de la LOGSE, se prioriza la escolarización en centros ordinarios haciendo hincapié en la importancia de la identificación de los apoyos, el seguimiento y la reversibilidad de las decisiones educativas tomadas.

“Los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, asociadas a su historia educativa y escolar, así como a condiciones personales de sobredotación y de discapacidad psíquica, motora o sensorial, serán escolarizados en los centros y programas ordinarios. Sólo cuando se aprecie de forma razonada que las necesidades de dichos alumnos no puedan ser adecuadamente satisfechas en un centro ordinario, se propondrá su escolarización en centros de educación especial”. (art. 3.2)

“Las propuestas para la escolarización de estos alumnos, así como la identificación de los que requieran apoyos y medios complementarios a lo largo de su proceso educativo, se efectuará por parte de los servicios de la Administración educativa. Dichas propuestas estarán fundamentadas en la evaluación psicopedagógica, en la que se tendrán en cuenta tanto las condiciones y características del alumno o alumna como las de su entorno familiar y escolar”. (art. 3.3)

“La escolarización de estos alumnos estará sujeta a un proceso de seguimiento continuado, debiéndose revisar de manera periódica y en la

forma que reglamentariamente se determine, tras las correspondientes evaluaciones psicopedagógicas, las decisiones de escolarización adoptadas”. (art. 3.4)

“En cualquier caso, se garantizará el carácter revisable de las decisiones de escolarización atendiendo tanto a las circunstancias que puedan afectar a los alumnos con necesidades educativas especiales como a los resultados de las oportunas evaluaciones psicopedagógicas”. (art. 3.5)

8. Ley Orgánica de Calidad de la Educación (Ley de 23 de diciembre de 2002)

La LOCE no introdujo grandes novedades en el panorama de la educación especial y la modificación del calendario de aplicación permitieron un escaso desarrollo en las aulas.

Señala que el sistema educativo debe ser flexible para adaptarse a las necesidades de todos los alumnos.

“El sistema educativo debe procurar una configuración flexible, que se adapte a las diferencias individuales de aptitudes, necesidades, intereses y ritmos de maduración de las personas, justamente para no renunciar al logro de resultados de calidad para todos”.

En el capítulo VII hace referencia explícitamente a los alumnos con necesidades educativas especiales estableciendo un marco general para que las Administraciones educativas puedan garantizar una adecuada respuesta educativa a las circunstancias y necesidades de estos alumnos.

Especifica los diferentes tipos de discapacidad y, por primera vez, se habla de alumnos con graves problemas de personalidad o conducta.

“Los alumnos con necesidades educativas especiales que requieran, en un período de su escolarización o a lo largo de toda ella, y en particular en lo que se refiere a la evaluación, determinados apoyos y atenciones educativas, específicas por padecer discapacidades físicas, psíquicas, sensoriales, o por manifestar graves trastornos de la personalidad o de conducta, tendrán una atención especializada, con arreglo a los principios de no discriminación y normalización educativa, y con la finalidad de conseguir su integración. A tal efecto, las Administraciones educativas dotarán a estos alumnos del apoyo preciso desde el momento de su escolarización o de la detección de su necesidad”. (art. 44.1)

Se pretende que los alumnos con necesidades educativas especiales alcancen los objetivos generales de cada etapa aunque no especifica que sea dentro del mismo sistema como hacía la LOGSE.

“El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para que los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, puedan alcanzar los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos”. (art. 44.2)

Señala las diferentes modalidades de escolarización en base a una valoración previa de sus necesidades.

“Los alumnos con necesidades educativas especiales serán escolarizados en función de sus características, integrándolos en grupos ordinarios, en aulas especializadas en centros ordinarios, en centros de educación especial o en escolarización combinada. La identificación y valoración de las necesidades educativas especiales de estos alumnos se realizará por equipos integrados por profesionales de distintas cualificaciones. Estos profesionales establecerán en cada caso planes de actuación en relación con las necesidades educativas de cada alumno, contando con el parecer de los padres y con el del equipo directivo y el de los profesores del centro correspondiente. Al finalizar cada curso, el equipo de evaluación valorará el grado de consecución de los objetivos establecidos al comienzo del mismo para los alumnos con necesidades educativas especiales. Los resultados de dicha evaluación permitirán introducir las adaptaciones precisas en el plan de actuación, incluida la modalidad de escolarización que sea más acorde con las necesidades educativas del alumno. En caso de ser necesario, esta decisión podrá adoptarse durante el curso escolar”. (art. 45)

Determina el límite de edad de escolarización a los 21 años.

“La escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales comenzará y finalizará con las edades establecidas con carácter general para el nivel y la etapa correspondiente. Excepcionalmente, podrá autorizarse la flexibilización del período de escolarización en la enseñanza obligatoria. En cualquier caso, el límite de edad para poder permanecer escolarizado en un centro de educación especial será de veintiún años”. (art. 46.1)

Hay un cambio en el nivel de implicación de los padres: de la participación de los padres promovida en la LOGSE se pasa a la orientación para la cooperación.

“La escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales incluirá también la orientación a los padres para la necesaria cooperación entre la escuela y la familia”. (art. 46.2)

Se determinará qué centros son más indicados para atender las diversas necesidades, por su ubicación y recursos.

“Las Administraciones educativas dotarán a los centros sostenidos con fondos públicos del personal especializado y de los recursos necesarios

para garantizar la escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales. En la programación de la oferta de puestos escolares gratuitos, se determinarán aquellos centros que, por su ubicación y sus recursos, se consideren los más indicados para atender las diversas necesidades de estos alumnos". (art. 47.1)

9. Ley Orgánica de Educación (Ley de 4 de mayo de 2006)

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (LOE), señala que tiene como objetivo adecuar la regulación legal de la educación no universitaria a la realidad actual en España bajo los principios de calidad de la educación para todo el alumnado, la equidad que garantice la igualdad de oportunidades, la transmisión y efectividad de valores que favorezcan la libertad, responsabilidad, tolerancia, igualdad, respeto y la justicia.

Esta ley tiene importantes consecuencias en el ordenamiento jurídico español: Deroga la ley 14/1970, de 4 de agosto, la ley orgánica 1/1990, de 3 de octubre, la ley orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, la ley orgánica 10/2002, de 23 de diciembre y la ley 24/1994, de 12 de julio. Además modifica los arts. 4, 5.5, 6 a 8, 25, 31, 56.1, 57 y 62 de la ley orgánica 8/1985, de 3 de julio y el art. 29.2 de la ley 30/1984, de 2 de agosto y declara la vigencia de la Ley 12/1987, de 2 de julio.

Su aprobación resultó polémica por sus cambios con respecto a la enseñanza de religión católica (de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos) y la incorporación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos obligatoria y evaluable en la educación básica y el bachillerato.

En cuanto a la atención de alumnos con discapacidad la LOE se refiere en su Título II a la equidad en la educación al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

Plantea que las Administraciones educativas dispondrán de los medios para promover el máximo desarrollo de sus capacidades y la detección y atención temprana de sus necesidades.

“Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado”. (art. 71.2)

Los centros educativos dispondrán de los recursos personales (Profesor de Pedagogía Terapéutica, Maestro de Audición y Lenguaje, Fisioterapeuta, Auxiliar Técnico Educativo, Profesor Técnico de Servicios a la Comunidad, Orientador, etc.), materiales y económicos necesarios para atender las necesidades y características particulares y personales de los alumnos.

“Las Administraciones educativas establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior. La atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se registrará por los principios de normalización e inclusión”. (art. 71.3)

Se primará la prevención de problemas y/o dificultades de aprendizaje. La figura principal para llevar a cabo esta tarea es el tutor/a del alumno, quien a través de la evaluación inicial y la observación directa e indirecta de sus alumnos tendrá una primera noción de las características, niveles de competencia curricular, estilos de aprendizaje, ...de sus alumnos. Si detecta la existencia de problemas y/o dificultades de aprendizaje, junto con la ayuda del orientador/a, se determinarán y se pondrán en marcha las medidas educativas que atiendan esas necesidades de la manera más conveniente posible. Del mismo modo, se priorizarán las medidas ordinarias frente a las extraordinarias, y siempre se procurará llevarlas a cabo en un entorno lo más normalizador posible, esto es, dentro del aula, favoreciendo la inclusión de todos los alumnos/as.

“Los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos”. (art. 72.3)

Según la LOE la atención a los ACNEEs no conlleva la práctica de medidas organizativas cerradas, sino que consiste en un conjunto de actuaciones realizadas en espacios normalizados que pueden beneficiar a cualquier alumno.

En este sentido, la atención a la diversidad se convierte en un principio básico de la enseñanza compuesto por un conjunto de actuaciones que considerando las características diversas del alumnado, tratan de promover el éxito escolar y aumentar la motivación del alumnado.

En este nuevo modelo educativo propuesto por la LOE, y para favorecer la inclusión de todo el alumnado, como se cita anteriormente, el tutor/a, con la ayuda del orientador/a, elaborará un Plan de Trabajo Individualizado para aquellos alumnos/as que no alcanzan el nivel sufi-

ciente en alguna de las áreas en cualquiera de las fases del curso, permanecen un año más en el ciclo, que promocionan al ciclo siguiente con evaluación negativa, con Necesidad Específica de Apoyo Educativo (ACNEAE). Este Plan de Trabajo contendrá las competencias que el alumno debe alcanzar, contenidos, organización del proceso de enseñanza – aprendizaje (actividades individuales, cooperativas, tipos de agrupamiento), materiales, responsables, distribución de tiempos y espacios, seguimiento, etc.

“La identificación y valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará, lo más tempranamente posible, por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas”. (art. 74.2)

Como en anteriores normas señala la importancia de implicar a los padres y tutores pero incorpora la responsabilidad de proporcionarles recursos a través del asesoramiento y la información que les sirvan en la educación de sus hijos.

“Corresponde a las Administraciones educativas garantizar la escolarización, regular y asegurar la participación de los padres o tutores en las decisiones que afecten a la escolarización y a los procesos educativos de este alumnado. Igualmente les corresponde adoptar las medidas oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos”. (art. 71.4)

Dedica la sección primera al alumnado con necesidades educativas especiales incorporando en su definición conceptos clave como “que presenta” dando entender el estado y no el rasgo de la necesidad educativa, y el “apoyo” requerido por el alumno/a para que alcance el máximo de sus posibilidades. En ese sentido, el orientador/a del equipo de Orientación de la zona realizará una evaluación psicopedagógica y el correspondiente informe para valorar las necesidades educativas del alumno y determinar las medidas necesarias para paliarlas. La elaboración del Informe Psicopedagógico siempre irá acompañado de la firma de los padres, previo asesoramiento e información a los mismos sobre los aspectos que en él se recogen. La modalidad de escolarización más adecuada constará en el Dictamen de escolarización, elaborado por el orientador, contando con la aprobación de los padres y con el visto bueno de la Inspección.

“Se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta”. (art. 73)

Promueve la escolarización de estos alumnos en centros ordinarios y sólo cuando ésta no sea posible orienta a la escolarización en centros de educación especial.

“La escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. (art. 74.1)

Nuevamente, en esta ocasión la LOE hace alusión al principio de inclusión como pilar fundamental en la atención y tratamiento de todos y cada uno de los alumnos escolarizados en un centro educativo. Todos los alumnos/as serán beneficiarios de las medidas educativas que se lleven a cabo dentro de un aula y no sólo aquellos que presenten necesidades educativas especiales.

“Corresponde a las Administraciones educativas promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales y desarrollar programas para su adecuada escolarización en los centros de educación primaria y secundaria obligatoria”. (art. 74.4)

“Corresponde asimismo a las Administraciones educativas favorecer que el alumnado con necesidades educativas especiales pueda continuar su escolarización de manera adecuada en las enseñanzas postobligatorias, así como adaptar las condiciones de realización de las pruebas establecidas en esta Ley para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran”. (art. 74.5)

La modalidad educativa elegida en un determinado momento podrá cambiarse como resultado de la revisión y evaluación regular.

“Al finalizar cada curso se evaluarán los resultados conseguidos por cada uno de los alumnos en función de los objetivos propuestos a partir de la valoración inicial. Dicha evaluación permitirá proporcionarles la orientación adecuada y modificar el plan de actuación así como la modalidad de escolarización, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso del alumnado a un régimen de mayor integración”. (art. 74.3)

Con el fin de alcanzar la máxima integración social y laboral de los alumnos se apunta la adaptación de ofertas formativas y la reserva de plazas en formación profesional.

“Con la finalidad de facilitar la integración social y laboral del alumnado con necesidades educativas especiales que no pueda conseguir los objetivos de la educación obligatoria, las Administraciones públicas fomentarán ofertas formativas adaptadas a sus necesidades específicas”.. (art. 75.1)

“Las Administraciones educativas establecerán una reserva de plazas en las enseñanzas de formación profesional para el alumnado con discapacidad ”. (art. 75.2)

En definitiva, la LOE optará siempre por medidas de carácter normalizador e inclusivo, apostando por una enseñanza en la que todos los apoyos educativos y el resto de medidas que se ofrezcan a los alumnos con necesidades educativas se lleven a cabo dentro del aula de referencia. Una de las principales características que recoge la Ley es entender las diferencias como un aspecto enriquecedor para todos los alumnos. Además, ofrece una respuesta educativa adaptada a las necesidades de los alumnos, flexibilizando contenidos y metodología.

III. INFLUENCIA EUROPEA

El sistema educativo español se ha ido concibiendo y configurando fruto de múltiples circunstancias históricas, de la evolución de los diferentes paradigmas y teorías educativas y pedagógicas y, por supuesto, como no podía ser de otra forma, de la influencia de lo que aconteció y acontece en otros países, con especial implicación de las aportaciones de nuestros vecinos europeos.

Gran parte de los textos y autores que provienen de la vieja Europa, surgen con la idea de promulgar una educación especial específica y diferenciada de la educación general. En este sentido se enmarcarían los trabajos de Félix VOISIN, que en 1826 publicó *Des causes morales et physiques des maladies mentales*, texto en el que abogaba abiertamente por un tratamiento pedagógico de la enfermedad mental y, en 1830, sacaba a la luz una obra donde explícitamente se recogía el concepto de educación especial por primera vez: *Application de la physiologie du cerveau à l'étude des enfants qui necessiten une education spéciale*. En la misma línea, mantiene sus tesis E. SEGUIN en la obra que publicaba, en 1846: *Traitement moral, hygiène et éducation des idiots et des autres enfants arriérés*.

En Alemania, en 1898, aparecían el *Kinderfehler* y el *Hischule*, dos periódicos concebidos para difundir entre maestros y profesores los diferentes avances conseguidos en el ámbito de la educación especial.

En el plano institucional la respuesta no fue menos importante. En 1863 se creaban en Halle (Alemania) las primeras clases especiales para

niños inadaptados; y, en 1866, STOLZNER y KERN fundaban en Hano-
ver la primera asociación para el tratamiento de niños deficientes. En
Estados Unidos Eduard Seguin contribuía, en 1876, a fundar lo que hoy
se conoce como la *American Association on Mental Deficiency*. Iniciati-
va que en 1893 se reproducía en Londres con la fundación de la *British
Child Study Association* para atender a niños con problemas; e igual
propósito se perseguía en Francia con la aparición en 1900 de la *Socié-
té libre pour l'Étude psychologique de l'Enfant*, sociedad impulsada por
Alfred Binet e integrada por psicólogos, maestros de escuela y directo-
res preocupados por los problemas que se planteaban en las aulas con
respecto a los alumnos con algún tipo de déficit.

El primer congreso organizado bajo la denominación de pedagogía
terapéutica o curativa (*I Kongress fur Heilpädagogik*) se llevó a cabo en
Munich en el año 1922. A este congreso asistieron congresistas de 21
países, y crearon la Asociación Internacional de Pedagogía Curativa o
Terapéutica y en 1937 se creaba en Francia la *Société Internationale
pour la Pédagogie de l'Enfance Deficiente*.

En el año 1928 tuvo gran importancia la publicación en el Reino Uni-
do de Ovidio DECROLY: *The Education of Mentally Defective Children*,
que asentó a nivel internacional una buena parte de las líneas pedagó-
gicas de la educación de alumnos con algún tipo de deficiencia.

Italia y los países nórdicos constituyen una de las más importantes
influencias, consecuencia de las últimas tendencias sustentadas en los
principios de normalización e integración y con importante repercusión
en las políticas educativas llevadas a cabo sobre educación especial en
la última parte del siglo XX. Se pretende superar el modelo dual de suje-
tos normales y aquellos con algún tipo de discapacidad para reivindicar
un contexto social, escolar y cultural que contemple el desarrollo de
todos y cada uno de sus ciudadanos con el fin de conseguir extraer de
ellos el máximo de sus potencialidades.

El término “alumnos con necesidades educativas especiales” fue acu-
ñado por primera vez en el informe Warnock. Este informe fue elabora-
do en 1978 por expertos y presentado al parlamento del Reino Unido
por las autoridades educativas en 1978. Analiza de forma exhaustiva la
educación especial y contempla todas las etapas incluida la vida adulta
y el trabajo, así como la integración y la participación de los padres y
los voluntarios.

El informe Warnock define las necesidades educativas especiales
como aquellas que implican la dotación de medios especiales de acceso
al currículo mediante un equipamiento, unas instalaciones o unos recur-
sos especiales, la modificación del medio físico o unas técnicas de ense-

ñanza especializadas, la dotación de un currículo especial o modificado y una particular atención a la estructura social y el clima emocional en los que tiene lugar la educación. Las necesidades educativas especiales no solo hacen referencia a las necesidades en el marco de la escuela, sino también a las edades anteriores y posteriores al período escolar.

Poco después de la publicación del Informe Warnock se celebró en Dinamarca la conferencia “Una escuela para todos”, en la que se plantea como eje de las propuestas pedagógicas la individualización de los servicios educativos como base para el éxito de la integración. Se hace un planteamiento en el que cualquier persona, cualquier alumno, tiene necesidades distintas que deberán ser evaluadas y compensadas por el centro educativo, haciendo uso de recursos e instrumentos varios. Este planteamiento generará diferentes modalidades de escolarización. Se alcanza así el concepto de Escuela Inclusiva, que concibe a todos los alumnos como básicamente diferentes sean cuales sean sus circunstancias personales y sociales.

Contamos también con un informe que la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación Especial desarrolló en marzo del año 2003 sobre Educación Inclusiva después de analizar este aspecto en 14 países de la Unión Europea.

El informe señala al menos cinco grupos de factores que parecen ser eficaces para la educación inclusiva:

- Enseñanza cooperativa: El estudio revela que la educación inclusiva se mejora con varios factores que pueden agruparse bajo el epígrafe de enseñanza cooperativa. El profesorado necesita cooperar y muchos necesitan apoyo práctico y flexible de algunos colegas. Para el desarrollo de las destrezas tanto académicas como sociales de los alumnos con necesidades educativas especiales este parece ser un modo efectivo de trabajar. Sin duda, la ayuda adicional y el apoyo necesitan ser flexibles, estar bien coordinados y programados.
- Aprendizaje cooperativo: El estudio demuestra que la tutoría en parejas o el aprendizaje cooperativo es eficaz tanto en el área cognitiva como en la afectiva del aprendizaje y desarrollo de los alumnos. Los que se ayudan unos a otros, especialmente dentro de un sistema flexible y bien considerado de agrupamiento de alumnos, se benefician del aprendizaje conjunto. Además, no existen indicadores que demuestren que los alumnos más capaces se perjudiquen de esta situación. Los resultados indican el progreso tanto en el área social como académica.
- Solución cooperativa de problemas: Especialmente para los profesores que necesitan ayudar en la integración de alumnos con pro-

blemas sociales/de comportamiento, las conclusiones halladas en nuestros países y en la bibliografía internacional demuestran que una forma sistemática de enfocar un comportamiento indeseable en el aula es una herramienta útil para que disminuyan la cantidad y la intensidad de las interrupciones durante las clases. Se ha demostrado que es muy efectivo establecer reglas y límites claros (además de refuerzos positivos y negativos) de forma conjunta con los alumnos.

- **Agrupamientos heterogéneos:** Los agrupamientos heterogéneos y un enfoque educativo más personalizado son necesarios y eficaces cuando se trata con una diversidad de alumnos en el aula. La integración educativa se mejora con objetivos fijados, rutas alternativas de aprendizaje, educación flexible y gran cantidad de formas heterogéneas de agrupamiento. Estos resultados son de gran importancia dadas las necesidades expresadas por los países dentro del área de la atención a la diversidad en las aulas. Por supuesto, el agrupamiento heterogéneo también es una condición para el aprendizaje cooperativo.

Prácticamente la totalidad de países europeos están desarrollando la Educación Especial de acuerdo con los principios de normalización, integración e inclusión. Ese desarrollo, con los matices particulares en cada uno de ellos han ido derivando en tendencias educativas diferentes, dando lugar a un:

- Desarrollo integrado, en los que se procuran la integración en la escuela ordinaria de las personas con discapacidad. Este modelo es el que predomina en países como España, Italia, Reino Unido, Suecia y Dinamarca.
- Desarrollo independiente, a través del cual se pretende el desarrollo e implantación de la Educación Especial de la forma más específica posible, adaptándose al máximo a las características de los distintos tipos de discapacidad o déficit. Es el sistema predominante en Centroeuropa, en países como Alemania, Bélgica, Holanda o Luxemburgo.
- Desarrollo mixto, en el que se pretende la integración en el marco de la escuela ordinaria. Es el modelo imperante en países como Francia, Portugal o Irlanda.

Una conclusión principal es que los problemas de comportamiento, social y/o emocional son los más preocupantes dentro del área de la inclusión de alumnos con necesidades educativas especiales. En segundo lugar, atender a la diversidad es uno de los principales problemas dentro de las aulas. En tercero, los estudios de casos y las discusiones

de los expertos sugieren que lo que es bueno para los alumnos con necesidades educativas especiales es bueno para todos los alumnos en general. Finalmente, los enfoques pedagógicos de aprendizaje y enseñanza cooperativos, la solución colaborativa de problemas, los agrupamientos heterogéneos y la enseñanza eficaz, parecen la mejor contribución a las aulas integradoras.

IV. LA ESCOLARIZACIÓN DE LOS ALUMNOS CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES

Como hemos visto en el desarrollo normativo de nuestro sistema educativo, de acuerdo con los principios y valores de la Constitución, y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella y en la Ley Orgánica 8 / 1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales es una obligación y un derecho ciudadano.

Por tanto, la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales perseguirá los mismos fines que el resto de los alumnos y por tanto pretenderá:

- El pleno desarrollo de la personalidad del alumno.
- La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.
- La adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos.
- La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales.
- La formación en el respeto de la pluralidad lingüística y cultural de España.
- La preparación para participar activamente en la vida social y cultural.
- La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos.

A la hora de analizar los aspectos relativos a la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales conviene aclarar dos conceptos clave:

- Educación Especial: “Conjunto de acciones educativas, insertas dentro de un sistema educativo general, que tienden a la atención

y sostén de las personas que presentan una dificultad para alcanzar con éxito, conductas básicas exigidas por el grupo social y cultural al que pertenecen, una educación ya no centrada en el niño exclusivamente, sino también en el entorno, en las carencias de éste y en las posibilidades y aptitudes de los docentes para satisfacer las necesidades de todos los niños”.

En este sentido el Ministerio de Educación y Ciencia, define la Educación Especial como un proceso educativo dinámico que reconoce y atiende la diversidad del alumno y en la que se apoya para permitir a éste la consecución de metas más ajustadas a sus características personales.

- Alumnos con necesidades educativas especiales: Entenderemos que un alumno tiene necesidades educativas especiales cuando presenta dificultades mayores que el resto de sus compañeros para acceder a los aprendizajes de su edad y nivel e implica una dotación de medios especiales de acceso al currículo mediante equipamiento, instalaciones, recursos especiales, técnicas de enseñanza. Cuando nos encontramos con un alumno con discapacidad su atención debe ser abordada desde el propio currículum, realizando adaptaciones a las condiciones de aprendizaje, de manera que se facilite el proceso de desarrollo del alumno, y cuando la profundidad o severidad de la deficiencia y su carácter permanente impidan dicha integración, la atención se desarrollará en los centros específicos. Este concepto es el resultado del desarrollo del precepto constitucional de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración en favor de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, reconocido con la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos y desarrollado a través del Real decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial. Existen diferentes tipologías de alumnos con necesidades especiales: discapacidades físicas, psíquicas, sensoriales, de sobredotación intelectual y graves trastornos del desarrollo.

La escolaridad de estos alumnos estará guiada por principios de:

- Integración: donde el alumno con necesidades educativas especiales comparte total o parcialmente el currículum ordinario. Es la escuela la que se adapta al alumno y crea los recursos adecuados para que todos puedan participar. En definitiva que los alumnos con discapacidad reciban la asistencia adecuada dentro de grupos normales y no de forma segregada.
- Normalización: educación lo más normalizada posible respetando su derecho a ser diferentes. Implica que la persona con discapaci-

dad debe tener los mismos derechos y obligaciones que los demás recibiendo atención particular a través de los servicios ordinarios y propios de la comunidad, teniendo presente que solo en los casos necesarios podrá recibirla en instituciones específicas.

- Sectorización: cada alumno tiene que recibir esa educación dentro de su sector; no desplazarse a otros más lejanos. Articulando los medios necesarios cuando no se disponga del servicios en el entorno próximo a la persona.
- Individualización: enseñanza personalizada según las características de cada alumno respondiendo a criterios particulares en cuanto a la intervención profesional y terapéutica (adaptación curricular, metodología especial, etc.).

Donde todos los alumnos reciben una educación básica y común, todos en las mismas condiciones, basándose en el principio de la diversidad, respetando las características, intereses y motivaciones del alumnado.

Por tanto, los alumnos con necesidades educativas especiales tendrán los mismos derechos y deberes que el resto de los alumnos. Será la escuela la que deberá contar con los recursos y materiales para satisfacer las necesidades de los alumnos y no al revés. Pudiendo recurrir a las adaptaciones curriculares en la etapa infantil y en primaria y a la diversificación curricular en secundaria. Tratando de evitar o retrasando al máximo posible la separación de los alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales en centros de educación especial ya que la respuesta educativa está dentro del currículo ordinario.

La admisión de los alumnos con necesidades educativas especiales se ajustará al procedimiento, condiciones y calendario establecidos con carácter general para el resto de los alumnos.

1. Etapas, ciclos y cursos del actual sistema educativo y desarrollo normativo para la atención de alumnos con necesidades educativas especiales

Podríamos definir el Sistema Educativo, como el conjunto de instituciones, programas y acciones destinadas a impartir educación permanente, formal o no formal, privada o pública, regulada a efectos legales por un organismo público.

Según A. VIÑAO (2006). Los sistemas educativos nacionales implican la existencia de una red o conjunto de instituciones educativas de educación formal que implica que estén:

- Diferenciados por niveles o ciclos y relacionados entre sí.
- Gestionados, supervisados por agentes públicos.
- Costeados, al menos en parte, por alguna/s administración/es pública/s.
- A cargo de profesores formados, seleccionados o supervisados por dichos agentes y retribuidos total o parcialmente con cargo a presupuestos de la Administración Pública.
- Capacitados para expedir certificados o credenciales reguladas.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Educación de España (2006), el sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza. La estructura es la siguiente:

- Educación básica: La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todas las personas. La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad.
- Educación secundaria: La educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria postobligatoria. Constituyen la educación secundaria postobligatoria el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio.
- Educación superior: La enseñanza universitaria, las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior constituyen la educación superior.
- Enseñanzas de régimen especial: Las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas y las deportivas tendrán la consideración de enseñanzas de régimen especial.

En cuanto a las diferentes enseñanzas de nuestro sistema educativo las podemos clasificar en :

A) Educación Infantil

La educación infantil constituye la etapa educativa con identidad propia que atiende a niñas y niños desde el nacimiento hasta los seis años de edad.

La etapa de educación infantil se ordena en dos ciclos. El primero comprende hasta los tres años, y el segundo, desde los tres a los seis años de edad. Siendo este último gratuito.

La educación infantil tiene carácter voluntario y su finalidad es la de contribuir al desarrollo físico, afectivo, social e intelectual de los niños.

Desarrollo normativo:

Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil. Artículo 8 Atención a la diversidad.

“La intervención educativa debe contemplar como principio la diversidad del alumnado adaptando la práctica educativa a las características personales, necesidades, intereses y estilo cognitivo de los niños y niñas, dada la importancia que en estas edades adquieren el ritmo y el proceso de maduración”. (art. 8.1)

“Las administraciones educativas establecerán procedimientos que permitan identificar aquellas características que puedan tener incidencia en la evolución escolar de los niños y niñas. Asimismo facilitarán la coordinación de cuantos sectores intervengan en la atención de este alumnado”. (art. 8.2)

“Los centros adoptarán las medidas oportunas dirigidas al alumnado que presente necesidad específica de apoyo educativo”. (art. 8.3)

“Los centros atenderán a los niños y niñas que presenten necesidades educativas especiales buscando la respuesta educativa que mejor se adapte a sus necesidades y características personales”. (art. 8.4)

B) Educación Primaria

La Educación Primaria comprende seis cursos académicos, desde los seis a los doce años de edad y se organizará en tres ciclos de dos años cada uno que se cursarán ordinariamente entre los seis y los doce años de edad.

La finalidad de la educación primaria es proporcionar a todos los niños y niñas una educación que permita afianzar su desarrollo personal y su propio bienestar, adquirir las habilidades culturales básicas relativas a la expresión y comprensión oral, a la lectura, a la escritura y al cálculo, así como desarrollar las habilidades sociales, los hábitos de trabajo y estudio, el sentido artístico, la creatividad y la afectividad.

La acción educativa en esta etapa procurará la integración de las distintas experiencias y aprendizajes del alumnado y se adaptará a sus ritmos de trabajo.

Desarrollo normativo:

Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la educación primaria. Artículo 13. Atención a la diversidad.

“La intervención educativa debe contemplar como principio la diversidad del alumnado, entendiéndolo que de este modo se garantiza el desarrollo de todos ellos a la vez que una atención personalizada en función de las necesidades de cada uno”. (art. 13.1)

“Los mecanismos de refuerzo que deberán ponerse en práctica tan pronto como se detecten dificultades de aprendizaje, serán tanto organizativos como curriculares. Entre estas medidas podrán considerarse el apoyo en el grupo ordinario, los agrupamientos flexibles o las adaptaciones del currículo”. (art. 13.2)

“Para que el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo al que se refiere el artículo 71 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pueda alcanzar el máximo desarrollo de sus capacidades personales y los objetivos de la etapa, se establecerán las medidas curriculares y organizativas oportunas que aseguren su adecuado progreso”. (art. 13.3)

“Las administraciones educativas, con el fin de facilitar la accesibilidad al currículo, establecerán los procedimientos oportunos cuando sea necesario realizar adaptaciones que se aparten significativamente de los contenidos y criterios de evaluación del currículo, a fin de atender al alumnado con necesidades educativas especiales que las precisen, a los que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Dichas adaptaciones se realizarán buscando el máximo desarrollo posible de las competencias básicas; la evaluación y la promoción tomarán como referente los objetivos y criterios de evaluación fijados en dichas adaptaciones. Sin perjuicio de la permanencia durante un curso más en el mismo ciclo, prevista en el artículo 20.4 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la escolarización de este alumnado en la etapa de Educación primaria en centros ordinarios podrá prolongarse un año más, siempre que ello favorezca su integración socioeducativa”. (art. 13.4)

C) Educación Secundaria Obligatoria (ESO)

La etapa de Educación secundaria obligatoria tiene carácter obligatorio y gratuito y constituye, junto con la Educación primaria, la educación básica. Comprende cuatro cursos académicos, que se seguirán

ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad. Con carácter general, los alumnos y las alumnas tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario hasta los dieciocho años de edad cumplidos en el año en que finalice el curso.

Se prestará especial atención a la orientación educativa y profesional del alumnado.

La Educación secundaria obligatoria se organiza de acuerdo con los principios de educación común y de atención a la diversidad del alumnado.

Desarrollo normativo:

Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria. Artículo 12 Atención a la diversidad y Artículo 13 de Diversificación curricular.

“La Educación secundaria obligatoria se organiza de acuerdo con los principios de educación común y de atención a la diversidad del alumnado. Las medidas de atención a la diversidad en esta etapa estarán orientadas a responder a las necesidades educativas concretas del alumnado y a la consecución de las competencias básicas y los objetivos de la Educación secundaria obligatoria y no podrán, en ningún caso, suponer una discriminación que les impida alcanzar dichos objetivos y la titulación correspondiente”. (art. 12.1)

“Las administraciones educativas regularán las diferentes medidas de atención a la diversidad, organizativas y curriculares, que permitan a los centros, en el ejercicio de su autonomía, una organización de las enseñanzas adecuada a las características de su alumnado”. (art. 12.2)

“Entre estas medidas se contemplarán los agrupamientos flexibles, el apoyo en grupos ordinarios, los desdoblamientos de grupo, la oferta de materias optativas, las medidas de refuerzo, las adaptaciones del currículo, la integración de materias en ámbitos, los programas de diversificación curricular y otros programas de tratamiento personalizado para el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo”. (art. 12.3)

“Las administraciones educativas, con el fin de facilitar la accesibilidad al currículo, establecerán los procedimientos oportunos cuando sea necesario realizar adaptaciones que se aparten significativamente de los contenidos y criterios de evaluación del currículo, a fin de atender al alumnado con necesidades educativas especiales que las precisen, a los que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Dichas adaptaciones se realizarán buscando el máximo desarrollo posible

de las competencias básicas; la evaluación y la promoción tomarán como referente los criterios de evaluación fijados en dichas adaptaciones. La escolarización de estos alumnos en la etapa de Educación secundaria obligatoria en centros ordinarios podrá prolongarse un año más, siempre que ello favorezca la obtención del título al que hace referencia el artículo 15 y sin menoscabo de lo dispuesto en el artículo 28.6 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”. (art. 12.5)

“Las medidas de atención a la diversidad que adopte cada centro formarán parte de su proyecto educativo, de conformidad con lo que establece el artículo 121.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”. (art. 2.8)

“En el marco que establezcan las administraciones educativas los centros podrán organizar programas de diversificación curricular para el alumnado que, tras la oportuna evaluación, precise de una organización de los contenidos, actividades prácticas y materias del currículo diferente a la establecida con carácter general y de una metodología específica para alcanzar los objetivos y competencias básicas de la etapa y el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria”. (art. 13.1)

“Podrán participar en estos programas los alumnos y las alumnas desde tercer curso de Educación secundaria obligatoria. Asimismo, podrán hacerlo quienes, una vez cursado segundo, no estén en condiciones de promocionar a tercero y hayan repetido ya una vez en la etapa. En todo caso su incorporación requerirá la evaluación tanto académica como psicopedagógica y la intervención de la Administración educativa, en los términos que ésta establezca, y se realizará una vez oído el propio alumno y su familia”. (art. 13.2)

D) Programas de Garantía Social

Dirigidos a jóvenes mayores de 16 años y menores de 21 (según la Comunidad Autónoma, el máximo puede ser hasta los 25), que no hayan alcanzado los objetivos de la Educación Secundaria Obligatoria ni posean titulación alguna de Formación Profesional.

Son programas de formación para jóvenes sin cualificación profesional, destinados a mejorar su formación general y a capacitarles para realizar determinados oficios, trabajos y perfiles profesionales. Su duración varía, normalmente, entre las 720 y las 1.800 horas de formación distribuidas entre 26 y 30 horas semanales.

Son enseñanzas no regladas. Su finalidad es facilitar la inserción laboral o la reinserción educativa de los jóvenes. Algunas modalidades

son compatibles con un contrato de trabajo. Contemplan la posibilidad de realizar prácticas en empresas.

Los programas se desarrollan en distintas modalidades adaptadas a las características, necesidades e intereses de los alumnos. Estas modalidades se diferencian por el tipo de jóvenes a quienes va dirigido el programa, su duración, centros o entidades que lo imparten, profesorado, estructura, etc.

Para alumnos con necesidades educativas especiales: Pretende preparar a Jóvenes con discapacidad, entre 16 y 21 años, que, escolarizados en centros ordinarios no han alcanzado los objetivos de la E.S.O. para la inserción social y laboral y favorecer su autonomía personal. Se imparte en centros docentes públicos y en entidades privadas sin ánimo de lucro subvencionadas.

- Estructura.
- Área de Formación Profesional Específica: 15-18 horas.
- Área de Formación y Orientación Laboral: 2-3 horas.
- Área de Formación Básica: 6-9 horas.
- Actividades Complementarias: 2-3 horas.
- Tutoría: 1-2 horas.

Las prácticas son voluntarias, con una duración máxima de 150 horas, que se consideran parte del Área de Formación Profesional (preferentemente en el último trimestre del 2.º curso).

Tiene una duración de dos cursos académicos o 1.800 horas de formación (26-30 horas semanales). Cuentan con una ratio de máximo 12 alumnos por grupo.

Desarrollo normativo:

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en el artículo 30 que corresponde a las Administraciones educativas organizar programas de cualificación profesional inicial destinados al alumnado mayor de dieciséis años, que no hayan obtenido el título de Graduado en educación secundaria obligatoria.

El Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, dice que en el año académico 2008-2009 se implantarán los programas de cualificación profesional inicial y se dejarán de aplicar los programas de garantía social regulados en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de

Ordenación General del Sistema Educativo:

La Orden de 12 de enero de 1993 regula los programas de Garantía Social y señala que dichos programas se desarrollarán en distintas modalidades adaptadas a las características, necesidades y expectativas del alumnado.

Asimismo, en el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de la Educación del Alumnado con Necesidades Educativas Especiales, se establece que el alumnado con discapacidad podrá cursar los programas de Garantía Social en régimen de integración en los grupos ordinarios o en una modalidad específicamente organizada para ellos, con el fin de proporcionarles una formación básica y profesional facilite su acceso al mundo laboral.

E) Bachillerato

El bachillerato forma parte de la educación secundaria postobligatoria y comprende dos cursos académicos.

Se desarrolla en modalidades diferentes, se organiza de modo flexible y, en su caso, en distintas vías dentro de cada modalidad, a fin de que pueda ofrecer una preparación especializada al alumnado acorde con sus perspectivas e intereses de formación o permita la incorporación a la vida activa una vez finalizado el mismo.

Sus finalidades son proporcionar a los estudiantes formación, madurez intelectual y humana, conocimientos y habilidades que les permitan desarrollar funciones sociales e incorporarse a la vida activa con responsabilidad y competencia. Asimismo, capacitará a los alumnos para acceder a la educación superior.

Desarrollo normativo:

Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas. Disposición adicional sexta. Alumnado con necesidades educativas especiales.

Las administraciones educativas establecerán las condiciones de accesibilidad y recursos de apoyo que favorezcan el acceso al currículo del alumnado con necesidades educativas especiales y adaptarán los instrumentos, y en su caso, los tiempos y apoyos que aseguren una correcta evaluación de este alumnado.

F) Formación profesional

La formación profesional comprende el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica. Incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores así como las orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales.

La regulación contenida en la Ley Orgánica de Educación se refiere a la formación profesional inicial que forma parte del sistema educativo.

La formación profesional en el sistema educativo comprende un conjunto de ciclos formativos con una organización modular (la evaluación del aprendizaje del alumnado en los ciclos formativos se realizará por módulos profesionales; la superación de un ciclo formativo requerirá la evaluación positiva en todos los módulos que lo componen), de duración variable y contenidos teórico-prácticos adecuados a los diversos campos profesionales. Los ciclos formativos serán de grado medio y de grado superior y estarán referidos al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales.

Podrán cursar la formación profesional de grado medio quienes se hallen en posesión del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria. Podrán cursar la formación profesional de grado superior quienes se hallen en posesión del título de Bachiller.

También podrán acceder a la formación profesional aquellos aspirantes que, careciendo de los requisitos académicos, superen una prueba de acceso regulada por las Administraciones educativas. Para acceder por esta vía a ciclos formativos de grado medio se requerirá tener diecisiete años como mínimo, y diecinueve para acceder a ciclos formativos de grado superior, cumplidos en el año de realización de la prueba o dieciocho si se acredita estar en posesión de un título de Técnico relacionado con aquél al que se desea acceder.

Los alumnos que superen las enseñanzas de formación profesional de grado medio recibirán el título de Técnico de la correspondiente profesión. El título de Técnico, en el caso del alumnado que haya cursado la formación profesional de grado medio, permitirá el acceso directo a todas las modalidades de Bachillerato. Los alumnos que superen las enseñanzas de formación profesional de grado superior obtendrán el título de Técnico Superior. El título de Técnico Superior permitirá el acceso a ciertos estudios universitarios.

La formación profesional en España está regulada actualmente por el Real Decreto 538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.

G) Enseñanzas universitarias

Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales.

Este real decreto tiene por objeto desarrollar la estructura de las enseñanzas universitarias oficiales, de acuerdo con las líneas generales del Espacio Europeo de Educación Superior y de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su nueva redacción dada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la anterior. Asimismo, este real decreto establece las directrices, condiciones y el procedimiento de verificación y acreditación, que deberán superar los planes de estudios conducentes a la obtención de títulos.

Aparecen las siguientes referencias a personas con discapacidad:

En su Artículo 3 hace referencia a las Enseñanzas universitarias y expedición de títulos. Entre los principios generales que deberán inspirar el diseño de los nuevos títulos, los planes de estudios deberán tener en cuenta que cualquier actividad profesional debe realizarse: b) desde el respeto y promoción de los Derechos Humanos y los principios de accesibilidad universal y diseño para todos de conformidad con lo dispuesto en la disposición final décima de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

En el Artículo 14, referido al acceso a las enseñanzas oficiales, hace referencia a que las universidades dispondrán de sistemas accesibles de información y procedimientos de acogida y orientación de los estudiantes de nuevo ingreso para facilitar su incorporación a las enseñanzas universitarias correspondientes. Estos sistemas y procedimientos deberán incluir en el caso de estudiantes con necesidades educativas específicas derivadas de su discapacidad, los servicios de apoyo y asesoramiento adecuados, que determinarán la necesidad de posibles adaptaciones curriculares.

En su Artículo 17 hace referencia a la admisión a las enseñanzas oficiales de Máster determinando que estos sistemas y procedimientos deberán incluir, en el caso de estudiantes con necesidades educativas específicas derivadas de discapacidad, los servicios de apoyo y asesora-

miento adecuados que evaluarán la necesidad de posibles adaptaciones curriculares, itinerarios o estudios alternativos. En la misma línea se expresa en su Artículo 20, donde hace referencia a la admisión en enseñanzas de doctorado.

Si hacemos un recorrido por las etapas educativas, en términos generales el punto de partida será la atención temprana y la educación infantil. Posteriormente, los años de escolaridad obligatoria donde los alumnos disfrutarán de las mismas oportunidades que sus compañeros independientemente de que sea en un centro ordinario o de educación especial. La etapa de educación secundaria puede suponer dificultades más importantes que estriban, en la menor accesibilidad al currículum y a la propia organización de la enseñanza secundaria pero la oferta educativa contemplará también equipamientos específicos en el caso de adaptaciones curriculares altamente significativas. Los centros reducirán el número de alumnos por aula, tendrán más profesores y más recursos educativos, recibirán una atención preferente de los equipos psicopedagógicos y también posibilitarán la preparación profesional y la formación laboral de los alumnos con deficiencia más graves, se realizarán las adaptaciones necesarias en los módulos profesionales. La educación de los adolescentes y los adultos con necesidades especiales se contemplará en los programas que se oferten en el marco de la Educación Permanente de Adultos.

2. Modalidades de escolarización

Tal y como hemos descrito en apartados anteriores nuestra legislación contempla diferentes modalidades de escolarización para responder a las necesidades educativas de los alumnos con discapacidad.

Como ya hemos dicho, la apuesta de nuestro sistema educativo es la integración escolar y sólo en casos de gravedad se orienta a centros de educación especial. Entre uno y otro modelo existen diferentes caminos para ofrecer la alternativa que mejor se adecúe a las necesidades del alumno.

A) Integración escolar en centros ordinarios

Este modelo implica que el alumno con necesidades educativas especiales se educa en el sistema común, si bien recibiendo los apoyos oportunos –materiales, funcionales, humanos– cuando los requiere.

Está comprobado que no hay diferencia significativa en los aprendizajes que alcanzan los alumnos en función del tipo de centro donde se escolaricen (de educación especial u ordinarios), pero sí aparece una diferencia significativa en el grado de socialización a favor de la escolarización en centros ordinarios. Esta es la razón principal de la opción educativa adoptada, no sólo en España, sino con carácter internacional.

Además, para el alumnado general su educación en una escuela con integración es más formativa que para los propios alumnos con necesidades educativas especiales. Se aprende en la vida diaria a respetar las diferencias, a convivir con personas distintas, a conocer la realidad social con la que se enfrentarán al finalizar la educación obligatoria, a desarrollar actitudes solidarias y de ayuda mutua. Cualquier contenido de la educación se aprende viviendo, se aprende practicándolo en el día a día escolar.

Es la fórmula más adecuada sobre todo a edades tempranas. Es fundamental que el centro cuente con los recursos adecuados, tanto profesionales formados como organizativos y materiales.

La admisión de alumnado con necesidades educativas especiales se ajustará al procedimiento, condiciones y calendario establecidos con carácter general, para el resto del alumnado.

Impulsada a partir del Real Decreto de 6 de marzo de 1985.

Tal y como hemos visto en el apartado anterior y de acuerdo con la normativa legal vigente, el alumnado integrado seguirá su escolaridad en las mismas condiciones que el resto, con las adaptaciones curriculares y las prórrogas que resulten precisas, en su caso. Al finalizar la educación obligatoria, si obtiene el título podrá cursar estudios superiores o ciclos Normativos de grado medio. En caso contrario, puede incorporarse a programas de garantía social, en los que se capacitará para el desempeño de un trabajo según sus posibilidades. Estos programas, a su vez, serán los ordinarios o los específicos para alumnado con necesidades educativas especiales.

B) Unidades de Educación Especial

Supone una integración parcial del alumno con discapacidad.

Consiste en la creación de un aula estable de educación especial en el centro ordinario para atender a un grupo reducido de alumnos que necesitan adaptaciones curriculares significativas y permanentes.

Estos alumnos comparten algunas actividades con el resto de los alumnos escolarizados en régimen ordinario de su misma edad. Está a cargo de profesionales especializados.

Se planteó esta modalidad a partir del Plan Nacional de Educación Especial de 1978.

C) *Escolarización combinada*

Se caracteriza por el desarrollo compartido del proceso de enseñanza del alumno entre el colegio de educación especial y el colegio de educación ordinario.

Se dirige a aquellos alumnos con necesidades educativas especiales que tienen dificultades para integrarse a tiempo completo y requieren un currículum alternativo.

Exige un importante esfuerzo de coordinación entre centros. Deben estar bien definidos los objetivos, la programación y las responsabilidades de cada uno.

Modalidad promovida en el artículo 36.3 de la LOGSE.

D) *Escolarización en Centros de Educación Especial*

Hay situaciones que aconsejan la escolarización en centros de educación especial. Requerir un alto grado de especialización de profesionales, el despliegue de medios específicos y/o el desarrollo de programas muy individualizados pueden hacer más idónea esta modalidad pero no por ello se debe descuidar la integración social de su alumnado.

Los Centros de Educación Especial son Centros Educativos en los que se escolariza alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a severas condiciones permanentes de discapacidad y en los que concurren un conjunto de servicios, recursos y medidas no generalizables en el sistema educativo ordinario. Cuentan con dos niveles de enseñanza:

- Enseñanza Básica Obligatoria.
- Programas de transición a la vida adulta.

Para evitar la segregación el centro de educación especial debe estar abierto al entorno y facilitar la realización de actividades combinadas con centros ordinarios. La mayor parte de los centros así lo hacen, con plena satisfacción para los profesionales, familias, alumnos y alumnas.

La convivencia favorece el enriquecimiento personal, y es fundamental que estos planteamientos impregnen el conjunto del sistema educativo.

Especialmente indicado para alumnos con necesidades educativas especiales que requieren más apoyos de forma permanente y que suponen adaptaciones muy significativas del currículum ordinario. Tal y como señala el art. 2 del Real Decreto de 6 de marzo de 1985, la escolarización en centros específicos durará el tiempo que la disminución haga imposible su integración.

Estos centros pretenden alcanzar el máximo desarrollo de las capacidades del alumnado para que mejore su calidad de vida. Se divide en educación básica obligatoria y formación para la transición a la vida adulta.

Estos centros cumplen los mismos requisitos técnicos y administrativos que todo establecimiento educacional, de acuerdo con la normativa vigente, debiendo aplicar, según corresponda, el currículum oficial o los planes y programas aprobados para la modalidad por el Ministerio de Educación. Se caracterizan por flexibilizar la organización de las situaciones de enseñanza de forma que sea posible personalizar las experiencias de aprendizaje comunes sin perder de vista las necesidades concretas de cada alumno. Además de promover una orientación hacia situaciones progresivamente más normalizadoras.

El alumnado escolarizado en un centro de educación especial, después de cursar la educación básica obligatoria, se insertará en los programas de formación para la transición a la vida adulta, de manera que pueda desarrollar capacidades suficientes para llevar a cabo su inserción laboral en función del nivel de desarrollo alcanzado.

Todas las modalidades de escolarización para dar respuesta a las necesidades educativas especiales deben:

- Disponer de un proyecto educativo de centro: Este proyecto será compartido por toda la comunidad educativa, asumirá tanto a nivel conceptual como metodológico y organizativo, la diversidad como factor inherente a todo grupo humano y dará sentido a todas las actuaciones y servicios que puedan precisar los alumnos, teniendo siempre a las situaciones menos restrictivas.
- Estructurarse en etapas educativas: La atención a los alumnos con necesidades educativas especiales debe ser contemplada en todas las etapas educativas.
- Garantizar la colaboración entre la familia y la escuela: La Participación de los padres debe asegurarse tanto en el plan institucional como parte de la comunidad educativa, a través del consejo esco-

lar y por medio de la asociación de padres, como en el ámbito personal. Esa participación comienza en el proceso de identificación y valoración de necesidades y debe prolongarse en el seguimiento de la acción educativa. Son suficientemente conocidos los efectos positivos que en el desarrollo educativo, de los alumnos con necesidades educativas especiales tienen la colaboración entre la familia y la escuela.

- Implicar a la Administración Educativa: La Administración Educativa debe comprometerse con los profesores y demás profesionales, con la escuela en su conjunto y con los padres, en la tarea de responder mejor a las demandas de los alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales dentro del marco escolar. Y de modo complementario a otras iniciativas con relación al desarrollo curricular; a la formación de los distintos profesionales, a la difusión de nuevas tecnologías, etc., debe arbitrar medidas tendentes a la consecución de los siguientes objetivos: la elaboración de orientaciones, instrumentos y modelos para la identificación y valoración de las necesidades educativas especiales y para la diversificación del proceso de enseñanza y aprendizaje, con hincapié en las adaptaciones curriculares y en los modelos organizativos; el diseño de modelos y materiales de formación y el desarrollo de actividades en este campo; la promoción de la investigación educativa pertinente y la edición y difusión de los correspondientes materiales.

Elegir la modalidad educativa más adecuada es una decisión difícil. Cualquiera será buena si para la decisión se han tenido en cuenta las necesidades, características e intereses del alumno, la opinión de los padres y la valoración de los equipos de orientación psicopedagógica. Tratando de buscar el entorno menos restrictivo posible y facilitando al máximo la participación del alumno en los recursos y en las situaciones educativas normalizadas.

Se trata de encontrar aquélla que mejor se adapte a las necesidades del niño o joven con discapacidad. Un buen punto de partida es que la decisión esté guiada por principios de integración y normalización y respete su ritmo individual de aprendizaje a través de apoyos. La evaluación de los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica es útil a la hora de establecer sus capacidades, habilidades y aptitudes y proponer aquélla que consideran más adecuada. Habrá que tener en cuenta su valoración y el dictamen emitido por el equipo correspondiente.

La respuesta a las necesidades especiales exige flexibilidad y comprensión.

La identificación de las necesidades educativas del alumno constituye el punto de partida para la determinación de las actuaciones educativas que se concretan en el currículo escolar, así como de los recursos personales y materiales precisos para su proceso educativo. En definitiva, nos permite la concreción de la modalidad educativa más conveniente. Previamente hay que realizar una valoración pluridimensional en la que se atiende a los siguientes aspectos:

- Características personales del alumno.
- Datos revelantes del alumno y su entorno.
- Orientaciones para realizar adecuaciones organizativas y curriculares.
- Datos para uso administrativo y estadístico (no incluye por escrito información que afecte a la intimidad personal del alumno y de la familia).

Algunos autores han analizado las ventajas e inconvenientes de la escolarización en centros de educación especial.

Según TOLEDO (1981) la escolarización en centros de educación especial tiene algunos inconvenientes. Entre ellos destaca:

- La escuela especial tiene un fuerte efecto de etiquetaje en su alumnado.
- La persona con discapacidad adquiere un concepto erróneo de la sociedad multiforme en la que debe vivir y desarrollarse.
- La frustración de sentirse distinto que con la segregación se quiere evitar se dará igualmente más adelante.
- La sociedad que está fuera de la escuela especial es muy difícil que acepte y asuma en su dinámica social a personas que no ha tenido oportunidad de ver y tratar en las escuelas, los parques y las calles de su barrio.

En otro orden, la Declaración de Salamanca (UNESCO, 1994) señala que *“Esas escuelas especiales pueden suponer un recurso muy valioso para la creación de escuelas integradoras. El personal de estas instituciones especiales posee los conocimientos necesarios para la pronta identificación de los niños con discapacidades. Las escuelas especiales pueden servir también como centros de formación para el personal de las escuelas ordinarias. Finalmente, las escuelas especiales –o los departamentos dentro de las escuelas integradoras– pueden continuar ofreciendo una mejor educación a los relativamente pocos alumnos que no pueden ser atendidos en las escuelas o clases ordinarias. La inversión en las*

escuelas especiales existentes debería orientarse a facilitarse nuevo cometido de prestar apoyo profesional a las escuelas ordinarias para que éstas puedan atender a las necesidades educativas especiales” (Declaración de Salamanca, punto 9).

V. RECURSOS PARA LA ATENCIÓN DEL ALUMNADO CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES EN ENSEÑANZA REGLADA

Todos los alumnos precisan a lo largo de su escolaridad diversas ayudas pedagógicas de tipo personal, técnico o material, con el objeto de asegurar los fines generales de la educación. Los alumnos con necesidades educativas especiales pueden precisar otro tipo de ayudas menos usuales. A continuación los recursos con los que cuentan:

1. Recursos profesionales en el centro educativo

A) Equipos de sector

Formados por equipos de orientación educativa y psicopedagógica (EOEP), equipos de atención temprana y equipos específicos.

A raíz de la puesta en marcha de la política de integración en centros ordinarios de alumnos con necesidades educativas especiales, se crearon los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica, que intervienen en los centros. Están formados por psicólogos y/o pedagogos, y trabajadores sociales. Sus funciones generales son:

- Detectar las dificultades de aprendizaje, realizar la evaluación psicopedagógica y el proceso de escolarización de un alumno con necesidades educativas especiales.
- Asesorar al profesorado sobre la atención a la diversidad: metodología, materiales, tratamiento específico de algunas deficiencias, adaptaciones curriculares, etc.
- Trabajar con las familias del alumnado con necesidades educativas en general, y con aquellas que presentan desventaja sociofamiliar en particular.

También existen Equipos de Atención Temprana en aquellas zonas donde hay mayor población de 0 a 6 años; y Equipos Específicos que atienden a las demandas que plantean de forma muy específica algunas deficiencias, como son las deficiencias auditivas y motóricas.

B) Maestros de Pedagogía Terapéutica

Son maestros que han realizado la especialidad de Educación Especial, y que aplican las didácticas especiales; trabajan con metodologías específicas para los alumnos con necesidades educativas especiales. Normalmente trabajan de forma individual o en pequeño grupo, fuera del aula ordinaria.

C) Especialistas en Audición y Lenguaje

Son maestros que se han especializado en cuestiones de logopedia y trastornos de la comunicación. Trabajan, preferentemente, con alumnos con deficiencia auditiva y con aquellos de deficiencia motórica a los que les afecte el habla.

En Educación Infantil trabajan fundamentalmente con aquellos casos en los que se plantean retrasos de lenguaje y comunicación, retrasos del habla, disfonías, dislalias...

2. Recursos técnicos y materiales

Algunos de los recursos técnicos y materiales con los que se puede contar en función del tipo de discapacidad con el que se esté desarrollando la labor educativa.

— Discapacidad sensorial.

Para alumnos que presenten algún tipo de deficiencia visual podemos facilitarles recursos como lectores de texto, lectura braille, impresoras de braille, calculadoras parlantes, programas de texto con voz, detectores de obstáculos, lupas amplificadoras...

Para alumnos que presenten algún tipo de deficiencia auditiva podemos contar con recursos como teléfonos con transcripción de texto, programas para la conversión de voz en texto, generadores de ondas de sonidos para el entrenamiento del habla, sistemas de amplificación electrónica del sonido.

— Discapacidad física.

Para alumnos con algún tipo de problema motórico, podemos encontrar teclados alternativos adaptados, programas reconocedores de voz, instrumentos de control remoto para el desplazamiento de sillas, control de luces...

Para alumnos con problemas en la expresión verbal, podemos utilizar sintetizadores de voz.

— Discapacidad intelectual

Podemos utilizar programas y recursos TIC, programas de refuerzo, nuevos entornos de aprendizaje virtuales, programas de entrenamiento psicomotriz, materiales didácticos de refuerzo.

VI. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Adaptación Curricular

Estrategia educativa, generalmente dirigida a alumnos con necesidades educativas especiales y consistente en la adecuación en el currículum de un determinado nivel educativo con el objetivo de hacer que determinados objetivos o contenidos sean más accesibles a un alumno o un determinado tipo de personas o bien eliminar aquellos elementos del currículum que les sea imposible alcanzar por su discapacidad.

Atención Temprana

Conjunto de intervenciones, dirigidas a la población infantil de 0-6 años, a la familia y al entorno, que tienen por objetivo dar respuesta lo más pronto posible a las necesidades transitorias o permanentes que presentan los niños con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos. Estas intervenciones, que deben considerar la globalidad del niño, han de ser planificadas por un equipo de profesionales de orientación.

Currículum

Conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación en los distintos niveles y modalidades educativas.

Deficiencia

Toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica y anatómica.

Discapacidad

Toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.

Diversificación curricular

Programas que tienen por finalidad que los alumnos y alumnas, mediante una metodología y unos contenidos adaptados a sus características y necesidades, alcancen los objetivos generales de la etapa de Educación Secundaria Obligatoria y, por lo tanto, obtengan el título de Graduado en Educación Secundaria. Pueden acceder a estos programas los alumnos y alumnas mayores de dieciséis años, o que los cumplan en el año en que acceden al programa, previa evaluación psicopedagógica, oídos el propio alumno o alumna y sus padres, y con el informe del Servicio de Inspección de Educación.

Educación Especial

Es aquélla destinada a alumnos con necesidades educativas especiales debidas a sobredotación intelectual o discapacidades psíquicas, físicas o sensoriales. En sentido amplio comprende todas aquellas actuaciones encaminadas a compensar dichas necesidades, ya sea en centros ordinarios o específicos.

Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica

Equipos responsables de la Orientación Educativa en las etapas de Educación Infantil y Primaria. Están organizados en sectores, desarrollando el asesoramiento, apoyo y colaboración con el profesorado para la mejora de la calidad educativa, con especial dedicación a las necesidades educativas del alumnado. Hay tres tipos de Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEPs): Atención Temprana, intervienen, principalmente, en las Escuelas Infantiles (0-6 años), generales, desarrollan su actuación en los centros de educación infantil y primaria (3-12 años) y específicos de Discapacidad motora, discapacidad visual, discapacidad auditiva y alteraciones graves del desarrollo, tienen competencias en la orientación específica de las discapacidades respectivas, en todas la etapas educativa. Su ámbito de intervención es regional.

Inclusión educativa

Concepto teórico de la pedagogía que hace referencia al modo en que la escuela debe dar respuesta a la diversidad basado en el derecho de todos los alumnos a recibir una educación de calidad, igualdad de oportunidades y sin discriminación de ningún tipo.

Minusvalía

Situación de desventaja de una persona que, a consecuencia de una deficiencia o discapacidad, tiene limitado o impedido el desarrollo de sus roles habituales.

Necesidades educativas especiales

Necesidades de un alumno cuando presenta dificultades mayores que el resto de sus compañeros para acceder a los aprendizajes que se determinan en el currículo que le corresponde por su edad y necesita, para compensar dichas dificultades, adaptaciones de acceso y/ o adaptaciones curriculares significativas en varias áreas de ese currículo. Alumnado que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta.

Proyecto curricular de centro

Documento que refleja la toma de decisiones por parte del profesorado de una determinada etapa educativa en el que establece, a partir del análisis del contexto de su centro, una serie de acuerdos acerca de las estrategias de intervención didáctica que va a utilizar, con el fin de asegurar la coherencia y éxito de su práctica docente.

Refuerzo educativo

Es una medida ordinaria de atención a la diversidad que afecta a elementos no prescriptivos del currículum: metodología, organización, agrupamientos, actividades, secuencia de contenidos, formas e instrumentos de evaluación. Está dirigido a aquellos alumnos/as que con la modificación de dichos elementos no prescriptivos del currículum pueden seguir el proceso ordinario de enseñanza-aprendizaje.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA EUROPEA PARA EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN ESPECIAL. C.J.W. (1998): *Integración en Europa: Tendencias en 14 países europeos*. Middelfart (Dinamarca): Editorial Meijer.
- GALOFRE, R. y LIZÁN, N. (2005): *Una escuela para todos*, Madrid: Ediciones la Torre.
- JIMÉNEZ, P. y VILÁ, M. (1999): “De educación especial a educación en la diversidad”. Málaga: Ediciones Aljibe.
- JIMÉNEZ, R. B. (2002): *Necesidades educativas especiales*, Málaga: Ediciones Aljibe.
- JIMÉNEZ, R. B. (2002): *La escuela para todos, la integración escolar*, Málaga: Ediciones Aljibe.
- LORENZO, M. y SOLA, T. (2002): *Didáctica y organización de la educación especial*, Madrid: Dykinson.
- PÉREZ DE URBEL, J. (1973): *Fray Ponce de León y el origen del arte de enseñar a los sordomudos*, Madrid: Obras Selectas.
- REDONDO, E. (2001): *Introducción a la historia de la educación*, Barcelona: Ariel.
- TOLEDO, M. (1986): *La escuela ordinaria ante el niño con necesidades especiales*, Madrid: Santillana.
- VVAA (2000): *Manuales de buenas prácticas: Educación para personas con retraso mental. Orientaciones para la calidad*, Madrid: Feaps.
- VIÑAO, A. (2006): *Sistemas educativos, culturas escolares y reformas*, Madrid: Ediciones Morata.

ENLACES DE INTERÉS

- Página web Ministerio de Educación y Ciencia: www.mec.es
- Declaración de Salamanca (UNESCO,1994) – www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_S.PDF
- Portal de Personas con Discapacidad – www.discapnet.es
- Comité Español de Representantes de Minusválidos – www.cermi.es
- Servicio de Información sobre Discapacidad – www.sid.usal.es

MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA*

El empleo de las personas con discapacidad: presente, pasado y futuro desde una perspectiva europea

SUMARIO: I. Introducción. II. Las políticas de empleo de la UE y la Estrategia Europea de Empleo. III. El Empleo de las Personas con Discapacidad. IV. Tendencias de futuro.

I. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido, el empleo no es propiamente una competencia comunitaria, sino que sigue dependiendo en su mayor parte de los Estados miembros, pero el hecho de la creciente actividad legislativa comunitaria en todos los ámbitos, muchos de ellos directamente relacionados con el empleo, hace que cualquier análisis en materia de empleo a nivel nacional deba ser realizado en el contexto más amplio de la Unión Europea. No debemos olvidar que, según los últimos cálculos, cerca del 70% de la legislación que es aprobada en los Estados miembros proviene, directa o indirectamente, de Bruselas.

Aunque en este artículo haré especial énfasis en el empleo, intentaré enmarcarlo en el contexto más amplio de los desafíos y oportunidades a las que se enfrenta las personas con discapacidad a nivel europeo. Así

* Doctor en Derecho. Es Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de Fundación ONCE, Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CESE) en representación de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) y Asesor Jurídico del CERMI.

pues comenzaré con algunas reflexiones históricas que nos ayuden en nuestras predicciones de futuro. No hay que olvidar que el proceso de integración europeo es eso, un proceso, una evolución, y las políticas europeas que afectan a las personas con discapacidad, también lo son.

El artículo se estructura en tres partes principales:

- Primero, por un lado intentaré a grandes pinceladas ofrecer una idea de la política europea de empleo y la Estrategia Europea de Empleo.
- En segundo lugar, contextualizaré la política de empleo en el marco más amplio del plan de acción de discapacidad.
- Finalmente, me permitiré explorar algunas tendencias de futuro sobre la situación de las personas con discapacidad a nivel europeo y el correspondiente marco regulatorio.

II. LAS POLÍTICAS DE EMPLEO DE LA UE Y LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO (EEE)

Como decía anteriormente, el empleo no es propiamente una competencia comunitaria, sino que sigue dependiendo en su mayor parte de los Estados miembros, lo que no va a cambiar con el nuevo Tratado acordado por los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Lisboa celebrada los días 18 y 19 de octubre de 2007.

Ello no quita para que la UE tenga su propia política de empleo que principalmente está dirigida a coordinar y armonizar en la medida de lo posible las políticas de empleo de los Estados miembros, 27 en la actualidad. El *rationale* no es otro que un mercado único y requiere, si no una política de empleo única, sí una cierta coordinación y armonización. Aunque hay diferencias de un Estado miembro a otro, como iremos viendo, los desafíos más importantes son compartidos.

Los orígenes de la EEE se remontan ya a principios de los años 90. Fue entonces cuando hubo por primera vez conciencia de la necesidad de acción a nivel europeo en materia de empleo. El debate surgió cuando, tras la crisis económica de principios de los 90 nuestros políticos se dieron cuenta de que los problemas económicos y sociales existentes eran también en parte una consecuencia de las asimetrías del proceso de integración europea. Así, mientras el ritmo de integración europea había sufrido importantes aceleraciones en distintos ámbitos, la UE carecía de herramientas y estrategias suficientemente robustas para afrontar *shocks* macroeconómicos, ni disponía tampoco de respuestas eficaces para prevenir y atajar los persistentes niveles de desempleo que,

como los que ya somos algo mayores recordaremos, eran ciertamente preocupantes y que suponían el caldo de cultivo ideal para el desempleo laboral de larga duración y otros problemas estructurales del mercado laboral.

En otras palabras, los problemas estructurales en materia de empleo no eran sólo el resultado del pesimismo tecnológico, de la escasa creación de empleo, del temor a la globalización o del aumento de la competencia procedente principalmente de los países en vías de desarrollo, sino que también era el resultado de errores propios.

Todos esos problemas condujeron a un renovado interés en encontrar soluciones europeas a través de una mayor coordinación y convergencia de las políticas, a las que no se escaparía la política de empleo. Dicha coordinación y convergencia habían comenzado en el campo macroeconómico a través del Tratado de Maastricht, en el que se puso un mayor énfasis en la dimensión social del modelo europeo a través de un protocolo social. Pero más allá del Tratado, el debate se dirigió hacia las políticas estructurales, las cuales son el complemento necesario para el *policy-mix* macroeconómico indispensable para el éxito de la Unión Económica y Monetaria. Y obviamente el empleo era uno de los ingredientes clave.

El empleo comenzó a abordarse verdaderamente a nivel europeo con el famoso Libro Blanco del presidente Jacques Delors sobre crecimiento, competitividad y empleo, adoptado en 1993. El mismo sentó los cimientos ideológicos, políticos y analíticos sobre los que posteriormente se construiría un enfoque europeo coordinado en materia de empleo.

Si ese fue el momento clave a nivel político, desde el punto de vista legal lo fue la aprobación en 1997 del Tratado de Ámsterdam. Hasta entonces los avances en la coordinación de las políticas de empleo y laborales de los Estados miembros se caracterizaban por seguir el patrón tradicional de la colaboración intergubernamental, como pasa en la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) o en la OIT (Organización Internacional del Trabajo). Así, mientras que la responsabilidad por la política laboral estaba bajo la exclusividad de los Estados miembros, el papel de la Comisión era fomentar la cooperación entre ellos a nivel europeo mediante la adopción de iniciativas, elaboración de informes sobre tendencias y perspectivas en materia de empleo y la realización de investigaciones y trabajo analítico, sin contar con una verdadera base legal en el Tratado que permitiera ir más allá en esa colaboración supranacional. Además, la Comisión promovía la diseminación de información y ayudaba a los Estados miembros en la lucha contra el desempleo y la exclusión social con financiación comunitaria, principalmente a través del Fondo Social Europeo, cuyas

virtudes nosotros tan bien conocemos. Era complicado ir más allá porque cualquier decisión en el Consejo requería la unanimidad de todos los Estados miembros, lo que dificultaba en gran medida cualquier avance.

A pesar de ello, se consiguieron algunos avances, principalmente en la lucha contra el desempleo. Así, inspirado en el Libro Blanco de Delors que mencioné hace un momento, el Consejo Europeo de Essen de diciembre de 1994 acordó cinco objetivos que deberían ser perseguidos por los Estados miembros, a saber:

- El desarrollo de los recursos humanos a través de la formación profesional.
- El fomento de inversiones productivas a través de políticas salariales moderadas.
- La mejora de la eficiencia de las instituciones del mercado laboral.
- La identificación de nuevas fuentes de trabajo a través de las iniciativas locales, que fue el germen de las posteriores iniciativas comunitarias en materia de desarrollo local.
- Y la promoción del acceso al mundo del trabajo de los jóvenes, los parados de larga duración y las mujeres.

Estos objetivos, que fueron llamados “la Estrategia de Essen” se vieron reforzados por las conclusiones y resoluciones de Consejos Europeos sucesivos. La Estrategia de Essen sirvió también para dar los primeros pasos en el desarrollo de indicadores europeos comunes y para potenciar el papel de las instituciones a nivel europeo, como fue el caso de la creación a finales de 1996 del Comité de Empleo y Mercado Laboral en el seno del Consejo. Sin embargo, aunque la Estrategia de Essen era el reflejo de un mayor compromiso político en materia laboral, el trabajo estaba basado en conclusiones no vinculantes de los Consejos Europeos y continuaba faltando una base legal clara, una estructura fuerte de carácter permanente y una visión a largo plazo.

Es por todo ello por lo que se puede afirmar que el Tratado de Ámsterdam es el verdadero punto de inflexión en la evolución de un enfoque europeo coordinado en política de empleo.

Así, mientras que bien es verdad que el Tratado de Ámsterdam no modifica ese principio esencial que otorga a los Estados miembros la competencia exclusiva en materia de política de empleo, confía a las instituciones europeas, más concretamente a la Comisión y al Consejo, un papel mucho más relevante, protagonista se podría decir, otorgándoles nuevas tareas y poderosas herramientas. Además integra al Parla-

mento Europeo de forma más directa en el proceso de toma de decisiones y aumenta las responsabilidades de los agentes sociales y sus posibilidades de contribución.

Más detalladamente los principales avances introducidos por el Tratado de Ámsterdam en materia de empleo fueron los siguientes:

- Por un lado definió la consecución de un alto nivel de empleo como uno de los objetivos clave de la Unión Europea, declarando que tal objetivo es tan importante como los objetivos macroeconómicos referentes al crecimiento y a los contenidos en el Pacto de Estabilidad. La importancia del objetivo del empleo se confirma con la creación de un título específico en materia de empleo (no solamente un capítulo), al igual que ocurre con la Unión Económica y Monetaria (UME).
- Hizo especial énfasis en el empleo como un tema “de preocupación común”. Los Estados miembros se comprometen así a coordinar sus políticas laborales a nivel comunitario; lo hacía necesario la UME y el hecho de que la manera en que las medidas laborales son aplicadas en cada país influyan en los parámetros de las políticas laborales de los otros Estados miembros.
- Obligó a los Estados miembros y a la UE a trabajar hacia el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo y particularmente para promover una mano de obra cualificada, formada y adaptable, así como mercados laborales que respondan adecuadamente al cambio económico.
- Conteníó ese principio tan importante, como difícil de traducir, que es el del “*mainstreaming*” de la política de empleo, al exigir el artículo 127 que el impacto de todas las políticas comunitarias en el empleo sea debidamente tenido en cuenta a la hora de su adopción.
- Creó a través de su artículo 128 un marco para un procedimiento de control nacional. Así, las políticas de empleo de los Estados miembros son examinadas por la UE a través de los Informes Conjuntos sobre el Empleo que tienen carácter anual y que son controlados por la Comisión y el Consejo. Además, la Comisión propone y el Consejo adopta también con carácter anual las Directrices de Empleo dirigidas a los Estados miembros, en base a las cuales los Estados miembros han de adoptar sus Planes Nacionales de Acción en materia de Empleo, que a partir de 2005 han quedado integrados en el Programa Nacional de Reformas que abordamos anteriormente. Igualmente, la Comisión puede proponer y el Consejo adoptar recomendaciones dirigidas de forma individual a los Estados miembros.

- Estableció estructuras institucionales permanentes con una base constitucional. Así el artículo 130 crea el Comité de Empleo, el cual permite un debate visible, continuo y transparente sobre el empleo y otros asuntos de política estructural a nivel Europeo, y permite una mejor preparación de las deliberaciones del Consejo.
- Creó una base legal para el análisis, investigación, intercambio de buenas prácticas y la promoción de medidas incentivadoras al empleo (artículo 129), así como otros trabajos llevados a cabo por la Comisión a nivel comunitario en este ámbito que no existían anteriormente.
- Permitió que las decisiones se tomen por mayoría cualificada, lo que evita que un solo país, como sucedía hasta entonces, pueda bloquear decisiones o recomendaciones que puedan ser necesarias para avanzar en la coordinación de las políticas de empleo.

Fue a raíz de estos avances introducidos por el Tratado de Ámsterdam cuando en noviembre de 1997, durante la cumbre de Luxemburgo sobre el empleo, la Unión Europea lanzó la Estrategia Europea de Empleo, con el fin de hacer progresar la lucha contra el desempleo durante los cinco años siguientes.

La misma se centró en aquellos momentos en cuatro ámbitos o pilares fundamentales, a saber: empleabilidad, espíritu de empresa, adaptabilidad e igualdad de oportunidades. Paso a continuación a explicar brevemente en qué consistía cada uno.

En primer lugar, el pilar de empleabilidad tenía por objetivo abordar la falta de cualificación de una gran parte de los trabajadores, mediante la modernización de los sistemas de educación y formación, y mediante el fortalecimiento de su vínculo con el lugar de trabajo. En aquellos momentos se calculaba que más del 20% de los jóvenes abandonaban su carrera escolar sin ningún título reconocido. Además solamente el 10% de los adultos que estaban desempleados estaban recibiendo formación. Ello hacía que hubiese trabajos disponibles que nadie estaba preparado para desempeñar. Para ello el pilar de empleabilidad de la EEE se centró a su vez en cuatro ejes:

- Lucha contra el desempleo juvenil y el de larga duración.
- Facilitación de la transición de la escuela al mundo laboral.
- Transición desde medidas pasivas a medidas activas.
- Desarrollo de un partenariado con los agentes sociales.

El segundo pilar era el de fomentar el espíritu de empresa, el cual perseguía generar un nuevo clima y concienciación que estimulase la

creación de más y mejores trabajos. Para ello los quince decidieron centrarse en tres líneas de acción:

- Hacer más fácil la creación y la gestión de nuevas empresas.
- Desarrollar mercados de capital riesgo.
- Hacer que los sistemas fiscales favoreciesen la generación de empleo.

En tercer lugar, tenemos el pilar de la adaptabilidad, concepto detrás del cual se esconde la intención de equipar a las empresas y a la mano de obra para que pudiesen hacer el mejor uso posible de las nuevas tecnologías, que por aquel entonces estaban aún en una fase emergente, al menos si lo comparamos con ahora, y para adaptarse a las nuevas condiciones del mercado, crecientemente cambiantes debido al fenómeno de la globalización del que no hacía mucho que se había comenzado a hablar. Para ello, los Estados miembros se comprometían a promover la modernización de la organización laboral (horas de trabajo, tipos de contrato, etc.) y la adaptabilidad en las empresas (inversiones en recursos humanos, incentivos fiscales a la formación, redefinición de las políticas de ayudas de Estado, etc.).

Finalmente, en cuarto lugar, se encontraba el pilar de la igualdad de oportunidades, que en aquellos momentos se entendía principalmente desde la perspectiva de género. Afortunadamente gracias al trabajo de *lobbying* que hemos llevado a cabo en la última década en Bruselas, hemos conseguido que se evolucione y al hablar de igualdad de oportunidades nos refiramos también a todos los grupos que sufren discriminación, incluidas obviamente las personas con discapacidad. Sin embargo, en aquellos momentos, la incorporación de las mujeres al mercado laboral era la primera prioridad, de ahí que las líneas de acción girasen todas en torno a la mujer: abordar las lagunas existentes en el empleo de las mujeres, la reconciliación de la vida laboral y familiar y la facilitación del retorno al trabajo después de la maternidad.

Viendo ahora, casi 10 años después, estos pilares, queda claro que no difieren mucho de las prioridades actuales reflejadas en la Estrategia de Lisboa que, reconociendo la eficacia del método abierto de coordinación de la EEE, busca convertir a la UE en la economía basada en el conocimiento más dinámica y competitiva del planeta, capaz de lograr el crecimiento económico sostenible con más y mejores empleos y cohesión social, y los Planes Nacionales de Reforma sobre los que aquella se sustenta y que veremos a continuación.

Y ello no es debido a otra cosa que a que los planteamientos hechos sobre el papel no se aplicaron necesariamente en la práctica, como se

vio claramente en la llamada “revisión a medio termino”, llevada a cabo en el año 2000, con el fin de hacer una primera valoración de la eficacia del nuevo enfoque.

La misma abordó tres temas muy interrelacionados. En primer lugar, proporcionó una valoración de la relevancia general del proceso tanto a nivel de la Unión como de los Estados miembros, en base a la experiencia de esos primeros tres años. En segundo lugar, examinó las implicaciones de los nuevos mensajes que emergían del Consejo Europeo de Lisboa. Y, en tercer lugar, discutió los procedimientos que habían ido emergiendo para implementar el proceso de Luxemburgo, esto es, la propia EEE, con vistas a su simplificación y al aumento de su eficacia.

Como resultado y como ocurre en toda evaluación, se identificaron tanto puntos débiles como fuertes. En el lado positivo de la balanza, parecía claro que el proceso de Luxemburgo había creado un marco común integrado para las reformas estructurales que permitía beneficiarse de las sinergias a través de acciones simultáneas y mutuamente complementarias. Ello, a su vez, había conducido a un aumento de la participación de un amplio número de actores tanto a nivel europeo como nacional. La EEE había contribuido igualmente a un aumento de la transparencia de las políticas de empleo, lo que a su vez contribuía al mantenimiento del compromiso político con la misma.

Sin embargo, a pesar de las mejoras, se identificaron también, evidentemente, algunos puntos débiles. Por ejemplo, las diferencias regionales en el funcionamiento de los mercados laborales continuaban siendo importante y en algunos Estados miembros habían hasta crecido. Además comenzaban a aparecer algunos “cuellos de botella” en ciertos Estados miembros debido a la falta de personal cualificado en determinados sectores. A su vez, la aplicación de los cuatro pilares de la estrategia era desigual. Los mayores progresos habían sido alcanzados en el pilar de empleabilidad mientras que el de adaptabilidad se quedaba atrás. Asimismo hacía falta una mayor participación de las administraciones y actores locales tanto en el diseño como en la implementación de las directrices de empleo.

Dicha evaluación a medio término se completó con una evaluación de impacto en el año 2002.

Todo ello condujo a que en septiembre de 2002, tras la Cumbre de Barcelona, la Comisión adoptase una comunicación para hacer más eficiente los ciclos anuales de coordinación de las políticas económica y de empleo, que obviamente están muy interrelacionadas, y posteriormente en 2003 se llevase a cabo una revisión de la propia EEE tras sus cinco primeros años de aplicación. Como resultado de dicha revisión se puso

de manifiesto que la EEE debería centrarse más en la mejora del buen gobierno y en la consecución de un número menor de objetivos prioritarios. En dicha revisión se acordó centrar la EEE en alcanzar tres objetivos globales: el pleno empleo, la calidad y la productividad en el trabajo, y la creación de un mercado laboral inclusivo.

Sin embargo, solamente dos años después, en 2005, con el relanzamiento de la Estrategia de Lisboa y con los resultados del famoso informe Wim Kok (denominado en inglés "*Jobs, jobs, jobs – Creating more employment in Europe*" y preparado por el grupo de trabajo presidido por el primer ministro holandés Wim Kok) que alertaban sobre la necesidad de tomar medidas urgentes para incrementar el empleo en Europa, la EEE sufrió una renovación radical para centrarse en los siguientes objetivos generales:

Por un lado, en atraer a un mayor número de personas para que se incorporen al mercado laboral y modernizar los regímenes de protección social. Para ello se proponen una serie de medidas, a saber:

- Promover economías integradoras desde el punto de vista social que permitan la integración laboral de los grupos desfavorecidos que hasta el momento están quedando mayormente fuera del mismo, como por ejemplo las personas con discapacidad.
- Diseñar las políticas adecuadas que permitan la incorporación de los trabajadores jóvenes y la conservación de los mayores.
- Modernización de los regímenes de protección social (sobre todo los regímenes de pensiones y atención sanitaria) de forma que atraigan a un mayor número de personas hacia el mercado laboral, como por ejemplo a través de la reforma de los sistemas tributarios y de prestaciones para suprimir lo que se da en llamar "trampas paro/empleo", la aplicación de políticas activas de empleo y estrategias de envejecimiento activo o la mejora de la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas, esto último especialmente a través de una evolución salarial en función del incremento de la productividad y el aumento de las inversiones en capital humano.

En segundo lugar la EEE revisada tiene como segundo gran objetivo aumentar la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas y la flexibilidad del mercado laboral. Se considera que una mayor flexibilidad conduce también a una mayor seguridad en este mundo con tantos cambios y en los que estos se producen a tanta velocidad. Además contribuye también a garantizar que la evolución de los salarios no supere el crecimiento de la productividad a lo largo del ciclo y refleje la situación del mercado laboral. Para ello será necesario que los trabajadores y las

empresas hagamos gala de una mayor capacidad para anticipar, desencadenar e integrar los cambios. Sin embargo, dadas las diferencias existentes entre los mercados laborales de los Estados miembros, la Comisión considera que una aplicación uniforme de determinadas medidas resultaría ineficaz y, lo que es más, potencialmente contraproducente. Por ello, corresponderá a los Estados miembros determinar en los Programas Nacionales de Reforma cuál es la combinación política óptima.

Eso sí, dado que la movilidad es un elemento fundamental para alcanzar la adaptabilidad, la Comisión se compromete a presentar propuestas para suprimir los obstáculos a la movilidad laboral derivados de los regímenes de pensiones y a obrar en favor de la coordinación de las distintas políticas de admisión de los emigrantes económicos. En este sentido es sumamente significativo que 2006 fuera declarado Año Europeo de la Movilidad de los Trabajadores. En el curso del mismo, la Comisión adoptó una Decisión sobre aprendizaje permanente¹, precedida por una Directiva² del año 2006 sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales.

El tercer gran objetivo global de la nueva EEE es invertir más en capital humano a través de la mejora de la educación y las cualificaciones, dado que los cambios estructurales, la mayor participación en el mercado laboral y el incremento de la productividad exigirán constantes inversiones en una mano de obra muy cualificada y, como decíamos hace un momento, adaptable. Para ello se proponen diversas medidas:

- La creación de un nuevo programa de aprendizaje permanente que ha sustituido desde el primero de enero de este año a la generación anterior de programas en materia de educación y formación, y que se encuentra actualmente en tramitación.
- La implantación por los Estados miembros de estrategias individuales de aprendizaje permanente desde el pasado año. No hemos de olvidar que la educación y la formación son también competencias exclusivas de los Estados miembros.
- La utilización de los fondos estructurales para contribuir a tales objetivos de manera más eficaz que lo que se ha venido haciendo hasta ahora.

Todos estos objetivos y medidas se plasman de forma más concreta en las Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo aproba-

¹ Decisión n.º 1720/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de noviembre de 2006, por la que se establece un programa de acción en el ámbito del aprendizaje permanente.

² Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

das en julio de 2005, las cuales están actualmente siendo revisadas porque tienen una vigencia de tres años.

En 2006, y a fin de contribuir al logro de los objetivos de Lisboa y de la EEE, los Estados miembros crearon el concepto de "flexiseguridad" que resume la búsqueda de mercados laborales más abiertos y flexibles y de centros de trabajo más productivos, a la vez que se garantiza la seguridad de los derechos laborales y prestaciones sociales de los trabajadores.

Este nuevo concepto se ha desarrollado a través de la Comunicación de la Comisión "*Hacia unos principios comunes sobre flexiseguridad: Más y mejores trabajos a través de la flexibilidad y la seguridad*" publicada en el mes de junio de 2007, y de los ocho principios sobre flexiseguridad aprobados por los Ministros de Asuntos Sociales el pasado 5 de diciembre de 2007. Todo indica que la flexiseguridad impregnará la política europea de empleo en el futuro próximo.

III. EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Llegado este punto cabe preguntarse cuál es el impacto de la nueva EEE y de todos estos instrumentos de los que hemos estado tratando en las personas con discapacidad y en su integración en el mercado laboral.

Comenzaré este punto dando algunos datos acerca de la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea en lo que respecta a su relación con el mercado de trabajo, a fin de comprender mejor la orientación de las políticas de empleo que explicaré a continuación.

Según las últimas cifras disponibles a nivel europeo, en 2003 un 40% de las personas con discapacidad tenían trabajo frente al 64,2% de las personas sin discapacidad; es decir, menos de la mitad de las personas con discapacidad están en situación de empleo. Asimismo, la tasa de inactividad de las personas con discapacidad duplicaba a la correspondiente a las personas sin discapacidad, lo cual indica tanto un bajo nivel de reintegración como unos niveles inferiores de educación y formación profesional. Aunque las razones de esta alta tasa de inactividad varían según los países, parece claro que las trampas de la asistencia y el riesgo de perder el derecho a las prestaciones al empezar a trabajar tienen importantes efectos disuasorios. Otra razón es obviamente, como todos vosotros bien sabéis, la resistencia de los empleadores a contratar trabajadores con discapacidad por el temor a tener que hacer costosas adaptaciones de los lugares de trabajo o bien prejuicios fundados en la falta de información.

Por otro lado, se estima que el 43,7% de las personas con discapacidad en la UE consideran que podrían trabajar con la asistencia adecuada. Si bien estas cifras varían dependiendo de los Estados miembros y del tipo de trabajo, sólo un 15,9% de las personas con discapacidad que necesitan asistencia para poder trabajar la reciben en la práctica.

Y ahora bien, ¿cómo aborda la Unión Europea estas necesidades de empleo de las personas con discapacidad?

Como se habrá podido percibir las menciones específicas a las personas con discapacidad han sido hasta el momento escasas. Y no porque haya querido obviar el tema naturalmente, sino porque aunque la EEE es aplicable, en su práctica totalidad, a la situación laboral de las personas con discapacidad, las mismas apenas son abordadas de manera explícita, con la excepción de algunas directrices concretas, de forma individual y específica. Se suele hablar con carácter general de los grupos desfavorecidos o en riesgo de exclusión, lo que no deja de ser una especie de cajón de sastre en la que se meten grupos con especificidades y problemáticas muy distintas en lo que respecta a su integración en el mercado laboral. Esto es el resultado del enfoque del *mainstreaming* de la lucha contra la discriminación que hace que las directrices políticas de la Comisión aborden a los grupos desfavorecidos de manera conjunta, sin detallar propuestas o iniciativas dirigidas de manera individual a cada uno de dichos grupos (ya sean minorías étnicas, jóvenes, mayores o personas con discapacidad).

Esto sucede, por ejemplo, en la Directiva sobre Igualdad de Trato³ que prohíbe de forma conjunta cualquier tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, por motivos de religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Sin embargo, sí que existen dos documentos que abordan específicamente la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral. El primero de ellos es el plan de acción europeo para las personas con discapacidad⁴, el cual no forma propiamente parte de la EEE pero recoge la estrategia de la Unión Europea en materia de discapacidad para el período 2003-2010.

³ Directiva 2000/78/CE adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 27 de noviembre de 2000, *relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*.

⁴ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité de las Regiones y al Comité Económico y Social Europeo *Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*, COM (2003) 650 final, de 30 de octubre de 2003.

Esta estrategia, publicada con ocasión del Año Europeo de las Personas con Discapacidad 2003, presenta un plan de acción plurianual con vocación de continuidad hasta 2010 cuyos principales objetivos son la integración de las personas con discapacidad en todas las políticas comunitarias pertinentes y la realización de acciones concretas en ámbitos fundamentales, con vistas a potenciar la integración de las personas con discapacidad. Como instrumento de apoyo del primero de estos objetivos, la Comisión publica, desde entonces y cada dos años, un informe sobre la situación general de las personas con discapacidad en la UE ampliada, en el que se hace balance de la evolución registrada en los Estados miembros y se revisan las prioridades de aplicación de la estrategia sobre discapacidad.

Los objetivos fijados por este plan para el período 2003-2010 son los siguientes:

- Potenciar el respeto a la diversidad mediante la protección de los derechos individuales.
- Reforzar la accesibilidad del entorno mediante la supresión de las barreras.
- Fomentar la inclusión por medio del empleo: EEE, Fondos Estructurales y la modernización de la protección social.
- Promover la integración social y luchar contra la marginalización: el proceso europeo de inclusión social.
- Mejorar las estructuras sociales que favorecen la participación y potenciar su papel: integración de la dimensión de la discapacidad en todos los sectores públicos pertinentes.

El empleo aparece en este documento como un factor decisivo para la inclusión social, y en él se centró la primera fase de aplicación de este plan (fase 2004-2005) articulando las acciones propuestas en torno a los siguientes ejes de trabajo:

- Acceso al empleo y el mantenimiento de la vida activa, incluida la lucha contra la discriminación.
- Aprendizaje permanente, como medio para apoyar y reforzar la capacidad de inserción profesional, la adaptabilidad, el desarrollo personal y la ciudadanía activa.
- Nuevas tecnologías para facilitar el acceso al empleo de las personas con discapacidad.
- Accesibilidad del entorno público construido como medio para mejorar la participación en el trabajo y la integración en la economía y la sociedad.

La revisión bianual de este plan correspondiente al período 2008-2009⁵ se publicó el 26 de noviembre de 2007, y fue presentado públicamente en la conferencia organizada por la Comisión Europea con motivo del Día Europeo de las Personas con Discapacidad. Para este período la prioridad se centra en la accesibilidad, pero no como un fin en sí misma, sino como un medio para lograr que las personas con discapacidad se integren en el mercado laboral y disfruten de sus derechos en iguales condiciones que el resto.

En lo que respecta al empleo, este plan pone el acento en la accesibilidad del mercado de trabajo, recomendando la adopción de esquemas de empleo flexibles (en línea con el concepto de flexiseguridad) como el empleo a tiempo parcial o temporal, estrategias de formación permanente, o empleo protegido. Igualmente se fomentará el desarrollo de esquemas de retención de puestos de trabajo y se revisarán las ayudas concedidas.

Este plan pretende igualmente continuar con la adaptación de los puestos de trabajo para hacerlos accesibles a las personas con discapacidad. En este sentido el plan anuncia que la Comisión trabajará con los empresarios y con las administraciones públicas en la adaptación de instalaciones y de los servicios ofrecidos para que también puedan beneficiarse de ellos las personas con discapacidad.

El segundo documento que se refiere específicamente al empleo de las personas con discapacidad es un documento interno de la propia Comisión relativo al *mainstreaming* de la discapacidad en la EEE⁶, que se presentó el julio de 2005 al Comité de Empleo.

Se puede decir que son estos dos documentos, particularmente el segundo, los que marcan las líneas estratégicas de la política de empleo europea en lo referente a las personas con discapacidad.

Pues bien, ¿cuáles serían las líneas maestras de la UE específicamente en materia de empleo de las personas con discapacidad? Las mismas se deducen de una lectura atenta de las directrices de empleo y de su puesta en relación con los otros instrumentos de la EEE y la política de discapacidad de la UE.

En primer lugar, dado que las personas con discapacidad representan uno de cada seis europeos en edad de trabajar su incorporación al

⁵ *Communication from the European Commission on the situation of Disabled People in the European Union: the European Action Plan 2008-2009* (COM/2007/738), de 26 de noviembre de 2007.

⁶ *Disability mainstreaming in the European Employment Strategy*, EMCO/11/290605, EMPL/A/AK D(2005), de 1 de julio de 2005.

mercado laboral se antoja clave para alcanzar los objetivos de Lisboa en materia de empleo que no olvidemos que son del 70%. Para ello la UE urge a los Estados miembros a que pongan en práctica políticas dirigidas tanto a las personas con discapacidad que estén buscando activamente un trabajo como aquellas que ya han abandonado tal búsqueda. Particular énfasis debe ponerse en las mujeres con discapacidad que sufren a menudo una doble discriminación.

A la Comisión Europea se le antoja también particularmente importante en el caso de las personas con discapacidad la provisión de servicios de atención para aquellos trabajadores, tanto hombres o mujeres, que tienen un familiar directo con discapacidad, por ello se está trabajando en el reconocimiento legal de la figura de la “discriminación por asociación”.

La Comisión hace también un llamamiento a que los Estados miembros modifiquen sus sistemas de prestaciones para que hagan que el trabajo resulte más atractivo para las personas con discapacidad. Por ejemplo continuando con el pago de prestaciones reducidas en los casos en los que las personas con discapacidad comiencen a trabajar. Además, se debería permitir a las personas con discapacidad volver a recibir las prestaciones en su totalidad después de un periodo laboral de prueba. Ello debe ir acompañado de campañas de información adecuadas.

Otra de las recomendaciones que hace la Comisión a los Estados miembros es que introduzcan normas que vayan más allá y sean más favorables que la directiva sobre igualdad de trato. Un ejemplo podría ser el establecimiento de la obligación para las grandes organizaciones de diseñar un plan de igualdad.

Otro aspecto importante es que los servicios de empleo tengan en cuenta de manera proactiva las necesidades heterogéneas de las personas con discapacidad y que sean totalmente accesibles, incluyendo sus herramientas de información y comunicación. Igualmente es necesario que se lleven a cabo acciones de información y concienciación sobre la discapacidad entre los directivos de empresas y el propio personal.

Y como de alguna manera solo lo que se puede medir existe, la UE pide a los Estados miembros que desarrollen indicadores que permitan evaluar el impacto de las distintas políticas e iniciativas laborales en las personas con discapacidad.

Si anteriormente decíamos que uno de los objetivos globales de la nueva EEE es el de aumentar la adaptabilidad de los trabajadores y de las empresas, hace falta avanzar en iniciativas que permitan soluciones flexibles basadas en las necesidades específicas de las personas con dis-

capacidad en términos de tiempo de trabajo, adaptación del lugar de trabajo y el acceso a la asistencia tecnológica. El concepto de “ajustes razonables” incluido en la directiva sobre igualdad de trato que ya he mencionado ha de ser considerado solamente como un primer paso en la dirección correcta.

Al efecto, otra de las líneas de acción en la que se debe trabajar es en la involucración de los agentes sociales, los cuales tienen que jugar un papel protagonista para avanzar en la adaptabilidad del lugar de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

Las nuevas tendencias de Responsabilidad Social Corporativa también deben ser aprovechadas y puestas en relación con el empleo de las personas con discapacidad, ofreciendo una buena plataforma para avanzar en la buena dirección.

Asimismo los Estados miembros deben crear esquemas de retención del trabajo que permitan que las personas que adquieran una discapacidad durante su vida laboral puedan continuar en el mercado laboral. Por ejemplo, en Irlanda los servicios de empleo dan subvenciones a los empresarios que reciclen a trabajadores que hayan adquirido una discapacidad durante su vida laboral para que así puedan continuar trabajando en la misma empresa.

Otra de las líneas de acción va dirigida a conseguir la transformación de las labores de apoyo y asistencia a las personas con discapacidad, que a menudo son formas de trabajo no declarado, en empleos regulares mediante la reforma de los sistemas fiscales y de prestaciones.

En lo que respecta al empleo protegido, la Comisión, aunque reconoce los beneficios de los centros especiales de empleo, anima a los Estados miembros a que pongan en práctica medidas que faciliten la transición desde el empleo protegido al mercado laboral ordinario. No obstante, la UE ha tradicionalmente contemplado la posibilidad de ayudas públicas al empleo protegido. Concretamente, en los próximos meses la UE va a publicar un nuevo reglamento al respecto, el cual, tras una dura campaña de *lobbying* por parte del movimiento asociativo de las personas con discapacidad, parece que va a mantener el status quo y seguir permitiendo que los centros especiales de empleo españoles, al menos durante los próximos cinco años continúen recibiendo ayudas públicas en cifras similares a las que han venido recibiendo hasta ahora.

Dado que una de las principales formas de creación de empleo es el autoempleo, recuerda a los Estados miembros la necesidad de tener en cuenta las necesidades específicas de las personas con discapacidad (transporte, accesibilidad de las nuevas tecnologías, etc.) a la hora de promover el espíritu de empresa.

Finalmente, y en lo que respecta al tercer gran objetivo global de la nueva EEE, esto es, el aumento de las inversiones en capital humano, la prioridad principal es garantizar que los niños discapacitados tengan acceso y puedan disfrutar de los beneficios de la enseñanza ordinaria. Además las iniciativas de aprendizaje a lo largo de toda la vida deben tener en cuenta de manera sistemática las necesidades de las personas con discapacidad. De lo contrario, en un mundo en el que el aprendizaje permanente es crecientemente indispensable, de poco serviría el *mainstreaming* de la discapacidad solamente en la enseñanza primaria o incluso secundaria. De la misma manera aunque el aprendizaje a distancia puede ser una herramienta importante para la formación de las personas con discapacidad, el mismo no debe reemplazar el aprendizaje presencial ni servir como excusa para no hacer que este sea accesible.

Hasta aquí, pues, las prioridades de la EEE en relación con las personas con discapacidad. Todas ellas forman, en mi opinión, un conjunto de medidas coherentes que de ser llevado adecuadamente a la práctica puede contribuir a mejorar significativamente la integración laboral de las personas con discapacidad. Esa mejora no se producirá sin embargo de la noche a la mañana sino que será un proceso a medio e incluso a largo plazo.

No obstante que ello sea así no depende de Bruselas ni de la Unión Europea, sino que depende de nuestros gobiernos (y obviamente también de nuestras sociedades). Como decía al principio el empleo es una competencia exclusiva de los Estados miembros, por lo que aunque desde Bruselas se ponga presión para que los Estados miembros coordinen sus políticas de empleo y en el caso que nos trae avancen en la integración laboral de las personas con discapacidad, el éxito de las mismas dependerá en gran parte de las medidas que se tomen a nivel nacional.

Eso sí, no debemos desestimar el poder y la influencia de la Unión Europea, como nos lo demuestra el hecho de que muchos de los grandes avances que hemos obtenido en materia de empleo hayan tenido su origen en iniciativas comunitarias. La directiva de igualdad en el empleo es solo un ejemplo. Habremos, pues, de continuar trabajando en paralelo tanto aquí como en Bruselas, como lo hemos venido haciendo hasta ahora, y si es posible con mayor energía, para que dentro de dos años, cuando la EEE deba ser revisada de nuevo la misma incluya nuevos y más ambiciosos desafíos para los Estados miembros. Esta sería la mejor de las noticias.

IV. TENDENCIAS DE FUTURO

Tal y como adelantaba al principio de este artículo no me limitaré a hacer referencia únicamente al ámbito del empleo sino también a explorar las perspectivas de futuro a nivel europeo en lo que respecta a las personas con discapacidad desde una óptica más general y estratégica.

Pues bien, estas perspectivas van a venir dadas por cuatro instrumentos fundamentales que están en estos momentos de gran actualidad, al menos para los que estamos en Bruselas.

Por un lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en diciembre de 2006, que ya ha sido firmada por la UE y que tendrá que ser incorporada al ordenamiento jurídico comunitario y, por ende, de los Estados miembros. En segundo lugar, el nuevo tratado firmado por los 27, que supone la “constitucionalización” de la Carta de Derechos Fundamentales que fue proclamada el 12 de diciembre de 2007. Y en tercer lugar, la revisión del Plan de Acción de Discapacidad y la subsiguiente revisión de sus prioridades para el bienio 2008-2009.

En efecto, la ratificación por la UE el pasado mes de marzo de la Convención de las Naciones Unidas fue un momento histórico y un punto de inflexión en la lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. No se trata únicamente del primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, sino que marca el comienzo de un reconocimiento oficial de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, modificando radicalmente el enfoque hacia la discapacidad: de una perspectiva médica y de caridad hacia un modelo social y basado en el respeto a los derechos humanos. Igualmente marca un hito la firma de la Unión Europea, por vez primera, de una declaración de derechos humanos.

Hasta la fecha han firmado la Convención 110 países pero sólo la han ratificado 8 de ellos⁷, siendo el último de ellos España, que ratificó el texto el 3 de diciembre de 2007. La Convención sólo podrá entrar en vigor treinta días después de que sea ratificada por al menos 20 Estados⁸.

El objetivo de la Convención es garantizar la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad en todos los ámbitos. Esta acción de *mainstreaming* de la discapacidad en todas las políticas tendrá un impacto importante en la legislación comunitaria y en la de

⁷ Jamaica, Hungría, Panamá, Croacia, Cuba, Gabón, India y España.

⁸ A la fecha de corrección de pruebas de este trabajo, la Convención había entrado en vigor el 3 de mayo de 2008, tras haberla ratificado 20 Estados.

sus estados miembros, puesto que tendrá que ser revisada para garantizar el respeto a los derechos de las personas con discapacidad.

Algunas de las políticas comunitarias en las que la Convención tendrá una repercusión especial son, entre otras:

- Políticas de lucha contra la discriminación e igualdad de oportunidades.
- Mercado Interior (libre circulación de bienes y servicios, infraestructura, contratación pública, televisión digital, telecomunicaciones, etc.).
- Transporte (terrestre, marítimo y aéreo) y redes transeuropeas.
- Empleo (Estrategia Europea para el Empleo y los Programas Nacionales de Reforma).
- Financiación Europea (Fondos Estructurales, Ayuda al Desarrollo, etc.).

Una vez concluido el proceso de ratificación –que se prevé para 2008– el texto de la Convención entrará en vigor⁹. A fin de comenzar a adecuarse a esta nueva normativa, la Comisión Europea ha anunciado una consulta pública a nivel europeo acerca de las medidas necesarias para adaptarse a la Convención y la realización de un análisis de toda la legislación existente en la materia para detectar los ámbitos que requerirán de actualizaciones.

No cabe tampoco ninguna duda que su transposición al ordenamiento jurídico comunitario ofrece igualmente una oportunidad única para una reforma ambiciosa del mismo desde la perspectiva de las personas con discapacidad y sus derechos. Aunque aún está siendo discutido a nivel interno de los distintos servicios de la Comisión Europea (particularmente entre la DG Empleo y el Servicio Jurídico) el alcance exacto del impacto de la Convención en la legislación existente, así como la profundidad de las reformas necesarias, su transposición puede ofrecernos oportunidades inicialmente insospechadas para exigir un marco jurídico más favorable a las personas con discapacidad, bien a corto plazo vía reformas legislativas que el servicio jurídico del ejecutivo comunitario pueda estimar necesarias o bien a medio o largo plazo una vez que la producción jurisprudencial vaya avanzando.

Un buen ejemplo de ello es que durante la conferencia ministerial sobre discapacidad celebrada por la presidencia alemana el mes de junio de 2007 se recogió en las conclusiones la necesidad de estable-

⁹ Ver nota a pie de página número 8.

cer un plan de acción a nivel comunitario para llevar a buen puerto la transposición efectiva de la Convención. Dicha estrategia podría generar nuevas iniciativas legislativas lo que sería sin lugar a dudas muy buenas noticias, como también lo es el que los Estados miembros deban remitir informes periódicos a la UE acerca de las medidas que hayan adoptado para cumplir con los requisitos de la Convención, puesto que los Estados miembros tendrán que cumplir ellos mismos y hacer cumplir –tanto al sector público como al privado– lo recogido en este texto

Por ahora la Comisión Europea se ha centrado en resolver la cuestión más urgente, que es la ratificación de la Convención puesto que plantea una serie de cuestiones jurídicas en lo que respecta a la división de competencias entre la UE y los Estados miembros. Parece que esta cuestión quedará resuelta a principios de 2008 con la aprobación de una resolución del Consejo que autorice a la ratificación y aclare las competencias de los distintos niveles.

Por otro lado, la aprobación del nuevo Tratado, firmado el 13 de diciembre de 2007 y cuya ratificación por los 27 y entrada en vigor se espera que se produzca antes del 1 de enero de 2009, también abre la vía a nuevos desarrollos jurisprudenciales que ayuden a aumentar el reconocimiento en la práctica de los derechos de las personas con discapacidad. Y ello es así gracias a la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la cual, aparte de prohibir todo tipo de discriminación, establece que al definir y aplicar todas sus políticas, la Unión debe combatir todo tipo de discriminación, incluida la basada en la discapacidad. Esta cláusula tiene indudablemente una gran importancia por su carácter horizontal, y convierte la lucha contra la discriminación en uno de los objetivos horizontales de la Unión, por lo que tendrá que ser tenida en cuenta por los legisladores a la hora de redactar nueva normativa.

Finalmente, el tercer hito es el informe bianual del plan de acción 2008-2009 del que ya he hablado y que marca las prioridades de la estrategia sobre discapacidad para 2008-2009. Como ya he mencionado, la accesibilidad –como condición *sine qua non* para el acceso al mercado de trabajo y para el disfrute de los derechos sociales, económicos y políticos– es la prioridad principal de este plan, en un intento también de empezar a armonizar la política europea de discapacidad con la Convención de Naciones Unidas, que pone especial énfasis en este tema.

Esta prioridad igualmente entronca con la revisión del mercado interior y de los servicios sociales de interés general que se está llevando a cabo en la actualidad y sobre la cual la Comisión Europea acaba

de publicar un paquete de iniciativas¹⁰. Es un objetivo estratégico incluir los derechos de las personas con discapacidad a la adquisición y el disfrute de los bienes y servicios del mercado interior en igualdad de oportunidades que el resto, y de esto se hace eco el plan 2008-2009 abriendo nuevas posibilidades de trabajo para un futuro próximo.

No podemos olvidar que en 2008 debe llevarse a cabo la evaluación intermedia de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2003-2010. Esperamos que los datos acerca de los resultados de los planes bianuales anteriores arrojen alguna luz acerca del camino a seguir más allá de 2010.

En lo que respecta a la accesibilidad, la Comisión Europea ha publicado recientemente¹¹ una comunicación sobre inclusión digital, en la que se define la estrategia europea en ese ámbito para los próximos años y en la que se hace un especial énfasis en la necesidad de desarrollar partenariados públicos y privados para asegurar que las nuevas tecnologías lleguen a los grupos más desfavorecidos, no descartándose que se proponga legislación europea en la materia. Esto supondría un cambio significativo con respecto al enfoque voluntarista que se ha privilegiado hasta ahora. En este sentido, considero que los nuevos reglamentos de los Fondos Estructurales que entraron en vigor el pasado 1 de enero y en los que conseguimos introducir una cláusula que exige que la accesibilidad sea tenida en cuenta como un requisito horizontal a la hora de conceder financiación procedente de dichos fondos, marcan el camino de por dónde van a ir los tiros en los próximos años. Lo lógico es que los reglamentos de futuros programas comunitarios sigan esa misma filosofía, si es que conseguimos hacer un *lobbying* tan efectivo como en dicho caso.

Una Directiva específica sobre discapacidad, que es una de las viejas aspiraciones del sector, obviamente ayudaría a profundizar en la accesibilidad (tanto de los bienes como de los servicios), aparte de ser el instrumento ideal para implementar de manera eficaz y ambiciosa la Convención de las Naciones Unidas. Sin embargo, por mi experiencia en Bruselas veo que el tema no está aún lo suficientemente maduro. La

¹⁰ Communications from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: "A single market for 21st century Europe" COM (2007) 725 final; "Opportunities, access and solidarity: Towards a new social vision for 21st century Europe" COM (2007) 726 final; "Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment" COM (2007) 724 final.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones; Iniciativa Europea i2010 para la inclusión digital; «Participar en la sociedad de la información»; 8.11.2007; COM(2007) 694 final.

razón fundamental no es otra que para una directiva de ese tipo se necesitaría la unanimidad de los 27 Estados miembros y, nos guste o no, hoy por hoy no parece que la misma pueda ser alcanzada. Sea como fuere, considero que deberemos continuar insistiendo para que la idea vaya calando y, quién sabe, si las cosas podrían haber cambiado próximamente.

Y por último, la nueva legislación sobre igualdad de oportunidades que la Comisión Europea ha anunciado para 2008. Si bien esta nueva directiva no se centra únicamente en las personas con discapacidad sino en el colectivo más amplio de personas en riesgo de discriminación, puede abrir nuevas áreas de incidencia para las personas con discapacidad.

Esta nueva directiva resultaría del trabajo realizado en el 2007 Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para Todos y de la consulta que la Comisión Europea llevó a cabo hace unos meses y pretende avanzar un poco más respecto a lo ya recogido en la Directiva de Igualdad de Trato. La nueva normativa se referirá a la igualdad de oportunidades más allá del ámbito laboral para extender los derechos existentes en ese ámbito a otros aspectos de la vida social.

Finalmente, y más allá de iniciativas políticas y legislativas, quiero mencionar una nueva tendencia que creo que va a tener un impacto importante en nuestro sector y que bien interpretada nos puede ayudar a avanzar en el reconocimiento efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Me refiero al creciente envejecimiento de la población europea. Pues bien, en un documento interno muy reciente de la Comisión se hablaba de la “nueva sociedad de personas con discapacidad”, refiriéndose a la emergencia de un nuevo grupo de personas con discapacidad formado por los mayores que tienen problemas de llevar a cabo una vida independiente y autónoma, pero que además tienen la particularidad de que no tienen problemas de integración social ni laboral. Esto es, obviamente, un indicador de que las personas con discapacidad no están solas y de que cada vez va a ser más necesario, al menos en algunos temas como puede ser la accesibilidad, buscar alianzas con otros grupos desfavorecidos, como pueden ser los mayores o también los emigrantes.

BIBLIOGRAFÍA

CABRA DE LUNA, M. A.: “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal

- como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50 (número extraordinario sobre 2003 Año Europeo de Personas con Discapacidad), Madrid, abril, 2004.
- CABRA DE LUNA, M. A.: “Minorías en la Unión”, texto de Conferencia en el Curso de Verano del Escorial sobre *Democracia y Constitución Europea*, organizado por la Universidad Complutense, en El Escorial, 12 de julio de 2005.
- CABRA DE LUNA, M. A.: “Análisis de la Constitución Europea desde una perspectiva social”, *Documentos del CERMI*, noviembre de 2004.
- CABRA DE LUNA, M. A.; BARIFFI, F. y PALACIOS, A. (Coordinadores): *Los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Colección La Llave, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.
- CÁRDENA, J.: “La protección de los derechos de los discapacitados en Europa”, en *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, en la obra de F. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa (Dir. y Coord.), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *La situación de las personas con discapacidad en España*, Colección informes CES, Madrid, 2004.
- DE LORENZO, R.: “La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Derecho internacional”, en la obra *Las múltiples discapacidades. Estudios en homenaje a Manuel Ruiz Ortega*, González Millán, R., y Pérez Bueno, L.C. (Coord.), Escuela Libre Editorial, Madrid, 2003.
- MARÍN, B.; PRINZ, Ch., y QUEISSER, M. (Eds.): *Transforming Disability Welfare Policies. Towards Work and Equal Opportunites*, Ashgate-European Centre Vienna, Volume 29, Vienna, 2004.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “La Crisis del Estado del Bienestar y la Cuestión de la Reversibilidad de los Derechos Sociales: El Caso de los Minusválidos”, en *La Integración Social de los Minusválidos*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993.
- PALACIOS, A., y JIMÉNEZ, E.: “La asunción de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Un comentario a la nueva Ley española de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2001.

GRACIANO ALÍA ÁLVAREZ –MUTUALDIS–
Licenciado en Derecho y Psicología
Consejero Técnico del Instituto Nacional de la Seguridad Social

Apoyos económicos a la discapacidad: pensiones y prestaciones públicas

SUMARIO: I. Introducción. II. Discapacidad e incapacidad permanente. 1. Discapacidad. 2. Incapacidad permanente. 3. Protección social. III. Prestaciones familiares. 1. Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo. A) Hijo o menor acogido a cargo. B) Beneficiarios. C) Determinación del beneficiario. D) Cuantías. E) Efectos económicos, nacimiento, modificación y extinción del derecho. F) Incompatibilidades. G) Gestión de las prestaciones familiares. 2. Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas. A) Contenido de la protección. B) Requisitos. C) Gestión. Compatibilidad. IV. Pensión no contributiva de invalidez. 1. Requisitos. 2. Cuantías. 3. Determinación del grado de discapacidad o enfermedad crónica y revisiones del grado. 4. Compatibilidad e incompatibilidad. 5. Efectos económicos de las pensiones. 6. Complemento para vivienda. 7. Gestión y reconocimiento. 8. Extinción del derecho a la pensión de invalidez. 9. Denegación de una pensión de jubilación o incapacidad permanente, en modalidad contributiva. V. Pensión de orfandad. 1. Beneficiarios. 2. Cuantía. 3. Abono. 4. Compatibilidades / Incompatibilidades. 5. Extinción. 6. Gestión. VI. Pensiones asistenciales y subsidios de la Ley de integración social de minusválidos. 1. Pensiones asistenciales de jubilación o invalidez. 2. Los subsidios de la Ley de integración social de minusválidos. A) Subsidio de Movilidad y Compensación por Gastos de Transporte. B) Cuantías. C) Vigencia de las prestaciones y obligaciones de los beneficiarios. D) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica. VII. Otras manifestaciones de la protección social en las personas con discapacidad. 1. Pensiones de viudedad. 2. Pensiones de jubilación. 3. Derechos laborales y prestaciones familiares, en modalidad contributiva, por cuidado de familiares con discapacidad. A) Excedencia por cuidado de hijos o familiares. B) Reducción de la jornada de trabajo. C) Prestación familiar en modalidad contributiva. 4. Apoyo a las familias de las personas con discapacidad. —Anexos de cuantías mínimas.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución española se refiere expresamente a la Seguridad Social en su artículo 41, en el cual establece que: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

Se trata de uno de los principios rectores de la política social y económica del Estado hacia el cual deben tender todos los poderes: el legislativo al elaborar las leyes, el ejecutivo al desarrollarlas y al concretar sus acciones de Gobierno y, finalmente, el poder judicial al interpretar las normas. Todos ellos deben contribuir a hacer realidad este principio en España.

Pues bien, partiendo de este principio y cerca de cumplirse ya los treinta años desde la promulgación de la Constitución española, podemos plantearnos si, al día de hoy, existe efectivamente en España una Seguridad Social que abarque a todos los ciudadanos, que estén en situaciones de necesidad y con prestaciones suficientes. Si nos centramos en el ámbito de la discapacidad, cabe preguntarnos también si el Estado ampara a todas las personas que tienen discapacidad o a sus familiares, o bien si son suficientes las prestaciones que reconocen las Leyes.

Ante todo, hemos de decir que el artículo 2.2. del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), garantiza la protección adecuada a todas las personas que cumplen los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados a su cargo, frente a los riesgos y en las situaciones que la propia Ley contempla. Desde este punto de vista, las prestaciones llegan a todos los ciudadanos, en condiciones de igualdad, cuando están en las mismas situaciones de necesidad definidas en la Ley.

Por lo que se refiere a la discapacidad, es preciso señalar que, por un lado, existe un tramo no amparado quizá suficientemente, que es el que va de un grado del 33 por 100 al 65 por 100 en personas mayores de 18 años y, por otro, las prestaciones económicas son de mera subsistencia vital y no pueden calificarse de suficientes, si bien a veces van acompañadas de otras prestaciones públicas como la asistencia sanitaria y farmacéutica gratuitas que, evidentemente, implican un ahorro para el propio discapacitado o su familia.

Ello nos conduce a una reflexión fácilmente constatable y es que los recursos para atender las necesidades sociales son, por definición, siem-

pre escasos y las demandas sociales cada vez son más crecientes. De ahí que, en ocasiones, tanto la ampliación de la protección –que llegue a más personas– como su intensidad –que se incrementen las cuantías– dependen fundamentalmente de las disponibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, o de la voluntad política de los sucesivos Gobiernos para destinar mayores recursos económicos a las personas con discapacidad.

Para la consecución de ambos objetivos, los ordenamientos fiscal, laboral y de Seguridad Social se van modulando progresivamente, adaptando el régimen jurídico de las diferentes prestaciones a las necesidades sociales de cada tiempo.

II. DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE

Antes de describir las prestaciones sociales públicas a que tienen derecho las personas con “discapacidad” o con “incapacidad”, es preciso distinguir, desde el punto de vista legal, ambos conceptos, ya que son situaciones o estados de la persona diferentes, aunque a veces coincidan. En efecto, una persona puede presentar una determinada discapacidad, congénita o no, pero ser apta para desarrollar un trabajo o una actividad. A su vez, quien ha perdido por completo su capacidad laboral o ésta se le ha quedado objetivamente reducida, de algún modo es una persona con discapacidad.

Por consiguiente, no deben confundirse los términos de discapacidad y de incapacidad permanente, pues ésta última siempre va referida a la disminución o anulación de la capacidad laboral de una persona. La discapacidad, sin embargo, es una situación que no tiene, en principio, relación alguna con el desempeño de un trabajo.

1. Discapacidad

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de minusválidos, considera como persona con discapacidad¹ a aquélla cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

¹ Conforme a la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’.

A este concepto se ha añadido posteriormente el de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que considera (art. 1.2) personas con discapacidad a quienes se les haya reconocido un grado igual o superior al 33 por 100. Y también indica esta Ley que, en todo caso, se considerarán afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Además, el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, establece que los mencionados pensionistas pueden solicitar del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de discapacidad superior al 33 por 100.

2. Incapacidad permanente

Por su parte, para la Ley General de la Seguridad Social (art. 136.1), en la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

También puede calificarse como incapacitada a una persona, si sus posibilidades de recuperación de la capacidad laboral, se estiman médicamente como inciertas o a largo plazo.

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas discapacitadas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

En la modalidad no contributiva (art. 136.2, LGSS), podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de

carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen.

3. Protección social

Pues bien, desde el punto de vista de la protección social, la discapacidad puede suponer, en unos casos, el acceso a prestaciones específicas (asignaciones económicas por hijos mayores de 18 años, mantenimiento de la orfandad más allá de los 18 años, pensión no contributiva de invalidez, etc.) y, en otros, un incremento de la protección (pensión de viudedad, complementos por mínimos...). Estas personas o sus familiares pueden haber cotizado o no a la Seguridad Social, pero sus prestaciones las perciben en razón de su discapacidad, no por haber realizado cotizaciones –ellos o sus familiares– aunque en ocasiones también haya sido así.

En el ordenamiento actual de la Seguridad Social confluyen en las personas con discapacidad un amplio abanico de prestaciones, ya sea en su modalidad contributiva (por ser o haber sido cotizantes a la Seguridad Social, ellos mismos o sus familiares), ya sea en modalidad no contributiva (con independencia de la cotización). Tales prestaciones se diversifican atendiendo a las distintas necesidades o circunstancias en que se encuentran las personas con discapacidad, como la invalidez, la orfandad, el ‘estar a cargo’ de otra persona, etc.

Por su parte, las personas que presentan incapacidad laboral son trabajadores en alguna actividad incluida en el ámbito de la Seguridad Social y percibirán sus prestaciones conforme a las normas reguladoras de las prestaciones por incapacidad, en su modalidad contributiva, teniendo en cuenta, entre otros factores, el grado de incapacidad, la causa determinante de la incapacidad (accidente de trabajo, enfermedad común...) y las cotizaciones realizadas a lo largo de su vida laboral. Estas prestaciones ya han sido tratadas en el Volumen I (Aspectos jurídicos) de esta obra en el capítulo denominado “Discapacidad y Derecho laboral”, por lo que de ahora en adelante nos referiremos exclusivamente a las prestaciones sociales públicas, de carácter económico y de ámbito estatal, dirigidas a personas con discapacidad.

No debemos olvidarnos, sin embargo, de que, junto a las prestaciones económicas, y además de ellas, coexisten las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y de servicios sociales, cuya importancia para personas con discapacidad es indudable. El acceso a estas prestaciones es prácticamente universal para todos los españoles y extranjeros residentes en territorio nacional, bien como un derecho propio (por ser pensio-

nista, o perceptor de un subsidio, o trabajador, o persona sin recursos suficientes, etc.), bien como un derecho derivado (si el interesado es un familiar de los anteriores y no tiene recursos)².

Vamos a repasar a continuación las prestaciones sociales públicas, de carácter económico, que tienen una mayor incidencia en las personas con discapacidad.

III. PRESTACIONES FAMILIARES

Las prestaciones familiares, de carácter económico y modalidad no contributiva, están destinadas a cubrir la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares por tener hijos menores, o mayores con discapacidad, o menores acogidos a cargo. Estas prestaciones están recogidas en los artículos 181 a 190 de la LGSS y en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.

1. Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

Es una prestación familiar de la Seguridad Social, en modalidad no contributiva, que consiste en una asignación económica que se reconoce

² A este respecto, puede consultarse la siguiente normativa específica en esta materia:

— Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, sobre asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. (Derogados los arts. 1.1, 9, 15, 18, 19, 21 a 30, 31.1, 31.2, 31.3, 31.4, 32, 33, 38, 39 y disposiciones transitorias cuarta y final).

— Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre de 1989, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

— Orden de 13 de noviembre de 1989, de desarrollo del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre.

— Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual.

— Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

Por lo que se refiere a los extranjeros, téngase en cuenta el artículo 12 sobre “Derecho a la asistencia sanitaria”, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece:

“1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”.

por cada hijo a cargo del beneficiario, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una discapacidad en grado igual o superior al 65%, cualquiera que sea su filiación, así como por los menores acogidos en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

La determinación y, en su caso, la revisión del grado de discapacidad, corresponderá a los equipos de valoración y orientación, dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o, en su caso, a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a las que se hubieran transferido las funciones y servicios de dicha entidad gestora, según el baremo vigente en cada momento³.

En cuanto a la valoración de la necesidad del concurso de otra persona, para el reconocimiento o el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda, en los que sea necesaria la acreditación de esta situación, (en prestaciones familiares, art. 182 bis.2.c. y 182 ter de la LGSS), debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En estas prestaciones es necesario distinguir entre el hijo o acogido (causante) y el beneficiario (progenitor, adoptante o acogedor) que le tenga a su cargo, si bien también son beneficiarios de la asignación que, en razón de ellos, hubiera correspondido a sus progenitores, adoptantes o acogedores, los huérfanos de padre y madre.

A) Hijo o menor acogido a cargo

Se considera “hijo o menor acogido a cargo” a aquél que conviva con el beneficiario y dependa económicamente de él, siempre que sea menor de 18 años o, siendo mayor de esa edad, esté afectado por una discapacidad igual o superior al 65%.

Se entenderá, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido conviva con el beneficiario. A estos efectos, no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares.

³ Esta discapacidad debe ser declarada de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

No se perderá la condición de hijo o menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo, por cuenta ajena o propia, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 100% del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual (en el año 2008 = 8.400,00 euros anuales o 600,00 euros al mes, según el Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre)⁴.

Se considerará que el hijo o el menor acogido no está a cargo del beneficiario cuando sea receptor de una pensión contributiva, a cargo de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos.

B) Beneficiarios

La persona beneficiaria es uno de los progenitores, adoptantes o acogedores o, en su defecto, la persona que se determine, siempre que resida legalmente en territorio español, tenga a su cargo hijos menores de 18 años o mayores afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%, o menores acogidos, residentes en territorio español.

En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para el padre o la madre, adoptante o acogedor, por los hijos o menores acogidos que tengan a su cargo.

También pueden ser beneficiarios de las asignaciones que, en razón de ellos, corresponderían a sus progenitores o adoptantes, los hijos discapacitados mayores de 18 años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar. Se presume que el hijo discapacitado, mayor de 18 años, conserva su capacidad de obrar, salvo que se acredite incapacidad judicial.

Son, asimismo, beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus progenitores o adoptantes, aquellos huérfanos de ambos progenitores o adoptantes, menores de 18 años o mayores discapacitados en un grado igual o superior al 65 por 100.

Igual criterio se seguirá en el supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus progenitores o adoptantes, siempre

⁴ Este límite estaba fijado en el 75% del salario mínimo interprofesional, pero la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE núm. 291, de 5 de diciembre), de Medidas en materia de Seguridad Social, lo ha elevado al 100%, con efectos de 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la misma, facilitando algo más el acceso a la prestación.

que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

Para reconocer la condición de beneficiario, cuando los hijos o menores acogidos sean discapacitados o se trate de hijos mayores discapacitados, no se tiene en cuenta el nivel de recursos económicos de los beneficiarios (padre, madre, etc.). En cambio, si los hijos no son discapacitados, los beneficiarios no pueden superar un determinado límite de ingresos (art. 182.1.c. de la LGSS y art. 10.1.c) del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre).

Se entiende que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces⁵.

C) Determinación del beneficiario

Conforme al artículo 11 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, en el supuesto de convivencia familiar, si en ambos progenitores o adoptantes o, en su caso, en quienes hubiesen acogido al menor, concurren las circunstancias necesarias para ser beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, derivada de un mismo causante, el derecho a percibirla solamente podrá ser reconocido en favor de uno de aquéllos, determinado de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo cuando la asignación económica se solicite por uno de ambos posibles beneficiarios.

De no existir acuerdo, circunstancia que deberá notificarse de forma expresa a la Entidad gestora, habrá de estarse a las reglas que en cuanto a la patria potestad y guarda establece el Código Civil⁶. En este supuesto, el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictará una resolución mediante la cual, y previo reconocimiento, en su caso, del derecho al percibo de la prestación, se suspenderá el abono en tanto no recaiga la oportuna resolución judicial.

En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, el derecho al percibo de la asignación económica se conservará para quien tenga a su cargo al hijo o menor acogido, aun cuando se trate de persona distinta a aquélla que la tenía reconocida antes de producirse la separación, la nulidad o el divorcio.

⁵ Disposición adicional novena de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, antes citada.

⁶ Artículo 154 y siguientes y 172 y siguientes, respectivamente, del Código Civil.

No obstante, cuando en los mencionados supuestos concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores, las circunstancias para ser beneficiarios de la asignación económica, la prestación se reconocerá a uno solo de aquéllos, determinado de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo cuando la asignación económica se solicite por uno de los dos. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de beneficiario a aquél a quien se conceda la custodia del hijo o menor. Cuando por resolución judicial se hubiera acordado el ejercicio compartido de la guarda y custodia, la prestación se reconocerá, previa solicitud, a cada uno de ellos, en proporción al tiempo en que le haya sido reconocida la custodia del hijo o menor.

Lo indicado anteriormente también es de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal.

En los supuestos de huérfanos de ambos progenitores o adoptantes y a quienes, no siendo huérfanos, hayan sido abandonados por aquéllos, la asignación se hará efectiva a los representantes legales o a quienes tengan a su cargo al menor o discapacitado, en tanto cumplan la obligación de mantenerlo y educarlo.

D) Cuantías

Las cuantías de las asignaciones económicas por hijos o acogidos menores de 18 años y por mayores discapacitados se recogen en el artículo 182 bis de la LGSS, si bien algunas de ellas se actualizan anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado⁷.

Los importes vigentes en el año 2008, son los siguientes:

a) Hijos o menores acogidos, no discapacitados:

- Edad inferior a 3 años, 500 euros anuales. Se abona por semestres vencidos.

⁷ La Ley 35/2007, de 15 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, ha introducido nuevas cuantías que, posteriormente, han sido actualizadas por la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, (BOE de 27 de diciembre) de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 y por el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008 (disposición adicional sexta).

- Edad comprendida entre 3 y 18 años, 291 euros anuales. Se abona por semestres vencidos.
- b) Hijos, o menores acogidos, con una discapacidad igual o superior al 33%
 - 1.000 euros anuales por hijo (83,33 euros mensuales). Se abona por semestres vencidos.
- c) Hijos mayores de 18 años y con una discapacidad igual o superior al 65%
 - 3.941,28 euros anuales por hijo (328,44 euros mensuales). Se abona por mensualidades vencidas.
- d) Hijos mayores de 18 años y con una discapacidad igual o superior al 75%

Hijos con 18 o más años afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales como vestirse, desplazarse, comer o análogos:

- 5.911,92 euros anuales por hijo (492,66 euros mensuales). Se abona por mensualidades vencidas.

Todas las prestaciones familiares reguladas por la Ley General de la Seguridad Social tienen la consideración de rentas exentas, en virtud de lo establecido en el artículo 7.h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

E) Efectos económicos, nacimiento, modificación y extinción del derecho

El reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo surte efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud.

Este mismo criterio se aplicará en el supuesto de modificaciones en el contenido del derecho, que supongan un aumento en la cuantía de la asignación económica que se viniera percibiendo (por ejemplo, pasar de una discapacidad del 65% al 75%, con ayuda de tercera persona).

Asimismo, cuando, como consecuencia de las variaciones, deba producirse la extinción o reducción del derecho, aquéllas no surten efectos hasta el último día del trimestre natural en el que se haya producido la variación de que se trate.

En el caso de extinción de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, por incompatibilidad con la pensión de invalidez o de jubilación, en su modalidad no contributiva, sus efectos económicos cesarán el último día del mes en que hubiera sido presentada la solicitud de pensión, ya que, en caso de tener derecho a la pensión no contributiva, sus efectos económicos se inician el día 1.º del mes siguiente a la solicitud.

Finalmente, es preciso advertir que todo beneficiario estará obligado a presentar ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el plazo de 30 días, contado desde la fecha en que se produzcan, una comunicación debidamente acreditada de cuantas variaciones hubieran tenido lugar en su situación que puedan suponer la modificación o extinción del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo.

F) Incompatibilidades

Si concurren en los progenitores, adoptantes o acogedores, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios, el derecho a percibir la prestación sólo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos.

Las prestaciones familiares serán incompatibles con la percepción, por parte de los progenitores o adoptantes o, en su caso, de los acogedores, de cualquier otra prestación análoga establecida en los demás regímenes públicos de protección social.

En los supuestos en que uno de los progenitores o adoptantes esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen, siempre que aquél reúna los requisitos necesarios para ser beneficiario de dicha prestación.

Cuando los beneficiarios puedan tener derecho a la misma prestación por un mismo sujeto causante en varios regímenes públicos de protección social, deberán optar por uno de ellos.

La percepción de las asignaciones económicas por hijo discapacitado a cargo mayor de 18 años será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva. Asimismo, la percepción de dicha asignación será incompatible con la condición, por parte del hijo discapacitado, de beneficiario de las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960,

de 21 de julio⁸, o de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, establecidos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos⁹.

En los supuestos anteriores deberá ejercerse la opción en favor de alguna de las prestaciones declaradas incompatibles. Cuando los beneficiarios de las prestaciones incompatibles fuesen diferentes, –por ejemplo, si el progenitor es beneficiario de protección familiar y el hijo es beneficiario de pensión de invalidez no contributiva– la opción deberá formularse previo acuerdo de ambos. A falta de acuerdo, prevalecerá el derecho a la pensión de invalidez o jubilación, en su modalidad no contributiva, o, en su caso, a la pensión regulada en la Ley 45/1960, de 21 de julio, o a los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, establecidos en la Ley 13/1982, de 7 de abril. Es decir, prevalece el derecho del causante (hijo).

G) Gestión de las prestaciones familiares

La gestión de las prestaciones familiares, así como el reconocimiento del derecho a ellas, corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

La iniciación del procedimiento tendente al reconocimiento del derecho a las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se efectuará previa presentación ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social de la correspondiente solicitud, con aportación de los documentos necesarios para la acreditación de las circunstancias determinantes del derecho. Podrá iniciarse el procedimiento con la aportación por parte del interesado de la solicitud de reconocimiento de grado de discapacidad, efectuada ante el órgano competente.

En este caso se suspenderá el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.5.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre¹⁰,

⁸ Las pensiones asistenciales reguladas por la Ley de 21 de julio de 1960 y por el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, fueron suprimidas a partir de 23 de julio de 1992 (Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio), continuando en su percibo quienes ya fuesen beneficiarios, en virtud del artículo 7 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, de Medidas presupuestarias urgentes.

⁹ Ambos subsidios fueron suprimidos por la disposición adicional novena de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, refundida en la actual LGSS, continuando en su percibo quienes ya fuesen beneficiarios.

¹⁰ La previsión contenida en el artículo 42.5.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, es la siguiente:

“5. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

...

durante el tiempo necesario para la incorporación al expediente de la resolución recaída en el procedimiento para la declaración y calificación del grado de discapacidad.

El requisito de residencia se acreditará, preferentemente, mediante una certificación de inscripción en el correspondiente padrón municipal, a través de la tarjeta de residencia o certificado de residencia a que se refiere el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o mediante la autorización de residencia o la tarjeta de identidad de extranjero, establecida en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

La residencia no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural, ni respecto de los trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, ni cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

2. Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas

La Ley 35/2007, de 15 de noviembre, anteriormente mencionada, ha establecido una nueva prestación de 2.500 euros, por nacimiento o adopción de hijo, que consiste en un pago único cuya finalidad es compensar en parte los mayores gastos que ocasiona un nuevo ser, en especial en la primera etapa de su vida. Esta nueva prestación tiene una doble naturaleza, o bien adquiere el carácter de beneficio fiscal y minorra la cuota diferencial del IRPF, (para las personas que realicen una actividad) pudiendo percibirse de forma anticipada, o bien, de forma subsidiaria, adquiere la naturaleza de prestación de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva (artículos 188 bis a 188 sexies) LGSS.

Pues bien, la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, además de la implantación de la mencionada prestación, también ha modificado la Ley

d) Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.”

General de la Seguridad Social incluyendo en la acción protectora (artículos 185 y 186) hasta tres posibles supuestos, dentro de esta prestación de pago único por nacimiento o adopción de hijo, los cuales pueden ser acumulativos: familias numerosas, familias monoparentales y madres discapacitadas. En concreto, se protege el nacimiento o la adopción de un hijo cuando se produce:

- a) En una familia numerosa o en una familia que adquiere esta condición con dicho nacimiento o adopción. A efectos de la consideración de familia numerosa hay que estar a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. Esta Ley, a su vez, ha sido modificada también por la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social, por lo que se considerará familia numerosa la formada por el padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor.
- b) En una familia monoparental, que es la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia.
- c) En el supuesto de madres afectadas por una discapacidad igual o superior al 65 por 100. Esta discapacidad debe ser declarada de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, y concurrir en el momento del parto o en la fecha de la adopción. La Ley se refiere exclusivamente a las "madres", tanto en caso de nacimiento como de adopción.

A) Contenido de la protección

En cada uno de los casos señalados se otorgará una prestación de 1.000 euros. Si coinciden respecto del mismo nacimiento o adopción distintos supuestos protegidos, se pueden obtener tantas prestaciones como supuestos protegidos se produzcan (que la familia sea numerosa, que sea monoparental o que la madre sea discapacitada).

Los nacimientos o adopciones que generan estas prestaciones son los que se produzcan desde el 16 de noviembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley 35/2007.

B) Requisitos

Los beneficiarios deben reunir determinados requisitos establecidos en la Ley General de la Seguridad Social.

- a) Residir legalmente en territorio español, que, en este caso, no está sujeto a un período previo de residencia.
- b) No perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.000 euros. Este importe se incrementa en un 15 por ciento por cada hijo, a partir del segundo, éste incluido.

En los supuestos de familia numerosa, el límite anual de ingresos es de 16.555,70 euros, si concurren tres hijos, incrementándose en 2.681,56 euros por cada hijo a partir del cuarto, éste incluido.

Si conviven el padre y la madre y sus ingresos superan los límites establecidos, no se reconocerá la prestación a ninguno de ellos.

C) Gestión. Compatibilidad

La gestión de estas prestaciones corresponde a las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Todas las nuevas prestaciones familiares creadas por la Ley 35/2007 son compatibles entre sí y con todas las demás prestaciones familiares, siempre que se cumplan los requisitos exigidos.

A modo de ejemplo, si una madre discapacitada (en un grado de un 65%) tiene o adopta un hijo tras la entrada en vigor de la Ley, percibirá una deducción fiscal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de 2.500 euros o, alternativamente, una prestación no contributiva por nacimiento o adopción de hijo por el mismo importe. A esa prestación se uniría otra de 1.000 euros por ser discapacitada y, si además, es familia numerosa y monoparental, otros 2.000 euros más. En total, 5.500 euros en un pago único a tanto alzado.

IV. PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE INVALIDEZ

La Pensión no Contributiva (PNC) de Invalidez asegura a todos los ciudadanos en situación de invalidez y en estado de necesidad una prestación económica, asistencia médico-farmacéutica gratuita y servicios sociales complementarios, aunque no se haya cotizado nunca a la Seguridad Social o se haya hecho de forma insuficiente para tener derecho a una pensión contributiva.

Su regulación se contiene básicamente en los artículos 144 a 149 (régimen jurídico) y en la disposición adicional decimoctava (gestión) de la LGSS, así como en el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley

26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas¹¹.

1. Requisitos

Pueden ser beneficiarios de la PNC de Invalidez los ciudadanos españoles y nacionales de otros países, con residencia en España, que cumplan los siguientes requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 144.1 de la LGSS:

- A. *Edad*: tener dieciocho o más años y menos de sesenta y cinco.
- B. *Residencia*: residir en territorio español y haberlo hecho durante un período de cinco años, de los cuales dos han de ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión.

La residencia continuada anterior a la solicitud de la pensión y la posterior al reconocimiento del derecho no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

- C. *Discapacidad o enfermedad crónica*: estar afectados por una discapacidad o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65%. Se entiende que están afectadas por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces, según la disposición adicional novena de la antes referida Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social, en vigor desde 1-1-2008.

La discapacidad debe ser declarada de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

- D. *Carecer de ingresos suficientes*. Existe carencia o insuficiencia de ingresos cuando las rentas o ingresos de que se disponga el solicitante, en cómputo anual, sean inferiores al importe, también en cómputo anual, de la prestación. En concreto, 4.598,16 euros

¹¹ Esta Ley fue refundida en la actual LGSS y el Real Decreto 118/1998, de 30 de enero ha dado nueva redacción al artículo 23.1.d) y 2, del Real Decreto 357/1991, en cuanto a comprobación de los requisitos para el derecho a pensiones no contributivas.

anuales, en el año 2008, según la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, (BOE de 27 de diciembre) de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 y el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008 (artículo 17).

No obstante, si son inferiores a 4.598,16 euros anuales y se convive con familiares, únicamente se cumple el requisito cuando la suma de las rentas o ingresos anuales de todos los miembros de su *Unidad Económica de Convivencia*, sean inferiores a las cuantías que se recogen a continuación; estas cuantías se verán incrementadas en los casos en que se causa derecho al complemento del 50% de la pensión:

1. *Convivencia sólo con su cónyuge y/o parientes consanguíneos de segundo grado:*

La fórmula que se aplica en estas unidades de convivencia es, según la Ley, la siguiente:

$$L = C + 0,7 C (m-1)$$

Siendo:

L = Límite de acumulación de recursos

C = 4.598,16 euros (cuantía de la PNC en 2008)

0,7 C = 3.218,71 euros

m = número de convivientes

De ello resultarían los siguientes límites en el año 2008:

N.º de convivientes (m) = 2 L = 7.816,87 euros/año

N.º de convivientes (m) = 3 L = 11.035,58 euros/año

N.º de convivientes (m) = 4 L = 14.254,29 euros/año

.....

2. *Si entre los parientes consanguíneos con los que convive se encuentra alguno de sus padres o hijos:*

La fórmula que se aplica en estas unidades de convivencia es más generosa, ya que el objetivo que persigue la Ley es que se mantenga la

convivencia entre los padres y un hijo discapacitado (con pensión no contributiva de invalidez) o entre los hijos y padres discapacitados (o jubilados) y pueda percibirse la pensión. Por ello, en estos casos la fórmula anterior se multiplica por 2,5 elevando considerablemente el límite permitido de rentas:

$$L = [C + 0,7 C (m-1)] \times 2,5$$

Siendo:

L = Límite de acumulación de recursos

C = 4.598,16 euros (cuantía de la PNC en 2008)

0,7 C = 3.218,71 euros

m = número de convivientes

De ello resultarían los siguientes límites en el año 2008:

N.º de convivientes (m) = 2 L = 19.542,18 euros/año

N.º de convivientes (m) = 3 L = 27.588,95 euros/año

N.º de convivientes (m) = 4 L = 35.635,73 euros/año

.....

Se considerarán como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional.

Cuando el solicitante o los miembros de la unidad de convivencia en que esté inserto dispongan de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos. Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario. Tampoco se computarán las asignaciones periódicas por hijos a cargo.

Las rentas o ingresos propios, así como los ajenos computables, por razón de convivencia en una misma unidad económica, la residencia en territorio español y el grado de discapacidad o de enfermedad crónica condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, la cuantía de aquélla.

Los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inser-

ción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa (Art. 144.1.d. tercer párrafo de la LGSS).

2. Cuantías

La cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se fija, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado¹².

No obstante, la cuantía de la pensión reconocida será, como mínimo, del veinticinco por ciento del importe de la pensión.

Las personas que, cumpliendo los requisitos señalados, estén afectadas por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al setenta y cinco por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al cincuenta por ciento del importe de la pensión a que se refiere el primer párrafo del apartado 1 del presente artículo¹³.

De lo anterior, por tanto, se deducen las siguientes cuantías básicas para el año 2008:

¹² En concreto, 4.598,16 euros anuales, en el año 2008, según la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, (BOE de 27 de diciembre) de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 y el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008 (artículo 17).

¹³ Para la valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda en los que sea necesaria la acreditación de esta situación, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

<i>Cuantía</i>	<i>Anual</i>	<i>Mensual</i>
Íntegra	4.598,16 euros	328,44 euros
Mínima 25%	1.149,54 euros	82,11 euros
Íntegra más incremento del 50%	6.897,24 euros	492,66 euros

Cuando en una misma unidad económica concurre más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza, la cuantía de cada una de las pensiones vendrá determinada en función de las siguientes reglas:

- 1.º Al importe de la pensión se le sumará el setenta por ciento de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica.
- 2.º La cuantía de la pensión para cada uno de los beneficiarios será igual al cociente de dividir el resultado de la suma prevista en la regla primera por el número de beneficiarios con derecho a pensión.

Para más beneficiarios (N): Pensión anual A CADA UNO

$$CUANTÍA = \frac{\text{PENSIÓN} + 0,7 \text{ PENSIÓN (N-1)}}{N}$$

Por tanto, si fuesen dos beneficiarios, en el año 2008: $P + 0,7 P (N-1) = 4.598,16 + 3.218,71 = 7.816,87$. Esta cuantía se divide por el total de beneficiarios (en este caso, 2), para obtener la cuantía individual de cada uno de ellos y así se actuaría sucesivamente con N beneficiarios.

<i>N.º Beneficiarios (N)</i>	<i>Anual</i>	<i>Mensual</i>
2	3.908,44 euros	279,17 euros
3	3.678,53 euros	262,75 euros

.....

En los casos de convivencia del beneficiario o beneficiarios con personas no beneficiarias, si la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica más la pensión o pensiones no contributivas, calculadas conforme a lo expuesto anteriormente, superara el límite de acumulación de recursos, la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar el mencionado límite, disminuyendo, en igual cuantía, cada una de las pensiones.

3. Determinación del grado de discapacidad o enfermedad crónica y revisiones del grado

El grado de discapacidad o enfermedad crónica se determina valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales, como los factores sociales complementarios, mediante la aplicación de baremos.

El grado de discapacidad o enfermedad crónica es revisable, en tanto que el beneficiario no haya cumplido los sesenta y cinco años, por alguna de las siguientes causas:

- a) Agravación o mejoría de la situación de discapacidad o enfermedad crónica.
- b) Variación de los factores sociales complementarios.
- c) Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

En la propuesta del órgano de calificación de la discapacidad o enfermedad crónica se establecerá, cuando proceda en atención a las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado de discapacidad o enfermedad crónica que se declare. Asimismo, en cada una de las revisiones que se efectúen se determinará, en su caso, la fecha de la siguiente revisión.

La primera revisión del grado de discapacidad o enfermedad crónica podrá instarse, por parte del interesado, una vez que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se haya reconocido dicho grado. Las posteriores revisiones podrán instarse después de transcurrido un año desde la fecha de la resolución que haya resuelto la petición de revisión anterior. Los plazos precedentes no se aplican cuando se acredite suficientemente la variación de los factores personales o sociales valorados.

Si como consecuencia de la revisión se reduce el grado inicialmente reconocido, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día 1 del mes siguiente a aquél en que se haya dictado la resolución.

Si como consecuencia de la revisión se incrementa el grado de discapacidad inicialmente reconocido y/o se declara la necesidad de concurso de otra persona, con derecho a complemento del 50%, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día 1 del mes siguiente al de la solicitud del interesado, salvo que la revisión se hubiera producido de oficio, en cuyo supuesto los efectos económicos serán a partir del día 1 del mes siguiente a aquél en que se haya emitido el oportuno dictamen por el equipo de valoración y orientación u Órgano que corresponda.

4. Compatibilidad e incompatibilidad

El derecho a pensión no contributiva de invalidez no impide el ejercicio de aquellas actividades laborales, sean o no lucrativas, compatibles con la discapacidad del pensionista y que no representen un cambio en su capacidad real para el trabajo.

La pensión no contributiva de invalidez es incompatible con la PNC de Jubilación, con las Pensiones Asistenciales y con los Subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y por Ayuda de Tercera Persona de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), así como con la condición de causante de la asignación familiar por hijo a cargo, mayor de 18 años, con discapacidad.

De la cuantía de la pensión íntegra calculada en cómputo anual, se deducirán las rentas o ingresos del pensionista que excedan del 25% del importe íntegro de la pensión, es decir, de 1.149,54 euros anuales. Por tanto, si el pensionista cuenta con rentas propias inferiores a 1.149,54 euros en el año 2008, no verá reducida la cuantía de su pensión por tal causa. Por otra parte si el pensionista contase con rentas propias superiores a 1.149,54 euros en el año 2008, sólo le será reducida su pensión por los ingresos que excedan de 1.149,54 euros. En definitiva, se permite compatibilizar la pensión con unas rentas propias equivalentes al 25% del importe de la pensión.

En el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo PNC de Invalidez, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en cada momento.

En el año 2008, el IPREM anual es de 6.202,80 euros y, por tanto, 1,5 veces es igual a 9.304,2 euros. En caso de exceder de dicha cuantía, se

minorará el importe de la pensión en el 50 por 100 del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el IPREM¹⁴.

5. Efectos económicos de las pensiones

Sin perjuicio de lo indicado en los supuestos de revisión de grado, con carácter general los efectos económicos del reconocimiento del derecho a las pensiones de invalidez, en su modalidad no contributiva, se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se presente la solicitud.

6. Complemento para vivienda

La Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, implantó, con efectos de 1 de enero de 2007, un complemento de pensión, dirigido a aquellos pensionistas de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, que acrediten fehacientemente carecer de vivienda en propiedad y residir, como residencia habitual, en una vivienda alquilada por propietarios que no tengan con él relación de parentesco hasta el tercer grado. Igualmente, establece que en el caso de unidades familiares en las que convivan varios perceptores de pensiones no contributivas, sólo podrá percibir el complemento el titular del contrato de alquiler, o de ser varios, el primero de ellos.

El Real Decreto 1400/2007, de 29 de octubre, ha establecido normas para el reconocimiento de dicho complemento, cuya cuantía está excluida del cómputo de rentas o ingresos a efectos de determinar el mantenimiento del derecho a la pensión.

Para el año 2008, el importe de este complemento ha quedado fijado en 357 euros, según determina el artículo 41, dos, de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para dicho año.

7. Gestión y reconocimiento

La gestión y reconocimiento del derecho a percibir una pensión no contributiva se realiza por las Comunidades Autónomas, ya que tienen

¹⁴ La cuantía del IPREM, para el ejercicio de 2008, ha sido fijada por la disposición adicional 35.ª de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 1/2008, de 18 de enero.

transferidas las funciones y servicios del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), excepto en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, en las que dicha gestión se realiza directamente por el IMSERSO.

Las pensiones no contributivas se financian con cargo al presupuesto del Estado, mediante transferencias de crédito al de la Seguridad Social.

La solicitud de pensión podrá presentarse personalmente en las oficinas de los Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, del IMSERSO o en cualquier otra de la Seguridad Social, en las que se facilitará el impreso correspondiente, o por correo.

Los pensionistas están obligados a comunicar al Organismo que gestiona su pensión las variaciones en su convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios y/o familiares, y cuantas otras puedan tener incidencia en la conservación del derecho o en la cuantía de su pensión. Asimismo, deben presentar anualmente declaración de sus rentas o ingresos y de los de su unidad familiar de convivencia en impreso-formulario que a ese fin se le remita por el Organismo Gestor de su pensión.

A su vez, las Administraciones Públicas tienen el deber y el derecho de establecer los mecanismos de control oportunos para evitar cualquier utilización indebida de las prestaciones sociales; controles que se efectúan tanto con carácter previo al reconocimiento de la pensión como con posterioridad periódica y anualmente.

El Registro de Prestaciones Sociales Públicas, cuya gestión tiene encomendada el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en el que se inscriben todas las pensiones públicas, incluida la PNC de Invalidez, es un instrumento básico de la gestión pública de protección social al posibilitar el seguimiento y control permanente del derecho a las prestaciones y sus percepciones.

El reconocimiento del derecho a la pensión dará lugar también a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, previo reconocimiento del derecho a la misma por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, así como el acceso a los servicios sociales establecidos en el sistema para los pensionistas.

8. Extinción del derecho a la pensión de invalidez

El derecho a seguir percibiendo una pensión no contributiva de invalidez se extingue cuando se deja de reunir alguno de los requisitos exi-

gidos para su reconocimiento. No olvidemos que se trata de pensiones en las que los requisitos no sólo deben cumplirse en el reconocimiento inicial de las mismas, sino durante su percepción, es decir, se trata de pensiones que están sujetas a permanente revisión de sus condiciones de acceso, por lo que si, en cualquier momento, no se reúnen las condiciones establecidas (por ejemplo, por superar el límite de ingresos), se pierde el derecho al percibo de la pensión.

No obstante, si posteriormente vuelven a reunirse los requisitos, podría solicitarse de nuevo la pensión y, percibirla, en su caso, en tanto se mantenga en todo momento el cumplimiento de los requisitos.

El derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, se extinguirá cuando en el beneficiario concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Pérdida de su condición de residente o traslado de su residencia fuera de territorio español por tiempo superior al límite establecido.
- b) Mejoría de la discapacidad o enfermedad crónica padecidas que determine un grado inferior al 65 por 100.
- c) Disponer de rentas o ingresos suficientes, que superen el límite de acumulación de recursos según la unidad de convivencia.
- d) Fallecimiento del beneficiario.

9. Denegación de una pensión de jubilación o incapacidad permanente, en modalidad contributiva

La disposición adicional tercera del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla la Ley en materia de pensiones no contributivas, establece que, cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación o incapacidad permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente Entidad gestora cursará al Organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva. De la citada remisión se dará oportuna comunicación al interesado.

En tales supuestos, y si se reconociera el derecho a una pensión de Seguridad Social, en modalidad no contributiva, la fecha de efectos económicos de la misma será el día 1 del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva, siempre que el beneficiario

cumpliese en dicha fecha los requisitos que condicionan la pensión no contributiva.

A tal fin, se presumirá afecto de una discapacidad igual al 65 por 100 a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez, se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

V. PENSIÓN DE ORFANDAD

Las pensiones de orfandad se enmarcan dentro de la modalidad contributiva de las prestaciones de la Seguridad Social, ya que los causantes (personas fallecidas) o eran trabajadores, o lo habían sido (habían acreditado, al menos, 15 años de cotización), o eran perceptores de subsidios o, finalmente, eran pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente, en modalidad contributiva. Pues bien, entre las prestaciones que, en caso de muerte, se otorgan, se encuentran las pensiones de orfandad.

La regulación básica de las prestaciones por muerte y supervivencia se encuentra recogida en los artículos 171 a 179 de la LGSS y en la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien, existen numerosas normas reglamentarias, reiteradamente modificadas, que afectan a estas prestaciones.

1. Beneficiarios

Tienen derecho a las pensiones de orfandad:

- Los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación.
- Los hijos del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio, siempre que éste se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y además no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni que-

den familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

En la fecha del fallecimiento del causante, los hijos indicados en los dos párrafos anteriores deben ser:

- Menores de 18 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En este caso, dado que se trata de una incapacidad laboral, la valoración corresponde efectuarla a los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI), radicados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- Menores de 22 años, o de 24 años si no sobreviviera ninguno de los padres, en los casos en que los hijos no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando, realizándolo, los ingresos que obtengan, en cómputo anual, no resulten superiores al 100 % del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual¹⁵.

En el caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera veinticuatro años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico.

Si el huérfano presenta una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100, podrá ser beneficiario hasta los 24 años, si no efectúa un trabajo o, cuando realizándolo, los ingresos resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente del SMI¹⁶.

En todo caso, para tener derecho a la pensión de orfandad, se exige que el causante (padre o madre fallecidos) se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social¹⁷, o bien fuese pensionista de incapacidad permanente o de jubilación, en modalidad contributiva. Si el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontraba en alta o en situación asimilada a la de alta, para tener derecho a la pensión de orfandad es necesario que aquél hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años. (Artículo 175.1, en relación con el 174.1 de la LGSS).

¹⁵ El Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre, ha fijado en 8.400 euros la cuantía anual del salario mínimo interprofesional para 2008 (600 euros al mes).

¹⁶ Esta norma ha sido introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

¹⁷ La nueva redacción del artículo 175.1 de la LGSS, dada por el artículo 5.Cinco de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha facilitado el acceso a las pensiones de orfandad, porque ha eliminado el requisito de cotización (500 días en los últimos 5 años), cuando el causante fallezca por enfermedad común, encontrándose en alta o en situación asimilada a la de alta. En los casos de accidente, ya sean laborales, o no laborales en situación de alta, tampoco se exige periodo de cotización.

2. Cuantía

La cuantía de la pensión se calcula aplicando a la base reguladora del causante el porcentaje correspondiente.

La *base reguladora* se calcula de la misma forma que en la pensión de viudedad. Existen varias fórmulas de cálculo, dependiendo de la causa del fallecimiento (enfermedad común, accidente) o de la situación de activo o pensionista de la persona fallecida.

El *porcentaje, en general, para cada hijo es el 20%* de la base reguladora.

Límite de las prestaciones: si existen varios beneficiarios, la suma de las cuantías de todas las pensiones por muerte y supervivencia no podrá rebasar el 100% de la base reguladora. No obstante, si a la viudedad le corresponde un 70% de la base reguladora –si se reúnen los requisitos que más adelante se indican– y concurre con dos o más pensiones de orfandad, el límite podrá ser rebasado, hasta un máximo de un 118%, ya que la pensión de viudedad mantendrá un 70% y la suma de las pensiones de orfandad no podrá superar el 48%¹⁸. Si, por ejemplo, concurre una viudedad (70%) y tres orfandades, a cada una de éstas corresponderá un 16 %, ya que: $70\% + (16\% \times 3) = 118\%$.

Si el fallecimiento ha sido debido a accidente de trabajo o a enfermedad profesional, se concede, además, a cada huérfano una indemnización a tanto alzado equivalente a una mensualidad de la base reguladora. En caso de no existir cónyuge o, desde 1-1-2008, pareja de hecho debidamente constituida, con derecho a indemnización, las seis mensualidades correspondientes a aquél se distribuirán entre los huérfanos.

Cuando se trate de pensión de orfandad absoluta (si no queda cónyuge sobreviviente o pareja de hecho –desde 1-1-2008– o éstos fallecen disfrutando la pensión de viudedad o abandonó el domicilio), la pensión de orfandad se incrementa con el porcentaje del 52%, de la viudedad. Si existen varios huérfanos con derecho a pensión, el incremento se distribuirá entre todos ellos a partes iguales.

Cuando concurren en un mismo beneficiario pensiones de orfandad causadas por el padre y la madre, el incremento de la viudedad sólo será aplicable a la pensión originada por uno de los causantes. Las pensiones originadas por cada uno de los causantes pueden alcanzar hasta el 100% de su respectiva base reguladora.

¹⁸ Así lo dispone el último párrafo del apartado 4 del artículo 179 de la LGSS, que ha sido añadido por el artículo 5.Ocho.2 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Complemento por mínimos: en todo caso, los beneficiarios de orfandad menores de 18 años, con una discapacidad igual o superior al 65%, tienen la garantía del complemento por mínimos que cada año establece la Ley de Presupuestos Generales del Estado y el correspondiente Real Decreto de revalorización anual de las pensiones del sistema de la Seguridad Social. En concreto, la cuantía mínima mensual en el año 2008 es de 334,82 euros (4.687,48 euros al año)¹⁹.

3. Abono

La pensión se abonará:

- Si el huérfano es menor de 18 años, a quien lo tenga a su cargo, en tanto cumpla con la obligación de mantenerlo y educarlo, o a quien tenga atribuida la guarda del menor, si éste se encuentra en situación de desamparo constatado por la entidad pública competente.
- Si el huérfano es mayor de 18 años, se abonará directamente a éste, salvo que haya sido declarado incapacitado judicialmente, en cuyo caso se abonará a quien tenga atribuida su guarda.

Consideración de renta exenta. La pensión de orfandad está exenta de tributación a efectos del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF), en virtud de lo establecido en el artículo 7.h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF.

Violencia de género. Según lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en la redacción dada por la disposición adicional trigésima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social: “quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones, cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese”.

¹⁹ Ley 51/2007, de 26 de diciembre, (BOE de 27 de diciembre) de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008 y Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008.

Por consiguiente, profundizando en la intensidad protectora de los huérfanos, la Ley establece en estos casos el acrecimiento de las pensiones de viudedad en favor de las de orfandad.

4. Compatibilidades / Incompatibilidades

La pensión de orfandad, hasta los 18 años, es compatible con cualquier renta de trabajo del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquél perciba. No obstante, reconocido el derecho a la pensión de orfandad o, en su caso, prolongado su disfrute, aquél queda en suspenso cuando el huérfano beneficiario, mayor de 18 años, realice un trabajo por cuenta ajena o propia, en virtud del cual obtenga unos ingresos que, en cómputo anual, sean superiores al 100% del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual (8.400 euros, en el año 2008).

Si el huérfano es menor de 18 años o tiene reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, la pensión se abonará con independencia de la cuantía de los ingresos que obtenga derivados de su trabajo.

Los huérfanos, con derecho a pensión de orfandad, que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón de la misma incapacidad, deberán optar por una de ellas.

La pensión de orfandad, en los supuestos de huérfanos con 18 o más años e incapacitados para todo trabajo, es compatible con la percepción de la asignación económica por hijo a cargo, mayor de 18 años y un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100.

5. Extinción

La pensión de orfandad se extingue:

- a) Por cumplir la edad mínima fijada en cada caso (salvo que, en tal momento, tuviera reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez).
- b) Por cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a la pensión.
- c) Por adopción.

- d) Por contraer matrimonio, salvo que estuviera afectado por incapacidad en uno de los grados antes indicados.
- e) Por fallecimiento.
- f) Por comprobarse que no falleció el trabajador desaparecido en accidente.

6. Gestión

La gestión de las pensiones de orfandad corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), con carácter general y al Instituto Social de la Marina (ISM), cuando se trate de trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial del Mar.

VI. LAS PENSIONES ASISTENCIALES Y LOS SUBSIDIOS DE LA LEY DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE MINUSVÁLIDOS

1. Pensiones asistenciales de jubilación o invalidez

La disposición adicional segunda, dos, de la Ley 51/2007, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, ha fijado en 149,86 euros la cuantía mensual para cada beneficiario que tenía reconocido el derecho a una pensión asistencial por invalidez o jubilación de las reguladas por la Ley 45/1960, de 21 de julio, y el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio (antes del 23 de julio de 1992, fecha en la que quedaron suprimidas por Real Decreto Ley 5/92 de 21-7 convalidado por la Ley 28/92 de 24 de noviembre de 1992). Se abonan, además, dos pagas extraordinarias del mismo importe en los meses de junio y diciembre.

Según establece el segundo párrafo de la citada disposición adicional segunda, dos, de dicha Ley 51/2007, “las pensiones asistenciales serán objeto de revisión periódica, a fin de comprobar que los beneficiarios mantienen los requisitos exigidos para su reconocimiento y, en caso contrario, declarar la extinción del derecho y exigir el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas...”.

Los actuales beneficiarios de pensiones asistenciales por invalidez y jubilación pueden optar a percibir una pensión de invalidez o jubilación de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva, lo que supondrá la renuncia a la asistencial que vienen disfrutando. La solicitud para pasar a cobrar la pensión no contributiva se puede presentar sin límite de plazo.

Las personas con discapacidad que tuvieran menos de 65 años de edad no necesitan acreditar el grado de discapacidad para acceder a la pensión de invalidez no contributiva, por considerarse implícito en el reconocimiento del derecho al cobro de la asistencial. El grado de discapacidad presumido en el titular para este cambio no es válido a otros efectos. El cambio para recibir la pensión no contributiva surtirá efecto el día primero del mes siguiente a aquél en el que se presente la solicitud.

Las pensiones asistenciales son incompatibles con:

- a) El subsidio de garantía de ingresos mínimos (LISMI).
- b) Las pensiones de invalidez y jubilación de la Seguridad Social en su modalidad no contributiva.
- c) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social que pudieran corresponder a los padres o responsables de la persona con discapacidad o a ella misma cuando fuera huérfana absoluta.

2. Los subsidios de la Ley de integración social de minusválidos

El sistema especial de prestaciones establecido en la Ley 13/1982, de 4 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), desarrollado en el Real Decreto 383/84, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la LISMI, presenta un conjunto de prestaciones económicas y de prestaciones técnicas.

- Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos (SGIM).
- Subsidio por Ayuda de Tercera Persona (SATP).
- Subsidio de Movilidad y Compensación por Gastos de Transporte (SMGT).
- Asistencia sanitaria y farmacéutica.

Estas prestaciones, de igual modo que las pensiones no contributivas de invalidez, están destinadas a la protección de las personas discapacitadas que, por no desarrollar actividad laboral, no están comprendidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social.

Es una obligación del Estado y de los poderes públicos garantizar la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada y los recursos económicos para facilitar una mayor realización

personal e integración laboral y social a las personas con discapacidad física, intelectual o sensorial, proporcionando la tutela necesaria a las personas que lo necesiten.

No obstante, hay que recordar que los Subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y por Ayuda de Tercera Persona quedaron suprimidos por la Ley 26/1990 (actual Disposición Transitoria Undécima del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), manteniendo el derecho los beneficiarios que los tenían reconocidos, en los términos y condiciones previstos en la legislación específica que los regula. Pero, naturalmente, no caben nuevos reconocimientos, sino que únicamente pueden continuar percibiendo estos subsidios quienes ya los tuvieran reconocidos antes de su supresión.

Es posible la opción entre ser titular de estos subsidios o perceptor de una pensión no contributiva de invalidez o de jubilación o de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años, con una discapacidad igual o superior al 65%, siempre que se reúnan las condiciones exigidas para acceder a estas prestaciones.

Podían ser beneficiarios de estos subsidios a extinguir los ciudadanos españoles y nacionales de otros países, con residencia legal en España que, en su día, cumplieron los requisitos que para cada subsidio se exigían, advirtiendo que estos subsidios son compatibles entre sí e incompatibles con otras prestaciones públicas, por ejemplo, las que se acaban de mencionar.

Como se ha indicado, la disposición transitoria undécima de la LGSS se refiere a la pervivencia de los suprimidos subsidios económicos de la LISMI. Pues bien, por lo que se refiere al subsidio de garantía de ingresos mínimos, el apartado 3 de dicha disposición, en la redacción dada por la Ley 3/1997, de 24 de marzo, sobre recuperación automática del subsidio de garantía de ingresos mínimos, determina que, en los supuestos de contratación por cuenta ajena o establecimiento por cuenta propia de los beneficiarios del subsidio de garantía de ingresos mínimos, será de aplicación a los mismos, en cuanto a recuperación automática del derecho al subsidio, lo dispuesto al efecto para los beneficiarios de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva.

Asimismo, no se tendrán en cuenta para el cómputo anual de sus rentas, a los efectos previstos en su legislación específica aplicable, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena o propia en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato o el cese de la actividad laboral.

A) Subsidio de Movilidad y Compensación por Gastos de Transporte (SMGT)

El subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte sigue en vigor en todo caso y las personas con discapacidad que no lo estuvieran percibiendo, si aspiran a disfrutar de este derecho y reunieran las condiciones establecidas en la citada LISMI, pueden cursar la correspondiente solicitud.

Este subsidio es compatible con otras prestaciones en los términos que se indican y es el único que se viene revalorizando anualmente. Los requisitos exigidos para ser beneficiario del mismo son los siguientes:

- No estar comprendido en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral.
- No ser beneficiario o no tener derecho, por edad o por cualesquiera otras circunstancias a prestación o ayuda de análoga naturaleza y finalidad y, en su caso, de igual o superior cuantía otorgada por otro organismo público.
- No superar el nivel de recursos económicos personales y/o familiares del 70%, en cómputo anual, (4.341,96 euros, en el año 2008), del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), vigente en cada momento. En el supuesto de que el beneficiario tenga personas a su cargo o dependa de una unidad familiar dicho importe se incrementará en un 10%, por cada miembro distinto del beneficiario hasta el tope máximo del 100% del citado indicador.
- Edad: Tener tres o más años.
- Discapacidad: Grado igual o superior al 33%.
- Grave dificultad para utilizar transportes colectivos.
- No encontrarse imposibilitado para desplazarse fuera de casa.
- Si está interno en un Centro, salir al menos diez fines de semana al año.

B) Cuantías

Las cuantías de estos subsidios, salvo la de movilidad y gastos de transporte, han permanecido inalterables desde la implantación de las pensiones no contributivas y de las asignaciones familiares económicas por hijos mayores de 18 años y discapacitados.

Durante el año 2008, las cuantías son las siguientes:

<i>Subsidio</i>	<i>Cuantía anual</i>	<i>Cuantía mensual</i>
SGIM	2.098,04 euros	149,86 euros (14 pagas)
SATP	818,30 euros	58,45 euros (14 pagas)
SMGT	673,68 euros	56,14 euros (12 pagas)

C) Vigencia de las prestaciones y obligaciones de los beneficiarios

El uso adecuado de los recursos públicos debe quedar garantizado, por ello los beneficiarios están obligados a:

- Observar las prescripciones de los facultativos sanitarios, así como las medidas rehabilitadoras que se establezcan y cooperar a la mayor eficacia de las mismas.
- Aplicar las prestaciones económicas a la finalidad para la que hayan sido otorgadas.
- No rechazar una oferta de empleo adecuada.
- Comunicar, en el plazo máximo de quince días desde que se produzcan, las modificaciones sobrevenidas en su situación que pudieran tener repercusiones en relación con el derecho a las prestaciones o con el contenido de las mismas y, en general, proporcionar cuanta información les sea requerida a efectos de las prestaciones.
- Presentar anualmente declaración de sus rentas o ingresos y de los de su unidad familiar de convivencia en impreso-formulario que a ese fin se le remita por el Organismo Gestor de sus subsidios.
- Los importes que resulten indebidamente percibidos por el incumplimiento de las citadas obligaciones tienen que ser devueltos por sus perceptores.

A su vez, las Administraciones Públicas tienen el deber y el derecho de establecer los mecanismos de control oportunos para evitar cualquier utilización indebida de las prestaciones sociales; controles que se efectúan tanto con carácter previo al reconocimiento como con posterioridad periódica y anualmente.

El Registro de Prestaciones Sociales Públicas en el que se inscriben todas las pensiones públicas, incluidos estos subsidios, es un instrumento básico de la gestión pública de protección social al posibilitar el

seguimiento y control permanente del derecho a las prestaciones y sus perceptores²⁰.

El derecho a seguir percibiendo los subsidios se extingue cuando se deja de reunir alguno de los requisitos exigidos para su reconocimiento, así como por el incumplimiento de las obligaciones citadas.

D) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica

En el ámbito de la LISMI y el Real Decreto 383/1984, para acceder a estas prestaciones es necesario:

- No estar comprendido en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral.
- No tener derecho como titular o beneficiario a estas prestaciones del sistema de Seguridad Social.
- Estar afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 33%.

VII. OTRAS MANIFESTACIONES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La protección a las personas con discapacidad tiene su reflejo también en otras prestaciones de las Seguridad Social. Entre las más significativas, se pueden señalar las siguientes:

1. Pensiones de viudedad

Merecen destacarse, al menos, tres aspectos en los que la norma hace referencia a las personas discapacitadas. En los dos primeros casos, la existencia de una discapacidad implica la posibilidad de percibir mayores cuantías en la pensión de viudedad y, en el tercero, la discapacidad puede ser determinante para continuar percibiendo la pensión, impidiendo que se extinga.

A) Porcentaje del 70%.— La cuantía de la pensión de la viudedad consiste, en general, en un 52% de la base reguladora del causante (fórmula de cálculo de la pensión). Sin embargo, en ocasiones, este porcentaje

²⁰ El Real Decreto 397/1996, de 1 de marzo, regula el Registro de Prestaciones Sociales Públicas y ha sido desarrollado por la Orden y de 9 de enero de 1997.

puede alcanzar un 70% si se reúnen tres requisitos: a) que el pensionista tenga cargas familiares; b) que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos y c) que los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos no superen una determinada cantidad al año (en el 2008, concretamente 15.380,85 euros).

Pues bien, una de las condiciones exigidas para determinar la existencia de cargas familiares es la convivencia del pensionista de viudedad con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos. Y, a estos efectos, se considera que existe discapacidad cuando ésta sea igual o superior al 33%.

En consecuencia, cumpliéndose los requisitos, los beneficiarios de la pensión de viudedad percibirán sobre la base reguladora que corresponda el porcentaje más beneficioso del 70%, en lugar del 52%.

B) Complemento por mínimos.– Los titulares de pensiones de viudedad que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65% tienen la garantía del complemento por mínimos que cada año establece la Ley de Presupuestos Generales del Estado y el correspondiente Real Decreto de revalorización anual de las pensiones del sistema de la Seguridad Social. En concreto, la cuantía mínima mensual en el año 2008 es de 528,55 (7.399,70 euros al año).

C) Mantenimiento de la pensión.– Las pensiones de viudedad se extinguen, en general, por contraer nuevo matrimonio. Sin embargo, se puede mantener el percibo de la pensión de viudedad, aunque el pensionista contraiga nuevo matrimonio, si la pensión es la principal fuente de ingresos, si el matrimonio no tiene ingresos superiores a dos veces el salario mínimo interprofesional y si quien contrae matrimonio es mayor de 61 años o, siendo menor de esa edad, tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez o acreditada una discapacidad en grado superior al 65%.

2. Pensiones de jubilación

Debido al mayor esfuerzo y la penosidad que ocasiona para un trabajador discapacitado la realización de una actividad profesional, la Ley General de la Seguridad Social determina que la edad mínima de 65 años para la jubilación, puede ser reducida, aplicando unos determinados coeficientes, en el caso de personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65%.

La edad se reduce en un periodo equivalente al que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado los coeficientes de 0,25, para un grado de discapacidad igual o superior al 65%, y de 0,50 para un grado

igual o superior al 65% y se acredite necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

El tiempo en que resulta rebajada la edad de jubilación se computa, además, como cotizado para determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación. Es decir, si una persona ha trabajado, por ejemplo, diez años con una discapacidad del 65%, se le bonificaría con dos años y medio ($10 \times 0,25 = 2,5$) y podría acceder a la jubilación a los 62,5 años de edad ($65 - 2,5 = 62,5$) y, para calcular el porcentaje que corresponde a la base reguladora de su pensión, se añadirían esos 2,5 años a los que tuviere cotizados a lo largo de su vida laboral (si ha cotizado 23,7 años, a ellos se añadirían otros 2,5, resultando 26,2 años en total).

La Ley de Medidas en materia de Seguridad Social establece que la edad mínima de 65 años para la jubilación podrá ser reducida también en el caso de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 45%, siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. En este caso, por tanto, mientras no se produzca el desarrollo reglamentario, la norma estará pendiente de aplicación.

En cualquier caso, la aplicación de los coeficientes reductores de la edad, nunca darán ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años.

3. Derechos laborales y prestaciones familiares, en modalidad contributiva, por cuidado de familiares con discapacidad

En ocasiones, la protección del ordenamiento jurídico no recae directamente sobre las personas con discapacidad, sino en sus familiares, como es el caso de los periodos de excedencias por cuidado de hijos, o de familiares con discapacidad, o el de reducción de jornada por el mismo motivo (Artículos 46.3 y 37.5, respectivamente, del Estatuto de los Trabajadores)²¹. Además, a estos derechos estrictamente laborales se une la protección de Seguridad Social, en forma de prestación familiar que consiste en considerar como efectivamente cotizados tales periodos

²¹ En la redacción dada por la disposición adicional décimo primera, nueve y cinco, respectivamente, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Tratándose de funcionarios de carrera, el artículo 89.4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, (en vigor desde el 13-5-2007), se refiere a la modalidad de "Excedencia por cuidado de familiares" en términos algo distintos al Estatuto de los Trabajadores.

o en completar las cotizaciones parcialmente realizadas (Artículo 180 de la LGSS)²².

Todo ello tiene como objetivo, por un lado, conciliar la vida familiar y laboral y, por otro, que el trabajador que se acoja a tales derechos laborales no interrumpa su carrera de aseguramiento o de cotizaciones a la Seguridad Social, evitándole repercusiones negativas en sus futuras prestaciones.

A) Excedencia por cuidado de hijos o familiares

Según dispone el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

Esta excedencia, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a

²² En la redacción dada por la disposición adicional decimoctava, doce, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.

B) Reducción de jornada de trabajo

En virtud de lo establecido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores, quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.

Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

La reducción de jornada constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

C) Prestación familiar, en modalidad contributiva

Según establece el artículo 180 de la LGSS, los dos primeros años del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

El período de cotización efectiva tendrá una duración de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cui-

dado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa de categoría general, o de 36 meses, si tiene la de categoría especial.

De igual modo, se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones indicadas, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida.

Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones antes señaladas. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo.

Cuando las situaciones de excedencia antes señaladas hubieran estado precedidas por una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

4. Apoyo a las familias de las personas con discapacidad

La disposición adicional undécima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en materia de Seguridad Social contiene el compromiso de que el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados, en el plazo de un año, un estudio que analice globalmente las diferentes posibilidades para las familias de las personas en situación de discapacidad (patrimonio protegido, previsión social complementaria, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y beneficios fiscales) a fin de garantizar una renta suficiente para las personas discapacitadas que, por la naturaleza o gravedad de sus afecciones, no puedan realizar a lo largo de su vida una actividad profesional y se encuentren desprovistas de apoyo familiar.

ANEXO I

CUANTÍAS MÍNIMAS EN EL AÑO 2008 DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS PÚBLICAS QUE AFECTAN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (EN EUROS)

CLASES DE PRESTACIONES		Pagas al año	Cuantía mensual	Cuantía anual
PENSIONES ASISTENCIALES	Pensiones asistenciales (FAS) invalidez (18 a 64 años) o jubilación. A extinguir.	14	149,86	2.098,04
SUBSIDIOS DE LA LEY DE INTEGRACIÓN SOCIAL DE MINUSVÁLIDOS	Subsidio de garantía de ingresos mínimos (LISMI) -18 o más años-. Discapacidad igual o mayor al 65 %. A extinguir. Ayuda a tercera persona (LISMI). A extinguir.	14	149,86	2.098,04
	Ayuda de movilidad y transporte (LISMI)	12	58,45	818,30
		12	56,14	673,68
PENSIONES NO CONTRIBUTIV. DE INVALID. (1)	Discapacidad igual o superior al 65% Discapacidad igual o mayor al 75% y necesita concurso de otra persona.	14	328,44	4.598,16
		14	492,66	6.897,24
PENSIONES DE ORFANDAD	Pensión de orfandad simple (mínimo) Pensión orfandad absoluta (2) Orfandad, menor de 18 años y discapacidad igual o superior al 65%	14	170,02	2.380,28
		14	563,04	7.882,56
		14	334,82	4.687,48
PRESTACIONES FAMILIARES	Asignación familiar por hijos o menores a cargo con discapacidad igual o mayor al 33% (hasta los 18 años) Asignación familiar por hijos a cargo con discapacidad igual o mayor al 65%, a partir de 18 años Asignación familiar por hijos a cargo con discapacidad igual o mayor al 75%, y precisa concurso de otra persona, a partir de los 18 años	12	83,33	1.000,00
		12	328,44	3.941,28
		12	492,66	5.911,92
VIUDEDAD	Viudedad, con discapacidad igual o superior al 65%	14	528,55	7.399,70
PRESTACIÓN DE PAGO ÚNICO POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJO	2.500 euros Por cada hijo nacido o adoptado (en caso de no tener derecho a la deducción de esta cuantía en el IRPF)		1.000 euros	
			En caso de familias numerosas, monoparentales y en caso de madres discapacitadas	

(1) Complemento de Pensión No Contributiva: 357 euros anuales para pensionistas que carezcan de vivienda en propiedad y residan en vivienda alquilada.

(2) En la orfandad absoluta, si son más de un beneficiario (N), el mínimo por beneficiario será, en cuantía anual: 2.380,28 euros + 5.502,28 euros : N, y en cuantía mensual 170,02 euros + 393,02 euros : N.

ANEXO II

CUADRO DE CUANTÍAS MÍNIMAS EN EL AÑO 2008 DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE (MODALIDAD CONTRIBUTIVA) (EN EUROS)

<i>PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE</i>	<i>TITULARES</i>			
	<i>Con cónyuge a cargo</i>		<i>Sin cónyuge a cargo</i>	
	<i>Cuantía anual</i>	<i>Cuantía mensual</i>	<i>Cuantía anual</i>	<i>Cuantía mensual</i>
— Gran invalidez con incremento del 50% (1)	13.833,82	988,13	11.099,62	792,83
— Absoluta	9.222,50	658,75	7.399,70	528,55
— Total: Titular con 65 años	9.222,50	658,75	7.399,70	528,55
— Total: “Cualificada” con edad entre 60 y 65 años	8.619,24	615,66	6.895,00	492,50
— Total “Cualificada”, con edad entre 55 y 59 años	(2)	(2)	(2)	(2)
— Parcial del régimen de accidentes de trabajo: Titular con 65 años	9.222,50	658,75	7.399,70	528,55

(1) Desde 1-1-2008, se ha modificado la forma de cálculo del importe del complemento de gran invalidez, desvinculándolo en parte del importe de la pensión, de tal modo que será equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente.

Pero, además, en ningún caso este complemento podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida –sin el complemento– por el trabajador.

(2) La disposición adicional primera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, prevé el establecimiento de un importe mínimo que se recogerá, en su caso, en las futuras Leyes de Presupuestos anuales (complemento por mínimos), para las pensiones de IPT cualificada (incremento del 20%), cuando los beneficiarios tengan una edad inferior a 60 años. Esta previsión no se ha recogido en la Ley de Presupuestos Generales para el año 2008.

ANTONIO MARTÍNEZ MAROTO

Jurista - Gerontólogo
Jefe del Área del Plan Gerontológico Estatal del IMSERSO

ANTONIO PERALBO ROMERO

Coordinador del Equipo de Valoración
de la Dependencia de Albacete

Análisis del desarrollo normativo de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y de su aplicación en las Comunidades Autónomas

SUMARIO: I. Desarrollo normativo de la ley. 1. El Baremo Estatal del Sistema de Dependencia. 2. Sobre el nivel mínimo de atención, garantizado por la Administración General del Estado. 3. La Seguridad Social de los cuidadores de personas en situación de dependencia. 4. El Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 5. Marco de cooperación interadministrativa y criterios de reparto de créditos para el nivel acordado. 6. Las intensidades de protección y las cuantías de las prestaciones económicas. II. Implantación de la ley en las Comunidades Autónomas. 1. Los Equipos de Valoración y Atención. 2. El procedimiento para el reconocimiento. 3. El programa individual de atención. 4. Peculiaridades específicas en relación con la implantación general de la ley.

I. DESARROLLO NORMATIVO DE LA LEY

La ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia ha supuesto la concreción de un amplio debate sobre el modelo de bienestar social en el Estado Español. Se apuesta por un sistema, suficientemente consolidado, que deja a un lado los modelos asistenciales para ir fortaleciendo un sistema de protección basado fundamentalmente en el afianzamiento de los derechos. El modelo opta por la creación de un derecho subjetivo de ciudadanía que ofrece a los españoles, en determinado estado de dependencia, unos servicios y unas prestaciones económicas. La puesta en marcha de esta ley no hace sino fortalecer de manera clara el cuarto pilar de bienestar social, que no es otro que el de los servicios sociales.

Estamos en pleno proceso de puesta en marcha de la Ley y como todo proceso, éste, el de la puesta en marcha de la Ley, tampoco es ajeno a múltiples observaciones de todo tipo que irán culminando en un progresivo perfeccionamiento de la implantación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Como todo proceso exige un tiempo para que los logros puedan ser ostensibles y el establecimiento del mismo pueda ser considerado exitoso.

La entrada en vigor de la Ley se produce el día uno de enero de 2007 y a partir de esa fecha se empiezan a cerrar plazos para la efectiva puesta en marcha de la propia Ley.

El Consejo Territorial de la Dependencia, principal órgano de coordinación de la Ley, formado por representantes de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas y presidido por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, establece con fecha 22 de enero un plazo de tres meses para la efectiva puesta en marcha de Ley. De la anterior medida se desprende que el 22 de abril, la Administración Autónoma tendría que empezar a atender a los ciudadanos que demandan, en principio, ser valorados como dependientes, para obtener después los beneficios de la Ley. En esa fecha las Comunidades Autónomas empiezan a ponerse en marcha a efectos de implantar la Ley.

Pero para cumplir la medida acordada por el Consejo Territorial de la Dependencia es preciso hacer al menos un desarrollo mínimo de la Ley, que será posteriormente complementado por otras disposiciones a nivel Estatal o a nivel Autonómico. Éstas son las normas objeto de este capítulo, que veremos a continuación de forma abreviada, dado que el objeto de esta obra no requiere un desarrollo exhaustivo.

Se pretende en este capítulo y una vez analizada pormenorizadamente la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, en el primer tomo de esta Guía de

los Derechos de las Personas con discapacidad, analizar someramente qué normas han sido desarrolladas para la puesta en marcha de la Ley, analizando lo más significativo de esas normas y poner de relieve cómo está siendo, desde el punto de vista práctico, la efectiva puesta en marcha de la Ley, tomando como referencia una Comunidad Autónoma.

De acuerdo a la normativa, que ha sido publicada, de desarrollo de la Ley 39/2006, se pueden destacar los siguientes puntos, que suponen un compendio de lo publicado y que no trata de ser un análisis separado y detallado de las diferentes normas:

1. El Baremo Estatal del Sistema de Dependencia

El 20 de abril de 2007 se publica el baremo de valoración de la situación de dependencia. La disposición final quinta de la Ley habilitaba al Gobierno para aprobar un baremo que determinara los grados y niveles a que hace referencia la Ley 39/2006 en sus artículos 26 y 27.

El baremo que venía siendo objeto de estudio pormenorizado desde bastantes meses atrás y que había sido probado en aplicaciones prácticas para evaluar su eficacia y su ajuste a la realidad, se basa en criterios objetivos que determinan la autonomía de las personas, partiendo de la posibilidad o no de realizar tareas elementales de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para las actividades básicas de la vida diaria en relación con las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental.

El Real Decreto 504/2007 de 20 de abril aprueba en su único artículo el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia (BVD, Baremo de valoración de la Dependencia) y la escala de valoración especial (EVE) para menores de tres años que figura como anexos I y II del Real Decreto.

El baremo tiene en cuenta las siguientes actividades y capacidades para determinar el grado y nivel de dependencia: Comer y beber, regulación de la micción y defecación, lavarse, otros cuidados personales, vestirse, mantenimiento de la salud, transferencias corporales, desplazarse dentro del hogar, desplazarse fuera del hogar y tomar decisiones.

El solicitante recibirá hasta 100 puntos, que le definirán como persona dependiente de grado III (gran dependencia) (entre 75 y 100 puntos), de grado II (dependencia severa) (entre 50 y 74 puntos) y de grado I (dependencia moderada) (entre 25 y 49 puntos). Cada grado, a su vez, estará dividido en dos niveles.

Existe también un baremo especial para menores de tres años (EVE, Escala de Valoración Especial). Se incluye un instrumento de valoración específico para los menores de tres años, que compara el nivel de capacidad o autonomía del menor en relación con el habitual que tiene una persona sin dependencia de la misma edad. En esta situación no se determinan grados ni niveles, se formalizan prototipos de seguimiento de la valoración en cortos períodos de tiempo.

Dentro del Baremo de las situaciones de dependencia se tendrá especial cuidado en la valoración de las necesidades de apoyo y en la toma de decisiones, especialmente aplicables a personas en situación de discapacidad intelectual o enfermedad mental o con deficiencia en la capacidad perceptivo-cognitiva. En este tipo de situaciones, la forma y el modo de tomar decisiones se analizan de manera especial, ya que en muchas ocasiones se podrán realizar actividades básicas de la vida diaria, pero no de forma razonable, ni se podrán tomar decisiones que sean producto de un razonamiento correcto y normalizado.

2. Sobre el nivel mínimo de atención, garantizado por la Administración General del Estado

El Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo sobre el nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia establece la regulación de ese nivel mínimo de protección que de acuerdo a la Ley, el Estado garantizará siempre.

El nivel mínimo fijado en el Real Decreto de referencia es para el ejercicio económico del año en curso y se pagará a las Comunidades Autónomas en razón del número de personas dependientes que tengan. Cada año habrá de determinarse ese nivel mínimo. Recientemente acaba de aprobarse el correspondiente al año 2008.

A título de ejemplo y en referencia al año, 2007, el Real Decreto establece para el nivel 2 del grado III, la cantidad de 250 euros como nivel mínimo garantizado. Tras el convenio que se formaliza con las Comunidades Autónomas, e incorporando el nivel acordado o de convenio, se llegará a la cantidad de 1.014 euros/mes, después de sumar lo que ponen las Comunidades Autónomas. Esta cantidad total está financiada a partes iguales por las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado.

El Real Decreto 179/2008 de 8 de febrero que modifica un Real Decreto de 11 de enero del presente año, determina el nivel mínimo para este ejercicio económico, e incorpora el nivel mínimo para la dependencia severa (Grado II) en el nivel 2.

3. La Seguridad Social de los cuidadores de personas en situación de dependencia

El Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. Previamente determina quienes pueden ser cuidadores no profesionales, y dice que podrán serlo los que cuiden a una persona dependiente y sean su cónyuge o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. El Real Decreto admite, no obstante, algunas excepciones, respecto a personas que pueden ser consideradas cuidadores no profesionales y que no reúnen los requisitos enumerados anteriormente, pero se desecha en la norma la posibilidad de que cualquier persona pueda ser considerada cuidador informal.

La norma indica que los cuidadores informales quedarán incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta y que las cotizaciones a la Seguridad Social serán asumidas directamente por convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social por la Administración General del Estado.

4. El Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia

Por Orden Ministerial 1459/2007 de 25 de mayo se crea el Sistema de Información para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, que garantiza la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones Públicas, así como la compatibilidad de los distintos sistemas (artículo primero de la citada Orden Ministerial).

Este servicio (el SISAAD) será accesible para todos los ciudadanos y dará información de carácter general y particular de los beneficiarios, si bien a esta última información tendrán acceso los beneficiarios con las condiciones de seguridad adecuadas.

La norma establece asimismo la creación de un fichero de datos de carácter personal, de acuerdo a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, que servirá para gestionar las prestaciones sociales asociadas al Sistema.

5. Marco de cooperación interadministrativa y criterios de reparto de créditos para el nivel acordado

El Artículo 10 de la Ley determina que en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa, que se desarrollará mediante los correspondientes convenios entre la Administración General del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas.

Los criterios actuales de reparto establecidos en el anterior ejercicio económico de 2007 han sido los siguientes: población dependiente, dispersión, insularidad, emigrantes retornados y renta per cápita de los hogares. Estos criterios tienen unos índices de ponderación, que una vez aplicados determinan la cantidad que corresponde al convenio con cada una de las Comunidades Autónomas.

6. Las intensidades de protección y las cuantías de las prestaciones económicas

El Gobierno mediante Real Decreto, y de acuerdo al artículo 10.3 de la Ley aprobó la intensidad de los servicios y la compatibilidad o incompatibilidad de los mismos. Asimismo y de acuerdo al artículo 20 de la Ley se aprueban las cuantías de las prestaciones económicas. Esto es lo que recoge en su articulado el Real Decreto 727/2007 de 8 de junio para 2007. Estas cantidades han sido fijadas para el año 2008 en el Real Decreto 7/2008 de 11 de enero.

Los servicios y las prestaciones económicas, objeto de este Real Decreto, para los grados II y III, que establece la ley, son los siguientes: En relación con los servicios, el servicio de teleasistencia, la Atención domiciliaria, los centros de día y de noche y la atención residencial. En relación con las prestaciones económicas, prestaciones económicas en el entorno familiar, prestaciones económicas vinculadas, en los supuestos previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre y para el grado III, prestaciones económicas de asistencia personal. En el grado II, nivel 2 se determinan las cuantías para la prestación económica vinculada al servicio y para los cuidados en el entorno familiar, desapareciendo la de asistencia personal en este grado y nivel.

Este Real Decreto dedica especial atención a los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y especifica que serán las Comunidades Autónomas las que formulen y establezcan estos planes y determinen las intensidades de los servicios de prevención (Art. 5 del RD).

Idéntico tratamiento reciben los servicios de promoción de la autonomía personal, dejando la competencia de su desarrollo intensivo en manos de las Comunidades Autónomas. El artículo sexto dice que son servicios de promoción de la autonomía, los de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyen a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, los servicios de habilitación, los servicios de terapia ocupacional, así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad.

El Real Decreto hace una mínima descripción de los objetivos de cada uno de los servicios y remite, por competencia, a las Comunidades Autónomas la fijación de sus diversas intensidades. Establece asimismo algunas incompatibilidades, así dice que será incompatible el servicio de atención residencial con el de teleasistencia o con el Ayuda a domicilio y con el de Centros de día. Existen, asimismo, otras incompatibilidades.

En el anexo I se determina el nivel mínimo para la ayuda a domicilio, que debe estar en función del programa individual de atención, y que será para el grado III, entre 70 y 90 horas/mes para el nivel 2 y entre 55 y 70 para el nivel 1. En el grado II, serán entre 40 y 55 horas/mes y entre 30 y 40 horas/mes, para los niveles 2 y 1, respectivamente.

Poco más añade este Real Decreto que se caracteriza por hacer una constante delegación de la regulación específica en aras de las competencias ya asumidas por las Comunidades Autónomas en temas relacionados con los servicios sociales.

Queda así estructurado el desarrollo de la Ley, a falta de una norma que cohesione todo lo relacionado con el copago o participación de las personas en situación de dependencia en la financiación de la ley a través de los servicios que puedan recibir. Mientras eso se produce cada Comunidad Autónoma resolverá ese mandato legal por los normales sistemas de copago que tengan establecidos para otras prestaciones similares de servicios sociales.

Con la Ley aprobada y estando en pleno vigor las normas de desarrollo ya referenciadas, las diferentes Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla han empezado la puesta en marcha de la Ley y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que a nuestro entender necesita, como todo, de un período de acoplamiento entre la realidad de la dependencia y la carga objetiva que toda norma suele llevar. Indudablemente pueden surgir problemas de mayor o menor envergadura, pero hay confianza en la superación de los mismos y en que pasado este período de puesta en marcha paulatina de la Ley, se pueda tener

en funcionamiento, de manera eficaz, un sistema ágil y efectivo de atención a las personas que tienen algún tipo de dependencia.

De cómo se está produciendo en la realidad la puesta en marcha efectiva de la Ley, y de cuales son los retos y prioridades que tienen que ser atendidos desde las diferentes Comunidades Autónomas, se trata a continuación, en el presente capítulo.

II. IMPLANTACIÓN DE LA LEY EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, aprobada al amparo del artículo 149.1.1.^a de la Constitución, con el fin de garantizar el principio de igualdad en todo el territorio del Estado español, regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas.

Se configura un derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad.

Las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en el marco del Sistema las funciones de planificación, ordenación, coordinación y dirección, en sus ámbitos territoriales, de los servicios de promoción de la autonomía personal; la gestión de los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia; el establecimiento de los procedimientos de coordinación socio-sanitaria necesarios y la realización del reconocimiento de la situación de dependencia.

Resulta necesario, a fin de hacer efectivos los derechos reconocidos en la ley, regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y la composición, organización y funciones de los órganos de valoración de la situación de dependencia.

1. Los Equipos de Valoración y Atención

Los equipos de valoración y atención a las personas en situación de dependencia son los órganos técnicos competentes para valorar la situación de dependencia, así como para informar, asesorar y orientar a las personas en situación de dependencia.

Las personas que integran los equipos de valoración y atención de la situación de Dependencia deben tener titulación universitaria de grado superior o medio adecuada para el desarrollo de su actividad. Cada equipo técnico de valoración y atención de la situación de Dependencia estará constituido al menos, por una persona licenciada en medicina, otra en psicología y una persona diplomada en trabajo social.

Dependen funcionalmente de los Equipos de Valoración y Atención de la situación de Dependencia, los llamados Valoradores a domicilio, que deben estar en posesión de la titulación universitaria de grado superior o medio en el área sanitaria o social.

Serán funciones de los Equipos de Valoración y Atención de la situación de Dependencia las siguientes:

- a) Valorar la situación de dependencia mediante la aplicación del baremo de valoración de los grados y niveles de la misma y de la escala específica para los menores de tres años.
- b) Aplicar el baremo de valoración de la situación de dependencia para la determinación de la necesidad del concurso de otra persona.
- c) Aplicar la escala de valoración específica para menores de 3 años, para la ampliación del periodo de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo o menor acogido.
- d) Análisis y valoración de los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en que viva, considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.
- e) Formular el dictamen-propuesta sobre el grado y nivel de dependencia de la persona valorada.
- f) Emitir dictámenes técnicos sobre la revisión del grado o nivel de dependencia por mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia, error de diagnóstico o error en la aplicación del correspondiente baremo.
- g) Elaborar la propuesta provisional y definitiva de los Programas Individuales de Atención.
- h) Y aquellas otras funciones que les sean encomendadas por las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias y que no hayan sido recogidas anteriormente.

2. El procedimiento para el reconocimiento

El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o por quien ostente su representación legal.

La solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema se formulará en un prototipo de modelo normalizado. Junto a la misma se aportará con carácter preceptivo la documentación que se relaciona:

- a) Documento Nacional de Identidad de la persona interesada, y en su defecto documento acreditativo de su personalidad.

Para los menores de edad se presentará Libro de Familia, cuando éstos no dispongan de Documento Nacional de Identidad.

Las personas que carezcan de la nacionalidad española aportarán tarjeta acreditativa de su condición de residente en la que figure el Número de Identificación de Extranjero.

- b) Documento Nacional de Identidad del representante legal o guardador de hecho, y en su caso, resolución judicial de incapacitación y documento acreditativo de la representación.
- c) Certificado de empadronamiento de la persona interesada.
- d) Informe del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma donde se presenta la solicitud y en el que se reflejen las condiciones de salud de la persona solicitante que fundamenten desde una perspectiva médica, la necesidad de ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria, y en su caso, sobre las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas, conforme al modelo normalizado.

El Coordinador del Equipo de Valoración y Atención de la Dependencia procederá a comunicar a la persona solicitante o a su representante legal, el día y la hora en que el Valorador a domicilio acudirá al lugar de su residencia habitual para aplicar el baremo de valoración de la dependencia o la escala específica en el caso de menores de tres años.

Se valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma y de forma adecuada las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización.

En el caso de personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental o deterioro cognitivo se valorará, asimismo, las necesidades de apoyo para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal.

El Equipo de Valoración y Atención de la situación de Dependencia emitirá un dictamen-propuesta que deberá contener como *mínimo*, el diagnóstico, la situación, grado y nivel de dependencia, los cuidados que la persona pueda requerir así como los servicios o prestaciones de los previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, a que tendría derecho con carácter general por su grado y nivel, y aquellos otros que se determinen en la normativa de desarrollo de los decretos de procedimiento de las diferentes Comunidades Autónomas.

El dictamen se elevará como propuesta por el Equipo de Valoración y Atención de la situación de Dependencia a los titulares provinciales o centrales de la Comunidad Autónoma en materia de servicios sociales a efectos de la correspondiente resolución administrativa.

Dicha Resolución determinará:

- a) El *grado y nivel* de dependencia de la persona solicitante, con indicación de la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia conforme al calendario fijado en la Disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Asimismo reflejará cuando proceda, de acuerdo con el dictamen del Equipo de Valoración y Atención de la situación de Dependencia, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare.
- b) Los *servicios o prestaciones* que con carácter general por su grado y nivel le correspondería de los contemplados en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes legales en el plazo máximo de seis meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

La resolución tendrá validez en todo el territorio nacional y deberá comunicarse a los Servicios Sociales Generales correspondientes al municipio de residencia de la persona interesada. Su eficacia quedará demorada hasta la aprobación del llamado *Programa Individual de Atención*.

3. El programa individual de atención

El Equipo de Valoración y Atención de la situación de Dependencia elaborará tras el dictamen de grado y nivel la propuesta del Programa

Individual de Atención correspondiente a la persona interesada, que tendrá el siguiente contenido:

- a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona interesada.
- b) Servicios existentes en la Red de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma donde se ha presentado la solicitud de entre los previstos en la resolución que resultan adecuados a sus necesidades, con indicación de las condiciones específicas de la prestación del servicio (centro, servicios, duración, periodos, intensidad).
- c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, propuesta de prestación económica vinculada al servicio.
- d) Excepcionalmente, propuesta de prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda.
- e) En su caso, prestación económica de asistencia personal, con indicación de las condiciones específicas de dicha prestación.
- f) Participación que en la prestación pudiera corresponder al beneficiario en la financiación según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal de conformidad con lo regulado artículo 33 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia y en la normativa de desarrollo. Para ello se requerirá a la persona interesada la documentación fijada por la normativa vigente que resulte de aplicación para su determinación.

Una vez elaborada la propuesta provisional del Programa Individual de Atención, el Equipo de Valoración y Atención de la situación de Dependencia la trasladará a los Servicios Sociales Generales del municipio de residencia de la persona interesada y la notificará simultáneamente a la persona en situación de dependencia. Los Servicios Sociales en un plazo no inferior a diez días a computar desde la notificación al interesado de la propuesta provisional del Programa Individual de Atención darán participación y, en su caso, la posibilidad de elección entre las alternativas propuestas a la persona beneficiaria y, en su caso, a su familia o entidades tutelares que la representen.

La actuación de los Servicios Sociales Generales, debidamente documentada será remitida al Equipo de Valoración y Atención de la situación de Dependencia, para que éste formule propuesta definitiva del Programa Individual de Atención.

Elaborada la propuesta definitiva del Programa Individual de Atención, se remitirá al órgano que resulte competente según la normativa vigente para adoptar la resolución de acceso al recurso o prestación, para su aprobación, y notificación a la persona solicitante o a sus representantes legales. La aprobación del Programa Individual de Atención se comunicará para su seguimiento a los Servicios Sociales Generales del municipio de residencia de la persona interesada, y en particular cuando se trate de prestaciones o servicios que perciba en su domicilio.

En el Programa Individual de Atención se reflejará la fecha de efectividad de los servicios o prestaciones.

La aprobación del Programa Individual de Atención deberá producirse en el plazo máximo de tres meses a computar desde el día siguiente en que se emita la resolución del reconocimiento de la situación de dependencia.

La resolución por la que se apruebe el Programa Individual de Atención podrá ser recurrida en alzada ante la persona titular competente en materia de servicios sociales.

Por último, en referencia al procedimiento hay que comentar que la mayoría de las Comunidades Autónomas han creado una estructura de ámbito provincial o autonómico para la necesaria coordinación socio-sanitaria en el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que tiene por finalidad la integración y coordinación a nivel provincial y autonómico de los *Servicios Sociales y Sanitarios* vinculados a la protección y atención de las personas en situación de dependencia.

4. Peculiaridades específicas en relación con la implantación general de la ley

Tras realizar un repaso por el procedimiento reglamentario del reconocimiento de la situación de dependencia que con pequeñas diferencias es regulado en los decretos de desarrollo de las diferentes Comunidades Autónomas, vamos a entrar a exponer las vicisitudes de implantación en estos momentos con mayor contundencia de la Ley de la Dependencia tomando como referencia una Comunidad Autónoma.

A) Antecedentes

En el verano de 2006 se realiza a nivel nacional el pilotaje del por entonces conocido como Instrumento de Valoración de la Dependencia

(IVD), embrión del actual y definitivo Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD).

Aquel inicial instrumento surgió tras el trabajo de muchos profesionales de diferentes ámbitos de conocimiento y su pilotaje consistió en aplicarlo sobre una muestra cerrada de 50 ciudadanos, con una distribución etaria y de patología médica de base predeterminada, en cada provincia española y estableciendo una comparación entre el instrumento propuesto y otras escalas de valoración de deterioro cognitivo y/o discapacidad física/psíquica ya testadas durante años y de acreditado uso en los entornos sanitarios y de servicios sociales.

De los resultados del pilotaje y de las aportaciones y sugerencias sucesivas de los expertos y de los responsables del entorno de las asociaciones de personas con discapacidad psíquica y física; personas con enfermedad mental y personas con déficit sensorial entre otros, se corrigió, modifica y mejora aquel antiguo instrumento de valoración, convirtiéndose en texto legal en forma de Baremo de Valoración de la Dependencia.

Contando con esta imprescindible herramienta del baremo de valoración de la dependencia, se puede iniciar el camino de implantación de la Ley de Dependencia, desde el punto de vista del profesional que gestiona el reconocimiento de la situación de dependencia.

B) Inicio de la implantación

Constituidos –a mediados del mes de abril de 2007– los Equipos de Atención a la dependencia y seleccionados los Valoradores a domicilio, se van recepcionando las primeras solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia a primeros de mayo de 2007, con variaciones temporales en las diferentes Comunidades Autónomas del Estado Español.

Teniendo en cuenta el Informe de salud que acompañaba a la solicitud, se realiza una primera selección de los expedientes que han tenido registro de entrada, ya que al estar vinculados por la ley en el inicial reconocimiento durante el año 2007 de la situación de dependencia a los *grandes dependientes*, grado III, niveles 1 y 2; se hace necesario realizar un filtro de expedientes que nos impresionen de gran dependencia, tendiendo como único elemento de *screening*, el informe de salud firmado por el médico de cabecera del solicitante.

Siguiendo este criterio de selección por el informe de salud unido a la fecha de registro de entrada de la solicitud, se inicia el trabajo de comprobación de la integridad de los expedientes, solicitando la subsanación y aporte de los documentos imprescindibles –si fuese necesario–,

para a continuación proceder a la citación del peticionario, estableciendo el día y la hora en que el Valorador a domicilio se personará en la vivienda del ciudadano y realizará la valoración mediante la aplicación del baremo.

Los Valoradores a domicilio se personan en la vivienda del solicitante y siempre con tiempo suficiente le pasan el baremo al futuro dependiente, recogiendo por escrito todas las consideraciones que estimen oportunas. Hasta octubre de 2007 se está pasando en papel y después se vierten los resultados de los ítems al sistema informatizado nacional. En noviembre de 2007 los Valoradores portan tablet-pc que permiten volcar la información a un disco de memoria y directamente al sistema informatizado nacional.

La creación, gestión, modificación y soporte del Sistema de Información del SAAD (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) ha sido coordinado por el IMSERSO (Instituto de Mayores y Servicios Sociales) en Madrid.

En los entornos urbanos es posible realizar en una jornada de trabajo unas cinco-seis valoraciones a domicilio. En los entornos rurales se realizan de tres a cuatro valoraciones al día.

El Equipo de Atención y los Valoradores a domicilio tienen reuniones de coordinación que permiten establecer criterios comunes de interpretación en las dudas que puedan suscitarse en la aplicación del baremo a los solicitantes.

Volcada la información de los tablet-pc de los Valoradores a domicilio en el sistema informático común se obtiene una puntuación que define el grado y nivel de dependencia del solicitante. Se introducen los diagnósticos médicos siguiendo la Clasificación Internacional de Enfermedades, versión 10 (CIE 10).

En este momento el expediente está en la fase de Dictamen emitido. Se confirma el dictamen y pasa a fase de Resolución de reconocimiento de la situación de dependencia que contiene los datos personales, los diagnósticos médicos, el grado y nivel y un catálogo genérico de servicios y prestaciones de acuerdo al grado y nivel obtenido.

Se remite la Resolución de reconocimiento al solicitante y las CCAA se vinculan en los *tres meses siguientes* para enviar al interesado una segunda resolución que recoge el Programa Individual de Atención (PIA) donde se le concreta, con la ayuda del preceptivo Informe social del entorno del solicitante, la prestación económica o el servicio que le corresponde.

Conozcamos los documentos más importantes en el procedimiento:

EL DICTAMEN-PROPUESTA:

Emitido por el Equipo de Valoración contiene la puntuación, el grado y nivel y los diagnósticos.

Firma el Coordinador del EVD.

LA RESOLUCIÓN DE RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA:

Contiene *Antecedentes de hecho*: Fecha de registro de la solicitud; Fecha de la Valoración y Grado y Nivel.

Y contiene *Fundamentos de derecho*: Los artículos de la Ley y de los R.D. de desarrollo que la regulan; Ámbito geográfico nacional de extensión y un Catálogo genérico de servicios y/o prestaciones a los que se puede tener derecho.

Y un pie de recurso de alzada.

Firma del/a Director/a General de Coordinación de la Dependencia.

EL INFORME SOCIAL DEL ENTORNO:

Ver anexo e importancia más adelante.

LA PROPUESTA DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN:

Contiene:

- Resumen del Informe social del entorno.
- Servicios y/o prestaciones económicas ofrecidas según la regulación de intensidades de los servicios y la presencia de compatibilidades o incompatibilidades entre éstos y las prestaciones económicas.
- Capacidad económica del solicitante: Rentas y gastos.
- Rango IPREM resultante del estudio de capacidad económica.
- Cuantía final de la prestación económica tras estudiar la capacidad económica y fijar la cuantía por el rango IPREM (ver tabla en anexos).
- Deducciones por prestaciones de análoga naturaleza o finalidad que esté disfrutando el solicitante.
- Fecha de efectos de la prestación económica o del servicio.

Si fuese una prestación económica se acredita con nombre y apellidos y NIF al perceptor indicando la cuantía y el carácter mensual de la misma.

Si fuese un servicio se describe el mismo, tipo de plaza, localidad (residencia permanente o temporal, centro de día o de noche, estancias diurnas, ayuda a domicilio).

Firma el Coordinador del EVD.

EL TRÁMITE DE CONSULTA:

Es el documento que recoge la participación del solicitante o de su representante legal en la elección que contempla la Propuesta del Programa Individual de Atención.

La firman el solicitante o su representante legal y el Trabajador/a Social.

LA RESOLUCIÓN DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN:

Es quizás el documento más importante del procedimiento. Puede ser definitivo y tiene carácter finalista acreditando la percepción de una prestación económica o el disfrute de un servicio e incluso –si la Orden de intensidades o compatibilidades de la CA lo permite– la posibilidad de concurrir una prestación económica y uno o más servicios; e incluso dos prestaciones económicas simultáneamente (por ejemplo, una prestación económica de cuidados en el entorno familiar a favor de una madre que cuida a su hijo con retraso mental + una prestación económica vinculada al servicio para permitir el pago de un número determinado de horas al mes –80 horas– de servicio de ayuda a domicilio en fines de semana y festivo para respiro de esa madre cuidadora no profesional.

Contiene *Antecedentes de hecho*:

- Fecha de registro de la solicitud: Marca la retroactividad de la percepción de la prestación económica de los cuidados en el entorno familiar.
- Fecha de valoración.
- Fecha del Dictamen-Propuesta.
- Fecha del Informe social del entorno.
- Fecha de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

- Fecha de la Propuesta PIA.
- Fecha y resultado del Trámite de Consulta (Firman las partes el Acuerdo con la propuesta PIA).

Contiene *Fundamentos de derecho*:

- Normativa básica nacional y de desarrollo autonómico en que se sustenta.
- Servicio concreto y/o prestación económica.
- Detalle pormenorizado del tipo de servicio.
- Detalle pormenorizado de la prestación económica (cuantía, fecha de efectos, perceptor, forma de abono, carácter sucesivo).

Pie de recurso.

Firmado por el/la Director/a General de Coordinación de la Dependencia.

El informe social del entorno del solicitante es de gran importancia ya que nos informa de:

- Relación de recursos existentes y disponibles donde vive el dependiente: centros de día y de noche, residencias.
- Influencia de la dispersión geográfica y de los aspectos sociales y culturales del lugar donde vive el solicitante que hay que tener en cuenta a la hora de aconsejar en el PIA una plaza residencial o una prestación económica de cuidados en el entorno familiar.
- Las características del cuidador no profesional –preferentemente en los entornos rurales–, que sigue un perfil de esposa de entre 55-65 años que cuida a su esposo dependiente o el de una hija/nuera que supera la cincuentena y que cuida a sus padres/suegros o por fin, el de una madre joven aún, de entre 40-55 años que cuida a su hijo/a de corta edad que presenta una discapacidad intelectual (retraso mental, parálisis cerebral infantil).
- La influencia socio-cultural de ciertos entornos geográficos que rechazan el recurso asistencial y la única posibilidad de recurso se restringe al cuidador no profesional. Siendo en estos casos el cuidador no profesional la esposa del dependiente que no está en condiciones de salud para cuidar a nadie, sino para que la cuiden a ella también.

Como ya se ha dicho al principio de este capítulo, el Gobierno de la Nación con el apoyo de la mayoría parlamentaria consigue llevar al

Boletín Oficial del Estado la Ley de Dependencia. A continuación hay una cascada de Reales Decretos y normas de diferente rango, que constituyen el desarrollo reglamentario dictado por la Administración General del Estado. Entre otros, los referidos al baremo de valoración; el nivel mínimo de protección; la seguridad social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia; la intensidad de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas; el sistema informático del SAAD (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia).

Y tras este empujón del Gobierno central, llega la hora de las Comunidades Autónomas. Es imprescindible que las CCAA recojan el testigo del Gobierno central y comiencen a legislar en el ámbito de sus competencias.

Para ello deben desarrollar un Decreto de procedimiento; el catálogo de servicios y prestaciones económicas que cada una va a comprometerse a llevar a efecto y la regulación del copago de los beneficiarios del sistema en esos servicios y/o prestaciones.

El decreto de procedimiento no difiere sustancialmente de unas CCAA a otras. Sin embargo, el catálogo de servicios y la cuantía de las prestaciones podrían incluir diferencias entre comunidades autónomas, al igual que puede ocurrir con los criterios de copago que regule cada autonomía, de tal forma que dependiendo del indicador económico que se tome como referencia (IPREM –Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples; SMI-Salario Mínimo Interprofesional–, entre otros) y en la forma en que éste se regule, determinará la cuantía de las aportaciones por los servicios que se reciben.

Por otro lado, la intensidad de algunos servicios podrá variar de unas comunidades autónomas a otras, así por ejemplo, el número de horas de ayuda a domicilio que se puedan disfrutar variarán dependiendo del número de horas que asigne cada autonomía a cada grado y nivel que haya obtenido el solicitante tras su valoración y que puede ser distinta en cada CCAA; asimismo la existencia de un mayor o menor número de centros de día; de una mayor o menor disponibilidad de plazas residenciales públicas o concertadas y por fin de la creación o no de centros de noche, pueden marcar diferencias entre comunidades autónomas.

La excepcionalidad de determinadas prestaciones económicas que contempla la ley de dependencia, como por ejemplo, la prestación para cuidados en el entorno familiar, puede no tener tal excepcionalidad en entornos geográficos concretos que existen en determinadas CCAA, siendo esta prestación económica la vía de salida a ciudadanos que viven en núcleos geográficos alejados, dispersos entre sí, y con escasos

recursos socio-sanitarios. Y es por ello, que el legislador concedor de la existencia de estas situaciones ha abierto una puerta legal, aunque considerada excepcional, de respuesta a estas contingencias.

Por otro lado, la Ley de dependencia contempla tres niveles de financiación:

- Un nivel mínimo garantizado por la Administración General del Estado (AGE).
- Un segundo nivel de financiación llamado conveniado y donde participan las CCAA y la AGE.
- Y por último, un nivel adicional. Este nivel de financiación es privativo del entorno geográfico que delimita la comunidad autónoma y podría fluir de diferentes ámbitos de este entorno, a saber, de la propia comunidad autónoma; de las corporaciones locales de su ámbito geográfico; de instituciones ubicadas en ese territorio que quieran mejorar los servicios y/o prestaciones básicas de la ley para sus afiliados, socios, mutualistas, Podría ser el caso de las Mutualidades de funcionarios a favor de sus trabajadores o de las Asociaciones de personas con discapacidad, deterioro cognitivo o enfermedad mental hacia sus afiliados y/o socios.

Este nivel de financiación adicional, privativo y específico puede aportar recursos a grupos de ciudadanos en situación de dependencia que debido a sus especiales circunstancias personales disfruten de servicios y/o prestaciones con ciertas mejoras sobre el catálogo básico de la ley.

Esta Ley de la Dependencia se pudo diseñar en el conocimiento y en el *animus* del legislador como una ley que prioritariamente posibilitaba servicios a las personas dependientes. Pero es posible que algunas prestaciones económicas que la ley reconoce como excepcionales y a las que el legislador les abrió una ventana muy pequeña se puedan convertir por la evidencia de ciertas situaciones sociales de nuestro país en una salida con puerta muy grande.



FELIPE LÓPEZ LEÓN

Ingeniero de Caminos

BELÉN BUENO MARTÍNEZ

Profesora Titular

Universidad de Salamanca

Políticas de accesibilidad

SUMARIO: I. Conceptos y requerimientos básicos de accesibilidad. 1. Conceptos. 2. Accesibilidad al Entorno de la Edificación. 3. Accesibilidad al Entorno del Urbanismo. 4. Accesibilidad al Entorno del Transporte. 5. Accesibilidad al Entorno de la Comunicación. II. Marco político legislativo. 1. Normativa internacional. 2. Los antecedentes de la normativa de Accesibilidad en España. 3. La Constitución de 1978. 4. La Ley de Integración Social de los Minusválidos. 5. La Ley General de Telecomunicaciones. 6. La Ley de Igualdad de oportunidades, no-discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 7. La Normativa de las comunidades autónomas. 8. La Ley Básica de la Edificación y el Código Técnico de la Edificación. 9. Las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. 10. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. 11. Ley por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas. III. Los instrumentos de promoción de la accesibilidad. 1. Los Planes integrales de Accesibilidad. 2. La estrategia de Accesibilidad de Castilla y León. A) El diagnóstico de la situación actual de la Accesibilidad en Castilla y León. B) Las líneas estratégicas de actuación. C) Programación y gestión. 3. El I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012. A) El sistema de promoción de la accesibilidad en España. B) Fundamentos del I Plan Nacional de Accesibilidad. C) Estrategias y actuaciones del Plan. D) La Ejecución del Plan. E) Financiación del I Plan Nacional de Accesibilidad. IV. Bibliografía.

I. CONCEPTOS Y REQUERIMIENTOS BÁSICOS DE ACCESIBILIDAD

1. Conceptos

Accesibilidad

La accesibilidad es aquella característica de los edificios, los espacios urbanos, los medios de transportes y los sistemas de comunicación sensorial que permiten su uso a cualquier persona, con independencia de sus capacidades, en condiciones de comodidad y seguridad.

La accesibilidad es una característica básica del entorno construido. Es la condición que nos posibilita llegar, entrar, salir y utilizar las casas, las calles, los autobuses y los lugares de trabajo. La accesibilidad permite a las personas participar en las actividades sociales y económicas para las que se ha concebido el entorno construido.

Para muchas personas el entorno actual construido es accesible: lo usan de modo tan independiente y natural que ni siquiera tienen conciencia de la accesibilidad como algo esencial. Pero, sin embargo, hay personas que, de forma temporal o permanente, no pueden usarlo o lo tienen que hacer con ayuda de otra persona: las personas mayores, los usuarios de sillas de ruedas, los que tienen deficiencia visual, los niños, las personas gruesas, las personas que llevan un cochecito infantil, las personas que transportan mercancías, las mujeres embarazadas, etc.

Porque la accesibilidad afecta a todas las personas; un autobús de plataforma baja, por ejemplo, es más seguro y más cómodo para todas las personas. Se trata de construir cualquier entorno o de prestar cualquier servicio teniendo en cuenta a los usuarios, es decir realizar un diseño para todos, lo que se denomina un Diseño Universal.

Diseño Universal

Proyectar y construir un entorno, o prestar un servicio, teniendo en cuenta los requerimientos de todas las personas es lo que denominamos Diseño Universal. De esta forma cualquier persona tiene la posibilidad de usarlo de forma independiente y con normalidad.

Cualquier persona: designa un número ilimitado de personas diferentes en sus capacidades; de forma habitual se viene proyectando para lo que se denomina una persona de tipo medio, pero ese tipo de persona no existe, existen distintos tipos de personas con muy diferentes capacidades. Se ha de buscar siempre el equilibrio entre las distintas soluciones que requieren las diferentes personas.

De forma independiente: la independencia es ejercer el poder de decisión sobre las propias actividades y participar activamente en la vida de la comunidad conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Con normalidad: es decir poder acceder a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.

Barrera

Se entiende por barrera cualquier impedimento, traba u obstáculo que impida o limite la autonomía personal.

Las barreras existentes en el ámbito de la edificación se denominan barreras arquitectónicas, las que están en las vías públicas y en los espacios de uso público, barreras urbanísticas, las que dificultan o impidan el uso de los medios de transporte, barreras en el transporte y las que obstaculicen la recepción de mensajes a través de los medios, sistemas y técnicas de comunicación, barreras en la comunicación.

La anterior clasificación se realiza para el análisis y la búsqueda de soluciones, ya que en cualquier actividad que realicemos esos ámbitos se encuentran entremezclados. La inexistencia de barreras ha de ser continua ya que la existencia de una única barrera, en cualquier ámbito, impediría la realización de la actividad. Es lo que se denomina la cadena de la accesibilidad.

Así, por ejemplo, el recorrido a realizar por una persona debe ser accesible de principio a fin. Si uno de los “eslabones” de la cadena falla, es imposible realizar el recorrido de forma completa y por tanto, tiene el efecto de limitar o disuadir el desplazamiento completo a lo largo de la cadena. Este modelo centrado en el desplazamiento se enriquece con otros elementos a considerar como: la facilidad de acceso a la información, la facilidad para recibir y comprenderla durante el desplazamiento, la facilidad para acceder a los sistemas y servicios de uso público (en una estación, parada, edificio público o entorno urbano y en el interior de los vehículos).

A los efectos de la supresión de las barreras existentes se consideran tres tipos de espacios:

Espacio adaptado: Se considera un espacio, una instalación o un servicio adaptado cuando se ajusta a los requerimientos funcionales y dimensionales que garantizan su utilización de forma autónoma y con comodidad por parte de las personas en situación de limitación o con movilidad reducida. Un espacio adaptado cumple generalmente los requerimientos de accesibilidad exigidos por la normativa.

Espacio practicable: Se considera un espacio, una instalación o un servicio practicable cuando sin ajustarse a todos los requisitos de un espacio adaptado no impide su utilización de forma autónoma a las personas en situación de limitación o con movilidad reducida.

Espacio convertible: Se considera un espacio, una instalación o un servicio convertible, cuando mediante modificaciones que no afecten a su consideración esencial pueda transformarse como mínimo en practicable.

Ayudas técnicas

Se denomina ayuda técnica cualquier elemento que actuando entre la persona y el entorno le facilite su utilización, es decir todos aquellos productos, instrumentos, equipos o sistemas técnicos utilizados por una persona para prevenir, compensar, mitigar o neutralizar una falta de capacidad.

Son ayudas técnicas tanto una silla de ruedas o un coche adaptado, como los teléfonos especiales para personas sordas, o determinados utensilios de cocina para personas con poca movilidad en las manos.

2. Accesibilidad al Entorno de la Edificación

La edificación es el entorno más inmediato en el que las personas desarrollan su actividad, existe una variada tipología de edificios con muy diferentes usos dentro del que se encuentra la vivienda habitual.

El acceso al edificio

El acceso a un edificio tiene que tener un itinerario accesible y señalizado desde la calle, la plaza de aparcamiento, el garaje, etc. hasta la entrada, y debe tener rampa alternativa (si existieran escaleras) hacia la misma puerta de entrada.

La entrada debe de estar señalizada, con contraste de color y no deben producirse deslumbramiento al entrar; los niveles de iluminación no deben ser muy diferentes. El umbral no tiene que tener escalón.

Si existiera vestíbulo cortavientos debe ser suficientemente ancho para que pueda girar una silla de ruedas. Las puertas giratorias tienen que tener una puerta alternativa junto a ellas.

Dentro del edificio

Una vez dentro del edificio hay que facilitar la orientación mediante señalización, contraste de colores e iluminación. La señalización puede ser acústica, visual o táctil y debe estar situada en el lugar adecuado.

Para una mas fácil identificación de las distintas zonas (escaleras, pasillos, etc.) se pueden disponer variaciones de color y/o diferente iluminación. Los suelos serán antideslizantes en seco y mojados.

Se deberá disponer de mobiliario de descanso; los apoyos isquiáticos facilitan la incorporación. Los mostradores deberán tener dos alturas y disponer de bucles de inducción magnética.

La circulación horizontal

Los pasillos deben tener un ancho mínimo según el flujo de personas. La menor anchura posible es lo que las distintas normas denominan banda libre (de obstáculos) de paso. En pasillos de viviendas no debe ser menor de 1,10 m. También tendrán una altura libre (de obstáculos) mínima de 2,20 m. No existirá en los pasillos ningún escalón aislado. El suelo debe ser antideslizante en seco y mojado.

El mobiliario se colocará ordenado y a poder ser en uno de los laterales. Los extintores, radiadores, etc. se colocarán empotrados en los paramentos. Los cuerpos volados, papeleras etc., deberán prolongarse hasta el suelo.

Los itinerarios específicos tendrán señalización adecuada mediante color y textura diferente o bandas guía de encaminamiento.

La circulación vertical

Las zonas del edificio en que estén situados los núcleos de comunicación vertical: escaleras, rampas, ascensores y/o plataformas elevadoras estarán ubicados de tal forma que sean fácilmente identificables y se diferencien de su entorno inmediato. Deben así mismo indicarse mediante la adecuada señalización orientadora.

Escaleras:

Los elementos de las escaleras se diferenciarán del entorno por contraste cromático. Tendrán suficiente iluminación, sin temporizadores de luz. Serán de directriz recta, de anchura mínima 1,20 m. y con suelo antideslizante en seco y mojado.

En las zonas de principio y final de las escaleras se dispondrán en el pavimento dos bandas de señalización (con diferente textura y color que el resto del pavimento) paralelas al primer y último escalón de dimensiones de un metro por el ancho de la escalera.

Cada tramo tendrá un número máximo de peldaños, que no invadirán las áreas de circulación horizontal. Las dimensiones de la huella, que no tendrá bocel, será del orden de 30 cm. Tendrán siempre contra-huella, o tabica, de alrededor de 15 cm. de altura. Tendrán pasamanos a ambos lados y barandilla de protección cuando no exista paramento. Se protegerán los huecos bajo las escaleras que no tengan la altura libre mínima de 2,20 m.

Rampas:

Es una solución alternativa a las escaleras y se encontrarán en sus proximidades. Además de las bandas de señalización al principio y final sus elementos se diferenciarán del entorno por contraste cromático. Tendrán suficiente iluminación, sin temporizadores de luz. Serán de directriz recta, de anchura mínima 1,20 m. y con suelo antideslizante en seco y mojado.

La pendiente máxima de la rampa¹ será del 6%, pudiendo tener el 8% si su longitud es menor de 6 m. y el 10% si su longitud es menor de 3 m.

Tendrán pasamanos a ambos lados, barandilla de protección no escalable, y un zócalo o bordillo lateral cuando no exista paramento en cualquiera de sus lados. Si la longitud es mayor de 9 m. habrá de establecerse una meseta intermedia.

Las mesetas del principio y final de la rampa tendrán una dimensión mínima de 1,50x1,50 m. y no serán invadidas por el barrido de la puerta, si existiera.

Ascensores:

En edificios de dos o más plantas, que se construyan sin ascensor, se deberá reservar un espacio para el caso de la necesidad de su construcción a lo largo de la vida del edificio.

El área de acceso tendrá una dimensión mínima de 1,50 x 1,50 m. en cada planta, disponiéndose en el suelo una franja de un metro de anchura de textura y color en contraste con el del resto del pavimento.

¹ Código Técnico de la Edificación. Documento Básico SU.

Se señalizará exteriormente en cada planta, con color contrastado y en Braille y con indicadores luminosos de salida, llegada y sentido de desplazamiento.

El sistema de apertura de puertas será automático con sensor de cierre. Tanto el desnivel vertical entre la cabina y el suelo de cada planta como la holgura entre las dos puertas será menor de 2 cm. La anchura de las puertas debieran ser como mínimo de 90 cm. Las dimensiones, en función de su uso, las mínimas de 1,40 m. de profundidad y 1,10 m. de anchura.

Los ascensores estarán dotados de pasamanos, un zócalo inferior perimetral y botonera a una altura de 1,00 m. con numeración con contraste de color, en relieve y en braille.

Plataformas elevadoras:

Para pequeños desniveles, máximo una planta, el ascensor se puede sustituir por plataformas elevadoras. Principalmente para viviendas unifamiliares y siempre en interiores. Excepcionalmente se pueden utilizar para acceder a vehículos.

Aseos y cuartos de baño adaptados

Su distribución determina unas dimensiones mínimas del recinto para que los usuarios de sillas de ruedas puedan acceder y utilizarlos con autonomía. Debieran tener un espacio circular libre de giro y maniobra de 1,80 m. de radio² hasta una altura de 0,70 m.

Existirán elementos fijos de ayuda (barras) anclados a la pared para realizar la transferencia al inodoro, que tendrá una altura entre 45 y 50 cm. y un espacio de aproximación lateral de 80 cm. El pulsador de descarga de la cisterna debiera poder ser accionado con los codos.

La grifería, monomando, deberá estar al alcance y ser termostática. El lavabo será regulable en altura, sin pedestal y las tuberías de agua estarán protegidas con un aislante térmico. Los espejos se dispondrán inclinados. Los mecanismos y accesorios se situarán entre 0,90 y 1,20 m.

Es muy importante que el suelo sea antideslizante en seco y mojado. Existirá diferenciación cromática entre suelo y paredes. La iluminación

² 1,80 es la medida establecida por la normativa del País Vasco, el resto de normativas autonómicas rebajan esa medida a 1,50 m.

estará regulada por detectores de presencia o interruptores; nunca temporizadores de luz. Debería existir un sistema de seguridad a 40 cms. de altura.

Las puertas, que serán de 90 cms., abrirán hacia fuera, no tendrán mecanismo de retorno y se podrán desbloquear desde fuera. En aseos públicos existirá una cabina adaptada de cada 10 para cada sexo.

Elementos

Las ventanas, deberán tener una altura tal que permita el alcance visual desde el interior al exterior³.

Los picaportes serán de manilla. Los pomos no son apropiados, porque obligan a girar la muñeca y puede deslizar la mano sobre ellos.

Los pasamanos tendrán continuidad en todo el recorrido prolongándose en arranque y final de la escalera o rampa; su sección será de diseño anatómico y el sistema de sujeción no interrumpirá el paso de la mano.

Todos los mecanismos de electricidad (interruptores, enchufes, etc.) estarán a una altura del suelo comprendida entre 0,40 y 1,20 m. y tendrán el color contrastado con el de la pared.

Todos los pavimentos serán duros, antideslizantes⁴, continuos y planos.

3. Accesibilidad al Entorno del Urbanismo

El entorno del Urbanismo es el entorno exterior, el espacio urbano, el que está formado por las calles, las avenidas, las plazas, los parques, los paseos, etc.

Las aceras y los itinerarios peatonales

Las aceras son las zonas de las calles, y de otras vías, destinadas al tránsito de peatones; suelen estar situadas junto a las edificaciones.

³ La altura de los ojos de una persona sentada es de 1,20 m. y de pie de 1,60. El ángulo de visión alrededor de 30 °.

⁴ Cumplirán el valor del coeficiente de resbaladidad del Código Técnico de la Edificación: Documento Básico SU.

Su anchura será variable en función del número de peatones que las utilicen de forma habitual, pero tienen que tener unas dimensiones mínimas para poder desplazarse por ellas con seguridad y comodidad.

Podemos distinguir en las aceras tres zonas, una junto a las edificaciones, la zona de acceso, que permite entrar y salir de los edificios sin interrumpir el tránsito de los peatones que circulan por ella. Como mínimo debiera ser esta zona de 50 cms. de anchura.

Asimismo se ha de disponer una zona junto a los viales, que separe físicamente a los peatones del tráfico de vehículos y en la que se pueden poner los árboles, bancos, papeleras, etc., sin que interrumpan el paso de los peatones por la acera. Esta zona como mínimo ha de tener un metro de anchura.

Finalmente está la zona intermedia que es por la que circulan los peatones, se llama banda libre de paso, porque tiene que estar completamente libre de obstáculos. La anchura mínima que establecen las distintas normativas autonómicas es muy variada⁵. El mínimo debiera ser 1,50 m., dado que esta medida permite el paso de dos personas, una de ellas en silla de ruedas, y por lo tanto permite a una persona en silla de ruedas cruzarse con una persona andando sin que ninguna de las dos tenga que invadir las otras dos zonas de la acera.

Resulta así que la anchura total mínima de una acera debiera ser de 3,00 m. Por otra parte, en la acera también debe haber una altura mínima libre de obstáculos, de 2,10 m.

Si existen zonas ajardinadas junto a las aceras, habrán de señalizarse mediante una zona de separación con pavimento de color y textura diferente, bordillo elevado, etc., de tal forma que pueda ser detectado por personas con deficiencia visual.

Para acceder a la zona de paso de los peatones sobre la calzada, para cruzarla, se construyen sobre la acera los vados peatonales. Esto se consigue inclinando parte de la acera para salvar el desnivel entre ésta y la calzada. Para poderlos detectar e identificar fácilmente, hay que construirlos con un pavimento de color y textura muy diferentes del pavimento del resto de la acera. La mejor solución es construirlos con baldosas rojas con tacos circulares.

Los vados peatonales no tienen que invadir la zona de paso de la acera, y además sobre ella tiene que existir una franja del mismo material

⁵ Cinco Autonomías establecen 1,50 m., ocho Autonomías valores menores, siendo el mínimo de 0,90 en tres de ellas y cuatro establecen valores mayores, una de ellas 2,00 m.

que el vado para avisar de su situación. Para una más fácil identificación en una ciudad, todos los vados peatonales deben ser idénticos. El sumidero de aguas pluviales se ha de situar en la calzada, fuera del paso de peatones y aguas arriba.

En calles de gran anchura es conveniente disponer una isleta central intermedia de 1,50 m de ancho como mínimo al nivel de la calzada. De todas formas, se debería dar a la fase verde del semáforo tiempo suficiente para que pueda cruzar la calle de una vez una persona con movilidad reducida, cuya velocidad de desplazamiento suele ser del orden de 0,8 m./sg.

Otra alternativa para cruzar la calzada es disponer el paso de peatones al nivel de la acera, elevando la calzada en ese tramo. Esto tiene una doble ventaja, por un lado es más cómodo para el peatón y por otro, se consigue reducir la velocidad de los vehículos.

Los pasos de peatones se tienen que disponer perpendiculares a la calzada, para que la rampa del vado oriente hacia el vado contrario situado en el otro lado de la calle.

Los pavimentos de las aceras serán continuos, duros, sin resaltos, sin piezas rotas, antideslizantes en seco y mojados⁶. Las juntas estarán enrasadas. Los pavimentos de tierra de los parques y paseos estarán debidamente ejecutados⁷ y se cuidará el drenaje para la evacuación del agua de escorrentía.

Las aceras y los itinerarios peatonales no tendrán ningún escalón aislado. Si existieran escaleras habrá que construir una rampa alternativa.

El mobiliario urbano

En el entorno urbano existen una serie de elementos de muy diverso tipo con importante presencia que es necesario regular con objeto de que cumplan su función y no sean un obstáculo para el desenvolvimiento de las actividades cotidianas de las personas.

En primer lugar, el mobiliario urbano ha de estar situado de forma ordenada, bien en la franja de infraestructuras de una acera o bien en uno de los márgenes de una calle peatonal o fuera de la zona de paseos en los parques y avenidas, etc. El pavimento de las zonas con mobiliario urbano ha de tener distinto color y textura que el circundante y si

⁶ Habría que fijar en la normativa un valor de la resistencia al deslizamiento en función del ensayo UNE-ENV 12633:2003.

⁷ El grado de compactación será el 98% del Ensayo Proctor modificado.

existieran elementos de mobiliario urbano aislados o más anchos que el resto como los quioscos, se pondrá alrededor de ellos una franja de distinto color y textura.

Los bancos deben tener un diseño ergonómico y permitirán que una persona pueda sentarse y levantarse con comodidad, deben de tener siempre respaldo y reposabrazos, la altura del asiento debe de ser del orden de 40 cm. y el respaldo y el asiento formaran un ángulo de 105 °.

En las áreas estanciales, de parques y paseos, los bancos habrán de situarse de tal forma que permitan la comunicación entre las personas sentadas en ellos. Hay que dejar espacios libres junto a los bancos para poder situar una silla de ruedas y alguno de ellos tendrá menor altura de asiento (para niños y personas de baja talla).

Las tapas de las arquetas de registro que se encuentren situadas dentro de los itinerarios peatonales deberán estar perfectamente enrasadas con el pavimento circundante. Las rejillas tendrán unos huecos de dimensiones menores de 2 cm. Los alcorques de los árboles tienen que tener todos unas rejillas enrasadas con el pavimento circundante.

A veces, en calles estrechas hay que disponer bolardos para impedir que los vehículos invadan la acera. Si van junto a la banda libre de paso, sería preferible la colocación de barandillas.

Los aparcamientos

Todas las normativas establecen un porcentaje de plazas de aparcamiento adaptadas para su utilización por las personas que tengan la correspondiente tarjeta de aparcamiento. Estas plazas estarán situadas lo mas próximas posible a los accesos peatonales hasta el que existirá un itinerario adaptado.

Las plazas de aparcamiento adaptadas tienen que ser 1,20 m. más anchas que las demás, con objeto de permitir que los usuarios bajen o se incorporen al vehículo en condiciones de seguridad y comodidad. Tienen que estar señalizadas con el símbolo universal de accesibilidad.

Las obras

Es muy frecuente la realización de obras que afectan a las aceras en itinerarios peatonales. Constituyen un importante peligro, por lo que, en primer lugar, deberán estar bien señalizadas de forma visual, incluso por la noche mediante balizas luminosas, y si fuera posible acústica, en cualquier caso debería ponerse con anterioridad suficiente (tiempo

de reacción) una franja de diferente textura y color que indique a la persona que transita por la acera la existencia de un peligro.

Por otra parte deberán estar correctamente valladas. Si fuera posible se construirá paralelamente una nueva acera de acuerdo con los requerimientos mínimos de accesibilidad, es decir de anchura igual a la de la banda libre de paso, etc.; en otro caso deberá indicarse y señalizarse un recorrido alternativo.

4. Accesibilidad al Entorno del Transporte

La accesibilidad del transporte implica la posibilidad de acceder y desplazarse, a todas las personas, de forma rápida y eficaz, en cualquiera de sus modalidades, desde un origen a un destino de un territorio. La movilidad es un derecho humano que ha de garantizarse, para ello los sistemas de transporte deben de proyectarse y construirse basándose en los principios del Diseño Universal.

A los efectos de los requerimientos de Accesibilidad en los diferentes sistemas de transporte hay que considerar cuatro elementos o aspectos: las infraestructuras o instalaciones fijas, es decir, los aparcamientos, las paradas de autobuses urbanos, las estaciones de autobuses o ferrocarril, aeropuertos, etc., el material móvil, o sea, los automóviles, los autobuses urbanos o interurbanos, los trenes, etc., la frontera o vínculo entre ambos y el servicio que se presta a los usuarios.

Las infraestructuras

Las infraestructuras del transporte tienen que ser accesibles a cualquier persona, tener fácil acceso con el exterior y buena comunicación con otros modos de transporte y con rutas peatonales, debe minimizar los recorridos de los usuarios y estar dotada de áreas de espera y de descanso.

Así, por ejemplo, la parada de autobús urbano estará dotada de una marquesina protegida con asientos, apoyos isquiáticos y espacio para sillas de ruedas. Cuando está situada en una acera dejará por detrás de ella libre de obstáculos al menos la distancia de la banda libre de paso.

El material móvil

Los vehículos de transporte público tienen que ser accesibles y seguros para cualquier persona, tendrán un número suficiente de plazas reservadas para personas con la movilidad y/o la comunicación reducidas.

Tendrán en su interior espacio suficiente para el giro de una silla de ruedas, anclajes de sujeción y una adecuada disposición de barras de apoyo y timbre de solicitud de asistencia y parada.

El vínculo entre la infraestructura y el material móvil

En el vínculo o frontera entre infraestructura y material móvil se intentará reducir al máximo el desnivel vertical y la holgura horizontal, debe de existir contraste de color en las puertas de acceso a los vehículos y una señalización eficaz de borde del andén y del umbral del material móvil.

Volviendo al ejemplo de la parada de autobús urbano ésta debe de tener una franja guía de encaminamiento hasta el lugar de embarque, que estará ligeramente sobreelevado para disminuir el desnivel con la plataforma del autobús y tendrá una franja de aviso en el borde.

Y por otra parte los autobuses urbanos tienen que ser de plataforma baja y, mediante el dispositivo de arrodillamiento (inclinación lateral) y una rampa desplegable pondrán su suelo al nivel del andén de la parada.

El servicio de transporte

En cuanto a la gestión y prestación del servicio de transporte, se deberá ofrecer información y facilitar los mensajes de aviso en soportes accesibles a todos y disponer de personal de atención conocedor del lenguaje de los signos.

Así la parada de autobús urbano debe tener un báculo señalizado con información accesible a personas con deficiencia visual y paneles con información de líneas y cuadros horarios. Los autobuses tendrán indicación de parada en soporte visual y sonoro.

La mayor parte de las normativas autonómicas establecen que, a partir de su promulgación, las nuevas adquisiciones de autobuses urbanos serán adaptados.

5. Accesibilidad al entorno de la comunicación

La accesibilidad al entorno de la comunicación sensorial garantiza a todas las personas el derecho a la información, la comunicación, la cultura, la enseñanza, el trabajo y el ocio. Accesibilidad a la comunicación es poner la información al alcance de todos.

El XI Congreso Mundial en Dublín de Rehabilitación Internacional (R.I.) de 1969 aprobó el diseño presentado por Susanne Koefoed como Símbolo Internacional de Accesibilidad (SIA)⁸.

El Símbolo Internacional de Accesibilidad indica que un espacio, una instalación o un servicio es completamente accesible. Solamente debe situarse en este caso ya que de otra forma se ocasionarían perjuicios a los usuarios.

La señalización

La señalización no debe exigir esfuerzos de localización, de atención, ni de comprensión. Debe ser accesible para cualquier usuario independientemente de sus capacidades. Como criterio general, es accesible cuando, mediante el acceso a la información, comunicación e interacción básica necesaria, garantiza el derecho de todas y cada una de las personas a una orientación y movilidad autónomas e independientes.

La señalización para conseguir sus objetivos se ha de presentar en el soporte adecuado. La rotulación debe tener un tamaño de los caracteres de acuerdo con la distancia de lectura del usuario y debe estar alineada por la izquierda. Tiene que estar correctamente iluminada sin provocar reflejos. Debe de contrastar cromáticamente con el paramento donde se sitúe y entre los caracteres (o pictogramas) y el fondo del soporte⁹.

Cuando la señalización es colgante dejará debajo de ella la altura mínima de paso de 2,10 m. Si está situada sobre bases, que se prolongarán hasta el suelo en toda su dimensión, estará siempre situada fuera de la banda libre de paso, y si está junto a ella deberá estar rodeada de un pavimento de diferente color y textura.

En el caso de información táctil específica, direccional o identificativa (señales, símbolos o números en altorrelieve, sistema braille, etc.), se situará en el arranque del borde lateral interno de los pasamanos en el caso de escaleras o rampas, o en las manillas de las puertas. La señalización táctil tiene que ser doble en braille y en altorrelieve. Es muy conveniente la utilización de pictogramas que representan un lugar, una actividad o un servicio, por su fácil identificación y comprensión.

⁸ Su diseño está especificado en la Norma Internacional ISO 7000.

⁹ Las letras o símbolos claros (blancas, amarillas) sobre un fondo oscuro (negro) se leen con mayor facilidad que las oscuras sobre fondo claro.

Ya se ha señalado que debe de existir contraste de colores entre puertas y paramentos, entre el suelo y la pared, o entre otros elementos, tales como manillas, interruptores, timbres, etc., y el soporte en el que están instalados. También debe haber contraste de color y textura del pavimento, y de iluminación, de los espacios para la identificación de las distintas zonas: escaleras, ascensores, etc. Las puertas de cristal se marcarán con dos bandas con fuerte contraste de color.

Las franjas señalizadoras (pavimentos táctiles), que se utilizan para indicar cambios de cota, itinerarios orientativos, o para delimitar zonas específicas dentro de un itinerario peatonal, cumplen la doble función de información y/o aviso; tendrán un pavimento diferente y bien contrastado con el pavimento circundante tanto en textura como en color.

Los planos en relieve y las maquetas, que son representaciones tridimensionales de objetos reales, resultan muy útiles para el reconocimiento táctil y la comprensión general de la organización y estructura de un espacio. Cuando una maqueta esté formada por varias alturas, estas deben poder desmontarse o separarse fácilmente para permitir y facilitar su exploración.

Hay que insertar marcas táctiles de peligro, sobre los envases que contienen sustancias peligrosas, diseñadas según la correspondiente norma¹⁰.

Los planos de las ciudades deben incorporar referencias a los lugares, establecimientos e itinerarios para recorrerla que cumplan todos los requerimientos de accesibilidad.

Existen diversos sistemas de información sonora para semáforos, de información sobre el entorno, mapas sonoros, sistemas de audio descripción para seguir espectáculos, etc., a los que se van incorporando permanentemente novedades técnicas. Los dispositivos de emisión sonora de los semáforos se accionan mediante un sistema de activación a distancia que el usuario llevará consigo. Cumple una doble función para las personas con deficiencia visual: avisarles del momento de cruce y servir de referencia para alcanzar la acera opuesta.

Las Administraciones Públicas y los centros públicos y las instalaciones para la cultura y el ocio dispondrán de profesionales intérpretes de la lengua de signos y guías de sordo-ciegos.

¹⁰ Norma UNE-EN ISO 11683 (1998).

Acceso al entorno acompañado de perros guía

Todas las personas con deficiencia visual pueden acceder a todos los lugares, establecimientos y sistemas de transporte públicos acompañadas de perros guía según la normativa vigente¹¹.

El acceso a las nuevas tecnologías

La relación de todos los ciudadanos con el medio es una relación bidireccional en la que hay un intercambio de información, esto se pone claramente de manifiesto con el acceso a las nuevas tecnologías.

El desarrollo de las nuevas tecnologías por una parte ofrece a todas las personas un medio alternativo de interacción con otras personas y con contenidos; pero por otra puede plantear obstáculos graves, para determinados colectivos, cuando no se aplican en su despliegue los principios básicos del Diseño Universal.

La telefonía no solo incorpora importantes aplicaciones: manos libres, caracteres en pantalla y teclas grandes, marcación mediante una única tecla, etc., sino que a través de la línea se ofrecen facilidades que antes no existían como contestador automático, llamadas de emergencia, etc. que se pueden contratar de forma normalizada.

También respecto al acceso a Internet se han desarrollado importantes facilidades para todas las personas, pero se pueden encontrar problemas de accesibilidad en el uso de la Red que será necesario solucionar.

El Teléfono de Textos, el Centro de Intermediación, la Teleasistencia y la Subtitulación, son servicios desarrollados por el IMSERSO en este campo cuya ampliación y evolución con la ayuda de las nuevas tecnologías pueden ofrecer nuevas aplicaciones en el entorno de la comunicación sensorial.

II. MARCO POLÍTICO LEGISLATIVO

En el contexto actual se puede considerar que hay cuatro ordenamientos jurídicos que concurren en definir un marco jurídico global: el internacional, el comunitario, el estatal y el de cada Comunidad Autónoma. Los cuatro niveles constituyen un todo inseparable para la realización de objetivos comunes, como es la promoción de la accesibilidad.

¹¹ Real Decreto 3250/7 diciembre de 1983 y OM 527/18 de julio de 1958.

1. Normativa internacional

A escala internacional, en materia de accesibilidad este marco se consagra desde la promulgación del “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad” aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982 con los objetivos de igualdad y plena participación.

Establece el Programa que los Estados Miembros deben esforzarse para que el medio físico sea accesible para todos, que han de adoptar una política que tenga en cuenta los aspectos de accesibilidad en los asentamientos humanos, así como en los lugares de recreo, por ejemplo, agregando información sobre accesibilidad, y que la equiparación de oportunidades significa el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad se hace accesible para todos¹².

Asimismo la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993 aprueba las “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con Discapacidad” cuyo fundamento último es el reconocimiento, por parte de la comunidad internacional de países, de la igualdad de derechos que todas las personas tienen, por encima de sus diferencias y de sus características y capacidades. En su Art. 5 especifica que los Estados deben establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible y adoptar medidas para garantizar el acceso a la información y a la comunicación.

La Unión Europea (UE) define su estrategia en materia de accesibilidad por medio de la “Comunicación de la Comisión sobre Igualdad de Oportunidades de las personas con Minusvalías” (1996) adoptando los principios establecidos en las Normas Uniformes citadas.

A partir de esta fecha, el principio de igualdad de oportunidades pasa a ser el fundamento del planteamiento basado en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, y las medidas destinadas a superar las limitaciones funcionales empiezan a ser sustituidas por otras orientadas hacia la igualdad efectiva de derechos, partiendo de la premisa de que “las barreras presentes en el entorno obstaculizan la participación social en mayor medida que las limitaciones funcionales”. En consecuencia, constituyen factores indispensables para alcanzar la igualdad de oportunidades:

1. La adopción de disposiciones legislativas tendentes a la eliminación de barreras.

¹² Párrafos 12, 112, 113 y 134.

2. La puesta a disposición de instalaciones adaptadas.
3. El “Diseño para Todos”.

Aunque el ámbito de competencia comunitario ofrece valiosos medios y aporta un valor añadido, la responsabilidad para actuar en el ámbito de la accesibilidad para tratar de alcanzar el objetivo de igualdad de oportunidades, incumbe a los Estados.

2. Antecedentes de la normativa de accesibilidad en España

Si bien el marco general español se configura a partir de la Constitución de 1978, desde la que se empieza a considerar el tema de la accesibilidad con criterio de racionalidad, desde poco antes de ese año se venían produciendo algunas regulaciones, sin sentido de unidad, entre las que cabe destacar en el ámbito de la edificación:

La Resolución de 5/10/1976 de la Dirección General de Servicios Sociales, por la que se aprueban normas sobre supresión de barreras arquitectónicas en las edificaciones pertenecientes a los Servicios Comunes de la Seguridad Social dependientes de la Dirección General de Servicios Sociales.

La Circular de la Junta de Construcciones, Instalaciones y Equipo Escolar de la subdirección general de proyectos del Ministerio de Educación y Ciencia de 18/01/1979 sobre supresión de Barreras Arquitectónicas en Centros Docentes.

La Orden de 3 de marzo de 1980 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, sobre características de los accesos, aparatos elevadores y condiciones interiores de las viviendas para minusválidos proyectadas en inmuebles de protección oficial.

La Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, de 26 de marzo de 1981, por la que se aprueban los programas de necesidades para la redacción de los proyectos de construcción y adaptación de centros de Educación Especial.

Como precedente en el ámbito del urbanismo nos encontramos el Reglamento de Planeamiento de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio), que establece en su artículo 52 que en los Planes Parciales “La definición del trazado y características de las redes viaria y peatonal se realizará suprimiendo las barreras urbanísticas que pudieran afectar a las personas impedidas y minusválidas de acuerdo con la normativa vigente”.

3. La Constitución Española de 1978

La Constitución de 1978 en su preámbulo proclama la voluntad de la nación española de promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

En el Art. 9.2 atribuye a los poderes públicos facultades de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En el Art. 14 se establece que los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El Art. 47 declara que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y que los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.

Por último, el Art. 49 encomienda a los poderes públicos la realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

De acuerdo con el espíritu y la letra de la norma constitucional, eliminar los obstáculos que, en los ámbitos de la edificación, el urbanismo, el transporte y las comunicaciones, impiden que todos los ciudadanos puedan desarrollar plenamente su vida activa, constituye un derecho que la Constitución otorga a todos los ciudadanos.

4. La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos

En 1982 la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) significó la primera definición del amparo especial que la Constitución Española reconoce a las personas con discapacidad.

En aplicación del mandato constitucional, que se establece en el art. 49, se promulgó esta Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. La Sección Primera de su Título IX contiene diversos

preceptos, novedosos en la normativa española, destinados a prevenir la aparición de barreras arquitectónicas y urbanísticas y a suprimir las ya existentes:

- Se regulan conjuntamente aspectos arquitectónicos y urbanísticos.
- Los entornos existentes se adaptarán gradualmente.
- Los Ayuntamientos deberán prever presupuestos para planes de adaptación.
- El 3% de las viviendas de protección oficial se construirán adaptadas.
- Se establecerán condiciones mínimas para edificios de cualquier tipo.
- Se adaptarán progresivamente los transportes públicos colectivos.
- Los Ayuntamientos reservarán plazas adaptadas de estacionamiento.
- Se garantizarán subvenciones para la adaptación de la vivienda permanente.

Asimismo, se establece que las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, aprobarán las normas básicas urbanísticas y arquitectónicas conteniendo las condiciones a que deben ajustarse los proyectos con el fin de que resulten accesibles, el catálogo de edificios a los que serán aplicables y el procedimiento de autorización, control y sanción.

Esta Ley, aun cuando supuso un gran avance para conseguir un entorno accesible a todas las personas, está basada en el desarrollo de medidas de acción positivas y compensatorias destinadas a la protección de la persona más que a su cualificación y participación activa en la sociedad.

Siete años después se publica en el BOE el Real decreto 556/1989, de 19 de mayo, por el que se arbitran medidas mínimas sobre accesibilidad en los edificios. Su contenido tiene carácter supletorio respecto de las normas que correspondía dictar a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

5. La Ley General de Telecomunicaciones

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, al igual que la Ley de 1998 a la que deroga, considera de forma explíci-

ta a las personas con discapacidad como sujetos merecedores de unas disposiciones legislativas acordes con sus características específicas, establece medidas de equiparación con el resto de usuarios, incentiva a los operadores con el fin de mejorar las condiciones de acceso a las telecomunicaciones de estos colectivos mediante un Servicio Universal de Telecomunicaciones.

El denominado Servicio Universal de Telecomunicaciones deberá garantizar que los usuarios discapacitados, o con necesidades sociales especiales, tengan acceso al servicio telefónico fijo disponible al público, en condiciones equiparables a las que se ofrecen al resto de usuarios, en los términos que reglamentariamente se determinen.

Deberá ser provisto en todo el territorio del Estado y su financiación es conjunta por parte de todos los operadores de telecomunicaciones, incentivando económicamente a cualquier operador que ofrezca condiciones especiales de acceso para las personas con discapacidad y necesidades especiales, pues se le permitirá deducir los gastos producidos por dar el servicio del coste neto de su prestación a la aportación para garantizar la financiación del Servicio Universal.

Asimismo, la Ley establece que las organizaciones de discapacitados, por medio de sus representantes, formarán parte del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, que es el órgano asesor del Gobierno en esa materia.

6. La Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

La Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución.

La Ley entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la LISMI, se consideró necesario la promulgación de una nueva ley que la complemente y que sirva de renovado impulso a la política de equiparación de las personas con discapacidad por dos razones básicas:

- La persistencia de las desigualdades en nuestra sociedad.
- El cambio de enfoques y perspectivas a la hora de entender la discapacidad: en la actualidad se considera que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales pero, en mayor medida, en los obstáculos y condiciones limitativas de la propia sociedad; o sea, las personas con discapacidad son ciudadanos que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales en vez de ser personas especiales con necesidades diferentes.

La no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye una forma sutil, pero muy eficaz, de discriminación dado que genera una desventaja cierta de unas personas en relación con otras en función de sus capacidades.

Con esta ley se pretende garantizar el derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, y poner fin a cualquier práctica o acción discriminatoria a través del diseño y puesta en marcha de estrategias de intervención que operen simultáneamente sobre las condiciones personales (medidas de acción positiva, como las de la vigente LISMI) y sobre las condiciones ambientales (medidas de accesibilidad universal y no discriminación).

La ley especifica que tiene la consideración de persona con discapacidad aquella a la que se le ha reconocido un grado de minusvalía, en los términos establecidos reglamentariamente, igual o superior al 33 por ciento. Además, define los principios en los que se inspira: vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Por *vida independiente* se entiende la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Normalización es el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.

Accesibilidad universal es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone

la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

El diseño para todos es la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.

Diálogo civil es el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad constituye el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

La ley se aplicará en los siguientes ámbitos: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; y e) Relaciones con las Administraciones públicas. En el ámbito del empleo y la ocupación esta ley tiene carácter supletorio.

La Ley incluye una serie de medidas contra la discriminación para garantizar la igualdad de oportunidades, entre otras, las exigencias de accesibilidad que deben cumplir los entornos, productos y servicios. También medidas de acción positiva, tales como ayudas técnicas y servicios auxiliares de comunicación, incluyendo referencia expresa a las personas que viven en el ámbito rural.

Además, esta Ley especifica que las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación las regulará el gobierno central, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales, en los ámbitos especificados, e incluirán disposiciones sobre una serie de aspectos que relaciona.

Entre esos aspectos se encuentran las exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos; unas condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos y condiciones de no discrimi-

nación en normas, criterios y prácticas. También incluye apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados y otros servicios personales. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación.

Asimismo, la Ley prevé la adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad y planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad. Finalmente, medios y recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.

Contempla medidas de fomento para la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación, tales como la sensibilización, la formación, el fomento de la calidad, medidas de innovación y desarrollo de normas técnicas, participación de organizaciones representativas, y planes y programas en materia de accesibilidad y no discriminación.

Establece unas medidas de defensa, tales como potenciación del arbitraje informal especializado, la tutela judicial de los intereses de los discapacitados, la legitimación por parte de asociaciones en materia de igualdad de oportunidades y criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes.

En las disposiciones adicionales, entre otras, la Ley establece la obligación de las comunidades de propietarios de realizar obras de accesibilidad a favor de personas mayores de 70 años o con discapacidad, cuyo importe no supere tres mensualidades ordinarias de gastos comunes aunque se oponga toda la comunidad. Si el gasto es mayor, hace falta un acuerdo adoptado por mayoría de los propietarios, pero si se adopta todos tienen que pagar. Se computa el voto de los ausentes que no se opongan.

En las disposiciones finales establece que se aprobará un Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, aprobado en el año 2003, y que se remitirán a las Cortes los proyectos de Ley de Lengua de Signos, aprobado recientemente¹³, y de Infracciones y Sanciones en materia de no discriminación de las personas con discapacidad, en la actualidad en tramitación parlamentaria.

Asimismo, en las disposiciones finales se establece que el gobierno tendrá un plazo de dos años para establecer las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en:

¹³ Ver apartado 11.

- Las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano (promulgado).
- El acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público.
- El acceso y utilización de las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- El acceso y utilización de los medios de transporte.
- El acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (promulgado).

Además, establece un plazo de dos años para la elaboración de planes integrales de Accesibilidad en lo que se considere más relevante de los entornos citados y unos plazos, variables de 3 a 17 años, para la realización de nuevas obras, servicios o instalaciones accesibles, o para la adaptación de lo existente en función del tipo de entorno y de su titularidad.

Finalmente, especifica que el Gobierno, en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la Ley, desarrollará el curriculum formativo en «diseño para todos», en todos los programas educativos, incluidos los universitarios¹⁴, para la formación de profesionales en los campos del diseño y la construcción del entorno físico, la edificación, las infraestructuras y obras públicas, el transporte, las comunicaciones y telecomunicaciones y los servicios de la sociedad de la información.

7. La normativa de las Comunidades Autónomas

La accesibilidad ha sido objeto de regulación en todas las Comunidades Autónomas. Es una materia en la que tienen competencia exclusiva, es decir, en virtud de lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas tienen la competencia de legislar y ejecutar en lo que se refiere a accesibilidad¹⁵.

¹⁴ En el Máster Universitario en Gerontología de la Universidad de Salamanca se vienen impartiendo créditos de Accesibilidad en el entorno de la edificación, el urbanismo, el transporte y la comunicación desde el año 1990.

¹⁵ Todas las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en materia de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Vivienda, en Asistencia Social y en los Transportes Terrestres que discurren íntegramente por su territorio. Las de Comunicaciones en lo que respecta al régimen general son competencia exclusiva del Estado. Art 148.1 3.ª y 20.ª y 149.1 21.ª de la Constitución.

Aunque no existe homogeneidad entre el rango normativo utilizado y su contenido, las Comunidades Autónomas han optado en su mayoría por la elaboración de leyes que contienen principios generales, objetivos y definiciones, promulgando con rango reglamentario disposiciones en forma de normas técnicas que determinan cómo debe entenderse la accesibilidad en los diferentes espacios.

Navarra fue pionera en legislar en este campo. Incluyó la obligación, en el marco de una ley, de hacer accesibles sus calles y edificios públicos y desarrolló al año siguiente su correspondiente reglamento. En 1991 Cataluña fue la que imprimiría un tipo de estructura a su ley de accesibilidad que seguiría el resto de la normativa autonómica.

Esa estructura básica común está dividida en los siguientes epígrafes, aunque con denominaciones no siempre coincidentes:

- Epígrafes sectoriales:
 - Urbanismo
 - Edificación
 - Transporte
 - Comunicación sensorial
- Otros epígrafes:
 - Medidas de control
 - Régimen sancionador
 - Consejo para la promoción de la accesibilidad

El contenido de las leyes de las diferentes Comunidades Autónomas, como se ha dicho, no es homogéneo¹⁶. El ámbito de aplicación de las Leyes va desde aquellas que especifican que son todas las actuaciones en materia de urbanismo, edificación, transportes y comunicaciones, pasando por las que hacen una relación pormenorizada de los elementos afectados por la ley en los cuatro ámbitos, hasta aquellas que no contemplan el ámbito de la comunicación.

Todas las leyes incluyen una serie de definiciones de los distintos conceptos incluidos en la ley, no hay homogeneidad ni sobre los niveles de accesibilidad en su denominación –adaptado/accesible, practicable, convertible/adaptable–, ni en los contenidos técnicos de cada uno de ellos.

El ámbito de accesibilidad al urbanismo, que es el que tiene un mayor nivel de homogeneidad en los contenidos que son objeto de regu-

¹⁶ Se puede consultar un exhaustivo “Análisis comparado de las Normas Autonómicas y Estatales de Accesibilidad” editado por el Real Patronato sobre Discapacidad.

lación, se hace referencia al planeamiento urbanístico, a los elementos de urbanización y al mobiliario urbano. Unas especifican que la ley será de aplicación a todas las actuaciones, otras relacionan las que están incluidas y otras además incluyen especificaciones técnicas en la propia Ley (también en los otros ámbitos). Por otra parte existen importantes diferencias en las medidas de los requerimientos mínimos de accesibilidad. Así por ejemplo especifican distintas medidas para el ancho mínimo de la banda libre de paso en los itinerarios peatonales⁵. Hay escasa referencia a los pequeños municipios.

Hay claras y evidentes discrepancias en los edificios de uso público afectados por la normativa de cada autonomía ya que muchas de ellas realizan una relación exhaustiva de aquellos afectados por la normativa, con el riesgo evidente de excluir alguno. Se echa de menos la regulación para las obras de adaptación de los edificios histórico-artísticos. También existen importantes diferencias en las medidas de los requerimientos mínimos de accesibilidad.

El ámbito de edificios de uso privado afectados por la normativa es diverso: desde los que regulan todos los edificios de uso privado, hasta los que lo limitan a edificios de vivienda con ascensor obligatorio, los que se limitan a edificios de vivienda de promoción pública o subvencionados, o aquellos que aún limitan más su ámbito de aplicación al afectar exclusivamente a las viviendas reservadas para personas con movilidad reducida. Algunas comunidades autónomas tienen pendiente el desarrollo reglamentario de la normativa de accesibilidad en edificios de uso privado.

Cabe destacar que alguna normativa autonómica da criterios de accesibilidad sobre los interiores de las viviendas con el objetivo de hacerlas practicables, es decir, que con intervenciones de escasa entidad y bajo coste pueden ser utilizadas por personas con movilidad reducida.

Existe homogeneidad en cuanto a los contenidos regulados en lo que respecta a la accesibilidad en el transporte, ya que todas las comunidades autónomas consideran como ámbito de aplicación las paradas y estaciones de transporte público y el material móvil, aunque con escasez de regulación de detalle. Los requerimientos de accesibilidad especificados afectan en mayor medida al material móvil que a las infraestructuras. Hay que resaltar que en algunas legislaciones hay una enorme falta de concreción y se limitan a hacer declaraciones genéricas. Por otra parte la mayoría de ellas especifican que el material móvil de nueva adquisición será adaptado. Existe una cierta homogeneidad en la reserva de plazas de aparcamiento.

El contenido de las normas de accesibilidad a la comunicación es el ámbito de aplicación con menor desarrollo en la legislación, cuando es

recogida, ya que está ausente en las legislaciones de 3 comunidades autónomas. En cualquier caso, se trata habitualmente de referencias genéricas sin concreción. Sólo hay cierta homogeneidad en el trato dado a las personas acompañadas de perros guía, aspecto que se ha visto incrementado por las leyes específicas en este sector. En dos comunidades autónomas se regula la figura del perro de asistencia del que se puede beneficiar cualquier tipo de persona con limitaciones, ampliando el ámbito del perro guía que se asigna a las personas con limitaciones visuales.

Sólo algunas comunidades autónomas especifican recursos técnicos y humanos para compensar discapacidades de la audición y/o de la palabra.

Las normativas autonómicas incluyen medidas de fomento creando un fondo para la supresión de barreras. Mediante este fondo se financiarán programas específicos de las entidades locales y privadas y de los particulares.

También incluyen medidas de control mediante las licencias y autorizaciones municipales, los pliegos de condiciones de los contratos administrativos y el control del visado de proyectos por los colegios profesionales.

Con respecto al régimen sancionador las acciones y omisiones que contravengan la normativa constituyen infracciones, graves o leves, que serán objeto de sanción variable entre 150 y 300.000 euros.

Incluyen la Creación de un Consejo Asesor en materia de Accesibilidad y Supresión de Barreras para la evaluación del cumplimiento de las normativas en las que, en las disposiciones finales, incluyen unos plazos, que varían entre 10 y 15 años, para la adaptación de una serie de entornos urbanísticos, edificios públicos y los medios de transporte.

Haciendo un balance, se puede afirmar que el marco normativo del que disponemos es amplio y detallado. Aun así, el incumplimiento de la normativa es una constante, lo que parcialmente es achacable a que adolece de determinados problemas de aplicabilidad. En general, resulta deficitaria puesto que comprende instrumentos suficientes y adecuados, pero no recoge su desarrollo y su regulación resulta escasa, así por ejemplo Los Consejos o Comisiones para la Accesibilidad están en casi todas las leyes autonómicas y tienen más o menos definidas sus funciones y composición, pero, a pesar de ello, resultan órganos inoperantes dado su inexistente desarrollo normativo.

A título de ejemplo, a continuación se resumen los distintos apartados de las Leyes de Accesibilidad de las Comunidades Autónomas de Cataluña y de Castilla y León, que tienen una estructura similar.

LEY DE ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS DE CATALUÑA

2.ª Ley promulgada (1991)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Hace referencia "al mandato constitucional del principio de igualdad" así como al "creciente envejecimiento de la población".

OBJETO DE LA LEY

Garantizar la accesibilidad y promover la utilización de ayudas técnicas.

ÁMBITO DE LA LEY

"Todas las actuaciones en materia de urbanismo, edificación, transporte y comunicaciones" realizadas por cualquier entidad pública o privada.

CONCEPTOS

Define los distintos tipos de barreras y otros términos incluidos en la Ley.

BARRERAS ARQUITECTÓNICAS URBANÍSTICAS

Los proyectos de urbanización no serán aprobados si no se observan las determinaciones de la presente Ley.

Los espacios de uso público existentes serán adaptados gradualmente.

Los proyectos de presupuestos de los entes locales deberán contener consignaciones para esas adaptaciones.

BARRERAS ARQUITECTÓNICAS EN LA EDIFICACIÓN

La construcción, ampliación y reforma de los edificios destinados a uso público se efectuarán de forma que resulten adaptados.

Los elementos existentes cuya adaptación requiera medios técnicos o económicos desproporcionados serán como mínimo practicables.

Derribo de los elementos no conformes. Requisitos mínimos para los de uso privado. (permitir posibilidad de ascensor).

LEY DE ACCESIBILIDAD Y SUPRESIÓN DE BARRERAS DE CASTILLA Y LEÓN

Última Ley aprobada por una CCAA (1998)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Hace referencia expresa al Artículo 49 de la Constitución "política de integración de las personas con discapacidad" y a la "proporción de personas mayores".

OBJETO DE LA LEY

Garantizar la accesibilidad.

ÁMBITO DE LA LEY

Relaciona en el Art. 2 los centros y establecimientos afectados por la Ley añadiendo que "Los niveles de exigibilidad de las previsiones de esta Ley se determinarán por vía reglamentaria".

Los medios de transporte público y de comunicación.

CONCEPTOS

Define los distintos tipos de barreras y otros términos incluidos en la Ley.

BARRERAS ARQUITECTÓNICAS URBANÍSTICAS

Los proyectos de urbanización deberán contener los elementos mínimos para garantizar la accesibilidad.

Los itinerarios peatonales deberán ser accesibles a cualquier persona.

Los itinerarios peatonales cortados por obras serán sustituidos por otros que permitan el paso a personas con alguna discapacidad en el movimiento.

BARRERAS ARQUITECTÓNICAS EN LA EDIFICACIÓN

Edificios de uso público:
Serán accesibles los relacionados en el artículo 2.

Referencias a aparcamientos, itinerarios de acceso al interior, comunicación vertical y horizontal, aseos, vestuarios, duchas y otras instalaciones, salas de conferencias y espectáculos.

Edificios de uso privado:
Acceso desde el exterior y elementos comunes mismas condiciones que las de uso público.

**BARRERAS
EN EL TRANSPORTE**

Adaptación progresiva a las medidas dictadas y a los avances tecnológicos.
El material de nueva adquisición será adaptado.

**BARRERAS
EN LA COMUNICACIÓN**

Se promoverá la supresión de estas barreras garantizando el derecho a la información, la comunicación, la cultura, la enseñanza y el ocio.

MEDIDAS DE FOMENTO

Fondo destinado a la supresión de barreras y dotación de ayudas técnicas:
El 50% para programas de los entes locales
El 50% para entidades privadas y particulares.

MEDIDAS DE CONTROL

Licencia Municipal.
Visado de Proyectos.
Pliegos de Contratos Administrativos.
Se crea el Consejo para la promoción de la Accesibilidad y la supresión de barreras.

RÉGIMEN SANCIONADOR

Sanciones de 50.000 a 50.000.000 Pts. Responsabilidad del Técnico que informa el Proyecto y Miembros de la corporación que lo aprueben.

**DISPOSICIONES
ADICIONALES**

No es de aplicación a los edificios del Patrimonio Histórico-Artístico.

**BARRERAS
EN EL TRANSPORTE**

Los medios de transporte de uso público deberán asegurar su accesibilidad.
Relaciona las instalaciones de transporte público (aeropuertos, etc.) y los requerimientos a considerar.
El material de nueva adquisición será adaptado.

**BARRERAS
EN LA COMUNICACIÓN**

Se promoverá la supresión de estas barreras garantizando el derecho a la información, la comunicación, la cultura, la enseñanza, el ocio y el trabajo.
Acceso con perros guía.
Información en lengua de signos (Arts. 26.3 y 29).

MEDIDAS DE FOMENTO

Fondo destinado a la supresión de barreras:
Para programas de los entes locales y para entidades privadas y particulares, sin especificar porcentajes.

MEDIDAS DE CONTROL

Licencia Municipal.
Visado de Proyectos.
Pliegos de Contratos Administrativos.
Se crea una Comisión asesora para la promoción de la Accesibilidad y la supresión de barreras.

RÉGIMEN SANCIONADOR

Sanciones de 50.000 a 50.000.000 Pts. Responsabilidad del Técnico que informa el Proyecto y Miembros de la corporación que lo aprueben.

**DISPOSICIONES
ADICIONALES**

Cuando se trate de edificios o espacios del Patrimonio Histórico-Artístico se atemperarán las medidas con informe de la Comisión Asesora o de Patrimonio.

8. La Ley de Ordenación de la Edificación y el Código Técnico de la Edificación

Coincidiendo con el final de la promulgación de la diferente normativa de accesibilidad por parte de las Comunidades Autónomas la Administración Central del Estado promulga la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que tiene como objetivo prioritario regular el proceso de la edificación con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios.

El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de la Edificación incluye todos los edificios, tanto públicos como privados, para las obras de nueva construcción, ampliación, modificación, reforma o rehabilitación. También afecta a las obras realizadas sobre edificios catalogados o histórico-artísticos.

Entre los requisitos básicos de la Ley figuran:

- La accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio.
- El acceso a los servicios de telecomunicación, audiovisuales y de información.
- La seguridad de utilización, de tal forma que el uso normal del edificio no suponga riesgo de accidente para las personas.

El marco normativo que establece esas exigencias básicas en los edificios y sus instalaciones es el Código Técnico que debería ser aprobado, según la disposición final segunda de la Ley en el plazo de dos años.

Por otra parte la Ley de Ordenación de la Edificación establece la responsabilidad civil de los agentes que intervienen en el proceso de la edificación, y las garantías para su cumplimiento.

El Código Técnico de la Edificación se aprueba por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo estableciendo las exigencias para cada uno de los requisitos básicos establecidos en el artículo 3 de la Ley de Ordenación de la Edificación, y proporciona procedimientos que permiten acreditar su cumplimiento con suficientes garantías técnicas.

Estos requisitos básicos son: «seguridad estructural», «seguridad en caso de incendio», «seguridad de utilización», «higiene, salud y protección del medio ambiente», «protección contra el ruido» y «ahorro de energía y aislamiento térmico». Esas exigencias básicas deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones.

El ámbito de aplicación incluye todas las edificaciones públicas y privadas, incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación de la Edificación, tanto de nueva construcción como a las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en edificios existentes.

Añade el código que esas obras sobre los edificios existentes será compatibles con el grado de protección que puedan tener los edificios afectados y que “la posible incompatibilidad de aplicación deberá justificarse en el proyecto y, en su caso, compensarse con medidas alternativas que sean técnica y económicamente viables”.

En las normativas autonómicas se echa de menos esta regulación expresa para los edificios y entornos histórico-artísticos que, si bien, es muy difícil que se puedan cumplir en su rehabilitación todos los requerimientos de accesibilidad, no se deben olvidar, se han de estudiar y justificar en el proyecto con objeto de que estos entornos puedan ser visitados y utilizados por el mayor número de personas.

También especifica el Código Técnico que incluso cuando la actividad particular de un edificio o zona no se encuentre entre las clasificaciones previstas en él se adoptará, por analogía, una de las establecidas, o bien se realizará un estudio específico del riesgo asociado a esa actividad particular basándose, entre otros factores y criterios de evaluación de riesgo, en las características de los usuarios y en su vulnerabilidad o necesidad de una especial protección por motivos de edad, como niños o ancianos, por una discapacidad física, sensorial o psíquica u otras que puedan afectar su capacidad de tomar decisiones, salir del edificio sin ayuda de otros o tolerar situaciones adversas.

Cada una de las exigencias básicas relacionadas se desarrollan en un documento específico, encontrándose los requerimientos de accesibilidad definidos en el Documento Básico “Seguridad de Utilización” (SU). Este Documento Básico SU tiene capital importancia desde el punto de vista de la implantación de la accesibilidad en el entorno de la edificación por dos motivos:

El primero de ellos, por encontrarse dentro de un documento emitido por un Organismo de la Administración eminentemente técnico, cuyas normas son siempre tenidas en cuenta por los autores de los proyectos y los directores de las correspondientes obras de edificación y que aplica el mismo nivel de obligatoriedad, por poner un ejemplo, para la pendiente máxima de una rampa que para la resistencia mínima del hormigón.

En relación con el párrafo anterior el propio Plan Nacional de Accesibilidad reconoce este diagnóstico cuando dice en su introducción:

“Esa relegación (de las políticas de accesibilidad) está también vinculada con la tradicional consideración del problema como una responsabilidad exclusiva de las áreas de servicios sociales, y con la poca consideración que los temas de accesibilidad merecen a los responsables de distintas administraciones, a los técnicos y profesionales, o incluso a la propia ciudadanía”.

El segundo motivo, no menos importante, es la unificación de algunos parámetros para los que las normativas promulgadas por las comunidades autónomas aplican valores no coincidentes, como, por ejemplo, la pendiente longitudinal de las rampas, o escasamente definidos, como la resbaladidad de los suelos.

Este documento básico SU define el valor que ha de tener la resistencia al deslizamiento de un pavimento, medido mediante ensayo en laboratorio, para las distintas estancias de un edificio, y en función de su pendiente y de su exposición a la humedad, cuando las distintas normativas autonómicas, con alguna excepción, se limitan a especificar que los pavimentos serán “no deslizantes”.

Si bien en el Código Técnico se contemplan los requerimientos de importantes elementos de la edificación, tales como suelos, desniveles, rampas, escaleras, etc., faltan los de otros importantes elementos. Sería deseable que se fueran incorporando en sucesivas modificaciones del Código. Por otra parte, también sería muy conveniente la regulación en normativa similar de los requerimientos de accesibilidad para los otros ámbitos: el urbanismo, los transportes y la comunicación sensorial¹⁷.

9. Las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado

En cumplimiento de lo establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su disposición final quinta se promulga el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.

¹⁷ En este sentido se ha dictado el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, que se resume en el apartado 10.

Su objetivo es regular las condiciones de accesibilidad y no discriminación que, respecto de las personas con discapacidad, deben presentar las Oficinas de Atención al Ciudadano, impresos y cualquier otro medio que la Administración General del Estado dedica específicamente y en el ámbito de sus competencias a las relaciones con los ciudadanos.

Se relacionan, de forma muy detallada, las medidas de accesibilidad que se deben contemplar en las Oficinas de Atención al Ciudadano en lo que respecta a su ubicación, sus accesos, los espacios de recepción, la señalización interior, la configuración de los puestos de atención, los sistemas interactivos de información y los elementos accesorios.

Así, por ejemplo, establece, entre otras medidas, que si las oficinas no se encuentran a nivel de la vía pública se deberá disponer de rampas de acceso o ascensores, que al menos uno de los itinerarios que una los accesos de la Oficina con la vía pública, y con los aparcamientos, deberá ser accesible de acuerdo con las condiciones establecidas para un itinerario urbano accesible en la Norma UNE 41520:2002 Accesibilidad en la Edificación. Espacios de Comunicación Horizontal.

También establece que la señalización deberá ser diseñada de modo que resulte inteligible y comprensible por parte de las personas con discapacidad intelectual y que los sistemas de aviso, incluyendo los de alarma o avisos de peligro, deben ser emitidos simultáneamente por medios sonoros y visuales fácilmente comprensibles y reconocibles.

Asimismo, entre otras medidas, establece que los puntos de información que no estén atendidos directamente por personal estarán dotados de sistemas de información complementaria tales como paneles gráficos, sistemas audiovisuales y planos táctiles y que las Oficinas de Atención deberán contar al menos con un área higiénico-sanitaria accesible.

Estas condiciones de accesibilidad y no discriminación solo podrán ser parcialmente exceptuadas cuando en el edificio en el que se ubique la Oficina, o en su entorno, concurren circunstancias que hagan su aplicación imposible material o económicamente, pero que esas circunstancias deberán quedar reflejadas en la correspondiente resolución.

En lo que respecta a las condiciones de accesibilidad en los impresos y documentos, entre otras medidas, especifica que se ofrecerán éstos en formatos alternativos utilizando tipografías grandes o ampliadas, en braille, o bien se contará con personal de apoyo para facilitar su cumplimentación y que se reservarán espacios apropiados en tamaño para ser rellenados con comodidad y se evitará la utilización de fondos con dibujos y tintas que presenten poco contraste.

En la formación del personal de la Administración General del Estado encargado de la prestación de servicios de atención al ciudadano se atenderá especialmente al conocimiento de las distintas discapacidades y sus consecuencias en el desarrollo de los servicios de atención, en el trato e interacción con las personas con discapacidad y en el uso de medios auxiliares facilitadores de dicho trato.

En la Disposición final segunda se establece que, mediante orden ministerial se concretarán las especificaciones y características técnicas de las condiciones y criterios de accesibilidad y no discriminación establecidos en esta norma que sean susceptibles de ello.

10. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones

En cumplimiento de lo establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su disposición final novena se promulga el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

Este Real Decreto se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.^a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales; en él se ofrece una visión mas abierta y plural de la accesibilidad fundamentada en el diseño para todos y en la autonomía personal, y con su publicación se pretenden mejorar los mecanismos de control existentes y el cumplimiento de la normativa.

Para los edificios se incluyen especificaciones relativas a los accesos, itinerarios horizontales y verticales, mobiliario, espacios de utilización, información y señalización, y seguridad en caso de incendio. En lo que respecta a los espacios públicos urbanizados se especifican las condiciones que deben cumplir los itinerarios peatonales, sus elementos, los cruces con las calzadas para circulación de vehículos, las obras de edificación que los afecten, el mobiliario urbano, los aparcamientos, las actividades comerciales en la vía pública y la señalización e información.

El Real Decreto establece que las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los edificios que

se aprueban en virtud de este real decreto se incorporarán, con el carácter de exigencias básicas de accesibilidad universal y no discriminación, a la Parte I del Código Técnico de la Edificación (CTE) incorporándose a la Parte II del CTE un documento básico relativo al cumplimiento de dichas exigencias básicas.

Asimismo el Real Decreto establece que las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y la utilización de los espacios públicos urbanizados que se aprueban en virtud del presente real decreto se desarrollarán en un documento técnico que se aprobará por orden del Ministerio de Vivienda.

Lo anterior será obligatorio, a partir del día 1 de enero de 2010, para los espacios públicos urbanizados nuevos y para los edificios nuevos, así como para las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en los edificios existentes, y a partir del día 1 de enero de 2019 para todos aquellos espacios públicos urbanizados y edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables.

Se establece que las acciones y omisiones a lo especificado en este Real Decreto serán sancionadas de conformidad con lo previsto en la disposición final undécima de la Ley 51/2003, sin desarrollar en la actualidad.

11. Ley por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas

En cumplimiento de lo establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su disposición final duodécima, se promulga la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas.

El objeto de la Ley es reconocer y regular la lengua de signos española como lengua de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas en España que libremente decidan utilizarla, sin perjuicio del reconocimiento de la lengua de signos catalana en su ámbito de uso lingüístico, así como la regulación de los medios de apoyo a la comunicación oral destinados a las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas.

La Ley define los conceptos incluidos en ella para su correcta interpretación: lengua de signos, lengua oral, medios de apoyo a la comuni-

cación oral, personas sordas o con discapacidad auditiva, personas con sordo-ceguera, usuario o usuaria de una lengua, usuario o usuaria de la lengua de signos, usuario o usuaria de medios de apoyo a la comunicación oral, intérprete de lengua de signos, guía-intérprete, educación bilingüe, y logopeda y Maestro/a Especialista en audición y lenguaje.

Esta Ley se inspira en los principios de transversalidad de las políticas en materia de lengua de signos y medios de apoyo a la comunicación oral, accesibilidad universal, libertad de elección (las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas podrán optar por la lengua oral y/o la lengua de signos española y/o las lenguas de signos propias de las Comunidades Autónomas), No discriminación y Normalización.

El ámbito de aplicación incluye las siguientes áreas:

1. Bienes y servicios a disposición del público.
2. Transportes.
3. Relaciones con las Administraciones Públicas.
4. Participación política.
5. Medios de comunicación social, telecomunicaciones y sociedad de la información.

En lo que respecta al ámbito educativo, las Administraciones educativas dispondrán lo necesario para facilitar el aprendizaje de la lengua de signos al alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordo-ciego que haya optado por esta lengua. Para fomentar la igualdad y el respeto a la diversidad lingüística y cultural, así como la integración del alumnado sordo, con discapacidad auditiva y sordo-ciego los planes de estudio podrán incluir el aprendizaje de la lengua de signos como asignatura optativa para el resto de alumnos.

La Ley establece que la Administración educativa determinará las titulaciones necesarias para dedicarse profesionalmente a la enseñanza de la lengua de signos. Por otro lado, las Administraciones educativas promoverán planes y programas de formación para el profesorado que atiende al alumnado sordo o con discapacidad auditiva y sordo-ciego y fomentarán la cooperación con las familias en la realización de cursos de formación para el aprendizaje de las lenguas de signos españolas.

Asimismo la Ley establece que los poderes públicos promoverán la prestación del servicio de intérpretes en lengua de signos españolas y medios de apoyo a la comunicación oral en centros educativos, en el ámbito laboral, en los centros sanitarios, en las actividades culturales, deportivas y de ocio, en las estaciones de transportes y en las relaciones con las administraciones públicas.

Por otra parte la Ley establece también que se promoverán las medidas necesarias para hacer accesibles la participación política, los medios de comunicación social, las telecomunicaciones y los recursos de la sociedad de la información mediante la incorporación de las lenguas de signos española y de medios de apoyo a la comunicación oral.

Se crea el Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española, cuya finalidad será investigar, fomentar, difundir y velar por el buen uso de esta lengua. También se creará un Centro Español del Subtitulado y la Audiodescripción, para extender la subtitulación y la audiodescripción como medios de apoyo a la comunicación de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas.

Finalmente, se crea una Comisión de Seguimiento en el seno del Consejo Nacional de la Discapacidad, en la que tendrán presencia las organizaciones de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordo-ciegas y de sus familias, con el objetivo de impulsar y velar por el cumplimiento de las medidas contenidas en esta Ley, proponiendo las medidas oportunas para su plena eficacia.

La Ley establece también la creación, en el Real Patronato sobre Discapacidad, del Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española, que tiene la finalidad de investigar, fomentar, difundir y velar por el buen uso de esta lengua.

III. LOS INSTRUMENTOS DE PROMOCIÓN DE LA ACCESIBILIDAD

Teniendo en cuenta las importantes carencias existentes en materia de accesibilidad en el medio físico y sensorial y la frecuente realización de actuaciones aisladas, que en muchos casos son fallidas, es muy importante tener un marco de referencia para todas las iniciativas que se planteen. De esta forma las distintas Administraciones y entidades de carácter público y privado actuarán de forma coordinada a fin de conseguir las condiciones para la autonomía personal de toda la población en sus distintos entornos urbanos y rurales.

1. Los Planes Integrales de Accesibilidad

Las distintas normativas, como se ha visto, son de aplicación a las obras de nueva construcción, ampliación, modificación del uso, reforma o rehabilitación. Para la adaptación del entorno existente esas mismas normas establecen unas medidas de fomento de la accesibilidad así como planes de adaptación y supresión de barreras.

Todos los estudios realizados detectan un importante déficit en la accesibilidad del entorno existente. Debido a la magnitud del problema una vez que ya se ha dado el primer paso en el ámbito de la normativa, es preciso dar un paso más con actuaciones y planteamientos más complejos. Son necesarios nuevos esfuerzos que además de dirigirse a los temas básicos de reducción o tratamiento de barreras físicas planteen nuevas formas de coordinación administrativa y de concienciación ciudadana.

Los Planes Integrales de Accesibilidad constituyen el intento más relevante, hasta el momento, de desarrollar un instrumento operativo para resolver los problemas de accesibilidad. Así se han redactado Planes Integrales de Accesibilidad no solo de numerosos municipios, sino también de otros espacios tales como campus universitarios, playas, etc.

En la mayoría de los casos estos Planes de Accesibilidad se han redactado mediante convenios entre distintos organismos tales como el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las corporaciones locales, las comunidades autónomas y la Fundación ONCE, y han tenido importantes repercusiones, no sólo en resultados concretos en los lugares donde se han realizado, sino en el impulso de la toma de conciencia general sobre el problema y en la asunción de la accesibilidad como un requerimiento básico del medio urbano.

Un Plan de Accesibilidad debe ser un trabajo que aporte una doble utilidad: por un lado, conocer la situación real del ámbito objeto del Plan respecto a sus condiciones de accesibilidad y existencia de barreras aportando bases para solucionar los problemas detectados. En este sentido se trata de un diagnóstico de los ámbitos de uso público y dentro del área de estudio estipulada.

Por otro lado, el Plan tiene que marcar las directrices y prioridades, ser referencia de trabajo para las futuras actuaciones y proyectos, y servir para programar y planificar las estrategias técnicas y económicas para su ejecución.

Es decir, un Plan de Accesibilidad es un plan de actuación que, con el objetivo de que todas las personas puedan utilizar un entorno libre y autónomamente, evaluará el nivel de barreras que existen, definirá las actuaciones necesarias para adaptarlo, las valorará, y propondrá un plan de etapas para su ejecución.

El cumplimiento del Plan supondría la eliminación de las barreras existentes en los espacios de uso público (calles, plazas, parques, etc.), en los edificios públicos (administrativos, culturales, sanitarios, docentes, etc.), en los elementos de los sistemas de transporte, desde las paradas y estaciones hasta el material móvil, el vínculo entre ellos y el servi-

cio que prestan, y dentro de esos mismos ámbitos, las posibles dificultades en los elementos y equipos para la orientación, información y comunicación.

Estos objetivos del Plan no se dirigen exclusivamente a facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, sino a dotar al medio físico y a las interrelaciones de las personas de unas condiciones que aporten mejoras en la calidad de vida de todos los usuarios de las ciudades, los pequeños pueblos, los espacios naturales, los conjuntos histórico-artísticos y culturales, etc. Para ello el Plan tendrá en cuenta la diversidad humana: personas con diferentes discapacidades, niños, personas mayores, personas de baja o de alta estatura, personas con otras limitaciones y personas sin limitaciones aparentes.

Para la redacción del Plan se considera imprescindible contar con la información, consulta y colaboración, al menos, del movimiento asociativo representativo de las personas con alguna discapacidad, mayores y otros colectivos de ciudadanos interesados con objeto de escuchar y procurar resolver sus necesidades y demandas.

El alcance de definición, análisis y aplicación del Plan desarrollará, al menos, los siguientes ámbitos:

- Vía Pública y espacios públicos
- Edificación de titularidad pública
- Transporte público
- Comunicación sensorial

La metodología para la realización de los Planes Integrales de Accesibilidad, muy similar en todos ellos consta de los siguientes trabajos:

- a) Estudio y diagnóstico de la situación actual
- b) Propuestas de actuación
- c) Presupuesto y Programación de las actuaciones

a) Estudio y diagnóstico de la situación actual

El estudio de la situación actual partirá del análisis de las estrategias y políticas existentes con incidencia en la Accesibilidad, al objeto de conocer las realizaciones llevadas a cabo, actuaciones en ejecución y en fase de proyecto y planeamiento.

Se realizará un inventario físico, para obtener la configuración y características básicas del entorno construido, y encuestas para cono-

cer la movilidad de la población. En el entorno urbano se hará un inventario de los espacios públicos indicando los itinerarios más usuales de la población y aquellos que presentan más déficit de accesibilidad, se detallarán las calles con flujos peatonales más importantes y las instalaciones generadoras de estos flujos. En la edificación se hará un inventario de los edificios de uso público con referencias a su uso, concurrencia de público, indicando sus accesos y detallando los núcleos de comunicación.

Asimismo, para el transporte se analizará el itinerario peatonal desde el origen y/o destino del viaje hasta la parada, las propias paradas, los vehículos, el vínculo de transferencia entre el andén y el vehículo, y el servicio que se presta, así como el grado de utilización de las líneas.

Se analizará la información, señalización y demás aspectos que faciliten la comprensión y orientación en el urbanismo, la edificación y el transporte (señalización, señalización de emergencia y protección civil, puntos de información, pavimento diferenciado: franjas señalizadoras y direccionales, sonorización de semáforos, teléfonos públicos, etc.).

En el transporte público la información es un tema fundamental; por ello, es conveniente analizar el nombre y la iluminación de las paradas, la posición de los cuadros horarios, el tamaño de las letras y la información sonora y visual en paradas y autobuses.

También conviene conocer los itinerarios más frecuentados por personas con problemas de movilidad y/o comunicación, mediante encuestas etc., así como sus centros de interés, lo cual nos permitirá averiguar el grado de beneficio sobre esta población de una acción concreta de mejora de la accesibilidad. Esto permitirá establecer prioridades en el plan de etapas, para resolver aquellas problemáticas que llegan, incluso, a impedir a las personas salir de su casa. Esta información nos posibilitará, por ejemplo, proponer itinerarios accesibles completos desde la puerta de una vivienda hasta el servicio público que se quiera utilizar.

Una vez conocidas la configuración del entorno y la movilidad de la población hay que comparar los requerimientos de accesibilidad que contempla la normativa vigente, de cada uno de los elementos a evaluar, con el valor que realmente poseen a fin de poder realizar un diagnóstico.

Ya se ha indicado que los requerimientos de las diferentes normativas autonómicas son distintos, definen niveles de exigencia diferentes e incluso los elementos que deben tenerlos. Así suelen distinguir dos tipos de espacios, adaptado o practicable, según su mayor o menor nivel de exigencia.

Caso especial son los edificios catalogados o protegidos, en los que el trabajo de evaluación debe acompañarse de una información de todas las posibilidades de recorridos, que permita conjugar protección y accesibilidad.

En lo que respecta al transporte, la evaluación del servicio que se presta y su óptima adecuación a la movilidad de las personas con movilidad reducida es un aspecto muy complejo y conviene hacerlo con los afectados. Metodológicamente es conveniente analizar el transporte interurbano y el urbano por separado.

El Plan debe también hacer el análisis de la reserva de aparcamientos que debe haber cerca de los edificios públicos, en estaciones de transporte, aparcamientos subterráneos, etc., así como de la genérica en las calles de la población.

El Plan deberá estimar las condiciones de accesibilidad analizando los elementos de la comunicación, del urbanismo, la edificación y el transporte. Deberán tenerse en cuenta las peticiones y sugerencias de las entidades representativas de colectivos interesados en la accesibilidad, así como la información y aportaciones de técnicos y responsables.

b) Propuestas de actuación

Se propondrán las actuaciones en itinerarios, zonas y sectores, edificios, transporte y comunicación, sobre la base del trabajo de diagnóstico realizado, coordinando las propuestas en todos los ámbitos de accesibilidad y estableciendo las prioridades (alta, media y baja).

El Plan propondrá intervenciones concretas en los itinerarios peatonales y se realizará la descripción de las propuestas mediante fichas de soluciones tipo que incluirán la representación gráfica y su descripción.

Asimismo, propondrá actuaciones concretas para resolver la accesibilidad en los edificios de uso público, desde el exterior, en su entorno próximo, y en el interior, de forma que se pueda acceder y hacer uso de sus instalaciones y servicios.

Para establecer las pautas de actuación en el ámbito del transporte se deberán tener en cuenta los siguientes contenidos: disponer de una red integrada de transporte accesible, que garantice de forma progresiva la cadena de movilidad, y alcanzar un adecuado nivel de prestaciones en accesibilidad tanto en los intercambiadores de transporte como en las terminales de transporte ubicadas dentro del ámbito de actuación.

Al margen de los criterios establecidos en la normativa vigente, se deberá considerar que habrá que lograr una ciudad accesible a todos, no sólo permitiendo el desplazamiento, sino facilitando la orientación y la comunicación. Hay que ordenar la ciudad para facilitar su uso y comprensión por cualquier persona, residente o visitante.

Señalizar e informar de una forma clara y accesible para cualquier persona, con independencia de sus capacidades, incluyendo pictogramas, buen contraste de color, mensajes sencillos, información en braille y alto relieve, información acústica, etc.

Se habrá de elaborar un catálogo de soluciones tipificadas de actuación que se puedan aplicar a la mayoría de las deficiencias de accesibilidad que se detecten para conseguir un entorno homogéneo, lo que beneficiará su uso por todos; así, por ejemplo, todos los vados peatonales dentro de una ciudad deben tener la misma tipología con objeto de facilitar su identificación.

Pero, a veces, se han de definir soluciones singulares para determinadas circunstancias, por ejemplo los edificios catalogados. Estos casos deberán ser analizados con detalle y, probablemente, deberán buscarse soluciones específicas, que, a menudo, no cumplirán todas las exigencias de la normativa.

Como resultado de este apartado del Plan, obtendremos unas propuestas y un listado de ellas, acompañado, siempre que sea posible, del nivel de prioridad que le otorguemos. Se confeccionará, de esta manera, una información que será la base para la programación, valoración y el seguimiento del plan.

Se deberá proponer, en su caso, las modificaciones que correspondan en la normativa urbanística, ordenanzas, etc. vigentes a las que habrá que incorporar los requerimientos de accesibilidad de tal forma que se garantice a todos los ciudadanos que los nuevos espacios, o sus modificaciones, serán diseñados según criterios de accesibilidad.

c) Presupuesto y Programación de actuaciones

El Plan deberá incluir una relación de precios unitarios de las actuaciones normalizadas, tomando como referencia los precios del mercado, en función de los cuales se valorarán las actuaciones por sectores, obteniendo como suma de todos ellos una valoración económica estimativa del Plan, de forma que sirva para la posterior elaboración de los programas de actuación.

Se propondrá, en función de la jerarquía de prioridades establecida, un “plan de etapas” para llevar a cabo la ejecución del Plan. Para la determinación del orden de prioridades de las actuaciones se habrán tenido en cuenta principalmente los intereses de los usuarios, a través de los representantes de las asociaciones ciudadanas y de las administraciones competentes. Se realizará una valoración económica estimativa de cada una de las fases del plan, así como de las actuaciones en cada uno de los ámbitos.

Se programarán actuaciones anuales o bianuales; el Plan tendrá un plazo de ejecución, que variará en función de la extensión territorial y de la población afectada, que suele ser del orden de diez años para ciudades de tipo medio, que es el plazo que establecen las legislaciones de algunas Comunidades Autónomas.

Es muy conveniente la creación de un organismo de seguimiento del Plan para garantizar su ejecución y revisarlo y adaptarlo a los cambios de cualquier tipo que surjan durante su periodo de vigencia.

En este apartado, cabe hacer mención de las ordenanzas municipales de accesibilidad como instrumento de promoción de la accesibilidad ya que suponen una transposición directa de los parámetros establecidos en los Planes integrales de accesibilidad y en la legislación autonómica y, además, disponen de un nivel ejecutivo y de aplicación mayor que las normas de rango superior. Las ordenanzas, se promulgan con el objeto de establecer los criterios básicos de supresión y prevención de barreras ya que además de establecer criterios técnicos establecen medidas de gestión y organización para la promoción de la accesibilidad en el municipio.

2. La Estrategia Regional de Accesibilidad de Castilla y León 2004-2008

Con un ámbito muy superior al de los planes de Accesibilidad y con el objetivo global de lograr la total accesibilidad en el medio físico y en los sistemas de percepción sensorial en todo su territorio, la Comunidad Autónoma de Castilla y León aprobó en el año 2004 el documento “Estrategia Regional de Accesibilidad de Castilla y León” mediante el Acuerdo 39/2004 de 25 de marzo.

Según se especifica en dicho acuerdo la Estrategia no tiene carácter normativo en ninguno de sus apartados. Por otra parte no se incluye en el documento aprobado su financiación. El plazo de realización es de cinco años.

Dentro del territorio de Castilla y León la estrategia afecta a todos los ámbitos en que se desarrollan las actividades de cualquier persona, con especial incidencia en los ámbitos de:

- El Planeamiento Urbanístico.
- El Urbanismo.
- La Edificación, tanto pública como privada.
- El Transporte.
- La Educación, la Cultura, el Ocio y el Turismo.
- Los Sistemas, medios y técnicas de comunicación sensorial.
- La Cohesión social y la prestación de servicios.

Para cada uno de los ámbitos enunciados, la Estrategia de Accesibilidad considera de manera coordinada y complementaria, acciones en dos frentes: las nuevas actuaciones y las de rehabilitación.

Como marco jurídico de aplicación se considera la normativa específica de la Administración Central y de la Comunidad Autónoma en materia de Accesibilidad y en materia de Acción Social y Servicios Sociales, y los planes sectoriales en materia de protección de la infancia, las personas mayores y las personas con discapacidad.

La normativa de Accesibilidad de la Comunidad Autónoma de Castilla y León está integrada principalmente por la Ley 3/1998, de 24 de junio, de Accesibilidad y Supresión de Barreras y el Decreto 217/2001, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Accesibilidad y Supresión de Barreras.

A) El diagnóstico de la situación actual de la Accesibilidad en Castilla y León

En primer lugar se analizan las condiciones físicas del territorio y su modelo de organización, las características de la población y su evolución, así como los factores de desarrollo existentes; se consulta con representantes de los ayuntamientos, de los movimientos asociativos y de otras instituciones al objeto de conocer las necesidades y principales problemas detectados.

Este estudio de la situación actual de la accesibilidad en la Comunidad de Castilla y León aporta una panorámica completa de la realidad que permite extraer una serie de conclusiones en los distintos ámbitos y que servirán como base de las propuestas del Plan Estratégico:

El problema de raíz en el ámbito del Planeamiento territorial y urbano se sitúa en las dificultades de coordinación e integración entre los instrumentos urbanísticos (Plan General de Ordenación Urbana, Normas Urbanísticas Municipales, Planes Parciales, Planes Especiales de Reforma Interior) y los de accesibilidad (Planes de Adaptación y Supresión de Barreras), todo lo cual se ve agravado en mayor medida por la importancia de los cascos históricos en esta Comunidad.

La escasa concienciación y formación de los agentes implicados en la construcción es la principal causa de las importantes deficiencias que en materia de accesibilidad presentan, en general, los edificios, establecimientos e instalaciones.

En buena parte, la gran cantidad de personas de la Comunidad que presentan de forma permanente o transitoria limitaciones de movilidad y de comunicación no puede usar, o lo hace con dificultades, los sistemas de transportes públicos convencionales, lo que unido al creciente envejecimiento de la población avala la necesidad de un transporte accesible.

En los últimos años es notorio el aumento de edificios y establecimientos dedicados a la cultura, el ocio y el turismo que han intentado incorporar los criterios de accesibilidad a su actividad pero, lo es también, el escaso criterio técnico que presentan en muchos casos.

Finalmente, con relación a la cohesión social y la prestación de servicios, se identifica una desconfianza en el sector empresarial hacia la capacidad profesional de las personas con discapacidad, sobre todo de las mujeres, por lo que el desarrollo de los recursos humanos, las políticas activas de empleo, la igualdad entre hombres y mujeres y la calidad de los sistemas educativos y de formación se configuran como factores esenciales para conseguir una sociedad sin exclusiones y abierta a todos.

B) Las líneas estratégicas de actuación

Las líneas estratégicas para conseguir el objetivo global se agrupan en cuatro ejes básicos:

- Fomento de la accesibilidad.
- Desarrollo y perfeccionamiento del marco normativo.
- Intervención y ejecución.
- Control, inspección y seguimiento.

Partiendo del diagnóstico realizado y de las líneas estratégicas planteadas, se definen dos tipos de propuestas de actuación. Las primeras

orientadas a la dinamización, promoción e impulso de la accesibilidad; las segundas a concretar en ámbitos específicos medidas de actuación.

Estas propuestas pretenden dar solución a los problemas o carencias analizados en el diagnóstico y se presentan agrupadas por ámbitos indicando la línea estratégica a la que pertenecen.

a) Planeamiento territorial y urbano

La aplicación directa de estas competencias queda plasmada mediante una serie de propuestas específicas que responden a las carencias detectadas en el proceso de diagnóstico, y que se hallan encuadradas dentro de las líneas estratégicas generales referidas anteriormente.

b) Urbanismo: vías y espacios públicos, parques y jardines

Las propuestas enunciadas en el documento programan las acciones en el ámbito del urbanismo a distintas escalas. Se plantea la actuación desde las figuras del planeamiento hasta las propuestas específicas en aspectos concretos del espacio urbano. El planteamiento se centra, por tanto, en la gestión integrada tanto de las instituciones como de los recursos que poseen para agilizar y coordinar acciones.

c) Edificación pública y privada (nueva construcción/rehabilitación)

Las propuestas se estructuran diferenciando entre edificaciones de uso público y de uso privado. Aunque con resultados específicos para cada uno de los casos, las actuaciones se desarrollan de forma análoga en ambos y se insiste en las medidas encaminadas a una mejor formación de los técnicos, incentivar con ayudas públicas las adaptaciones de los inmuebles y realizar actuaciones integrales que contemplen todos los ámbitos con el fin de no romper la «cadena de la accesibilidad». Al igual que en el campo del urbanismo se plantea actuar desde la base del proyecto a fin de permitir la accesibilidad como parámetro integrador del diseño del elemento constructivo.

d) Transportes

Los requerimientos básicos en relación con el transporte de los usuarios con movilidad y comunicación reducida son comunes a los de los demás usuarios y pueden resumirse en disponer de una red de transportes públicos completa, rápida, fiable, cómoda, segura y económica. Las personas con problemas de interacción con el entorno son, sin embargo, más sensibles a cuestiones tales como aquellas de ofrecer un buen

servicio al cliente, proporcionar información clara, útil, precisa y accesible así como prestar asesoramiento para la resolución de cuestiones concretas planteadas por los usuarios.

e) Comunicación sensorial

La actuación en el sector de las telecomunicaciones y de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación se debe sustentar en la capacidad de proporcionar herramientas de gran versatilidad para eliminar ciertos condicionantes y facilitar la integración de las personas mayores y de las personas con discapacidad. Para ello, es esencial generalizar la adopción de los criterios de diseño universal, tanto en los productos como en los servicios, para que este futuro esperanzador no se trunque y sea una barrera más.

La telefonía fija y móvil y las nuevas tecnologías suponen una ventana abierta para la integración en el mercado laboral de las personas con discapacidad, mientras que el desarrollo de la teleasistencia y de los teléfonos de texto representan nuevas expectativas en la integración social y posibilidades de comunicación.

f) Cultura, ocio y turismo

Las actividades culturales, de ocio y de turismo son un motor de desarrollo de la sociedad, y, en general, suponen un factor social de integración de las personas mayores y de las personas con discapacidad, constituyéndose así en un elemento clave de la Estrategia de accesibilidad.

g) Cohesión social y prestación de servicios

La accesibilidad aplicada de forma sistemática y rigurosa contribuye de manera eficaz a propiciar la cohesión social y puede convertirse en un poderoso catalizador de la igualdad de oportunidades y de la vertebración social.

La evaluación continua y revisión de los procedimientos de apoyo son actuaciones esenciales que deben poner de relieve aquellas estrategias que sean beneficiosas para el individuo y el entorno. La actuación se centra por tanto en las acciones y procesos que actualmente se están llevando a cabo en el ámbito de los servicios sociales así como en las labores de formación y sensibilización para favorecer la integración de los sectores más desfavorecidos para que cualquier tipo de discapacidad no se convierta ni se añada a ningún tipo de discriminación.

C) Programación y gestión

Se incluyen en el documento de estrategia los cuadros de planificación que presentan, por un lado, las propuestas enfocadas a la dinamización, promoción e impulso de la accesibilidad y, por otro, las propuestas específicas por ámbitos (Planeamiento, Urbanismo, Edificación, Transporte, Cultura, ocio y turismo, Comunicación sensorial, y Cohesión social y prestación de servicios).

En total se especifican 168 propuestas de actuación, señalando el año de ejecución del plan en el que se realizarán así como las entidades responsables y colaboradoras de cada una de ellas.

Los agentes implicados en la aplicación de la estrategia son aparte de las Consejerías de la Junta de Castilla y León, principalmente a través de la Gerencia de Servicios Sociales, las Entidades Locales, las Universidades, los Ministerios de Fomento y de Trabajo y Asuntos Sociales y organismos dependientes (CEAPAT, Real Patronato, etc.), el Movimiento Asociativo, las Organizaciones Empresariales y Colegios Profesionales, los Sindicatos y finalmente los propios ciudadanos.

El cumplimiento de las medidas de control, seguimiento y actualización del Plan Estratégico se basan en lo dispuesto en el Título IV de la Ley 3/1998, de 24 de junio, de Accesibilidad y Supresión de Barreras y en la Disposición Adicional Única de su Reglamento (Decreto 217/2001), realizándose un informe de seguimiento por parte de las distintas Administraciones en su ámbito de competencia para verificar la planificación durante los cinco años de vigencia del Plan que deberá ser remitido a la Comisión Asesora para la Accesibilidad y Supresión de Barreras de Castilla y León.

La gestión del Plan Estratégico se encomienda a la colaboración económica entre las distintas Administraciones Públicas con entidades y empresas privadas impulsando la redacción y ejecución de Planes sectoriales y específicos de eliminación de barreras, y a la elaboración y desarrollo de experiencias piloto así como a múltiples actuaciones en los diferentes ámbitos.

Teniendo en cuenta la dificultad de cuantificar las actuaciones previstas en la Estrategia, su carácter transversal y sin olvidar el precepto legal que obliga a los titulares y responsables de los distintos bienes a conseguir la plena accesibilidad en cada uno de los ámbitos, las dotaciones previstas para todos los planes y actuaciones se podrán complementar con los recursos procedentes del Fondo para la Supresión de Barreras, de los Presupuestos Generales de la Comunidad, así como de otros recursos públicos.

3. I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012

En el año 2003, Año Europeo de las Personas con Discapacidad, se aprueba el I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012 bajo el lema “Por un nuevo paradigma, el Diseño para Todos, hacia la plena igualdad de oportunidades”, un plan cuyo primer objetivo es alcanzar la plena igualdad de oportunidades ya que, según establece en su introducción:

1. El respeto a la diversidad humana y la equiparación de derechos de todas las personas son bases fundamentales de nuestra sociedad.
2. Las barreras en el entorno constituyen obstáculos más graves a la participación social que las limitaciones funcionales de las personas.

Añadiendo que el Diseño para Todos significa superar el estigma de la diferencia con que tradicionalmente se ha tratado a las personas con discapacidad y asumir que sus condicionantes en relación con el entorno están en igual plano que otros más comunes y compartidos, tales como la edad, la actividad que se realiza o la limitación temporal de alguna función; supone asumir que la dimensión humana no está definida por unas capacidades, medidas o prestaciones, sino que debe contemplarse de manera más global; una manera en la que la diversidad es la norma y no la excepción.

Por ello, los valores de este nuevo paradigma fundamentan los objetivos de este plan y conducen la accesibilidad hacia una nueva cultura en la que las necesidades vinculadas con la discapacidad –aún siendo la guía y la principal motivación– dejan de ser el centro y razón absoluta de la acción. Todas las personas son susceptibles de tener limitaciones o condicionantes en determinados momentos, por ello la idea del Diseño para Todos es pensar para aquellos con mayor necesidad y de esta forma, beneficiar a todos.

Y es que en este sentido, el Plan aspira a poner fin a una tradicional relegación de las políticas de accesibilidad como políticas de “segunda clase”, como aspectos de detalle o complementarios, dirigidos a una minoría de población que se beneficiaría de ella a costa de las incomodidades o falta de funcionalidad para el resto.

Esa relegación está también vinculada con la tradicional consideración del problema como una responsabilidad exclusiva de las áreas de servicios sociales, y con la poca consideración que los temas de accesibilidad merecen a los responsables de distintas administraciones, a los técnicos y profesionales, o incluso a la propia ciudadanía.

El Plan es el principal instrumento de actuación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y

accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en fase de tramitación cuando se aprobó el Plan) y prevé la aprobación de un II Plan Nacional de Accesibilidad, que abarcaría el período restante hasta el año 2020 en que finaliza el calendario de aplicación de las previsiones contenidas en esa Ley.

Son de destacar algunas características generales del trabajo realizado y el significado del Plan resultante de todo el proceso:

- El Plan Nacional de Accesibilidad constituye la infraestructura para actuar en la promoción de la accesibilidad con un enfoque de medio y largo plazo.
- Establece unos objetivos y una metodología transversal que son adecuados para desarrollar el lema del Plan, que es plenamente coincidente con el espíritu de la Ley: Por un nuevo paradigma, el Diseño para Todos, hacia la plena la igualdad de oportunidades.
- Se apoya en la acción coordinada de las distintas administraciones públicas y en la iniciativa del IMSERSO como organización con el mayor potencial y experiencia para desarrollar estrategias generales de accesibilidad en todo el territorio nacional.
- Busca aglutinar la actuación de los distintos estamentos públicos y dar pautas para incorporar la acción privada. Ésta debe incrementarse como consecuencia de la aplicación de la Ley y la mayor inserción de la accesibilidad en el mercado.
- Otorga especial importancia a la participación de los “usuarios”, fundamentalmente a través de las organizaciones de personas con discapacidad.

A) El sistema de promoción de la accesibilidad en España

El Plan analiza el sistema de promoción de la accesibilidad en España desde una perspectiva global, ya que los avances en cuanto al grado de accesibilidad que caracteriza a los entornos dependen de la interacción de tres componentes: la estructura normativa, el nivel tecnológico y la organización social. Trabajando combinadamente en las tres esferas se conseguirá que el Diseño para todos sea una realidad.

El marco institucional para la promoción de la accesibilidad en España, que está compuesto por las administraciones y ONG's de personas con discapacidad, desarrollan, en base a sus competencias, instrumentos con el objetivo de promover la accesibilidad. Las administraciones lo desarrollan en sus tres niveles: la Administración Central del Estado, fundamentalmente a través del IMSERSO, las administraciones

de las Comunidades Autónomas, mayoritariamente a través de las consejerías de Asuntos Sociales y las administraciones locales con un carácter principalmente ejecutivo.

A partir de diversas fuentes estadísticas el Plan considera que las barreras del entorno, que afectan al conjunto de la población, lo hacen principalmente a tres grandes colectivos: las personas que tienen discapacidades permanentes, las personas de edad avanzada no discapacitadas y las personas que tienen circunstancias transitorias que resultan discapacitantes. Según datos oficiales, en 1999, estos tres colectivos ascendían a unos 16 millones de personas (casi el 40% de la población).

Analiza el Plan el diagnóstico de la accesibilidad en España, a partir de los trabajos presentados en el Libro Verde de la Accesibilidad¹⁸ y en el Libro Blanco de la Accesibilidad¹⁹, que muestran que las actuaciones practicas en materia de accesibilidad suelen ser irregulares y descoordinadas, lo que supone en términos de «accesibilidad agregada» o de «cadenas de accesibilidad» que el resultado es insuficiente y sin embargo esperanzador.

El resultado es esperanzador, se añade en el diagnóstico, tanto por la cantidad de actuaciones concretas realizadas, que demuestra una actividad pública importante, como porque se detectan cambios en la concienciación social al respecto; es decir, que está dejando de ser un elemento que sólo incumbía a la población discapacitada y se empieza a percibir como vinculada con la calidad de vida del conjunto de la población.

B) Fundamentos del I Plan Nacional de Accesibilidad

Para el desarrollo del Plan, se han considerado dos niveles diferentes de principios: un primer nivel de principios generales que constituyen el soporte y justificación de su acción: Igualdad de Oportunidades, Vida Independiente, Sostenibilidad y Participación y un segundo nivel en el que se sitúan los que inciden sobre sus aspectos operativos y los que determinan la forma de aplicación de medidas concretas: Subsidiariedad, Coordinación inter-administrativa, Equilibrio territorial, Transversalidad, Flexibilidad, Ordenación (promover el diseño accesible de lo nuevo, adaptar lo existente y retirar lo no adaptable), Integralidad de las

¹⁸ *Libro Verde de la Accesibilidad en España*. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). Madrid.

¹⁹ *Libro Blanco de la Accesibilidad en España*. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). Madrid.

actuaciones, Racionalidad en los ajustes, Supervisión y control, y Publicidad de las actuaciones.

En base a esos principios establece una serie de objetivos tendentes a la consecución de la accesibilidad universal, a través de la generalización del Diseño para Todos y la realización de las adaptaciones precisas:

1. Ampliar el conocimiento público de la accesibilidad y su identificación como elemento de calidad para todos. Conseguir su aplicación en todos los entornos, productos y servicios nuevos y promover la cultura del Diseño para Todos
2. Introducir la accesibilidad como criterio básico en la gestión de la acción pública
3. Consolidar un sistema de normas legales y técnicas para la promoción de la accesibilidad completo, eficiente y de elevada aplicación en todo el territorio
4. Adaptar progresivamente y de forma equilibrada los entornos, productos y servicios con criterios de Diseño para Todos.
5. Promover la accesibilidad en las nuevas tecnologías.

Estos objetivos se ponen en práctica mediante estrategias, que se agrupan en cinco Líneas de Actuación transversales. Estas “Líneas de Actuación” son la columna vertebral del Plan, pues son grupos de acción transversales en los que se integran y combinan actuaciones de incidencia sectorial (sobre la edificación, el urbanismo, el transporte, etc.). Se ha considerado que, siendo la accesibilidad tan interdisciplinar, el Plan no se podía concebir y estructurar de forma sectorial, con objeto de evitar la duplicidad de esfuerzos y la creación de espacios frontera en las acciones que carecerían de sentido. No obstante, la dimensión sectorial se mantiene en su interior y se utiliza en multitud de estrategias.

Líneas de Actuación del Plan:

Concienciación y formación

La concienciación recoge las acciones y los instrumentos diseñados para producir un cambio en la conciencia de los destinatarios, de manera que entiendan la complejidad de una cierta problemática social (y sus ventajas y desventajas), se sientan involucrados en ella (como miembros de la sociedad que presenta el problema) y sean capaces de actuar al respecto.

La formación incluye desde conocimientos específicos o de carácter técnico hasta procedimientos (maneras de actuar sobre la realidad) y actitudes (maneras de ver, entender y afrontar la realidad). La educación (obligatoria reglada) tiene como objetivo formar en los contenidos, actitudes y procedimientos que se consideran imprescindibles que se conozcan por parte de la totalidad de la población y que se transmiten como parte de nuestra cultura. La inclusión del concepto del Diseño para Todos en este legado cultural sería un objetivo a perseguir.

Normativa, normas técnicas y guías

Se entiende por normativa todo el conjunto de preceptos legales que regulan las condiciones a cumplir por los espacios, productos y servicios con la finalidad de hacerlos accesibles, es decir, las leyes y sus reglamentos.

El grupo incorpora también las normas técnicas (realizadas por AENOR) que, no siendo de obligado cumplimiento, establecen las condiciones mínimas de diseño, modificación de entornos, equipamientos, instrumentos, etc., con el fin de hacerlos accesibles, así como su adecuada gestión y mantenimiento.

Comprende también en el grupo las guías técnicas o publicaciones que se desarrollan con el objetivo de orientar la actividad profesional y empresarial hacia el diseño sin barreras. Finalmente, se han incluido en el grupo las condiciones de accesibilidad establecidas como necesarias para homologar cualquiera de los espacios instalaciones u objetos comprendidos en el estudio.

Promoción de la investigación, innovación y calidad

La idea de accesibilidad debe venir vinculada con la idea de calidad, lo que requiere un alto desarrollo tecnológico y de diseño que sólo se puede obtener mediante políticas de promoción de la investigación y la calidad. Entre los contenidos de este grupo se encuentran los de Investigación, estudio y desarrollo y Diseño Accesible con homologación de elementos e instalaciones.

Planes y programas de accesibilidad

Se incluye en el grupo el análisis de alternativas de promoción de la accesibilidad por medio de la ordenación, programación y racionalización de actuaciones en torno a un plan, programa o figura similar. Gran parte de las propuestas en esta Línea de Actuación giran en torno a estos planes de accesibilidad municipal establecidos por la legislación, los Planes Especiales de Actuación, o PEAs, para requerir en ellos un

OBJETIVOS	ESTRATEGIAS
<p>1. Consolidar el paradigma del Diseño para Todos y su implantación en los nuevos productos, entornos y servicios. Difundir el conocimiento y aplicación de la accesibilidad</p>	<p>1. Concienciación 2. Formación 3. Inserción de DpT en estudios universitarios 4. Inserción del DpT en la educación primaria 9. Fomento de la calidad 17. Incorporación de la accesibilidad en los medios de transporte públicos</p>
<p>2. Introducir la accesibilidad como criterio básico de calidad de la gestión pública</p>	<p>8. Incorporación de la accesibilidad como requisito indispensable para compras y contratos públicos. 12. Promoción de la Lengua de Signos 15. Adaptación, conservación y mantenimiento de edificios de uso público: oficinas públicas y equipamientos 18. Promoción de la participación 9. Fomento de la calidad</p>
<p>3. Conseguir un sistema normativo para la promoción de la accesibilidad, completo, eficiente y de elevada aplicación en el territorio.</p>	<p>5. Cumplimiento eficaz de la normativa de accesibilidad 6. Adecuación de la normativa legal de accesibilidad 7. Incorporación de la accesibilidad en la normativa sectorial</p>
<p>4. Adaptar progresivamente y de forma equilibrada los entornos, productos y servicios a los criterios de Diseño para Todos.</p>	<p>9. Fomento de la calidad 13. Mejora de los planes territoriales de promoción de la accesibilidad 14. Adaptación de edificios de uso residencial 16. Adaptación conservación y mantenimiento de edificios de uso público: titularidad privada 17. Incorporación de la accesibilidad en los medios de transporte públicos 18. Promoción de la participación</p>
<p>5. Promover la accesibilidad en las nuevas tecnologías.</p>	<p>9. Fomento de la calidad 10. Fomento de la investigación y desarrollo técnico 11. Promoción de servicios y tecnologías para favorecer la accesibilidad sensorial 18. Promoción de la participación</p>

planteamiento distinto y, sobre todo, su inclusión en un marco mas amplio, que denominamos Plan Municipal Integral de Accesibilidad. Este plan debería ser concebido como una política municipal y no solo como un documento técnico referido a obras de supresión de barreras físicas.

Promoción de la participación

El Plan debe ser un instrumento de acción participado por todos aquellos que se verán afectados por él; es decir, por el conjunto de la población, con especial incidencia en las personas con discapacidad. Carecería de sentido que un Plan cuyo lema fundamental hace referencia a la creación de un nuevo paradigma dirigido a todas las personas, no tuviera en cuenta en todo momento las opiniones de éstas y no fuera la información y transparencia una de sus principales motivaciones.

C) Estrategias y actuaciones del Plan

Los objetivos del Plan se persiguen a través de la aplicación de las estrategias. Cada estrategia contiene diversas actuaciones concretas: programas, políticas, reformas legislativas, actividades, etc. Ambas cosas se presentan en el siguiente cuadro (algunas estrategias sirven para desarrollar más de un objetivo).

D) La Ejecución del Plan

Los agentes y sus modalidades de intervención

Los principales agentes que, además del IMSERSO, intervendrán para la ejecución del Plan son:

- La Administración General del Estado, por medio de:
 - Ministerio de Educación, Cultura y Deporte
 - Ministerio de Ciencia y Tecnología
 - Ministerio de Fomento
 - Ministerio de Administraciones Públicas
 - Ministerio de Sanidad y Consumo
 - Ministerio de Economía
 - Ministerio de Medio Ambiente
 - Los organismos autónomos y entidades públicas empresariales

- Las Comunidades Autónomas, a través de las consejerías correspondientes.
- Las Corporaciones Locales y la Federación Española de Municipios y Provincias.

La llamada sociedad civil, aunque no sometida a otras obligaciones que el acatamiento de las leyes tiene un notable protagonismo en el desarrollo del plan desde dos puntos de vista:

- Entidades que se ven afectadas por la normativa de accesibilidad debiendo realizar adaptaciones o cambios en su actividad como consecuencia de ello: nos referimos a las empresas privadas de todo tipo como productoras de bienes, modificadoras de espacios o prestadoras de servicios.
- Entidades sin ánimo de lucro que realizan actividades de protección y promoción de las personas discapacitadas, mayores o consumidores y cuya intervención es precisa para estimular las acciones del plan, mejorar su incidencia y proyección: Real Patronato sobre Discapacidad, Fundación ONCE, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), organizaciones de las personas con discapacidad o de mayores (COCEMFE, CNSE, FEAPS, ASPAYM, FIAPAS, etc.), AENOR y empresas certificadoras, colegios profesionales, etc.

Al considerar la intervención de todos estos agentes en el Plan se pretende combinar la acción pública con la acción privada, y de esta forma involucrar a nuevos sectores cuya participación consideramos necesaria para el éxito de la aplicación y desarrollo del Plan.

Se han considerado siete modalidades de intervención: Financiación, activación, facilitación, gestión y desarrollo, asistencia técnica y consultiva, control y evaluación y finalmente recepción.

A cada uno de los agentes se le han asignado unas funciones a desarrollar en las actuaciones en las que participan. En algunas ocasiones, la potestad para ejecutar y llevar a cabo la actuación no se desarrollará en exclusividad, es decir las funciones deberán desarrollarse de forma conjunta entre varios agentes, debiendo crear para ello marcos de cooperación y de esta forma lograr la adecuada aplicación de la actuación.

Implementación y seguimiento del Plan

El Plan especifica una serie de dificultades para su puesta en práctica (las competencias de las distintas administraciones, las diferentes necesidades y prevalencia entre ellas, las distintas áreas afectadas por la accesibilidad, etc.) que obliga a un cambio de perspectiva y enfoque de las polí-

ticas que se vienen aplicando en la actualidad y consecuentemente unos cambios técnicos y organizativos para la aplicación del Plan.

La viabilidad del Plan se pone de manifiesto por la mejora económica que supone el disponer de un entorno accesible (menores costes asistenciales, mayor eficacia de los medios de transporte, aumento de la sostenibilidad de los centros urbanos, etc.), además lo accesible no tiene que ser más caro si se concibe desde el origen.

Fases del I Plan. La Fase de Promoción

Se ha diseñado un proceso con sucesivos Planes 2004-2012 y 2013-2020 para el apoyo a las previsiones contenidas en la Ley de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Cada uno de estos Planes, a su vez, se desarrollará por fases trienales a fin de ajustar las estrategias y actuaciones a través de una metodología de evaluación permanente.

Se comienza por el periodo 2004-2006 o Fase de Promoción. Se denomina así a esta fase por ser en la que se arranca el Plan y en la que se establecen las bases sobre las que se deberá articular todo el Plan:

- Potenciar las actividades de concienciación pública y formación, que faciliten la generalización del paradigma del Diseño para Todos.
- Favorecer y consolidar las relaciones interinstitucionales para llevar a efecto las esencias de concertación y participación en que se apoya el Plan.
- Realizar actuaciones y planes o programas.

En esta Fase de Promoción se parte de la experiencia acumulada tanto por el trabajo de promoción ya realizado como por el esfuerzo de aplicación de la normativa de accesibilidad en cada Comunidad Autónoma.

Las 18 estrategias, relacionadas en el cuadro del apartado anterior, se desarrollan mediante 58 actuaciones, según el detalle que se muestra en el texto del Plan. Se valora, además, en cada una de estas actuaciones la aportación del IMSERSO que para la primera fase asciende en total a 120,3 millones de euros.

E) Financiación del I Plan Nacional de Accesibilidad

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del IMSERSO, junto con las Administraciones Públicas que suscriban convenios con el

propio IMSERSO, aportarán la cantidad de 120.314.448 euros a lo largo del primer trienio del Plan –años 2004 a 2006–, que se ha denominado como Fase de Promoción.

Esta cantidad va destinada a las acciones de Concienciación (o Sensibilización), Innovación y Calidad y Planes y Programas, aunque también se realizarán diversas acciones contempladas en las otras Líneas de Actuación del Plan.

Esta dotación del IMSERSO es sólo una parte del total de aportaciones económicas necesarias para el desarrollo del Plan. En este sentido, los Ministerios que participen en el desarrollo del Plan deberán incluir su financiación dentro de sus correspondientes presupuestos.

Por lo que se refiere a la participación en el Plan de las Comunidades Autónomas y Entes Locales, tendrá carácter potestativo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE VALLS, Luis, *et al.*: *Análisis comparado de las Normas Autonómicas y Estatales de Accesibilidad*. Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, 2005.

BLANCO SANZ, R.M., *et al.*: *Accesibilidad para personas con ceguera y deficiencia visual*. Ed. Organización Nacional de Ciegos Españoles, ONCE, 2003.

CALLE CEBRECOS, Mariano, *et al.*: *Libro Verde de la Accesibilidad en España*. Ed. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), 2002.

CALLE CEBRECOS, Mariano, *et al.*: *Libro Blanco de la Accesibilidad en España*. Ed. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO), 2003.

CEAPAT: Documentos: *Concepto Europeo de Accesibilidad*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1997.

GUERRERO VEGA, J. M., *et al.*: CEAPAT. *Manual de Accesibilidad*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1995.

JUNCÁ UBIERNA, José Antonio: *Diseño universal. Factores clave para la accesibilidad integral*. Ed. COCEMFE/Castilla-La Mancha, 2006.

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN: *Estrategia regional de accesibilidad de Castilla y León 2004-2008*. Ed. Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, 2004.

- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES: I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012. Ed. Secretaría General de Asuntos Sociales- IMSERSO, 2003.
- NACIONES UNIDAS: *Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*. Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, 1996.
- REVISTA CAUCE 2000: N.º 87, *Ciudades accesibles*. Ed. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 1998.
- REVISTA INGENIERÍA Y TERRITORIO: N.º 63, *Accesibilidad Universal*. Ed. Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, 2003.
- SOCYTEC: *Manual de accesibilidad integral de Castilla-la Mancha*. Ed. Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha, 1999.
- VV.AA: *Curso básico sobre accesibilidad al medio físico*. Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Patronato sobre Discapacidad, 1996.

MARTA PUIG CAMPMANY

Experta en Responsabilidad Social de las Administraciones Públicas
Funcionaria del Parlamento de Cataluña

ANDREU J. MARTÍNEZ

Experto en Empleo Público de Personas con Discapacidad
Jefe del Servicio de Gestión Administrativa del Instituto de Seguridad
Pública de Cataluña. Profesor de Derecho Administrativo

Administración y responsabilidad social

SUMARIO: I. Introducción. II. Contenido de la responsabilidad social. 1. Dimensión interna. 2. Dimensión externa. III. ¿Por qué la Administración Pública debe ser socialmente responsable? IV. Rasgos de la Responsabilidad Social de la Administración. 1. Carácter voluntario de la Responsabilidad Social. 2. Actuaciones públicas socialmente responsables. V. Instrumentos y mecanismos de actuación. 1. Instrumentos de planificación estratégica. 2. Mecanismos concretos para promover la Responsabilidad Social en el ámbito administrativo. A) Desde el punto de vista interno de la Administración. B) Desde el punto de vista externo a la organización. VI. Administración, responsabilidad social y discapacidad. VII. Bibliografía. VIII. Normativa básica y documentación de referencia.

I. INTRODUCCIÓN

La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE) es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y ambientales en sus operaciones empresariales y en las relaciones con sus interlocutores¹. Se refiere a aquella predisposición empresarial a ir más allá de los requisitos jurídicos y las obligaciones presentes en los convenios colectivos y normativas nacionales para abordar las necesidades de la sociedad. Para la Unión Europea fomentar la RSE, bajo esta concepción de voluntariedad empresarial, implica promocionar un modelo de crecimiento acorde con los valores europeos.

¹ Bruselas, 22.3.2006 COM-2006-136 final, de acuerdo con la anterior COM(2001) 366 final.

La participación del sector público en el fenómeno de la RSE ha sido hasta ahora muy limitado, centrándose casi exclusivamente en la idea de favorecer y contribuir a su consolidación. Sin embargo, ya no se trata sólo de facilitar los comportamientos responsables en el sector privado, sino también de actuar decididamente para impulsar también la Responsabilidad Social en el ámbito público. Esta última exigencia, reiterada en diferentes instrumentos jurídicos², es la que nos permite hablar de Administración y Responsabilidad Social.

¿Qué entendemos pues por Responsabilidad Social Empresarial y por qué se traslada este concepto al ámbito administrativo cuando se trata de una categoría nacida en el mundo empresarial y ligada a una lógica muy alejada del interés público? Si la RSE responde a un comportamiento empresarial voluntario ¿qué tiene que ver ésta con el sector público?

A nuestro entender existen varias razones que nos obligan a enfrentarnos con la RSE desde una perspectiva pública. La primera de ellas nace de la obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger las expectativas ciudadanas en relación con los comportamientos empresariales considerados responsables. Pero, además, y desde una óptica más concreta, es la adopción paulatina de la filosofía que esconde la RSE lo que obliga al sector público a intervenir activamente y a no permanecer ajeno. La segunda razón reside en la importancia creciente que los medios de comunicación prestan a la RSE, influyendo considerablemente en todo el proceso acelerando e impulsando su desarrollo, un factor que obliga a la Administración a permanecer atenta si no quiere quedarse al margen.

El Estado debe conectar con la Responsabilidad Social en primer lugar porque genera, al mismo ritmo acelerado con que crece su importancia en el mundo empresarial, expectativas ciudadanas que deben ser protegidas. Si atendemos a los datos que cada día nos suministra la prensa, crecen las memorias de sostenibilidad, los anuncios responsables, las declaraciones y propósitos empresariales vinculados con la RSE. Pero en este complejo proceso se detecta una ausencia de criterios homogéneos que entiendan de manera uniforme en qué consiste ser responsable, o cómo debe desarrollarse o evaluarse la RSE;

² Bruselas 2.7.2002 COM(2002) 347 final: "7.7. Las administraciones públicas, incluida la Comisión, deben integrar los principios de responsabilidad social en sus propios sistemas de gestión y en las relaciones con sus interlocutores".

Acuerdo de la comisión por el que se aprueba con modificaciones el Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la responsabilidad social de las empresas (BOE 4 agosto 2006).

lo que comporta que en la práctica se confundan auténticas actuaciones responsables con otras que no son sino simple marketing empresarial.

Debemos tener presente que la Responsabilidad Social es un concepto abstracto que exige la incorporación de un análisis interpretativo muy ligado al contexto histórico en que se plantea. Efectivamente ¿qué entendemos por responsabilidad? o ¿qué incluye exactamente el término social? No podemos hablar de un significado unívoco que incluya toda la complejidad de los términos utilizados, puesto que su percepción depende del modelo valorativo dominante. En el ámbito público, la apreciación de lo social se materializa en forma de programas y políticas públicas que atienden a las cuestiones sociales en función de los principios predominantes a cada momento.

La Responsabilidad Social tiene pues un contenido amplio y, que por lo que vemos, crece continuamente al ritmo tanto de las voluntades empresariales, como de las expectativas (o las creencias) de los ciudadanos que las perciben. Aquello que empezó como una cuestión estrictamente empresarial, se ha interiorizado colectivamente con mucha rapidez. Tanta que nos obliga a preguntarnos si es posible aún una autonomía empresarial absoluta que impere libremente en todas las fases del proceso: al decidir (ser responsable), al actuar (en la forma y el contenido), en el control y valoración del comportamiento y finalmente en la comunicación y publicitación de todo el proceso.

Es evidente que la Responsabilidad Social engloba preocupaciones diferentes y que éstas pueden materializarse del modo que libremente mejor se considere. No en balde hablamos de comportamientos que pueden plantearse en cualquier momento del proceso productivo, y abarcar cualquier aspecto que se considere oportuno, desde plantar un árbol por un litro de leche que compre un ciudadano, hasta hacer llegar a un niño del tercer mundo gafas usadas. Es decir, puede tratarse de un programa a largo plazo, de una actuación puntual o de una estrategia responsable que vincule a toda la organización. En cualquier caso deberán atenderse las expectativas de aquellos que interactúan con la empresa, puesto que al plantearse como un comportamiento “hacia fuera” no puede darse una conducta o actuación responsable si no se plantea en relación con las percepciones y los deseos de los demás.

Las percepciones, deseos y expectativas sociales no son constantes ni inmutables, sino que crecen en un contexto determinado y evolucionan de acuerdo con la realidad en la que se materializan. El carácter cambiante y adaptativo de la RSE a las voluntades empresariales es una de sus características esenciales, y también una de las razones por las cua-

les se ha desarrollado tanto y en tan poco tiempo. Pero aunque en el caso de las empresas esto es así, ya que pueden elegir libremente vincularse a la RSE o incluso no hacerlo, éste no es el caso de los poderes públicos.

La Responsabilidad Social es un fenómeno en fase de expansión del que por ahora no puede medirse su importancia. Pero lo cierto es que sus efectos comienzan a incidir en la realidad y que ello obliga a los poderes públicos a tenerla presente. Fundamentalmente, y a los efectos que aquí más nos importan, porque se basa en unos principios que conectan claramente con la función social del Estado, lo que obliga a éste a intervenir tanto para colaborar en su realización y promoción, como para vigilar por su protección.

II. CONTENIDO DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

La elección de las medidas de responsabilidad social que se adopten dependerá sobretodo del contexto en el que se produzcan. En el ámbito privado estarán determinadas por el sector empresarial y por el entorno con el que interactúan. También nos encontramos con estrategias muy diversas según el tipo de empresa de qué se trate ya que, evidentemente, no se plantearán de la misma manera en pequeñas o medianas empresas que en grandes multinacionales.

Si clasificamos las medidas de Responsabilidad social según el ámbito o la dimensión donde se proyectan sus efectos, entenderemos fácilmente que tipos de medidas pueden considerarse socialmente responsables:

1. Dimensión interna

En el ámbito interno la RSE se vincula con las estrategias que, más allá de lo que exige el cumplimiento estricto de la ley, se proyectan sobre el capital humano de la empresa. Por eso incluye aspectos sobre:

1. La negociación colectiva
2. La conciliación de la vida familiar
3. Igualdad entre hombres y mujeres
4. Protección de los derechos humanos
5. Protección y defensa del medio ambiente dentro de la actividad de la empresa

2. Dimensión externa

En el ámbito externo se ocupa de los derechos de los clientes y consumidores de la empresa en relación con los derechos humanos, la acción cultural y la actividad medioambiental o social de las empresas. Para ello se establecen asignación de recursos económicos para proyectos y programas solidarios o se estimulan los comportamientos responsables a través del control de los proveedores para que éstos utilicen los mismos criterios laborales o medioambientales que se defienden.

III. ¿POR QUÉ LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEBE SER SOCIALMENTE RESPONSABLE?

Es evidente que sin la existencia previa de la RSE y de la proyección de sus efectos sobre la realidad, no podríamos plantearnos la exigencia de una Responsabilidad Social de los poderes públicos. En efecto, ha sido la evolución y el desarrollo creciente de este fenómeno lo que nos permite vincular los poderes públicos con la Responsabilidad Social. Fundamentalmente porque la RSE se relaciona con bienes que se pueden considerar públicos (la justicia social, el medio ambiente) y también por el hecho de que los poderes públicos están obligados a garantizar los derechos ciudadanos en relación con los comportamientos responsables de las empresas. Estos dos aspectos anteriores, obligan a la Administración a intervenir para garantizar el acceso ciudadano a los datos suministrados por las empresas, o dotándoles de instrumentos que les ayuden a distinguir las buenas de las malas prácticas empresariales, facilitando el ejercicio de sus derechos en relación con las empresas.

Pero además, y en el ámbito estrictamente administrativo, los motivos que nos hacen exigir una nueva dimensión social a la actuación de la Administración es su obligación de ser responsable (y *responder* en consecuencia) a las nuevas reclamaciones ciudadanas. Puesto que la Administración pública está obligada por ley a la satisfacción del interés general, se le puede reclamar con mayor rotundidad que a las empresas privadas satisfacer los intereses sociales y medioambientales cuya consecución la justifican. En este sentido, la Responsabilidad Social constituye una herramienta adecuada para conseguir el anterior objetivo.

La Administración debe ser socialmente responsable sin duda por razones éticas, aquellas que la relacionan con la obligación de todas las organizaciones (y de todos los individuos) a contribuir con el desarrollo medioambiental sostenible y la justicia social.

III.1. “Para poder, en cumplimiento del interés general que se persigue, contribuir con la solidaridad y con la asunción de unos valores éticos fundamentales. “Hay que profundizar en la capacidad de respuesta a los problemas sociales, buscando nuevas formas de participación (...) y que ayuden a encontrar entre todos caminos de diferencias y aceptación de las diferencias”³. Son necesarias “nuevas políticas más orientadas a las personas”⁴. En este sentido, y como ejemplo, podemos afirmar que la Responsabilidad es esencial en la inversión en estrategias socialmente responsables dirigidas a las minorías⁵.

III.2. Para implicarse decididamente con el desarrollo sostenible y con el medio ambiente, por medio de la promoción de buenas prácticas que de forma transversal y renovada se apliquen a toda la actuación pública.

III.3. Por la obligación generada por el incremento de las presiones internacionales. En este sentido, la creación de una opinión pública global transmitida por los medios de comunicación es esencial.

III.4. Para responder a las presiones del mercado donde la administración pública se inserta como prestadora de servicios. “La responsabilidad pública de las administraciones y su obligación de rendir cuentas a la sociedad debe continuar garantizada (...) Los temas de transparencia, valores públicos y participación social deberían estar en primera línea”⁶.

Sabemos que la manera como la Administración impulse o module la Responsabilidad Social, o integre los aspectos responsables en su gestión, no puede responder a un planteamiento homogéneo. Es obvio que

³ Conclusiones del Grupo de Trabajo 1, en “Repensar el papel del gestor público en el siglo XXI”. *Actas del I Congreso Catalán de Gestión Pública*. Escuela de Administración Pública de Cataluña 2003, pág. 207.

⁴ *Op. cit.*, p. 208.

⁵ En este sentido se expresó el presidente de la Fundación ONCE y secretario general del CERMI (Comité español de representantes de minusválidos) Carlos Rubén Fernández, en su intervención durante la clausura de la Asamblea Anual del Foro Europeo de la Discapacidad (EDF) –que representa a más de 50 millones de personas discapacitadas de toda Europa-Barcelona 28 y 29 de mayo de 2005– cuando dijo que: “Hemos aprendido tres variables importantes para el éxito y el progreso de Europa de las personas con discapacidad durante el tiempo que llevamos trabajando con el EDF. La primera variable es la participación activa de las personas con discapacidad en la construcción de su futuro. La segunda la implicación de los medios de comunicación para transmitir necesidades, sensibilidades y propuestas de estas personas, y la tercera el compromiso y la corresponsabilidad de los poderes públicos, porque sin ellos ninguna de las políticas recomendadas no se podría llevar a la práctica”. *Crónica Social*, Diario digital de Información Social (29/05/2005), en <http://www.cronicasocial.com/servicios-comunes/hemeroteca/detalles-articulo.html?documento=9257>.

⁶ Conclusiones del Grupo de Trabajo 1, en “Repensar el papel del gestor público en el siglo XXI”, *Actas del I Congreso Catalán de Gestión Pública*. Escuela de Administración Pública, 2003, p. 208.

antes que nada dependerá de su ámbito competencial y territorial. Pero también dependerá del tipo de actuación administrativa que haya que realizar. Si atendemos a la clasificación que divide las actuaciones administrativas en *normativas* (cuando el cumplimiento de la legislación implica la preparación y elaboración de Reglamentos o normas menores por parte de la Administración); *de control e inspección* (que consisten en inspecciones y actos habilitantes de ciertas conductas de las personas privadas cuando la legislación lo prevé) ; las relacionadas con la *prestación de servicios o la producción de bienes de mercado*; o aquellas otras actuaciones vinculadas a la *obtención y gestión de los recursos necesarios para el mantenimiento de la administración*; podemos decir que, excepto en el caso de las *actuaciones de control e inspección* que van ligadas al marco que determina la legalidad y que dejan poco margen a la discrecionalidad, en todas las otras actuaciones administrativas se pueden integrar criterios que adopten el enfoque o que asuman una perspectiva responsable. El diseño y la aplicación de los mecanismos para hacerlo dependerán de la voluntad de los agentes que intervengan, del entorno en que estas se constituyan y también del resultado concreto que en definitiva se persiga.

De lo dicho hasta ahora ya puede intuirse que aquello que es esencial para el desarrollo de la responsabilidad social a todos los niveles es el factor humano. La necesaria concienciación de los agentes públicos para impulsar la Responsabilidad Social en el ámbito administrativo.

La importancia del factor humano, tanto en la adopción de actitudes y estrategias responsables como en la implementación concreta, se manifiesta como uno de los elementos decisivos en el desarrollo de la Responsabilidad Social. El análisis de todo el proceso debe prestar una atención preferente a este parámetro, como una de las claves que le otorgan credibilidad y, consecuentemente, facilitar su crecimiento.

IV. RASGOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Carácter voluntario de la Responsabilidad Social

En el sector privado, la voluntariedad va ligada a la libertad tanto en la toma de decisiones responsables como en el contenido de esta voluntad responsable. En este sentido, y desde el punto de vista empresarial, la vastedad del concepto RSE permite incluir muchos tipos de comportamientos que se pueden considerar socialmente responsables. Las actuaciones pueden desarrollarse tan sólo en un área concreta o con-

formar comportamientos empresariales integrales en un sector determinado. El nexo común de esta voluntad es la adaptación de la organización empresarial a las demandas y expectativas externas de sus clientes.

Esta excepcionalidad en la elección de la opción –ser o no ser responsable– no puede actuar igual en el ámbito público, ya que la vinculación de los poderes públicos con la defensa del desarrollo sostenible, los valores sociales y la preservación del medio ambiente, es objetiva. Si en la RSE esta vinculación inicial (la toma de decisión) es facultativa, en el ámbito público, tanto la dimensión pública de los valores mencionados como el mandato normativo que obliga los poderes públicos en la defensa de éstos, anula el componente de voluntariedad.

En el momento que la RSE es tangible y patentiza realmente un contenido concreto que llega a la sociedad, los poderes públicos están obligados a vincularse con este fenómeno por dos razones: para actuar como garantes de los derechos de los ciudadanos en todo el proceso y para incorporar los principios que la RSE promueve en sus organizaciones administrativas.

La Constitución española establece, en el Capítulo Tercero de su Título Primero, una serie de principios rectores cuyo cumplimiento obliga directamente a los poderes públicos, puestos que éstos deben orientar sus políticas y sus actuaciones de acuerdo con ellos. Son derechos cuyo contenido se identifica con los objetivos de la RSE y que, al igual que ésta, enmarcan y orientan la actuación de los poderes públicos de manera finalista⁷.

La asunción de los principios del capítulo tercero de la CE son una obligación para el Estado aunque no tengan garantía constitucional directa ya que “solo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE). En este sentido, el Estado Social como concepto se encuentra plenamente vigente⁸, aunque sea necesario redefinirlo para adaptarlo a los nuevos retos y demandas sociales del mundo globalizado actual.

Los poderes públicos deben vincularse con la sostenibilidad medioambiental y también con los valores que promueven la justicia social. Y eso pueden hacerlo tanto con decisiones políticas que estimulen y protejan la RSE, como otorgando un nuevo contenido a las actua-

⁷ Art. 53.3 CE. Ver también art. 40, art. 45, art. 49 o art. 51 CE.

⁸ PRATS I CATALÀ (2005), p. 19

ciones públicas dotándolas de una dimensión responsable que supere, mejorándola, la normativa social y medioambiental existente.

A la vista de un orden jurídico preestablecido en la defensa y promoción de la sostenibilidad y de los valores sociales y medioambientales, una actuación pública sólo será responsable (sea en la elaboración, sea en la implementación de una política o programa) cuando profundice en este nuevo enfoque “mejorando socialmente o medioambientalmente” el resultado. Partiendo de esta premisa, los preceptos legales que obligan a los poderes públicos y a la Administración en particular a conectar con éstos valores pasan a ser un simple contenido de mínimos, un estándar básico que se debe cumplir. Es decir, que el hecho de estar la Administración supeditada a la necesidad superior de cumplir con las exigencias del interés público no constituye un factor que la limita sino al contrario que la impulsa.

Siguiendo con nuestra argumentación, la Administración pública debe ser socialmente responsable de manera natural y de acuerdo con los objetivos de los intereses que la legitiman. Una forma de alcanzar ese objetivo es incorporando alguno de los aspectos que configuran la Responsabilidad Social más allá de lo que establece un cumplimiento estricto de la ley, estableciendo un plus de responsabilidad que supere el resultado de su actuación. Del mismo modo, si la Responsabilidad Social actúa perfeccionando la obligación legal, en el momento en que las estrategias y comportamientos públicos responsables se expresen normativamente pasarán a ser obligación jurídica y, en este sentido, dejarán de pertenecer al ámbito de la Responsabilidad Social.

2. Actuaciones públicas socialmente responsables

La actuación administrativa será socialmente responsable cuando se relacione con preocupaciones sociales y medioambientales, y contribuya de manera efectiva a la resolución de problemas en este ámbito:

1. Debe atender por tanto a las conductas de sus proveedores, de manera que los criterios empresariales de éstos o sus políticas de contratación no se contradigan con los criterios y valores que la Administración está obligada a defender. Esto obliga a esta última a actuar con especial recelo en el momento de contratar.
2. Debe asumir medidas responsables en relación con el capital humano de la Administración: esto incluye adoptar un enfoque responsable tanto en la adopción de medidas que regule sus relaciones con éste como en la implementación concreta. En este punto puede incluirse una acción como la promoción del empleo público de personas con discapacidad.

3. Plantear una gestión sostenible, de manera que la actividad administrativa genere el menor impacto medioambiental posible en el entorno en el cual actúa.
4. Fomentar las relaciones con los ciudadanos, con las organizaciones sociales del territorio, o con las organizaciones específicas de acción cultural o de fomento de la paz y de los derechos humanos que existan.

Podemos decir que, dado que la Responsabilidad Social se mueve a menudo en el terreno de las percepciones (la abstracción o la amplitud de conceptos como “justicia social” o “protección del medio ambiente lo permiten), las actuaciones administrativas serán socialmente responsables cuando respondan a las expectativas de los diferentes agentes con los que la Administración se relacione y no sólo en el momento de elaborar o implementar políticas públicas. Es necesario tener en cuenta la percepción de los valores sociales y medioambientales dominantes para poder incrementar la eficiencia de la actuación pública, en un momento en que la misma eficacia gubernamental actúa de elemento legitimador del Estado social.

V. INSTRUMENTOS Y MECANISMOS DE ACTUACIÓN

La Administración puede actuar de manera responsable tanto si utiliza lo que hemos llamado *instrumentos de planificación estratégica* que, en atención a su proyección, responden a las funciones de promoción, impulso y potenciación de la filosofía y los comportamientos socialmente responsables en todos los ámbitos; como aquellos otros mecanismos que, con la denominación *mecanismos de actuación concreta en el ámbito administrativo*, se programan en forma de acciones concretas en la organización administrativa.

Los mecanismos e instrumentos recogidos son medidas positivas. La incentivación, eje de las propuestas planteadas, obedece a motivos de coherencia de acuerdo con el carácter voluntario que reviste la Responsabilidad Social.

Las anteriores informaciones no implican, en relación con la RSE, que el papel de los poderes públicos deba limitarse al de simple observadores y promotores de este fenómeno, al contrario, la RSE puede ser una moda, pero está cambiando las relaciones de los ciudadanos con las empresas. Garantizar la aplicación y el cumplimiento de las actividades empresariales socialmente responsables, exige una actuación decidida de los poderes públicos y el establecimiento de un marco normativo adecuado que evite su instrumentalización. En este sentido

debemos partir de una premisa incontrovertible el cumplimiento inexcusable de las obligaciones jurídicas. A título de ejemplo, sería difícilmente comprensible que no cumpliendo un elevado número de empresas con los mínimos legales exigidos en materia de discapacidad, la intervención pública no se centrarse primero en exigir dicho cumplimiento. La Administración deberá intervenir en aquellos casos en que las empresas se comprometan a actuar de manera socialmente responsable y así lo publiciten, para comprobar que efectivamente actúan según estos criterios.

1. Instrumentos de planificación estratégica

A) Crear departamentos o lugares de responsabilidad en la Administración para el desarrollo de las políticas de impulso y promoción de la responsabilidad social

Desde el momento en que la Responsabilidad Social, tanto la RSE como la RS de la Administración, pasa a ser un factor de transformación de la organización de tipo transversal, se necesita una estructura organizativa que lo facilite. Esta transformación implica la creación de un organismo que asuma la máxima responsabilidad y que, con un amplio ámbito competencial, permita el desarrollo, impulso y coordinación de las políticas y acciones socialmente responsables. Este organismo debería asumir pues las siguientes acciones:

- Desarrollando estrategias y proponiendo medidas socialmente responsables que tengan el objetivo que la RSP esté presente en la agenda política del día a día.
- Impulsando una actividad de acercamiento y asesoramiento a organizaciones, tanto públicas como privadas, para implantar políticas y medidas de responsabilidad social en su ámbito.
- Coordinando y supervisando cada uno de los ministerios, departamentos, regidorías, gerencias y unidades directivas de las que se trate.

Este nuevo organismo debe estar situado en el núcleo de la estructura administrativa para poder impregnar y trasladar a la organización la filosofía de la Responsabilidad Social. Además, y de acuerdo con la proliferación de los nuevos instrumentos de gestión que conforman un sector público extenso y cada vez más complejo (empresas públicas, consorcios, agencias, fundaciones públicas, etc.) debería asumir competencias para desarrollar, coordinar e impulsar los diferentes aspectos que comprenden la responsabilidad social en estas áreas. Un ejemplo sería ga-

rantizar la presencia de este lugar directivo en los consejos de administración de estas empresas, en los patronatos, o en los órganos directivos de que se trate.

B) Medidas de impulso estratégico, formación y promoción de la RSE

Entre éstas se incluyen el fomento de la inversión socialmente responsable, por ejemplo aquellas actividades de análisis y estrategias de inversión que aplican criterios extrafinancieros en la selección de valores para complementar el análisis financiero tradicional. Nos referimos a la realización de inversiones que incorporan parámetros de sostenibilidad⁹, la elaboración de Guías de memorias de sostenibilidad empresarial; o la promoción por medio de bonificaciones, subvenciones y ayudas, incluso en forma de reducciones fiscales. El objetivo es que el sector público fomente la máxima implicación del sector empresarial en la promoción de actividades económicas beneficiosas para el conjunto de la sociedad, el medio ambiente, la utilización de energías renovables, la bioconstrucción, o las biotecnologías. Poniendo énfasis en lo que a nosotros nos preocupa, en la adopción de criterios de contratación acordes con los valores sociales.

C) Incorporar planteamientos responsables en el momento de la elaboración de las políticas públicas

Este planteamiento implica modificar la planificación y la toma de decisiones con el objetivo de incorporar una perspectiva socialmente responsable. En este sentido la participación de los implicados es prioritaria cuando es necesario partir de un enfoque plural que permita hacer frente a todas las necesidades existentes.

Un ejemplo concreto, y a veces olvidado, es contactar con entidades del Tercer Sector que permitan a los poderes públicos asumir con naturalidad la problemática de las personas con discapacidad. Los mecanismos consultivos con estas entidades, así como el mantenimiento de unas estructuras estables de cooperación y colaboración, facilitan el enfoque plural –y transversal– que defiende la Responsabilidad Social y comporta también políticas más beneficiosas para un número mayor de población.

⁹ GOSSELIN (2006).

También es necesario establecer planteamientos responsables en el momento de implementar políticas o programas concretos, manteniendo la colaboración con las entidades mencionadas, o cuidando la cooperación interinstitucional. La creación de Observatorios sobre Responsabilidad Social, con participación conveniada de entidades públicas e instituciones universitarias y entidades representativas, son también un buen instrumento participativo y de garantía en este ámbito.

D) Promover mecanismos de evaluación responsable en la gestión pública

En el momento de evaluar las políticas o programas públicos –entendiendo la evaluación como rendición de cuentas– es cuando se puede hablar de validación de la gestión pública. Si los mecanismos de valoración van acompañados de una política transparente de información, utilizando los medios de comunicación, estaremos proporcionando a los ciudadanos una herramienta de control democrático de todo el proceso. En definitiva se trata de valorar de manera pluralista introduciendo el criterio de responsabilidad en todo el proceso. Eso es algo que podemos conseguir de dos maneras diferentes, por medio de la incorporación al análisis de los actores afectados, o utilizando métodos cualitativos en el estudio.

E) Desarrollar campañas públicas de promoción

En la sociedad globalizada en la que nos ha tocado vivir los medios de comunicación son fundamentales, todo aquello que no se publicita no existe. Consecuentemente es prioritario impulsar campañas de información para sensibilizar sobre la RS, porque es la única forma en que las empresas y los ciudadanos sean conscientes de su importancia.

2. Mecanismos concretos para promover la Responsabilidad Social en el ámbito administrativo

A) Desde el punto de vista interno de la Administración

En este apartado se incluyen todas aquellas medidas que afectan al ámbito interno de la Administración. Se trata de conseguir que las relaciones laborales sean un marco idóneo para el desarrollo de la responsabilidad social. Reflejar un modelo social de sostenibilidad y responsabilidad por medio de las negociaciones colectivas, las condiciones de trabajo, la consecución de entornos sociolaborales y medioambientales

idóneos y la mejora de la calidad de vida de los trabajadores. Se puede incluir aquí toda la gestión de recursos, humanos o materiales, que exigen el correcto funcionamiento de la organización. Concretamente se pueden adoptar las medidas siguientes:

- a) Formulación de un código ético. Un manual donde se recojan los valores vinculados con los diferentes aspectos de la Responsabilidad social que se puedan considerar básicos en su vertiente pública. Nos referimos a un código que tenga muy presente el entorno organizativo (que no es el del sector privado) así como las reglas de funcionamiento propias de la Administración.
- b) Fomentar la sensibilización de los trabajadores públicos para que la organización interiorice los diferentes aspectos que configuran la Responsabilidad Social. Se deben realizar actividades formativas para difundir sus premisas, tanto con carácter general como para profundizar en ámbitos concretos como el del mundo de la discapacidad. Estos cursos de formación deben destinarse a todos los niveles y categorías de los trabajadores públicos.

Además, y de manera destacada, hay que dedicar una especial atención a los programas formativos del personal directivo de las administraciones públicas por la trascendencia de sus funciones en relación con las posibilidades de una gestión responsable. En este sentido, hay que introducir un módulo específico que proporcione a estos agentes, no sólo los conocimientos generales necesarios sino también aquellos de carácter más específico que les permita entender la necesidad de asumir una concepción transversal en cada actuación concreta.

- c) Influyendo en la calidad de la vida laboral de los trabajadores públicos. La política de calidad implica continuar profundizando en la conciliación del trabajo con la vida familiar y la promoción de la plena igualdad entre hombres y mujeres. Temas como la protección de la salud, la reducción de la siniestralidad laboral, la formación, el fomento de la contratación indefinida, la reducción del volumen de interinidad así como el impulso de la negociación colectiva en general, son importantes por alcanzar este objetivo.

Desde la perspectiva de la discapacidad la Administración incorporará criterios responsables cuando utilice comportamientos que representen mejoras cualitativas para los trabajadores públicos que la padecen. Bien fomentando el acceso y la integración laboral en la organización a personas de este colectivo, o fomentando la atención a colectivos con especiales dificultades para

acceder y mantenerse en el mercado laboral. Este es el caso por ejemplo de las personas con capacidad intelectual límite (CIL) que, si bien no se enmarcan en el mundo de la discapacidad, son personas que sufren graves limitaciones derivadas del hecho de encontrarse justo en la frontera de lo que se considera una inteligencia normal. Si como dice BONAL, una persona con capacidad intelectual límite es aquella que tiene una deficiente capacidad para realizar una actividad en la forma que se considera normal para el ser humano¹⁰, cuando estas dificultades no se atienden mediante mecanismos de singularidad jurídica similares a los que sí tienen las personas con discapacidad, entenderemos porqué hasta el momento el colectivo de personas con CIL ha necesitado acogerse a la voluntariedad –o a la responsabilidad social de los agentes públicos– para acceder a la ocupación en la Administración¹¹.

d) Introducción en los temarios de acceso a la ocupación pública de la Responsabilidad Social

Esta introducción puede impulsar el conocimiento de la Responsabilidad Social, tanto empresarial como pública, al garantizar un conocimiento mínimo de los trabajadores públicos sobre los diferentes aspectos que la integran.

e) Implantar sistemas de gestión respetuosos con el medioambiente.

Dentro de la organización pública hay que implantar programas de sostenibilidad medioambiental que incluyan medidas como:

1. Facilitar la recogida selectiva de los residuos mediante la instalación de contenedores específicos
2. Exigir a las empresas concesionarias de servicios públicos o adjudicatarias de contratos administrativos una gestión de residuos respetuosa con el medio ambiente
3. Reducir los consumos energéticos
4. Mediante la realización de auditorías energéticas periódicas para tomar decisiones de racionalización de los consumos y de modificación y cambios de equipamientos

¹⁰ “El verdadero perfil de esta persona es el que plantea un retraso manifiesto, un comportamiento adaptativo especial, con la característica común de la dificultad de todo tipo de aprendizajes”. BONAL y CAPARRÓS (1994), p. 43.

¹¹ La conceptualización de la CIL construida al margen de la discapacidad., les coloca fuera del sistema de protección institucional.

5. Impulsando una política de la racionalización de los medios de transporte y racionalización en el uso de edificios
 6. Implantando programas formativos horizontales en las administraciones públicas sobre temas medioambientales
- f) Favoreciendo la ocupación laboral en la seno de la Administración de personas con discapacidad o de minorías con especial dificultades para acceder y mantenerse en el mercado laboral.

La Administración pública puede impulsar medidas para facilitar el empleo en la propia organización de personas con discapacidad o pertenecientes a un colectivo con dificultades para acceder y mantenerse en el mercado laboral. Los mecanismos para hacerlo se deben diseñar particularmente en atención a los objetivos y los destinatarios de las políticas afectados.

- g) Finalmente, y a modo de verificación interna, se debería tener presente la formación de una comisión encargada de supervisar el cumplimiento de los compromisos asumidos en materia de Responsabilidad Social. Se valoraría como muy positivo que la composición de este órgano de seguimiento fuera representativo de todos los grupos afectados, y conseguir así la pluralidad y la transparencia necesarias para el éxito de su gestión.

B) Desde el punto de vista externo a la organización

Aquí se pueden incluir todas aquellas medidas que provienen de la Administración pero que tienen una proyección externa. Entre estas podemos considerar:

a) La elaboración de planes directores sobre responsabilidad social

Estos planes, que deberán contar con objetivos concretos y recursos apropiados, deberán incluir mecanismos de evaluación progresivos para incrementar su efectividad. Su elaboración deberá atender a una concepción transversal y de participación que aglutine el mayor número de intereses posibles.

Sería conveniente que si la Administración no dispone aún del órgano directivo (y la estructura administrativa necesaria para darle apoyo) acuda a organizaciones expertas que, mediante el correspondiente concurso público, le den el necesario asesoramiento para su elaboración.

b) *Fomentar el uso de las memorias de sostenibilidad de los agentes con los que la Administración pública se relacione.*

Las memorias de sostenibilidad, como documentación acreditativa del grado de compromiso de las empresas, puede ser un indicador relevante de prácticas responsables. Es por eso que, *a priori*, se puede considerar oportuna la generalización de su implantación entre los agentes con los que la Administración interactúe. Sin embargo, para superar la situación actual de ausencia absoluta de normas que las regulen, deben implantarse sistemas definidos por el poder público que normalicen la validación de la información contenida para conseguir informes rigurosos y transparentes.

Un buen instrumento para estandarizar la valoración, por parte de las Administraciones públicas, de los compromisos sociales de las empresas y organizaciones con las que la Administración interacciona; puede consistir en la elaboración de baremos calificadoros. Se trataría de incluir en los criterios de valoración para la adjudicación de contratos públicos una determinada puntuación para que los licitadores tengan que acreditar la elaboración y publicación de memorias de sostenibilidad de acuerdo con los estándares definidos por la Guía GRI. También se pueden incluir la acreditación de los licitadores de certificaciones en normas de calidad siempre que tengan que ver con los principios y valores de la Responsabilidad Social. Por ejemplo la norma SAI 8000 (*Social Accountability*); las AA 1000; SGE 21; o la OHSAS 18001.

c) *Fomentando la comunicación con los usuarios/ciudadanos al aplicar programas concretos*

Implementando sistemas de recogida de consultas, quejas y sugerencias de los usuarios que permita un nivel de comunicación mayor con los ciudadanos. Es importante tener presente que estos mecanismos deben prever necesariamente el sistema de respuesta. Esta medida es útil especialmente en el caso de la elaboración e implementación de un programa concreto, cuando debe valorarse el éxito de una medida responsable y debe tenerse en cuenta el grado de cumplimiento de las expectativas de los ciudadanos.

d) *Comunicar los resultados alcanzados en materia de Responsabilidad Social*

Se deberá publicitar de manera directa las medidas adoptadas al respecto y comunicar, de manera activa, las preocupaciones sociales de los

agentes que intervienen en proyectos concretos. En general, se establecen estrategias comunicativas que faciliten la buena comunicación con los agentes implicados: ciudadanos, empresarios, etc, siempre destacando cuales han sido los principios y valores que han informado todo el proceso. Bien entendido que no hablamos sólo de información hacia el exterior también deberá plantearse interiormente para que los propósitos y las estrategias asumidas lleguen al conjunto de los actores implicados. Eso permitirá no sólo ayudar a la interiorización e impulso de la Responsabilidad Social Pública entre los trabajadores, sino también a evitar una falta de coordinación en los mensajes que se proyectan. Esta acción mancomunada sólo será posible cuando se parte de una política estratégica común en materia de Responsabilidad Social.

e) Contratación pública responsable: cláusulas sociales y contratos reservados

La contratación pública está sujeta a procedimientos formales que tienen por objeto asegurar que los fondos públicos se utilicen de la manera más adecuada a los intereses generales. Si la elaboración y aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares así como de los pliegos de prescripciones técnicas constituye la actuación más importante de la contratación pública; también lo es determinar y diseñar el objeto del contrato de manera que sea adecuado a las necesidades que se pretende atender.

La legislación actual plantea un procedimiento de contratación pública que exige y otorga a los trabajadores públicos una posición preeminente, y ello les facilita la posibilidad de incluir en la contratación administrativa aspectos no exclusivamente económicos e influir transversalmente en las políticas sociales a través de las llamadas “cláusulas sociales”. Para definir las diremos que las cláusulas sociales son la inclusión de aspectos de política social en los procesos de contratación pública. Sucintamente, se puede decir que su asunción, a la hora de diseñar y adjudicar un contrato público, permite que se prioricen aquellas empresas que tengan en cuenta requerimientos sociales y medioambientales cuando realizan sus actividades.

Concretamente, estas cláusulas se pueden incorporar:

- Como criterio de admisión.
- Como criterio de valoración.
- Como una obligación en la ejecución del contrato.

La respuesta de los poderes públicos a los nuevos problemas sociales, y a las nuevas expectativas medioambientales, no puede tener una

perspectiva unidireccional; sino que debe establecerse un planteamiento global que contemple todos los factores que intervienen. Las cláusulas sociales se pueden utilizar como una herramienta para influir y reforzar objetivos políticos, así como conseguir resultados concretos que contribuyan a la mejora de los derechos de todos los ciudadanos. Por eso entendemos que, a pesar de que actualmente su eficacia sea reducida, se puede por medio de mecanismos de información y sensibilización, potenciar un uso socialmente responsable de la contratación pública que la convierta en un importante instrumento de refuerzo de las políticas sociales de los poderes públicos. El argumento constantemente reiterado que la generalización de las cláusulas sociales generan un incremento de costes en la contratación deja de tener relevancia si se entiende que su introducción obedece al planteamiento global que defendemos: una perspectiva transversal que tenga en cuenta todos los posibles impactos positivos que producen.

Si tomamos como ejemplo los beneficios que puede comportar la inclusión de una cláusula social que atienda a la inserción laboral de personas con discapacidad, debemos tener en cuenta que su aceptación puede comportar:

- Beneficios individuales: como las mejoras en las oportunidades laborales por una mayor cualificación profesional, gracias al incremento de la formación de las personas afectadas. Así como el acceso a subsidios y prestaciones por desocupación o a las prestaciones de la seguridad social por jubilación, invalidez o incapacitación.
- Beneficios para la Administración: el incremento de la rentabilidad de las inversiones públicas en aras de una mayor cohesión social, además de una reducción proporcional de las políticas asistenciales en estos ámbitos. También podemos mencionar la postura ejemplarizante de la Administración al posicionarse como organización innovadora en este ámbito.
- Beneficios económicos: Al facilitar la reducción de la desocupación así como reducir el presupuesto público destinado a las personas con riesgo de exclusión.

Las propuestas anteriores nos permiten afirmar que la inserción de cláusulas sociales es una herramienta con suficiente capacidad como para impactar en la economía, el medioambiente y las políticas sociales. Además debemos tener presente su rentabilidad ya que, al beneficiar de manera transversal a diferentes sectores, constituyen un recurso de coste cero o de saldo positivo. Ya que existen programas de aplicación de cláusulas sociales que no suponen coste adicional y, en los casos que se produzca un incremento, por ejemplo por reorganización de los recur-

sos existentes, la mejora de los mismos justificaría su aplicación. Es más, afirmamos rotundamente que aunque su establecimiento pudiese suponer un coste, ¿podemos permitirnos ignorar su rentabilidad social?

En la práctica las dificultades para la inserción de las cláusulas sociales no son tanto de tipo legal, ya que los mecanismos para modular la normativa existen, sino más bien de prejuicios ideológicos puesto que su introducción choca, debemos tenerlo en cuenta, con un debate fundamental de nuestro tiempo, el de la intervención del Estado en la economía. Debate enmarcado en la polémica entre los defensores del neoliberalismo y lo que defienden una economía social de mercado.

El Párrafo Tercero del Apartado IV de la Exposición de Motivos de la reciente Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público establece, como una de las principales novedades de la Ley, la previsión de mecanismos que permiten introducir en la contratación pública consideraciones de tipo social y medioambiental, configurándolas como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.

El artículo 102 de dicha Ley precisa que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 125 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo.

El artículo 134.1 desarrolla la previsión de la Exposición de Motivos en relación con los criterios de valoración de las ofertas. En este sentido, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respon-

dan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Otro aspecto diferente es el que se refiere a los contratos reservados, que podemos definir sucintamente como aquel tipo de contrato administrativo al que sólo tiene acceso como licitadores determinadas entidades que persiguen un objetivo social. La Directiva 2004/18/CEE reconoce, aceptando que la ocupación es un elemento clave para garantizar la igualdad de oportunidades y que los programas de Talleres y Ocupación protegida contribuyen eficazmente a la inserción o reinserción de personas con discapacidad en el mercado laboral; dadas las dificultades de éstos para obtener contratos en condiciones normales de competencia.

De acuerdo con este reconocimiento, la Directiva establece que hay que disponer que los Estados miembros puedan reservar en estos Talleres el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. Este planteamiento se recoge expresamente en el artículo 19 de esta Directiva, pero se establece con carácter potestativo para los Estados miembros.

Por lo tanto, y de acuerdo con todo ello, los Estados que quieran aceptar un compromiso de contratación reservada deberán prever una revisión de sus normativas internas para adaptarlas a esta exigencia. Estas modificaciones, para que los Talleres puedan disponer de esta posibilidad y favorecer la igualdad de oportunidades en beneficio de todos, se integran plenamente en el ámbito de la Responsabilidad Social de los poderes públicos.

f) Empresas de inserción y enclaves laborales

Existen también mecanismos que, desde el ámbito público, comportan la contratación indirecta de personas con discapacidad o de colectivos con riesgo de exclusión social. Nos referimos a la posibilidad de constituir empresas de inserción¹² con entidades o corporaciones de derecho público como entidades promotoras.

¹² Son empresas de inserción (según la Ley 27/2002, de 20 de diciembre, del Parlamento de Cataluña) aquellas cuyo objeto es la integración sociolaboral de las personas en situación o en grave riesgo de exclusión social participadas por entidades promotoras (entidades o corporaciones de derecho público y entidades sin ánimo de lucro) al menos en un 51% de su capital social.

La Ley 27/2002, de 20 de diciembre del Parlamento de Cataluña da cobertura legal a la posibilidad de constituir este tipo de empresas evitando así problemas relacionados con la libre competencia. La actuación socialmente responsable de la Administración aquí pasa por fomentar la creación de este tipo de organizaciones cuyo objeto social es la integración sociolaboral de personas en situación de grave riesgo de exclusión social.

A nivel estatal debemos mencionar la Disposición adicional quinta, de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y de la ocupación (BOE 312, de 30 de diciembre de 2006); que obliga al gobierno a que en el plazo de 6 meses desde la aprobación de la Ley, apruebe una norma con rango de ley para regular el régimen de las empresas de inserción.

En lo que hace referencia a los enclaves laborales¹³, y de acuerdo con el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan, se establece que cualquier empresa del *mercado ordinario* (art. 4) puede constituir un enclave laboral. Podemos concluir que, teniendo presente que en este terreno se emplea el término *mercado ordinario*, no como sinónimo de mercado privado, sino como término contrapuesto al de *mercado protegido*; aparentemente no hay ningún impedimento legal para que el sector empresarial público se acoja a este mecanismo de fomento de la ocupación de personas con discapacidad.

En conclusión, y de acuerdo con nuestra interpretación, hay que impulsar decididamente desde el sector público la constitución de enclaves laborales, tanto por medio de políticas de promoción e impulso en el sector empresarial privado, como por medio de su establecimiento en el sector empresarial público.

g) *Premios de Responsabilidad Social*

La Administración puede impulsar la RSE por medio del establecimiento de premios y reconocimientos. Un ejemplo concreto es el que establece el decreto 12/2004 de 27 de enero del gobierno de Aragón, que instituye

“Premio Aragonés a la Responsabilidad Social Corporativa”. Su objeto es la “promoción y difusión de la introducción de esta nueva práctica de gestión empresarial” para reconocer la tarea de aquellas organiza-

¹³ Los Enclaves Laborales (regulados en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, consisten en un contrato mediante el cual un Centro Especial de Trabajo desplaza un grupo de trabajadores con discapacidad a un centro de trabajo de la empresa colaboradora para la prestación de una obra o servicio.

ciones que han demostrado una preocupación por los compromisos de la Responsabilidad Social. Su periodicidad es anual. Pueden optar a los premios como participantes cualquier empresa o fundación aragonesa que desarrolle una actuación socialmente responsable, siempre que acrediten la puesta en marcha de los compromisos adquiridos. Este premio tiene un carácter honorífico¹⁴.

VI. ADMINISTRACIÓN, RESPONSABILIDAD SOCIAL Y DISCAPACIDAD

Fruto de la evolución conceptual de la discapacidad (¡ese concepto amplio con el que englobamos con despreocupación tantos mundos diferentes!), hoy en día reconocemos que es “aquella situación 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 demás”¹⁵.

Los diferentes instrumentos legales que conforman el ordenamiento jurídico se ocupan de la discapacidad de manera sectorial. En realidad, no existe una unidad conceptual que asuma la heterogeneidad de las situaciones que se plantean y que recoja los referentes esenciales para construir una normativa coherente en todos los ámbitos del derecho. Este déficit se manifiesta aún con mayor claridad después de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad adoptada el 13 de diciembre de 2006.

Dicha Convención culmina una regulación que puede sintetizarse en la idea que la atención de la discapacidad es un deber de los poderes públicos, y que éstos deben aplicar los recursos necesarios para conseguir la integración de las personas con discapacidad en un régimen de igualdad de oportunidades. En este sentido, modifica el tratamiento de la discapacidad actual al dejar claro que la discriminación y las desventajas sociales que éstas personas sufren deben resolverse, no con estándares de protección basados en la buena voluntad o en la solidaridad colectiva, sino en aras de un derecho a la igualdad real, individual e inherente a la condición humana.

¹⁴ BOA, 27 de enero de 2004.

¹⁵ Convención de los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, preámbulo e). La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la resolución 61/106. Conforme al artículo 42, la Convención y su Protocolo facultativo están abiertos a la firma de todos los Estados y las organizaciones de integración regional desde el 30 de marzo de 2007. Con ocasión de la apertura para la firma, se celebró una ceremonia en la Sede de las Naciones Unidas.

Este planteamiento nos obliga a tener en cuenta una perspectiva nueva a la hora de enfrentarnos a la discapacidad y a la problemática asociada a ella. Y en nuestro caso además a plantear en sus justos términos la relación entre ésta y la Responsabilidad Social.

Si la Responsabilidad Social es un mecanismo que se concibe como un *plus* voluntario de raíz solidaria, sólo podemos acogernos a ella cuando se trate realmente de actuaciones vinculadas a la excelencia. No es de recibo que se pretendan hacer pasar por medidas socialmente responsables aquellas acciones que implican sólo un estricto cumplimiento jurídico. En este sentido ¿podemos admitir por ejemplo, que se arroguen de una imagen responsable aquellas empresas que estando obligadas a cumplir la normativa en materia de ocupación de personas con discapacidad publiciten precisamente ese cumplimiento? Y yendo más allá ¿podemos hablar de Responsabilidad Social, en relación con la discapacidad en un momento en que la Convención nos pide que admitamos que su protección se vincula con un derecho humano fundamental?

Si la normativa debe en un futuro reflejar esta exigencia, la Responsabilidad Social sólo tendrá sentido siempre que la exceda y, de acuerdo con ello, sólo serán “responsables” aquellas estrategias y medidas que no impliquen el cumplimiento de una obligación jurídica en relación con las personas con discapacidad.

Puesto que la Convención entiende por “discriminación por motivos de discapacidad cualquier distinción, exclusión o restricción que por este motivo tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”, las medidas de responsabilidad social sólo serán tales cuando impliquen una mejora para las personas con discapacidad diferente a la prevista por la normativa.

Por esta razón, aunque no se circunscriba a la obligación jurídica, la Responsabilidad Social tiene un amplio margen de actuación.

Es la actitud responsable de los agentes que las promueven lo que explica, por ejemplo, la adopción de medidas de acción positiva en relación con el colectivo de personas con Capacidad Intelectual Límite (CIL). Este colectivo, formado por personas cuyo cociente intelectual se encuentra justo por debajo del que se considera normal no recibe¹⁶ la

¹⁶ “En el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV-TR) de la American Psychiatric Association se ubica la CIL en el apartado «otras condiciones que pueden ser focos de atención clínica». Su denominación es <Borderline Intellectual Functioning> haciendo

atención del legislador. La normativa no presta atención a sus especificidades, lo que implica que sus dificultades deban subsumirse en una categoría general injusta de normalidad. Desde un punto de vista sociológico se puede decir que las personas con CIL se encuentran en un “mundo marginal no reconocido”¹⁷ de un lado presentan dificultades de inserción escolar, profesional y por tanto, social y, por el otro, no tienen derecho a ser atendidos conforme a su singularidad porque no son consideradas personas con problemas por parte de la Administración.

El acceso al empleo público de las personas con discapacidad se efectúa a través del sistema reglado de la reserva de plazas ofertadas para personas con una discapacidad igual o superior al 33%. Por eso, sólo la preocupación responsable puede explicar, al no existir obligación jurídica respecto a aquéllos que no dispongan del 33% de discapacidad, casos como la inserción laboral de personas con CIL en el Parlamento de Cataluña¹⁸ o la inclusión en el VIII Convenio Colectivo para el personal laboral del Consejo General del Poder Judicial, del compromiso especial en relación con las personas con CIL¹⁹.

referencia a que la CIL es simplemente una condición funcional o sea, una característica determinada por una cierta capacidad intelectual sin más precisiones (...). La única característica que define la CIL es la detección de un cociente de inteligencia entre 71 y 84. Como no incluye ninguna condición adicional y no se hace referencia a ningún test de inteligencia específico, el diagnóstico de CIL es impreciso e inestable”. Según ARTIGAS PALLARÉS, J.; RIGAU, E., y GARCÍA NONELL, C. (2006).

¹⁷ BONAL, R., “Las perspectivas de las Ciencias Sociales ante la persona con dificultades: el límite o borderline”, en DELGADO y GALLÉN (Coord.) (2006).

¹⁸ El 30 de marzo del 2005, la Asociación Catalana Nabiu estableció un *Convenio de colaboración con el Parlamento de Cataluña para la integración laboral de personas con capacidad intelectual*, en cumplimiento de un Acuerdo de la Mesa del Parlamento de 5 de octubre, que aprobó el programa de gestión para la integración sociolaboral de personas con capacidad intelectual límite y para personas con discapacidades psíquicas con el síndrome de Down.

El mencionado Acuerdo de la Mesa establece que los lugares de trabajo que se crean tienen un carácter provisional, con una duración máxima de dos años, y una jornada a tiempo parcial de 5 horas. Una vez transcurrido el período máximo de dos años es necesario evaluar la puesta en práctica de este programa de integración y se tiene que adoptar un nuevo acuerdo a raíz de esta evaluación

¹⁹ En fecha 12 de julio de 2006 la Dirección del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y los representantes de los trabajadores, firmaron el VII Convenio Colectivo. En este texto se incluye una disposición remarcable en el campo de la Responsabilidad Social de los Poderes públicos. El artículo 11.3 hace referencia a la obligatoriedad de conseguir que el 2% de la plantilla laboral del CGPJ esté cubierta con personas con discapacidad igual o superior al 33%. En este Convenio hay una importante referencia al compromiso de contratar personas con un grado de discapacidad inferior al 33% con especial atención a las personas con capacidad intelectual límite en el sentido siguiente:

“Además, como medida de protección por parte de los poderes públicos respecto a los colectivos más desfavorecidos, y para fomentar una adecuada y decidida política de inserción sociolaboral de estos colectivos, el Consejo General del Poder Judicial promoverá, de acuerdo con la normativa y mecanismos vigentes en materia laboral, la contratación de personas con un grado de discapacidad inferior al 33%, entre otros en aquellos supuestos en que concurra una discapacidad considerada como límite, y realizará todas aquellas medidas y acciones tendentes a con-

En relación con la discapacidad, la Responsabilidad Social actuará siempre que se planteen mecanismos o estrategias solidarias que mejoren la situación de las personas que la sufran, y que atienda a la búsqueda de un trato que las iguale con las personas que no la padecen.

La RSE es un producto de nuestro tiempo. Cuando las desigualdades crecen y el sistema no puede ordenarlas surgen paliativos que intentan hacerlo. En un mundo global, regulado por fuerzas de difícil control, una herramienta como la Responsabilidad Social constituye una oportunidad. Aún no sabemos exactamente la importancia real del fenómeno, pero a la vista de su crecimiento expansivo y de la permeabilidad de sus requerimientos en todas las organizaciones, nos inclinamos por creer que puede contribuir a cambiar las relaciones de los ciudadanos con las empresas y que ese cambio se plasmará sin duda en la relación de los ciudadanos con la Administración.

La importancia de la RS permite prever la elaboración de un marco regulatorio que normalice algunos de sus aspectos esenciales y que atienda a las expectativas que ésta genere.

Es cierto que la propuesta que representa la Responsabilidad Social de la Administración nace del entorno empresarial y por razones derivadas de la globalización. Pero su contenido, basado en la defensa de unos principios de validez incondicional, nos obliga a todos, al reclamar una actitud ética renovada hacia el hombre y el mundo.

Si las leyes no pueden, ellas solas, cambiar el entorno para hacerlo más justo y más sostenible –*Quid leges sine moribus?*²⁰–¿ no puede ser la Responsabilidad Social, entendida como una propuesta ética al servicio del hombre, de todos los hombres sean cuales sean sus capacidades, una herramienta útil que contribuya a hacerlo posible?

seguir este objetivo. En esta línea, el Consejo General del Poder Judicial podrá convocar pruebas de acceso restringidas, adecuadas a personas con dificultad de integración laboral en razón de su discapacidad.

Para estos lugares de trabajo, y por razón de sus características y de las personas que han de ocuparlos, no será requisito previo la exigencia de titulación. El Consejo General del Poder Judicial y la representación del personal laboral firmantes de este Convenio potenciarán la firma de Convenios de colaboración con entidades sin ánimo de lucro hasta a finalización de los programas de inserción laboral, con el objetivo de facilitar la entrada en el mundo laboral a las personas con dificultades de integración”.

²⁰ ¿De qué sirven las leyes sin costumbres?

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARTIGAS PALLARÉS, J.; RIGAU, E.; GARCÍA NONELL, C. (2006): *Relación entre capacidad de inteligencia límite y trastornos del neurodesarrollo*. [Informe no publicado. Unitat de Neuropediatria, Hospital de Sabadell, Corporació Sanitària Parc Taulí, Centre Mèdic Psincron, Associació Catalana Nabiu].
- ASOCIACIÓN CATALANA DE LA GESTIÓN PÚBLICA, ESADE UNIVERSIDAD AUTÒMA DE BARCELONA, UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (2003): *Repensar el papel del gestor público en el siglo XXI. Actas del I Congreso Catalán de Gestión Pública*. Escuela de Administración Pública, Barcelona 2003.
- BAENA DEL ALCÁZAR, M. (2005): *Manual de Ciencia de la Administración*. Editorial Síntesis S.A., Madrid 2005. ISBN: 84-9756-275-5.
- BAÑÓN, R., y CARRILLO, E. (Comp.) (1997): *La nueva Administración Pública*. Alianza Universidad. Textos.
- BONAL, Raimon, y CAPARRÓS, N. (1994): *El colectivo de los Borderline o Límites. Entre la coherencia teórica y la marginación práctica*. Asociación Ginesta, Barcelona.
- CASTIÑEIRA, Ángel (Coord.) (2006): *La construcción de la sociedad responsable*. Seminario Barcelona 14 de diciembre de 2005. Barcelona, Centro de Estudios Jordi Pujol.
- COLLARÍN, Mercè (Coord.) (2003): *Personas con discapacidad intelectual y necesidad de apoyos intermitentes: situación, necesidades y demandas. Una aproximación a la población con inteligencia límite y ligera*. Colección Estudios e Informes. Serie Estudios, IMSERSO.
- CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA (2006): *Guía para la contratación pública responsable en Andalucía*, en www.juntadeandalucia.se
- CUESTA GONZÁLEZ, Marta (2004): "El porqué de la responsabilidad social corporativa", *Boletín Económico de ICE* núm. 2813, del 2 de agosto al 5 de septiembre de 2004.
- DELGADO, M., y GALLÉN, Carlota (Coord.) (2006): *Normalidad y límite. Construcción e integración social del borderline*. Editorial Universitaria Ramón Areces. ISBN 84-8004-765-8
- FARIÑAS, Dulce (2000): *Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson S.L., Madrid. ISBN 84-8155-685-8.

- FORO DE EXPERTOS EN RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL ((2005/2006): Documentos de trabajo de las V sesiones realizadas, en <http://www.mtas.se/Empleo/economía-zueco/RespoSocEmpresas/indiceRespo.htm>
- GARCÍA MAZA, V. D.: (2004): “La responsabilidad social de la empresa: una definición desde la ética empresarial”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*. ISSN 1577-4163, n.º 12, 2004, pp. 77-98.
- GUARDIA MASSÓ, R. (2000): “La responsabilidad social de las corporaciones. Deber o conveniencia”, en *Medio Ambiente y Cultura*, núm 28, en www.gencat.net/mediamb/revista/rev28-2.htm
- HUERGO LORA, Alejandro (2006): “Las cláusulas sociales en la contratación pública: problemas y perspectivas en el Derecho español y comunitario”. Ponencia en las *Jornadas sobre Cláusulas Sociales*, organizadas por Lamegi, Vitoria, 2 de junio de 2006, en <http://www.lamegi.org/cast/indice.php>
- LAFUENTE, A. et al. (2003): “Responsabilidad Social Corporativa y Políticas Públicas”, Documento de Trabajo 3/2003. Fundación Alternativas. ISBN: 84-96204-02-2, en http://www.ecodes.org/documentos/ecodes_fa_RSC_politicas_publicas.pdf
- LONGO, Francisco (2003): “La responsabilización por el rendimiento en la gestión pública: problemas y desafíos”, en *VIII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Panamá, 28-31 octubre de 2003, en <http://unpan1.un.org/intradock/groups/publico/documentos/CLAD/clad0047611.pdf>
- LONGO, F., y ZAFRA, M. (Coord.) (2002): *Pensar lo público*. Cemci, Esade, 2000.
- LOZANO, Josep M., et al. (2005): *Los gobiernos y la responsabilidad social de las empresas*. Ediciones Granica, S.A. Grupo Editorial Norma. Primera edición, junio 2005, Barcelona. ISBN: 84-7577-736-8.
- MARTÍNEZ, Andreu, y PUIG, Marta (2003): *La inserción sociolaboral de las personas borderline en la Administración de la Generalidad de Cataluña: una perspectiva jurídica*. Escuela de Administración Pública de Cataluña. Barcelona, noviembre 2003.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (2005): I, II y III Sesiones de Trabajo del Foro de Expertos en Responsabilidad Social Empresarial, en: http://www.mtas.se/Empleo/economiasoc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/PRIMER_DOC_FORO_EXPERTOS20_7_2005.pdf

- PRATS I CATALÀ, J. (2005): “Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo”. Documentos de Trabajo número 10. 21 de junio de 2005. Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña.
- RAZ, Joseph (2001): *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa. ISBN 84-7432-687-7
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007): *La Administración del Estado social*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona. ISBN 978-84-9768-416-3, p. 45.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2004): “La responsabilidad social de la empresa: algunos fundamentos económicos”, en *XII Conferencia Anual de Ética, Economía y Dirección*, Úbeda (Jaén), 3-4 de junio de 2004, en http://www.ujaen.se/huesped/xiiconfe/Comunicaciones/Jose_Miguel_Rodriguez_Fernandez.pdf
- STEVENS, A. (1999): “Ética y Código de Conducta: Cuestiones de actualidad a La Función Pública Británica”, *Revista Autonomías*, núm. 24, febrero de 1999. Monográfico sobre la *Función Pública*. Generalidad de Cataluña, Escuela de Administración Pública de Cataluña, Instituto de Estudios Autonómicos.
- STIGLITZ, Joseph E. (2006): “Para que funcione la globalización”. Traducción de New Clips, *El País*, 17 de septiembre de 2006.
- THOMSON, Dennis F. (1999): *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Editorial Gedisa. Primera edición, enero 1999. ISBN 84-7432-648-6.
- TURCI, Lanfranco (2006): “El nuevo papel de la economía social”, en *La Factoría*, núm. 29, enero-abril 2006, pp. 107 a 114.
- VIDAL VILLA, José María (Coord.) (2002): *Hacia un mundo más o menos igualitario? Globalización, desarrollo y cooperación internacional*. Fundación Bosch y Gimpera, Universidad de Barcelona, Pórtico, Los Julios, Biblioteca Universitaria, ECSA, Barcelona. ISBN 84-7306-787-8.
- VILANOVA, Marco; LOZANO, J. M.; DINARES, Marta (2006): *Accountability. Comunicación y reporting en el ámbito de la RSE*. Cuadernos de Fonética. Fonética. ISBN 84-611-1477-9
- VIÑES FIESTAS, Helena (2005): *La responsabilidad empresarial: Una respuesta rentable*. Libros del CTEC: Herramientas para el Debate, 8. Consejo de Trabajo, Económico y Social de Cataluña, II, Colección 1. Empresas - Responsabilidad Social 331.1, Barcelona. ISBN 84-393-6971-9.

VVAA (2005): *Informe Sobre Buen Gobierno y Transparencia Administrativa*, 27 julio de 2005, promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, en http://www.gencat.net/justicia/actualitat/index.htm?object_id=20114.

VIII. NORMATIVA BÁSICA Y DOCUMENTACIÓN DE REFERENCIA

“Libro Blanco sobre la Responsabilidad Ambiental”, Bruselas, 9.2.2000 COM (2000) 66 final.

“Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la Responsabilidad Social de las Empresas”, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final.

“Comunicación de la Comisión relativa a la Responsabilidad Social de las Empresas: Una contribución empresarial al desarrollo sostenible”, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2.7.2002 COM (2002) 347 final.

“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Poner en práctica la Asociación para el Crecimiento y el Empleo: Hacer de Europa un polo de excelencia de la Responsabilidad Social de las Empresas”, Bruselas, 22.3.2006 Como (2006) 136 final.

“Revisión de la estrategia de la UE para un Desarrollo Sostenible” (EDS UE), Bruselas, 9 de junio de 2006.

“Acuerdo de la Comisión por el que se aprueba con modificaciones el Informe de la Subcomisión para potenciar y promover la Responsabilidad Social de las Empresas, creada en el seno de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales” (BOE 4 de agosto 2006).

**DISCAPACIDAD
Y DERECHO COMPARADO**

BEATRIZ EUGENIA GONZÁLEZ GÁLVEZ –MUTUALDIS–
Consultora de la Organización de Naciones Unidas

La incapacidad jurídica de un ciudadano francés residente en España

SUMARIO: I. Legislación aplicable a las personas con discapacidad. 1. La declaración de incapacidad jurídica de un ciudadano francés en España. Aplicación de la ley personal. Nacionalidad española con valor de simple presunción. Pérdida y renuncia de la nacionalidad. Doble nacionalidad. Acreditación del Derecho francés. Instituciones francesas de protección del incapaz. 2. Nombramiento de tutor. La figura del tutor en la legislación francesa en los procedimientos de incapacitación. Procedencia y alcance de la tutela. Ámbitos de protección de la tutela. Condiciones para ser tutor de una persona declarada incapaz. Cargas y obligaciones del tutor. Extinción de la tutela.

I. LEGISLACIÓN APLICABLE A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El régimen de protección para las personas mayores de edad en Francia ha sufrido cambios progresivos en cuanto a sus perspectivas y medios. En un principio la legislación francesa, especialmente el Código de Napoleón, buscaba proteger a los sucesores de los incapaces más que a las personas afectadas por una alteración física o mental; de ahí el énfasis de la protección sobre los temas patrimoniales.

Las Leyes de 1964 y 1968 que reformaron el Código Civil en materia de protección de los menores¹ y de los mayores² respectivamente, comenzaron a proteger también a la persona del incapaz. Ellas adaptaron el derecho de los incapaces a las transformaciones de la familia y, cuando se trataba de adultos, tuvieron en cuenta dos grandes fenómenos sociales: la evolución de la medicina y la prolongación de la vida humana.

Un paso más adelante en este cambio de perspectiva se ha dado con la reciente expedición de la Ley 2007-308 del 5 de marzo 2007, que aún no ha entrado en vigor, sino que lo hará el 1 de enero de 2009, pero que constituye la reforma integral al régimen de protección jurídica de los mayores más importante de los últimos cincuenta años en Francia. Esta norma responde en particular al incremento en el número de personas mayores protegidas, o que requieren protección, debido al envejecimiento de la población francesa y a la prolongación de su expectativa de vida. Esta situación constituye un peso cada vez más duro de sobrellevar para las familias francesas.

Otro aspecto importante que ha influido en la transformación del sistema de protección de los mayores es la evolución de la medicina, y especialmente, los avances en psiquiatría. Ella ha repercutido en la recuperación de la salud de las personas y en la forma en que la sociedad considera a quienes sufren de alteraciones en sus facultades físicas y mentales, sea de forma temporal o permanentemente.

La Ley 2007-308 será la base de análisis de este documento, pero para resaltar su diferencia respecto del sistema del Código Civil aún vigente, se presenta a continuación sus innovaciones más sobresalientes:

- Separa claramente la tutela jurídica de la tutela social:
 - La tutela jurídica, como medida de protección propiamente dicha, hace parte del derecho civil y su aplicación es competencia de los jueces de tutela.
 - La tutela social, como medida de acompañamiento para los excluidos sociales, hace parte del derecho de ayuda social y su aplicación compete al consejo general de los departamentos. Ésta no crea incapacidad alguna³.

¹ Ley n.º 64-1230 de 14 de diciembre de 1964. Diario Oficial de 15 de diciembre de 1964 en vigor el 15 de junio de 1965.

² Ley n.º 68-5 de 3 de enero de 1968. Diario Oficial de 4 de enero de 1968, en vigor el 1 de noviembre de 1968.

³ Esta figura surgió en el derecho social en 1966 cuando se creó “una tutela a las prestaciones sociales” que en un principio no tenía relación alguna con la tutela del Derecho civil pues

- Prevé el estatuto y la formación profesional de “los mandatarios judiciales para la protección de los mayores de edad” que es una nueva categoría creada por la ley. Se trata de personas ajenas a la familia que protegen o acompañan a los mayores bajo protección; reemplaza a las tutelas o curatelas del Estado y a la gestión de las tutorías para las prestaciones sociales.
- Los costes ocasionados por la protección del mayor serán cubiertos por la persona protegida, en la medida de sus posibilidades. Si es necesario, la remuneración de los mandatarios podrá ser asegurada por un financiamiento público.
- Es garantista: impone, en la medida de lo posible, la necesidad de escuchar a la persona protegida en todos los procedimientos relativos a una medida de protección; permite la presencia de un abogado o de un tercero cualquiera; desarrolla las experticias médico-sociales; vigila las cuentas bancarias de la persona y sus condiciones de alojamiento; hace transparentes las rendiciones de cuenta y las controla con la vigilancia de todos aquellos que protegen al mayor.
- Hace temporales las medidas de protección.
- Elimina la disipación como causal de incapacidad.
- Asocia al mayor de edad a su protección, especialmente con el mandato de protección futura que es un contrato por el cual la persona acuerda, por sí misma o por tercera persona, que ante la eventual pérdida de facultades futuras, una o varias personas se encargarán de su representación⁴.

1. La declaración de incapacidad jurídica de un ciudadano francés en España

Aplicación de la ley personal

La legislación francesa prevé que la ley nacional se aplicará a sus nacionales, aún residentes en el exterior, en todos los asuntos directa-

no creaba una verdadera incapacidad. Se trataba de un mecanismo en beneficio de las personas que percibían una prestación social pero que no sabían utilizarla convenientemente. La prestación era entonces entregada a una tercera persona que la usaría por cuenta del incapaz; era una especie de fiducia en beneficio del asistido. El juez de tutelas, al abrir la tutela civil (o una curatela en la que los ingresos del incapaz habían sido depositados al curador), podía decidir que el tutor civil fuera al mismo tiempo tutor para las prestaciones sociales debidas al mayor.

⁴ CC, artículo 477 y ss. de la nueva redacción, Ley 2007-308 del 5 de marzo 2007, que entrará en vigor el 1 de enero de 2009.

mente vinculados a la persona, es decir, en materia del nombre, capacidad, matrimonio y filiación. Éste es el principio reconocido en el Código Civil que rige a franceses y a extranjeros⁵.

En relación con la capacidad, será la ley nacional de la persona cuyo pleno uso de facultades está en entredicho, en este caso la francesa, la competente para determinar:

- Las causas de la incapacidad.
- Los actos que el incapaz no puede realizar por sí mismo.
- Las sanciones a que da lugar la violación de tal interdicción.
- La nominación y poderes de las autoridades que les protegen.
- La administración de los bienes del incapaz, aún cuando estos estén ubicados fuera de su país de origen. La única excepción a esta regla se produce cuando no es posible aplicar en Francia las medidas de protección, o cuando exista incompatibilidad de competencias con las autoridades locales. (En Francia, en casos similares, se aplica la ley francesa).

Nacionalidad española con valor de simple presunción

Según la legislación francesa, serán franceses los niños nacidos en el exterior cuando al menos uno de sus padres sea francés al momento de su nacimiento⁶. Un niño nacido en el territorio español no necesitará que el Estado español le otorgue esa nacionalidad pues no está en riesgo de convertirse en un apátrida pues al menos uno de sus padres le transmitirá la nacionalidad francesa por filiación⁷.

⁵ El Código Civil francés establece en su artículo 3: “Las leyes de policía y las de seguridad obligan a todos los que se hallen en el territorio.

Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se regirán por la Ley francesa.

Las leyes relativas al estado y la capacidad de las personas rigen a los franceses, aunque residan en país extranjero”.

⁶ CC, artículo 18, consagra la nacionalidad francesa de origen.

⁷ Los artículos 19 y 19-1 del CC, consagran los casos de nacionalidad por presunción para el niño nacido en Francia, de padres desconocidos, o de padres apátridas o de padres extranjeros que, por la aplicación de la ley de nacionalidad de sus países, no pueden transmitirle su nacionalidad a su hijo. De igual forma, prevé que ésta nacionalidad por presunción se perderá si durante su minoría de edad se establece que uno de los padres del niño le puede otorgar su propia nacionalidad, conforme a la ley de ese país, o si uno de sus padres ha adquirido o poseído una nacionalidad extranjera y se la puede transmitir. En este caso se tomará como si nunca hubiera tenido la nacionalidad francesa.

Para que se otorgue la nacionalidad francesa al recién nacido en el exterior se requiere simplemente levantar un acta ante las autoridades consulares del lugar, inmediatamente o con posterioridad.

Pérdida y renuncia de la nacionalidad francesa

La pérdida de la nacionalidad francesa puede ser:

- Por desuso: No puede pretender a la nacionalidad francesa por filiación, quien resida en el extranjero por más de cincuenta años, al igual que sus padres de origen francés, si ninguno puede aportar prueba de la nacionalidad francesa⁸.
- En forma automática: en casos muy particulares, la pérdida de la nacionalidad puede ser involuntaria o resultar de la aplicación de la Convención de Estrasburgo del 6 de mayo de 1963 del Consejo de Europa⁹ sobre la eliminación de los casos de doble nacionalidad y que se mencionará inmediatamente.
- Pérdida de la nacionalidad por decreto para:
 - Los franceses, incluso menores de edad, que teniendo una nacionalidad extranjera, estén autorizados por el Gobierno francés, previa solicitud del interesado, para perder la calidad de francés¹⁰.
 - El francés que se comporte de hecho como ciudadano de un país extranjero del que es nacional, puede perder por decreto esa calidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado¹¹.
 - El francés que, ocupando un empleo en un ejército o un servicio público extranjero o, en una organización internacional de la que no forma parte Francia, no haya renunciado a su empleo o cesado su colaboración no obstante la conminación del Gobierno¹².

Pueden renunciar a la nacionalidad francesa:

⁸ CC arts. 23-6. (Ley n.º 73-42 de 9 de enero 1973). La sentencia determinará la fecha en la que se ha perdido la nacionalidad francesa. Puede decidir que esta nacionalidad la habían perdido los progenitores del interesado y que éste no ha sido nunca francés.

⁹ Convenio del Consejo de Europa sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades y sobre las Obligaciones militares en el Caso de Pluralidad de Nacionalidades. Estrasburgo el 6 de mayo de 1963. BOE del 25/08/1987.

¹⁰ CC arts. 23-4. (Ley n.º 73-42 de 9 de enero 1973).

¹¹ CC arts. 23-7. (Ley n.º 73-42 de 9 de enero 1973).

¹² CC arts. 23-8. (Ley n.º 73-42 de 9 de enero 1973).

- Los mayores de edad que residan habitualmente en el extranjero, y que hayan adquirido voluntariamente una nacionalidad extranjera, si así lo declaran expresamente ante el juez de instancia o el cónsul del lugar¹³.
- El francés que ejerce la facultad de rechazo o repudio¹⁴ establecida para los siguientes casos: (Esta facultad se ejerce entre los seis meses previos a alcanzar la mayoría de edad y un año después)
 - El menor de edad no nacido en Francia, de un sólo padre francés si lo hace¹⁵.
 - El menor nacido en Francia, cuando al menos uno de sus padres también ha nacido en Francia¹⁶.
 - El menor cuando uno de sus padres adquiere la nacionalidad francesa, de pleno derecho también la adquiere si tiene la misma residencia habitual de éste o si reside alternativamente con este padre, en caso de separación o divorcio. Si el menor no ha nacido en Francia puede rechazar la calidad de francés.
- El francés, en caso de matrimonio con un extranjero, que ha adquirido la nacionalidad de su cónyuge y que fije la residencia conyugal habitual en el extranjero¹⁷.

Doble nacionalidad

La posesión de una o varias nacionalidades es algo normal en la legislación francesa. No obstante, un francés con doble nacionalidad no puede hacer valer su otra nacionalidad frente a las autoridades francesas cuando se encuentre en territorio francés, ni podrá hacer valer la nacionalidad francesa cuando resida en el territorio de alguno de los

¹³ CC art. 26. Establece el trámite de las actas relacionadas con la adquisición y pérdida de la nacionalidad francesa. CC, art. 23 y 23-1 (Ley n.º 73-42 de 9 de enero 1973). La declaración solicitando la pérdida de la nacionalidad francesa puede suscribirse a partir de la presentación de la solicitud de adquisición de la nacionalidad extranjera y, como muy tarde, en el plazo de un año a partir de la fecha de esa adquisición. Los franceses menores de 35 años sólo pueden suscribir esta declaración si se encuentran en regla con las obligaciones del Servicio Nacional. CC art. 23-2. (Ley n.º 98-170 de 16 de marzo de 1998 art. 19. Diario Oficial de 17 de marzo de 1998 en vigor el 1 de septiembre de 1998).

¹⁴ CC art. 23-3. (Ley n.º 98-170 de 16 de marzo de 1998 art. 20 Diario Oficial de 17 de marzo de 1998 en vigor el 1 de septiembre de 1998).

¹⁵ CC art. 18-1.

¹⁶ CC art. 19-4.

¹⁷ CC art. 23-5. (Ley n.º 73-42 de 9 de enero 1973, art. 15) (Ley n.º 98-170 de 16 de marzo de 1998, art. 21) Los Franceses menores de treinta y cinco años sólo podrán ejercitar esta facultad de rechazo si se encuentran en regla con las obligaciones del Código del Servicio Nacional.

países de los que también es nacional. Será considerado nacional exclusivo del país en el que se encuentre.

En relación con la doble nacionalidad franco-española, no se puede hablar en propiedad de ella pues existen dos grandes obstáculos jurídicos:

- La prohibición de doble nacionalidad impuesta por la Convención del Consejo de Europa del 6 de mayo de 1963, de la que hacen parte España y Francia¹⁸. Este Convenio impone, bajo ciertas condiciones, la pérdida de la nacionalidad de origen del individuo que adquiere la nacionalidad de otro Estado parte.

La única excepción a esta regla la consagró el Protocolo del 2 de febrero de 1993 que autoriza a los Estados signatarios, permitir a sus ciudadanos conservar la nacionalidad de origen, para los siguientes casos:

- Cuando el interesado haya nacido y residido, o residido habitualmente desde antes de alcanzar su mayoría de edad, en ese país,
- Cuando expresamente manifieste su voluntad de adquirir esa nacionalidad al contraer matrimonio con un ciudadano de ese país.

Lamentablemente, esta norma no se aplica a los nacionales españoles pues España no ha adherido a esta previsión del Protocolo II de la Convención¹⁹.

- La exigencia de renuncia a la nacionalidad de origen al momento de adquirir la nacionalidad española por opción, por carta de naturaleza o por residencia, consagrada en el Código Civil español²⁰. La ley establece una excepción para los nacionales de los países de América Latina, Filipinas, Andorra, Guinea Ecuatorial y Portugal²¹, lamentablemente Francia está excluida de esta lista taxativa.

De otra parte, el Código Civil existe otra previsión que implica la pérdida de la nacionalidad española, para aquellos que han nacido y resi-

¹⁸ Convenio del Consejo de Europa sobre la Reducción de los Casos de Pluralidad de Nacionalidades y sobre las Obligaciones militares en el Caso de Pluralidad de Nacionalidades. Estrasburgo el 6 de mayo de 1963 BOE del 25/08/1987. Son estados miembros de esta Convención: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido y Suecia.

¹⁹ Sólo Francia, Italia y Holanda son parte del Protocolo en cuanto a la derogación de la prohibición de la doble nacionalidad y para ellos es posible hablar de doble o múltiple nacionalidad.

²⁰ Código Civil español, art. 23.

²¹ Código Civil español, art. 23 literal b) y 24-1.

dido en Francia, que han ostentado la nacionalidad española por ser hijos de padre o madre españoles, nacidos ellos también en Francia, pero que cuentan con la nacionalidad francesa. La excepción sólo está prevista para aquellas personas que declaren su voluntad de conservar la nacionalidad española ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación²². Pero se aplicará entonces el deber de renunciar a su nacionalidad de origen.

En virtud de estas disposiciones se considera, que no es posible hablar de la doble nacionalidad francesa y española.

Acreditación del Derecho francés

La expedición de certificados de nacionalidad francesa se realizará por el registrador (*greffier*) en jefe de los juzgados de paz, bajo la autoridad del ministro de la Justicia.

Las personas nacidas y residentes en extranjero deben dirigirse al *greffier* en jefe del Tribunal de Instancia del primer distrito de París²³. Aquellos que residen en el exterior y han nacido en Francia deben dirigirse al *greffier* en jefe del tribunal de instancia competente del lugar de su nacimiento. Los residentes en Francia, sin importar el lugar de su nacimiento, deben solicitar su certificado de nacionalidad francesa ante el *greffier* en jefe del tribunal de instancia competente de su domicilio.

A fin de facilitar la prueba de la nacionalidad francesa se debe hacer una anotación al margen del acta de nacimiento del interesado de toda primera expedición de un certificado de nacionalidad francesa²⁴.

Instituciones francesas de protección del incapaz

El principio general en materia de capacidad es que, una vez alcanzada la mayoría de edad, a los 18 años, toda persona es capaz de ejercer sus derechos²⁵. Sin embargo, para que los actos realizados por la persona sean válidos se requiere que la persona esté en pleno uso de sus facultades, es decir, que no exista un problema mental al momento

²² Código Civil español, art. 24-3.

²³ Está ubicado en la 30 rue du Château des Rentiers, 75013, París.

²⁴ http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/les-francais-etranger_1296/vos-droits-demarches_1395/nationalite-francaise_5301/index.html

²⁵ CC, artículo 414-1 de la nueva redacción, Ley 2007-308.

de realizar los actos jurídicos. Evidentemente, existen situaciones por las cuales una persona puede transitoriamente perder el uso pleno de sus facultades, como por uso de alcohol o drogas. La ley prevé para estos casos algunos remedios que hacen parte del derecho civil común: la acción de nulidad, que corresponde al interesado. Después de la muerte del interesado, los actos realizados por él, diferentes a la donación entre vivos y el testamento, no pueden ser atacados por los herederos por alteración en las facultades mentales, salvo en los casos siguientes²⁶:

- Si el acto mismo demuestra la alteración mental de la persona.
- Si la persona se encontraba bajo una medida de salvaguarda de justicia.
- Si se instauró una acción para abrir una curatela o una tutela, antes de morir la persona, o si ha entrado en vigor un mandato de protección futura.

Además de los episodios esporádicos de alteración de las facultades mentales de una persona que puede influir en su incapacidad para realizar actos jurídicos, la ley francesa prevé situaciones permanentes en la que se requiere una protección previa y permanente de las personas que no pueden atender por sí misma sus intereses. La causa es básicamente una: la alteración de sus facultades personales, pero estas pueden ser mentales o físicas, cuando éstas no le permiten la expresión de su voluntad²⁷.

Esta situación da lugar a una declaración judicial de incapacidad, que no es otra cosa que prohibirle a la persona realizar, por sí mismo, ciertos actos de la vida civil so pena de ser sancionados por nulidad o reducción, e imponerle la asistencia o representación de otra persona, para realizar tales actos.

Pero la profundidad de la incapacidad también puede variar y por ello existen diferentes técnicas de protección:

- La representación, que implica una transferencia de poderes a otra persona que materialmente realiza el acto en nombre del incapaz. Tal es el caso del régimen de tutela.
- La autorización, que supone un aumento de poderes del incapaz por parte por otra persona que le asiste, su consejero o curador.

²⁶ CC, art. 414-2. red. Ley 2007-308.

²⁷ CC, art. 425. red. Ley 2007-308.

- El control *a posteriori*, que busca remediar los efectos nocivos de un acto ya realizado por el incapaz, y puede consistir en su reducción o su anulación.

Clases de incapacidad

En Francia se distinguen dos tipos de incapacidad:

La incapacidad de ejercicio general: que excluye completamente al incapaz del comercio jurídico de forma que éste no puede realizar ni participan directamente en la realización de ningún acto, sino a través un representante; el tutor (o el administrador legal). En esta forma de incapacidad se encuentra el menor no emancipado y el mayor bajo tutela.

- La incapacidad de ejercicio particular: que en general, permite que la persona bajo protección participe en el acto, o que dé su autorización previa y especial el mismo. Tal es el caso del incapaz que realiza actos, con la intervención de un curador que le asiste.
- En estos dos tipos de incapacidad, se pueden requerir formalidades suplementarias para perfeccionar los actos más importantes o graves. Por ejemplo, imponer la autorización a otro órgano de protección como el consejo de familia o de un juez de tutelas para realizar actos de disposición.

Instituciones de protección de los incapaces

La Ley 2007-308 se preocupó particularmente de atender tanto los aspectos personales como los patrimoniales de las personas mayores bajo protección judicial.

En ese sentido, se prevé que las personas víctimas de una alteración de sus facultades mentales puedan recibir una protección permanente y acceder al grupo de medidas terapéuticas existentes en Francia para velar por su bienestar. El Código de Salud Pública francesa aconseja que, en la medida de lo posible, la persona reciba su tratamiento en su domicilio a fin de preservar su libertad individual y favorecer su integración al medio social²⁸.

La Ley 2007-308 prevé también las siguientes instituciones de protección judicial para mayores de edad:

²⁸ L. 3211-1 del Código de Salud Pública.

- La salvaguarda de justicia.

Es una medida de protección jurídica que dicta el juez de tutela para proteger temporalmente o representar a la persona cuando va a realizar actos específicamente determinados.²⁹ La persona bajo salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos, pero no puede, bajo pena de nulidad, realizar el acto para el que el mandatario judicial ha sido designado. Los actos contrarios a esta medida pueden ser rescindidos por simple lesión, reducidos en caso de exceso, o anulados. Esta acción prescribe en cinco años.

Se trata de una medida temporal que sólo puede durar un año, aunque es renovable por el juez previa revisión de la situación que le ha dado origen. En todo caso, ella termina tras la realización del acto encargado, por haber sido sustituida por otro régimen como la curatela o tutela, o porque el juez considere que ya no es necesaria.

- La curatela.

Es una medida de protección que implica la asistencia o control de la persona, de manera continua, cuando realiza actos importantes³⁰ de la vida civil. Una sentencia del juez de tutelas declarará su constitución sólo cuando la salvaguarda no sea suficiente.

Como consecuencia de la curatela la persona protegida no puede, sin la asistencia de su curador, hacer ninguno de los actos que requerirían la autorización del consejo de familia, si se encontrara bajo el régimen de tutela.

No obstante, la persona bajo curatela puede³¹: dictar su testamento, hacer donaciones con la asistencia del curador y casarse, pero debe ser autorizado por el curador o el juez de tutela para casarse³².

La curatela se abre y termina como lo hace la tutela, por una sentencia del juez de tutela que está sometida a la misma publicidad.

- La tutela.

Es una medida de protección judicial que consiste en la representación de una persona de manera continua en los actos de la vida civil.

²⁹ CC, art. 433 y ss., nueva redacción de la Ley 2007-308.

³⁰ CC, art. 440. red. de la Ley 2007-308. La ley tiene un enfoque más flexible del régimen de protección de los mayores, y por ello los mecanismos de protección sólo operarán para temas de importancia, dando preferencia al principio de autonomía de las personas en la que se inspira.

³¹ CC, art. 467 y ss. nueva redacción de la Ley 2007-308.

³² CC, art. 460. red. de la Ley 2007-308.

Ella es abierta por el juez de tutelas de oficio, o a solicitud del interesado, de su cónyuge o pareja con la que exista un Pacto Civil de Solidaridad (PACS), si continúa la vida en común, los hijos, padres y hermanos, el curador si ha existido previamente una curatela, o por Fiscal de la República cuando éste ha sido alertado por un tercero (un amigo o un familiar).

El juez de tutelas debe individualizar el régimen que va a imponer, enumerando los actos que la persona está en capacidad de realizar por sí misma, con asistencia del tutor, o aquellos en los que necesite ser representado. Posteriormente se verá en detalle este mecanismo de protección.

- Mandatarios judiciales para la protección de los mayores.

La Ley 2007-308, crea la figura de los mandatarios judiciales que son los profesionales encargados de la protección de mayores cuando la familia o los parientes, no puede hacerlo (curatela, tutela, o mandato especial en la salvaguarda de la justicia) o para asegurar las medidas de acompañamiento judicial³³.

Se trata de un paso de la protección familiar, propia del Derecho francés, a una visión más estatal, propia del derecho alemán. Cuando la familia no pueda asegurar la protección, una asistencia profesional se ocupará de ello pero bajo el control del Estado. Esta figura reemplaza a las tutelas y curatelas del Estado y a los gestores de la tutela que consagraba la legislación francesa hasta el momento.

Los mandatarios judiciales pueden ser personas físicas tales como los abogados, notarios, médicos, que estarán sometidos a un control estricto del Estado³⁴.

Puede tratarse también de agentes hospitalarios cuya independencia respecto de su establecimiento y formación profesional serán garantizadas y organizadas en los establecimientos que los adultos y los ancianos estén siendo atendidos.

³³ CC, art.495. red. de la Ley 2007-308. Se trata del nuevo régimen previsto para ayudar a las personas mayores beneficiarias de prestaciones sociales y familiares cuya gestión es deficiente o pone en peligro su salud o seguridad a fin de restablecer su autonomía en la gestión de esos recursos.

³⁴ Sólo pueden ocupar este cargo, aquellas personas autorizadas e incluidos en una lista, realizada por un representante del Estado en cada departamento, previa aprobación del Fiscal de la República, para verificar sus moralidad, experiencia profesional desarrollada por una formación en las condiciones fijadas por un futuro decreto.

Rehabilitación de la capacidad jurídica

La rehabilitación de la capacidad jurídica no opera de forma automática cuando han desaparecido las causas que dieron lugar a su declaración. Se requiere guardar las mismas formalidades, es decir, se requiere un proceso judicial y una sentencia del juez de tutorías.

Las sentencias que abren, modifican o liberan de la curatela o tutela a una persona, no son oponibles ante terceros sino después de dos meses de haber sido escrita la medida al margen del acta de nacimiento de la persona protegida según las modalidades previstas por el Código de procedimiento civil. En todo caso, aún en ausencia de esta mención, ellas son oponibles a las terceras personas que personalmente han tenido conocimiento de ella.

Efectos internacionales

Al hablar de aplicación del derecho extranjero en materia de capacidad hay que diferenciar entre:

Las normas que establecen las causas de incapacidad, las medidas de protección y sus consecuencias, y aquéllas que organizan la forma en que el Estado u otro órgano prestará esa protección. Estos dos tipos de normas corresponden a facultades diferentes del Estado.

La primera, es una facultad que emana de la soberanía del Estado, y por lo tanto, en principio es inderogable e indelegable en otro Estado. Su aplicación es directa sobre sus nacionales, por los jueces de los países en los que se encuentren.

Cosa diferente ocurre con la facultad del Estado de organizar la protección de las personas incapaces, pues ésta no es inherente al estatuto personal. El principio de residencia prima sobre el personal en este aspecto y podrán aplicarse las normas de ese Estado.

De otro lado, la aplicación de las sentencias judiciales de protección de mayores por incapacidad se rige, en principio, por el régimen ordinario de cumplimiento de decisiones extranjeras, es decir, cumpliendo con las condiciones generales del *exequatur* que es un procedimiento judicial para reconocer y aplicar las sentencias dictadas por jueces de otro Estado.

II. NOMBRAMIENTO DE TUTOR

1. La figura del tutor en la legislación francesa en los procedimientos de incapacitación

La tutela es la medida de protección que consiste básicamente en una representación continua de la persona para realizar los actos de la vida civil. Ella se fundamenta en la imposibilidad, física o mental, de un mayor de edad en hacer valer por sí misma sus intereses³⁵.

La incapacidad de la persona bajo tutela es general, pues afecta a todos sus actos, tanto de administración como de disposición. No obstante, las personas bajo tutela, no requieren ser representados para realizar los actos de la cotidiana³⁶ ni algunos otros de carácter estrictamente personal, tales como el matrimonio, el Pacto Civil de Solidaridad –PACS, los actos de filiación y el testamento, que tienen su régimen propio y sus acciones en justicia.

Inicialmente, la legislación francesa consideró esta figura como una institución exclusivamente patrimonial³⁷ pero posteriormente su ámbito de protección se amplió hasta el personal. La reforma del Código Civil introducida por la Ley 2007-308, continúa por este sendero y privilegia la autonomía y libertad de la persona protegida, al buscar que ella sea escuchada y pueda participar en las decisiones que le conciernen, incluida la apertura de la tutela. Adicionalmente, se flexibiliza el régimen estableciendo, en la sentencia de apertura de tutela o posteriormente, los actos que la persona podrá realizar sola o con la asistencia del tutor.

En Francia, la tutela se caracteriza por ser un cargo:

- Personal, aunque el tutor puede adicionar, bajo su responsabilidad, el concurso de terceros para cumplir ciertos actos.
- Gratuito, aunque el juez de tutela o el consejo de familia, pueden autorizar el pago de una indemnización con cargo del mayor protegido, si la importancia de los bienes o la dificultad de la tarea lo ameritan.
- Temporal, pues se establece un término máximo de cinco años para la medida, pero ésta puede ser renovada.

³⁵ CC art. 473, inciso 2.º, red. Ley 2007-308, y art. 501 de la Ley 68-6, 3 de enero de 1968.

³⁶ CC, art. 473, inciso 1.º, red. Ley de 2007.

³⁷ Ley n.º 68-5 de 3 de enero de 1968.

Los órganos de la tutela son: el protutor, el consejo de familia y el tutor:

- El protutor

El juez o el consejo de familia, si éste existe, puede nombrar un protutor si lo considera necesario³⁸.

Las funciones básicas del protutor son las siguientes:

- Vigilar los actos del tutor e informar al juez o al consejo de familia, sobre las faltas del tutor en el ejercicio de su misión.
- Debe ser informado y consultado por el tutor antes de realizar todo acto importante.
- Debe representar al incapaz cuando sus intereses se opongan a los del tutor, y cuando el tutor no esté en posibilidad de representar al mayor en razón de los límites de su misión.

Este cargo termina al mismo tiempo que el del tutor. Pero si las funciones del tutor terminan antes de que el incapaz haya salido de su estado de incapacidad, el protutor es responsable de provocar el reemplazo del tutor³⁹.

El protutor puede ser un miembro de la familia o un amigo, pero si ninguno de ellos puede asumir las funciones de protutor, el juez puede designar un mandatario judicial para la protección del mayor⁴⁰.

- El tutor (se verá en detalle a continuación)

El tutor puede ser designado por la persona protegida⁴¹.

El juez, en consideración de la persona protegida, de las aptitudes de los interesados y del patrimonio a administrar, puede nombrar varios tutores para ejercer en común la medida de protección. Frente a terceros, cada uno de esos tutores se presumirá que han recibido todos los poderes para realizar sólo los actos, siempre que ellos no requieran otra autorización.

- El tutor *ad hoc*

Se puede nombrar un tutor *ad hoc* en ausencia del protutor cuando los intereses del incapaz estén en oposición con los intereses del tutor

³⁸ CC, art. 454 inc. 2.º y art. 456 inc.3.º, de la nueva redacción de la Ley 2007-308

³⁹ CC, art. 454 inciso 7, redacción de la Ley 2007-308.

⁴⁰ CC art. 455 y art. 456 inciso 3.º, redacción de la Ley 2007-308.

⁴¹ CC art. 446, red. de la Ley 2007-308.

en un acto o una serie de actos especiales, y cuando el tutor, en razón de las limitaciones de su misión, no pueda actuar por cuenta de su protegido. Esta nominación puede ser solicitada por el tutor, el Fiscal de la República o cualquier otro interesado, al juez de tutela o al consejo de familia, si existe, pero también puede actuar de oficio.

- El consejo de familia

Es un órgano de carácter facultativo y el juez de tutela juzgará si las necesidades de protección de la persona incapaz o la consistencia de su patrimonio lo justifican, y si procede según las circunstancias familiares. El juez de tutela nombra a sus miembros y preside el consejo de familia cuyas decisiones se toman por el voto de sus miembros. El tutor y el protutor están excluidos del consejo de familia.

Procedencia y alcance de la tutela

La tutela es una medida de protección que procede ante los casos de alteración de las facultades mentales o corporales de la persona que le impiden la expresión de su voluntad, siempre que sea constatada médicamente por certificado de un profesional inscrito en la lista de especialistas que cada año establece el Fiscal de la República. Esta medida está destinada a proteger tanto a la persona como a su patrimonio⁴².

Las condiciones de apertura de la tutela son de dos tipos:

- Condiciones funcionales o de fondo; se refiere a la alteración de sus facultades personales naturales (corporales, según el texto de 1968) que le impidan expresar su voluntad. En este caso la persona debe ser representada continuamente en los actos importantes de la vida civil⁴³.
- Condiciones de ejercicio; se refiere a la alteración de las facultades mentales por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento debido a la edad.

Las personas legitimadas para solicitar la tutela son: la persona conernida, su cónyuge o su pareja de PACS, a menos que haya cesado la

⁴² Los artículos 425 y 440 de la redacción de la Ley de 2007-308, reemplazan al artículo 490 del Código Civil (Ley 1968-5, de 3 de enero de 1968).

⁴³ El art. 425 de la Ley de 2007, reemplaza al artículo 490 del CC (Ley 1968-5). El nuevo texto circunscribe la representación para los actos importantes de la vida civil.

comunidad de vida entre ellos, sus descendientes, ascendientes, hermanos o hermanas, el curador si una curatela le ha precedido, el ministerio público, o el juez, de oficio⁴⁴.

Los otros parientes consanguíneos, y afines, los amigos, el médico asistente y el director del establecimiento sólo podrán dar al juez su opinión sobre la causa que justifica la apertura de la tutela. Estas personas podrán interponer un recurso ante el Tribunal de la Gran Instancia contra la sentencia que haya abierto la tutela, incluso si no han intervenido en el proceso con anterioridad.

Las sentencias sobre la apertura, modificación o levantamiento de la tutoría, deben inscribirse al margen de la partida de nacimiento de la persona protegida. Sólo después de dos meses de la inscripción, las medidas dictadas serán oponibles ante terceros.

Las decisiones relativas a la tutela son generalmente adoptadas por el juez de tutela del lugar en donde se encuentra el domicilio del enfermo, pero éste puede, facultativamente⁴⁵, reunir un consejo de familiar para tener su opinión sobre el estado de la persona implicada⁴⁶. Este consejo puede operar sin la presencia del juez.

El juez de tutelas debe escuchar a la persona a proteger y explicarle el procedimiento iniciado, y el juez puede considerar oportuna la presencia del médico encargado o de otras personas. El Fiscal de la República y el abogado del interesado tienen la facultad de asistir a estas reuniones. Esta etapa puede ser eliminada, por decisión motivada del juez, si el médico considera que se pone en peligro la salud del interesado.

El Fiscal de la República debe ser informado sobre la apertura de la tutela, si él no ha solicitado su apertura. También debe ser informado sobre la supresión de la audición de la persona.

De manera general, si la persona interesada está casada, la apertura de la tutela es en principio descartada pues los mecanismos de habilitación y de representación judicial del régimen matrimonial son suficientes para asegurar la protección de los intereses del enfermo por su cónyuge⁴⁷. La tutela constituye en este caso, una medida subsidiaria.

⁴⁴ La apertura de la tutela será pronunciada en las condiciones previstas en el Nuevo Código de Procedimiento Civil (NCPC), artículos 1232 y ss.

⁴⁵ CC arts. 456-457, red. Ley 2007-308

⁴⁶ NCPC, art. 1249.

⁴⁷ CC, art. 217, 219, 1426.

Ámbitos de protección de la tutela

La tutela atiende dos ámbitos de protección, el personal y el patrimonial:

- En el ámbito personal opera la protección de la persona del incapaz.

El tutor debe asumir los cuidados personales del protegido, en especial, procurar que reciba la atención médica necesaria para mejorar su salud. Las directrices generales en este campo las da el consejo de familia, cuando exista.

La Ley 2007-308 establece que la persona protegida tiene derecho a recibir del tutor, toda la información sobre su situación personal, los actos que le conciernen, su utilidad, el grado de urgencia y sus efectos, así como las consecuencias de no realizarlos.

El espíritu garantista de la ley se manifiesta en varias normas relativas a los deberes del tutor frente a la persona bajo su protección:

- El tutor está obligado a tomar, sólo las medidas estrictamente necesarias para poner fin al peligro que su propio comportamiento le ocasiona.
- Sólo en caso de urgencia, previa autorización del juez o del consejo de familia, si existiere, puede tomar una decisión que pueda atentar gravemente contra la integridad corporal de la persona protegida o la limite en su vida privada.
- El tutor puede ser sustituido por el consejo de familia, por fallos en la protección de los que sea culpable por negligencia habitual. En ese momento se dará lugar al nombramiento de un nuevo nombramiento.
- El juez o el consejo de familia, si existiere, decidirá sobre las condiciones en las que el tutor encargado de una misión de protección de la persona rendirá cuentas de las diligencias que ha desempeñado.

Casos especiales:

- Donaciones: La persona en tutela podrá ser representada por el tutor para hacer donaciones, previa autorización del juez o del consejo de familia, si existiere.
- Testamento: Con posterioridad a la apertura de la tutela, la persona protegida no podrá hacer su testamento solo, sino con la autorización del juez o del consejo de familia, si estuviera cons-

tituido, so pena de nulidad del acto. El tutor no puede asistirlo ni representarlo en esta ocasión. No obstante, puede revocar el testamento dictado antes o después de la apertura de la tutela. El testamento hecho con anterioridad a la apertura de la tutela continúa siendo válido a menos que se establezca que ha desaparecido la causa que determinó al testador a disponer.

- La filiación: La declaración de nacimiento de un hijo, su reconocimiento, los actos de autoridad parental hacia la persona del hijo, la declaración de elección o cambio del nombre de un hijo y el consentimiento para su propia adopción o la de su hijo, son actos personales que no son objeto de representación.
- Residencia: La persona protegida tiene derecho a elegir su lugar de residencia libremente y de mantener relaciones con terceras personas sean parientes o no.
- El matrimonio: El matrimonio de una persona bajo tutela no es permitido sino con autorización de juez o del consejo de familia, si existiera, luego de escuchar a los futuros cónyuges y recoger, llegado el caso, la opinión de sus padres y del entorno.
- El PACS: Para realizar un pacto civil de solidaridad, con una persona bajo tutela, se requiere una autorización del juez o del consejo de familia, si ha sido constituido, luego de escuchar a los futuros cónyuges, y de obtener la opinión de los padres y del entorno, si es el caso. El tutor debe asistir al interesado al momento de firmar la convención. En caso de modificar el PACS se deben aplicar las mismas formalidades aquí mencionadas. La persona tutelada puede romper el PACS por declaración conjunta o por decisión unilateral. En este caso será el tutor quien realice la notificación a la otra parte y la inscriba ante el *greffier* del tribunal de instancia del lugar donde se registró la convención⁴⁸, o que reciba la notificación por la otra parte que decide unilateralmente poner fin a la convención.
- Los actos propios de la vida cotidiana: Para realizar estos actos la persona bajo tutela no requerirá representación.
- En el ámbito patrimonial, los poderes del tutor serán los que le permitan representar a la persona protegida en los actos necesarios para su gestión de su patrimonio.

⁴⁸ CC art. 515-7, inc. 5

El poder de representación tiene un marco jurídico muy estricto:

- La Ley 2007-308, que reforma el Código Civil.
- El juez cuando dicte la medida de tutela o posteriormente podrá enumerar ciertos actos que la persona podrá realizar sola o con asistencia del tutor.
- Un decreto del Consejo de Estado que fijará la lista de actos de administración relativos a la gestión corriente del patrimonio y los actos de disposición que le comprometen de manera durable y sustancial⁴⁹.

La representación del tutor en el ámbito judicial, sólo opera para hacer valer los derechos patrimoniales de la persona protegida. Cuando se trate de derechos extra-patrimoniales de la persona protegida, se requerirá la autorización del juez o del consejo de familia, si estuviera constituido⁵⁰.

La apertura de la tutela también produce efectos sobre la validez de los actos que realice la persona protegida.

- Actos realizados con anterioridad a la apertura de la tutela:

La incapacidad general de ejercicio que supone la tutela, sólo opera desde la publicidad⁵¹ de la sentencia de apertura. Los actos realizados con anterioridad, no son protegidos y se tienen por válidos. Este principio admite algunas derogaciones que se rigen por las siguientes reglas:

- Si los actos fueron realizados dentro de los dos años anteriores a la publicidad de la sentencia de tutela, estos pueden ser reducidos por la sola prueba de la ineptitud de la persona para defender sus intereses debido a la alteración de sus facultades personales, siendo éstas notorias o conocidas al cocontratante a la época en que se realizaron los actos⁵².

⁴⁹ CC art. 496, red. Ley de 2007-308.

⁵⁰ CC art. 475, red. Ley de 2007-308.

⁵¹ La publicidad se surte dos meses después de la inscripción de una anotación en el margen del acta de nacimiento de la persona afectada sobre el contenido de la medida adoptada.

⁵² CC art. 435, red. Ley de 2007-308. La persona colocada bajo salvaguarda de justicia conserva el ejercicio de sus derechos, pero no puede realizar actos para los que se ha designado un mandatario especial, so pena de incurrir en una causal de nulidad absoluta. Los actos realizados así como los compromisos acordados durante la duración de esta medida, pueden ser rescindidos por simple lesión, o reducidos en caso de exceso, aunque estos actos podrían ser nulos por existencia de problemas mentales al momento de realizar el acto, en aplicación del artículo 414-1 de la misma ley.

- Si se prueba que la persona protegida sufrió un perjuicio, los actos pueden ser anulados.
- La acción prescribirá dentro de los cinco años a partir de la apertura de la medida de protección. Esta hipótesis se aplica a todo tipo de acto, no sólo contratos y actos unilaterales, salvo que se trate de operaciones en las que la persona afectada no ha contribuido activamente, como es el caso de la expropiación.
- Actos realizados durante la vigencia de la tutela:

Desde la publicidad de la sentencia de apertura, pueden presentarse irregularidades en los actos realizados por la persona protegida y por la persona encargada de su protección. Esas irregularidades son sancionadas en los casos siguientes:

- Si la persona protegida realiza por sí misma un acto, que podía realizar sola o sin representación, el acto continúa sujeto a las acciones de rescisión o reducción previstas para los casos de personas bajo salvaguarda de justicia⁵³, salvo que expresamente hubiera sido autorizada por el juez o el consejo de familia.
- Si la persona protegida realiza por sí misma un acto para el que debió estar asistida, éste acto sólo será anulado si se establece que sufrió un perjuicio.
- Si la persona protegida realiza un acto por sí misma para el que requería representación, el acto es nulo de pleno derecho sin que sea necesario justificar el perjuicio.
- Si el tutor o el curador realizan solos un acto que debía ser hecho por la persona protegida por sí misma, o con su asistencia, o que sólo podía ser realizado con la autorización del juez o del consejo de familia, el acto es nulo de pleno derecho. Este acto puede ser confirmado o autorizado por el juez o por el consejo de familia.

La acción de nulidad, de rescisión o reducción sólo pertenecen a la persona protegida y, después de su muerte, a sus herederos. El tutor o el curador puede, con autorización del juez o del consejo de familia, adelantar sólo la acción de nulidad, rescisión o reducción previstas para cada uno de estos eventos. Estas acciones prescriben a los 5 años.

⁵³ CC, art. 464, red. Ley de 2007-308.

Condiciones para ser tutor de una persona incapaz

En términos generales, las reglas aplicables a la tutela de los mayores de edad son las mismas previstas para la tutela de los menores, con excepción de aquéllas que afectan a la educación del niño y, además, bajo las modificaciones siguientes⁵⁴:

- En materia de capacidad⁵⁵ para asumir el cargo de tutor la ley exige simplemente:
 - Que se trate de mayores de edad.
 - Que goce de capacidad legal, es decir que no sea un demente, ni esté bajo tutela o curatela.
- La ley consagra también unas causales de exclusión o destitución de pleno derecho⁵⁶:
 - Estar condenado a una pena aflictiva o infamante o a una prohibición del ejercicio de cargos tutelares por la ley penal.
 - Estar privado de la patria potestad.
 - Tener mala conducta notoria.
 - Que se haya constatado su falta de probidad, negligencia habitual o ineptitud en los negocios.
- Son excluidos de la carga tutelar de sus pacientes, los miembros de las profesiones médicas, de farmacia y los auxiliares médicos⁵⁷.
- Son causas de recusación del cargo de tutela tener un litigio con la persona afectada por la tutela, respecto al estado de ésta o de una parte importante de sus bienes⁵⁸.

Se puede retirar la carga de tutoría a una persona, aunque en principio no incurra en alguna de las causales de exclusión, en los siguientes eventos⁵⁹:

- Si se produce un cambio importante en su situación.

⁵⁴ CC, art. 495, que remite a las secciones 2, 3 y 4 del capítulo II, en el título décimo del presente Libro I.

⁵⁵ CC art. 442.

⁵⁶ CC art. 441 al 444.

⁵⁷ CC art. 445, inciso 2, redacción, Ley n.º 2007-308, de 5 de marzo 2007.

⁵⁸ CC art. 445.

⁵⁹ CC art. 445, red. Ley n.º 2007-308, de 5 de marzo 2007. Se remite al artículo 395 al 397 del CC.

- Si surge un litigio o contradicción de intereses entre el tutor y el mayor protegido, que impide ejercer sus funciones en interés del incapaz.
- Si es evidente su ineptitud y negligencia.
- Cuando es culpable de fraude.

Cargas y obligaciones del tutor

El tutor asume el cuidado de la persona mayor protegida y la representa en todos los actos de gestión de su patrimonio. Deberá portar los cuidados prudentes, diligentes y atender exclusivamente a los intereses de la persona protegida.

Especialmente el tutor deberá:

- Abrir una cuenta a nombre de la persona protegida, con la mención de la medida de tutela, ante el establecimiento habilitado para ello y depositar directamente en ella el monto de ingresos de la persona protegida⁶⁰.
- Realizar durante los tres meses siguientes a la apertura de la tutela, un inventario de los bienes de la persona protegida, en presencia del protutor si éste ha sido nombrado y mantenerlo actualizado.
- Realizar actos conservatorios, salvo los que la ley o la costumbre le autorice a hacer por sí misma a la persona bajo tutela, y los actos de administración necesarios para la gestión del patrimonio del protegido. El juez puede enumerar los actos que la persona puede realizar por sí mismo⁶¹.
- Presentar anualmente la rendición de cuentas de su gestión al juez. Estas deben ser sometidas también por el tutor al “*greffier*” en jefe del tribunal de instancia. Podrá conocer la rendición de cuentas todas las personas que demuestren interés legítimo en ello, además de la persona protegida y el protutor.
- Al finalizar la tutela, deberá establecer una cuenta de gestión de todas las operaciones realizadas desde el establecimiento de la últi-

⁶⁰ Si la tutela es confiada a personas o a servicios encargados de los establecimientos de la salud o establecimientos sociales o médico-sociales sometidos a las reglas de contabilidad pública, esta condición de depósito se hará bajo las condiciones fijadas por un decreto del Consejo de Estado.

⁶¹ CC art. 473 y 504, nueva redacción de la Ley de 2007-308.

ma cuenta anual y someterla a verificación y aprobación por el juez. También presentará una copia de las cinco últimas rendiciones de cuenta de su gestión a la persona que ha readquirido su capacidad, o si procediera, a la nueva persona encargada de la medida o a los herederos de la persona protegida.

- Si los ingresos y el patrimonio de la persona protegida son muy modestos, el juez puede excusar al tutor de presentar la rendición de cuentas y el inventario, pero si al contrario, el patrimonio es muy importante, el juez puede pedir que la verificación y aprobación de las cuentas las realice un técnico, con cargo al interesado.

Existen ciertos actos que requieren una autorización previa del juez o del consejo de familia, si éste existiera:

- Realizar actos de disposición a nombre de la persona protegida.
- Demandar ante la justicia para hacer valer los derechos extrapatrimoniales del protegido.
- Transigir o comprometerse en nombre de la persona protegida.
- Aceptar la partición de una herencia relacionada con la persona del protegido y todos los actos relativos con la apertura de sucesiones en su favor.

El tutor no puede:

- Realizar actos de donación, ni siquiera con autorización.
- Adquirir de un tercero un derecho o un crédito que éste tenga contra la persona protegida.
- Ejercer el comercio o una profesión liberal a nombre de la persona protegida.
- Comprar bienes de la persona protegida ni tomarlas en alquiler, salvo que el juez lo permita expresamente.

La acción de rendición de cuentas prescribe a los cinco años a partir del fin de la medida, aunque la gestión haya continuado posteriormente.

Extinción de la tutela

La tutela se extingue por la muerte de la persona interesada y por la desaparición de las causas por las cuales se constituyó⁶². En este caso se requiere una sentencia de levantamiento de la tutela basada en un certificado médico en el que conste que la persona interesada no necesita ser representada de manera continua en los actos de la vida civil⁶³.

Adicionalmente, la reforma al Código Civil de la Ley 2007-308⁶⁴ introdujo un límite a la duración de la tutela: un período máximo de cinco años⁶⁵. No obstante, éste podrá ser renovado por el juez de tutela por cinco años más, y excepcionalmente, si un dictamen médico sugiere que la salud del incapaz no es susceptible de mejorar según los avances científicos del momento, el juez podrá renovar la tutela por un período mayor mediante sentencia motivada.

Otras circunstancias por las que se extingue la tutela antes del vencimiento del término fijado por el juez⁶⁶:

- Por transformación de la tutela en otra medida de protección como la salvaguarda o curatela. El juez de tutelas podrá decidir si restituye al interesado en su plena capacidad o le somete a otro régimen de protección⁶⁷.
- Si la persona protegida reside temporalmente fuera del territorio nacional, y este alejamiento impide al juez realizar el seguimiento y control de la medida. En este caso, el juez de tutela podrá poner fin a la tutela, o transformarla en otra medida más adecuada.⁶⁸

El levantamiento de la tutela puede ser pronunciada de oficio o por solicitud de la persona protegida, de su cónyuge (o de su compañero al que está unido por pacto civil de solidaridad o por su concubino/a), a condición de continuar efectuando vida en común, de un pariente o un tercero, de una persona que mantenga lazos estrechos y estables con el incapaz, el tutor o por el Fiscal de la República, actuando por iniciativa propia o por solicitud de un tercero⁶⁹.

⁶² CC, art. 507.

⁶³ CC, art. 507.

⁶⁴ CC art. 442, nueva red. Ley 2007-308.

⁶⁵ CC art. 441, nueva red. Ley 2007-308, 5 de marzo 2007, que entra en vigor el 1 de enero del 2009.

⁶⁶ CC art. 442, inc. 3.º y 4.º, y art. 443, nueva redacción de la Ley n.º 2007-308, 5 marzo 2007, que entra en vigor en 1 de enero del 2009.

⁶⁷ CC art. 442, inc. 3.º, nueva red L. n.º 2007/308, 5 marzo 2007.

⁶⁸ CC art. 443, inc. 1.º, nueva red L. n.º 2007/308.

⁶⁹ CC art. 430, red L. n.º 2007/308, 5 marzo 2007.

La medida de tutela llega a su fin a partir del momento en el que la sentencia de levantamiento tenga fuerza de cosa juzgada.

En todo caso, toda sentencia de apertura, modificación o levantamiento de una tutela o de una curatela, será oponible frente a terceros sólo dos meses después de su respectiva inscripción al margen del acta de nacimiento de la persona protegida. No obstante, estas medidas serán oponibles ante los terceros que personalmente han tenido conocimiento de ella, aun cuando la inscripción no se haya realizado.

Bibliografía consultada

Pierre MAYER y Vincent HEUZE: *Droit international privé*, Éditions Montchrestien, EJA, 7.^a edición, París, 2007.

Philippe MALAURIE: *Les personnes - les incapacités*, Defrénois - EJA, 3.^a edición, París, 2007.

Bernard TEYSSIE: *Droit civil. Les personnes*. LexisNexis S.A., 10.^a edición, París, 2007.

JUAN MANUEL CAMPO CABAL –MUTUALDIS–
Profesor Titular de la Universidad Europea de Madrid

ULISES FERNÁNDEZ ROJAS –MUTUALDIS–
D.E.A. Universidad Complutense de Madrid

La incapacidad jurídica de un ciudadano dominicano residente en España

SUMARIO: I. Introducción. II. Aplicación de la ley personal. III. Nacionalidad española con valor de simple presunción. IV. Doble nacionalidad. V. Derecho interno dominicano relevante en materia de doble nacionalidad. VI. Acreditación del derecho dominicano. VII. Prueba del estado civil y legalización de documentos públicos de la República Dominicana. VIII. Instituciones dominicanas de protección del incapaz. IX. Efectos internacionales.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es un fenómeno físico y psicológico que puede llegar a afectar en algunos casos la capacidad jurídica de las personas, convirtiéndose en causa de incapacidad.

El Código Civil señala que la capacidad jurídica de las personas físicas será regulada por su ley personal, *“determinada por su nacionalidad”* (art. 9.º-1). Misma ley, que regulará las instituciones de protección del incapaz.

Esta remisión a la ley determinada por su nacionalidad, se ve exceptuada para ciertos casos en los cuales se aplica la ley española, como son las medidas provisionales o urgentes y las formalidades para adoptar medidas de protección, y en todo caso, cuando se trate de menores o incapaces que se hallen en territorio español abandonados (art. 9.º-6).

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que la ley personal será el criterio general para determinar la incapacidad jurídica de una persona natural extranjera en España, cuyo contenido estaría proporcionado por la legislación nacional de cada uno.

Tal formulación, en principio sencilla, se torna compleja cuando concurren factores frecuentes como la doble nacionalidad, el cambio de domicilio entre diferentes países, o la adopción internacional, por citar algunos.

El propósito de este capítulo es analizar los criterios para establecer la capacidad jurídica de los nacionales dominicanos radicados en territorio español, que por norma expresa de nuestro Código Civil se convierten en obligada referencia. Para ello, abordaremos aspectos de derecho sustantivo internacional, español y dominicano, relativos a la nacionalidad española, a la frecuente concurrencia en una misma personas de las nacionalidades española y dominicana, a las instituciones dominicanas de protección del incapaz y a elementos de derecho procesal como la prueba del derecho foráneo.

II. APLICACIÓN DE LA LEY PERSONAL

El concepto de ley personal correspondiente a las personas físicas en nuestro Código Civil, toma su contenido concreto a partir de la Ley nacional del sujeto de derecho, conforme a su artículo 9.º-1. Ahora bien, para establecer la legislación material aplicable para resolver judicialmente en España sobre la capacidad jurídica de los ciudadanos dominicanos, nos remitimos directamente a la legislación interna de la República Dominicana, en la cual encontramos que el artículo 3.º de su Código Civil, establece que *“las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas, obligan a todos los dominicanos, aunque residan en país extranjero”*. Consecuente con lo anterior, se impone la aplicación del correspondiente derecho material dominicano para que la justicia española pueda resolver, en España, acerca de la incapacidad de un ciudadano dominicano.

III. NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN

El Código Civil en su artículo 17.1.c) reconoce como españoles de origen a los nacidos en territorio español de padres extranjeros, con tal que ambos padres carezcan de nacionalidad o si la legislación nacional de ninguno de ellos les reconociese tal nacionalidad *iure sanguinis*. La

nacionalidad española es reconocida, en este caso, a quienes no tengan ninguna nacionalidad atribuida, evitando que se dé una situación de apatridia. En reciente Instrucción¹, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha compilado ilustrativa y comparativamente diferentes casos en los que se puede estar ante la situación de reconocer o denegar con valor de simple presunción la condición de nacional español de origen en su Anexo, numerales 1 y 2, respectivamente. En relación con los nacidos en España de padres dominicanos, esta Instrucción en su Anexo, numeral 2, establece que:

“No son españoles ‘*iure soli*’, por corresponderles ‘*iure sanguinis*’ la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de: [...] e) Dominicanos (Resoluciones de 16-1.^a de marzo y 27-3.^a de mayo de 2005; 5-2.^a y 19-1.^a de octubre de 2006; 14-4.^a de enero de 2007)”.

En efecto, la nacionalidad dominicana les es atribuida directamente a los nacidos en España de padres dominicanos, con fundamento en el artículo 11.3 de la Constitución de la República Dominicana de 25 de julio del 2002, el cual reconoce como dominicanas, a “*todas las personas nacidas en el extranjero, de padre o madre dominicanos, siempre que, de acuerdo con las leyes del país de nacimiento, no hubieren adquirido una nacionalidad extraña; o que, en caso de haberla adquirido, manifestaren, por acto ante un oficial público remitido al Poder Ejecutivo, después de alcanzar la edad de diez y ocho (18) años, su voluntad de optar por la nacionalidad dominicana*”².

IV. DOBLE NACIONALIDAD

El Convenio sobre Doble Nacionalidad suscrito entre España y República Dominicana el 15 de marzo de 1968³, acuerda que “*los españoles y dominicanos podrán adquirir la nacionalidad dominicana o española,*

¹ Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción, publicada en el BOE núm. 86, de 10 de abril de 2007.

² Por motivos evidentes de jerarquía normativa, esta disposición constitucional ha derogado tácitamente el artículo 10.^o del Código Civil dominicano, que a la letra decía: “*Los hijos de padres o madres dominicanos que hayan nacido en otro territorio, serán dominicanos, si vinieren y se domiciliaren en el país*”. Ha operado, entonces, un cambio de criterio por vía constitucional que ahora sí atribuye automáticamente la nacionalidad dominicana a los hijos de padre o madre de dicho país, si nacen en territorio español, sin necesidad, como decía el Código Civil, de que “*vinieren y se domiciliaren en el país*”.

³ Publicado en el BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969.

respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Partes Contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad” (art. 1.º), en la misma línea de lo establecido en el artículo 24 del Código Civil español, el cual prevé que “la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen”.

Este Convenio tiene las siguientes características relevantes para el propósito de esta publicación:

i. *Prevalencia.*— El Convenio sobre doble nacionalidad establece en su artículo 3.º que “los nacionales de ambas Partes Contratantes a los que se refiere este Convenio, en ningún caso podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas, en su condición de nacionales de las mismas, sino sólo a la legislación del país que ha otorgado la nueva nacionalidad”.

ii. *Exclusividad.*— Su Protocolo Adicional de 2 de octubre de 2002⁴, ratifica en su artículo 2.º que “los españoles y dominicanos que se hayan acogido o se acojan en lo sucesivo a las disposiciones del Convenio, quedarán sometidos a la jurisdicción y la legislación del país que otorga la nueva nacionalidad para todos los actos que sean susceptibles de producir efectos jurídicos directos en él”, si bien, a renglón seguido matiza que “en todo lo que no sea incompatible con la presente disposición, se aplicará también a estas personas la legislación de su nacionalidad de origen”.

iii. *Información recíproca entre los Estados contratantes.*— La inscripción de las nuevas nacionalizaciones españolas y dominicanas “serán comunicadas a la otra Parte Contratante por vía diplomática o consular, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan en virtud del artículo 5.º”, el cual prevé que las Parte “se obligan a comunicarse, a través de las Embajadas respectivas, en el plazo de sesenta días, las adquisiciones y pérdidas de nacionalidad y los cambios de domicilio, así como los actos relativos al estado civil de las personas beneficiadas por él” (art. 5.º).

iv. *Domiciliación en terceros Estados.*— El Convenio establece que “en el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, continuará sometida a la legislación del país que ha otorgado la nueva nacionalidad” (art. 4.º).

v. *Recuperación del domicilio de origen.*— El artículo 4.º dispone que los nuevos nacionales de uno y otro Estado, “que fijen de nuevo su residencia habitual en el país de origen y deseen recobrar en él, y con arre-

⁴ Publicado en el BOE núm. 272, de 13 de noviembre de 2007.

glo a sus leyes, el ejercicio de los derechos y deberes especificados en el artículo 3.º [correspondientes a los que su legislación de origen les otorgaba hasta antes de obtener la nueva nacionalidad], *deberán avvicindarse y someterse a lo dispuesto sobre la materia en España y en la República Dominicana*". Por lo anterior, un nacional dominicano al adquirir la nacionalidad española por residencia, por ejemplo, pasaría a tener como legislación de referencia la de su nueva nacionalidad, pero si fija su residencia habitual en el país de origen y recobran el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, será la legislación dominicana la que se le habrá de aplicar siendo consecuentes también con el artículo 3.º del mismo Convenio cuando establece que *"los nacionales de ambas Partes Contratantes a las que se refiere este Convenio, en ningún caso podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas, en su condición de nacionales de las mismas"*.

Finalmente, es importante destacar que la fecha de la adquisición de la nacionalidad española por residencia *"no es la de la concesión, ni la de la inscripción, sino la del acta exigida por el artículo 23 Código Civil"*⁵.

V. DERECHO INTERNO DOMINICANO RELEVANTE EN MATERIA DE DOBLE NACIONALIDAD

La Constitución de la República Dominicana de 2002, en su artículo 11 establece las siguientes reglas relevantes en materia de adquisición de nacionalidad:

"Párrafo I.— Se reconoce a los dominicanos la facultad de adquirir una nacionalidad extranjera. Párrafo II.— La mujer dominicana casada con un extranjero podrá adquirir la nacionalidad de su marido. Párrafo III.— La mujer extranjera que contrae matrimonio con un dominicano seguirá la condición de su marido, a menos que las leyes de su país le permitan conservar su nacionalidad, caso en el cual tendrá la facultad de declarar, en el acta de matrimonio, que declina la nacionalidad dominicana. Párrafo IV.— La adquisición de otra nacionalidad no implica la pérdida de la nacionalidad dominicana. Sin embargo, los dominicanos que adquieran otra nacionalidad no podrán optar por la Presidencia o Vicepresidencia de la República".

El Código Civil dominicano, por su parte, trae una previsión relevante en materia de nacionalidad cuando media una adopción: *"Un domi-*

⁵ Resolución de 19 de abril de 2006 (5.ª), de la DGRN.

nicano puede adoptar un extranjero o ser adoptado por un extranjero. La adopción no produce efecto sobre la nacionalidad” (art. 345, modificado según Ley 5152 del 13 de junio de 1959). La carencia de efectos sobre la nacionalidad debe entenderse a efectos internos de la República Dominicana, es decir, que el menor adoptado por padres españoles por ejemplo, aun cuando adquiere la nacionalidad española por la vía prevista en el artículo 19 del Código Civil español, no perdería por este sólo hecho la nacionalidad dominicana.

VI. ACREDITACIÓN DEL DERECHO DOMINICANO

La adecuada incorporación del derecho foráneo a los procesos judiciales donde ella debe observarse es crucial, pues de este marco jurídico dependerá la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Se trata, en efecto, de la causa de pedir como elemento que identifica a la acción, que enlaza directamente con el principio de la congruencia de la sentencia. Congruencia que si bien es claramente aceptada actualmente respecto de los hechos alegados, no lo es tanto en cuanto al alcance de la vinculación que tiene el juez respecto de los fundamentos jurídicos planteados en la demanda o lo que es igual, respecto del elemento jurídico como elemento configurador de la causa de pedir.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, dispone en su artículo 218.1, Párrafo 2.º, sobre exhaustividad y congruencia de las sentencias, que “*el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*”.

Aquí se hace una distinción entre los fundamentos de Derecho, por una parte, y por otra, las normas aplicables al caso, a los que De la Oliva⁶ denomina como *fundamento y fundamentación* de las pretensiones, respectivamente. Respecto de ésta última, sería de aplicación el principio *iura novit curia*.

Ahora bien, ¿qué pasa si estamos frente a “normas aplicables al caso” pero que no pertenecen al derecho positivo español, sino de terceros estados, como el derecho de la República Dominicana, para resolver

⁶ Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3.ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2004, pág. 457.

acerca de la capacidad jurídica de una persona física? Ante esta situación, el artículo 281.2 de la LEC, dispone que “*serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”.

¿Y se aplicaría el mismo principio del *iura novit curia*? A este respecto, Fernández Rozas estima que

“el principio *iura novit curia* no opera, en principio, para el Derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia. En suma, el Derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos. Ahora bien, tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales. El artículo 281.2.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que deroga y sustituye al artículo 12.6.II del CC, confirma este carácter procesalmente híbrido del Derecho extranjero. Después de que el artículo 281.1.º se refiere a la necesidad de la prueba de los hechos, el artículo 281.2.º añade que ‘también será objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero’. Este tratamiento probatorio conjunto de la costumbre y del Derecho extranjero es un claro síntoma de que no se trata de simples hechos, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque ‘también’ deban ser probados”⁷.

La prueba del derecho dominicano, se regula en abstracto en el mismo artículo 281.2.º antes citado, subrayándose que “*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”; prueba que, según el artículo 282, se practicará a instancia de parte. Aun cuando rige el principio de alegación y prueba del derecho extranjero a cargo de las partes, a partir de la previsión legal del artículo 281.2 LEC el Tribunal Constitucional ha desentrañado una carga de colaboración para el juez, destacando que “*el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación estime necesarios, dic-*

⁷ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 151 y 152.

tando al efecto las providencias oportunas”, para que pueda ser allegada al proceso la acreditación de su contenido y vigencia⁸. A estos efectos, pues, el juzgador podrá facilitar la obtención del derecho dominicano tal como está previsto en la Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, hecha en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988, y que es de plena aplicación tanto para España como para la República Dominicana. España designó a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, cuya dirección es San Bernardo 47, Madrid 28015, como autoridad central competente para recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias, a los efectos previstos en la Convención.

VII. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE LA REPÚBLICA DOMINICANA

Orientado al establecimiento del estado civil de los ciudadanos dominicanos, el Código Civil de este Estado prevé que *“los actos del estado civil se inscribirán en los registros destinados a ese fin, y expresarán la hora, el día y el año en que se reciban, como también los nombres, apellidos, edad, profesión, nacionalidad y domicilio de las personas que en ellos figuren”* (art. 34), para lo cual *“cualquier persona podrá pedir copia de las actas sentadas en los registros del estado civil. Esas copias, libradas conforme a los registros legalizados por el presidente del tribunal de primera instancia de la jurisdicción, o por el juez que haga sus veces, se tendrán por fehacientes, mientras no sea declarada su falsedad [...]”* (art. 45). Supletoriamente, el mismo Cuerpo normativo dispone que *“cuando no hayan existido los registros, o éstos se hubieren perdido, la prueba de tales circunstancias será admitida, ya por título fehaciente, ya por testigos: en dichos casos los nacimientos, matrimonios y defunciones podrán probarse por medio de libros y papeles procedentes de los padres ya difuntos, o por medio de testigos”* (art. 46).

Respecto de los nacimientos y la filiación en particular, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescente (C.D.F.N.N.A.), establece que *“se prueba por el acta de nacimiento emitida por el Oficial del Estado Civil”* y *“a falta de ésta, basta la posesión de Estado, conforme se establece en el derecho común”*

⁸ STC 10/2000, de 17 de enero de 2000.

(art. 62), que corresponde con el levantamiento ante el Juez de Paz, de la correspondiente acta de notoriedad (art. 70 del Código Civil)⁹.

Para incorporar en España válidamente las actas del registro civil dominicano, la opción entre legalización o apostilla se decanta a favor de aquella, pues aunque España es signataria de la “*Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros*”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961¹⁰, la República Dominicana no se ha adherido a esta Convención. Por lo tanto, será necesario acudir al tradicional sistema de legalización consular de documentos ante las respectivas delegaciones, española destacada en territorio dominicano y dominicana en territorio español, para que los documentos públicos de uno y otro Estado tengan validez ante las autoridades del otro.

VIII. INSTITUCIONES DOMINICANAS DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ

En el marco jurídico dominicano, se reconoce a toda persona natural o física sin excepción, la capacidad *de derecho* o de goce, o lo que es lo mismo, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones¹¹. También se reconoce que toda persona tiene capacidad *legal* o de ejercicio, excepto si la ley prevé su incapacidad (arts. 902, 1123 y 1124 del Código Civil).

⁹ Sobre sus formalidades y contenido:

“Esta acta de notoriedad contendrá la declaración de siete testigos de uno u otro sexo, parientes o no del interesado, sus nombres y apellidos, profesión y domicilio del futuro esposo o esposa, los de sus padres, si son conocidos, el lugar y, en cuanto sea posible, la época de su nacimiento y las causas que impidan producir el acta. Los testigos firmarán el acta de notoriedad junto con el Juez de Paz y Secretario, y si alguno no supiere o no pudiere hacerlo se hará constar” (art. 71 del Código Civil).

¹⁰ Firmada por España el 21 de octubre de 1976, publicada su ratificación en el BOE de 25 de septiembre de 1978 y en vigor para España a partir del 25 de noviembre de 1978.

¹¹ La legislación dominicana opta por la teoría de la vitalidad para reconocer efectos jurídicos al hecho del nacimiento de un ser humano. Establece, en efecto, que todos los nacidos tienen derecho “*a ser inscritos en el Registro del Estado Civil, inmediatamente después de su nacimiento, de conformidad con la ley*” (art. 5.º del C.D.F.N.N.A.); realizándose con tal fin, “*una declaración de todo nacimiento que ocurra en la República Dominicana*” (art. 55 del Código Civil).

En el sentido de reconocer *capacidad de derecho*, el C.D.F.N.N.A., establece que

“Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. En consecuencia, gozan de todos los derechos fundamentales consagrados a favor de las personas, especialmente aquellos que les corresponden en su condición de persona en desarrollo, y los consagrados en este Código, la Constitución de la República, la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales.

Párrafo.— Estos derechos son de orden público, intransigibles, irrenunciables, interdependientes e indivisibles entre sí”. (art. 1.º).

Por lo que interesa al objeto de nuestro análisis, las causas de incapacidad *legal* o de ejercicio las encontramos referidas tanto a la naturaleza intrínseca de las personas por razón de la edad, de las capacidades físicas y mentales, como a las de orden circunstancial, definidas por la ley como aquellas que en casos, momentos y condiciones determinados, incapacitan a una persona para el ejercicio de un derecho.

1. Clases de incapacidad y sus efectos

La legislación dominicana distingue tres clases de incapacidad *legal* o de ejercicio, a saber: La incapacidad absoluta, la incapacidad relativa y la incapacidad particular.

A) *La incapacidad absoluta*

a) *Los casos que configuran la incapacidad absoluta*

El Código Civil dominicano establece como norma general que “*cualquiera puede contratar, si no está declarado incapaz por la ley*” (art. 1123), y que “*los incapaces de contratar son: Los menores de edad; Los sujetos a interdicción, en los casos expresados por la ley; y, generalmente, todos aquellos a quienes la ley ha prohibido ciertos contratos*” (art. 1124).

Las personas dominicanas en situación de imbecilidad habitual, enajenación mental, y locura, estarán sujetas a interdicción, previa declaración judicial, aunque presenten intervalos de lucidez (artículos 489 y 492).

La solicitud de declaración judicial de interdicción puede ser presentada por cualquier *pariente*, o por cualquiera de los cónyuges respecto del otro (art. 490). De otra parte, en función del tipo de interdicción de que se trate, el fiscal “*debe*” solicitarla para los casos de locura, “*si no se ha solicitado la interdicción por el cónyuge o los parientes*”, y “*puede*” pedirla en los casos de imbecilidad o de enajenación mental, respecto de “*la persona que no esté casada o no tenga parientes conocidos*” (art. 491).

Cuando exista cónyuge conocido, “*el marido es de derecho el tutor legal de su mujer sujeta a interdicción*”, y “*la mujer podrá ser nombrada*

tutora de su marido” (arts. 506 y 507). No obstante la claridad de esta previsión legal, pudiera en el futuro matizarse su alcance y aplicación por parte la Corte Suprema de Justicia dominicana en sede de constitucionalidad, con fundamento en la equiparación constitucional de derechos entre hombres y mujeres (art. 8.º Superior). Se establece también, que *“a excepción de los cónyuges, de los ascendientes y descendientes, nadie estará obligado a conservar por más de diez años la tutela de una persona sujeta a interdicción”*. No se prohíbe la continuidad del tutor en su cargo al cabo de los diez años, sino que se le posibilita a éste para solicitar su sustitución y que sea nombrado su reemplazo (art. 508).

Finalmente, el Código Civil dominicano establece que es *“menor de edad el individuo de uno u otro sexo que no tenga dieciocho años cumplidos”*, y una vez cumplidos los 18 años *“se adquiere la capacidad para todos los actos de la vida civil”* (arts. 388 y 488).

b) Los efectos jurídicos de la incapacidad absoluta

Respecto de los efectos jurídicos derivados de los actos realizados por persona incapaz absoluta, el *“individuo interdicto será considerado como menor en lo relativo a su persona y bienes, aplicándose a estos casos las leyes dictadas sobre la tutela de los menores”* (art. 509 del Código Civil).

Y la interdicción tendrá *“efecto desde el día en que se pronuncie la sentencia”*, siendo los actos ejecutados con posterioridad por el sujeto a la interdicción, nulos de pleno derecho (art. 502 del Código Civil).

La interdicción *“cesa con las causas que la determinaron”*, y *“el que esté sujeto a la interdicción no podrá recobrar el ejercicio de aquellos derechos, sino después de haberse pronunciado la sentencia que lo habilite”* (art. 512 del Código Civil).

B) La incapacidad relativa

a) Los casos que configuran la incapacidad relativa

Son personas consideradas jurídicamente incapaces relativos los pródigos. El Código Civil prevé que *“puede prohibirse a los pródigos el litigar, transigir, tomar prestado, recibir un capital mueble y dar carta de pago de él, enajenar e hipotecar sus bienes, sin la asistencia de un*

*consultor nombrado por el tribunal*¹². Quienes pueden instar esta solicitud, serán las mismas personas que la ley dominicana prevé “*que tienen derecho para solicitar la interdicción*” (art. 513).

b) Los efectos jurídicos de la incapacidad relativa

El “*individuo interdicto será considerado [en este caso por prodigalidad, por ejemplo] como menor en lo relativo a su persona y bienes, aplicándose a estos casos las leyes dictadas sobre la tutela de los menores*” (artículo 509 del Código Civil). La interdicción tendrá “*efecto desde el día en que se pronuncie la sentencia*”, siendo sus propios actos “*nulos del pleno derecho*” si actúa por sí sólo (artículo 502 del Código Civil).

C) La incapacidad especial

Estamos ante una incapacidad jurídica que no se predica de las personas para la generalidad de sus actos, sino que se concreta en la prohibición impuesta por la ley a ciertas personas para ejecutar ciertos actos (art. 1124 del Código Civil). Son numerosos los casos contemplados en la legislación dominicana como de incapacidad particular, siendo los siguientes los más relevantes:

i. Los límites al tutor en la celebración de actos o contratos: El tutor “*no puede comprar los bienes del menor ni tomarlos en arrendamiento, a no ser que el consejo de familia haya autorizado al pro-tutor a arrendárselos: tampoco le está permitido aceptar la cesión de ningún derecho ni crédito contra su pupilo*” (art. 450 del Código Civil).

ii. Las penas en materia correccional: El Código Penal dominicano establece que serán sometidos a interdicción los penados criminales¹³, por lo que se les nombrará “*tutor y protutor, que cuidarán y administrarán sus bienes*”, con “*arreglo a las disposiciones prescritas por el Código Civil, para el de los tutores y pro-tutores de los incapacitados*” (art. 29),

¹² Nótese un matiz en la redacción legal dominicana, según la cual en el caso de *prodigalidad* del artículo 513 del C. Civil, la solicitud de su declaración no es tan imperativa –“*puede prohibirse [...]*” –, comparada con la declaración de interdicción por *imbecilidad, enajenación mental y locura* del artículo 489 del C. Civil –“*debe estar sujeto a [...]*” –.

¹³ Este Código distingue tres categorías de infracción –no militar–, con sus correspondientes penas, en los siguientes términos: “*La infracción que las leyes castigan con penas de policía es una contravención. La infracción que las leyes castigan con penas correccionales, es un delito. La*

siéndole devueltos los bienes después de purgada la pena (art. 30), sin que hasta entonces se le pueda entregar ninguna suma, asignación o parte de sus rentas (art. 31).

2. El régimen de representación y protección del incapaz

A) Órganos de representación y protección

a) La tutela

La tutela de los adultos está regulada en el Código Civil dominicano. La tutela de los menores queda regulada allí mismo también, por expreso reenvío del artículo 199 C.D.F.N.N.A. que regula todo lo relativo a los menores.

En cuanto al alcance de la tutela, se prescribe que *“el tutor velará por la persona del menor y la representará en todos los negocios civiles”*, actuando como un buen padre de familia. En lo relativo a la responsabilidad que asume el tutor, éste *“responderá de los daños y perjuicios que de su mala gestión pudiesen sobrevenir”* (artículo 450 del Código Civil).

La tutela está atribuida en primerísimo lugar al padre durante el matrimonio (art. 389). Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los dos, su ejercicio quedará en cabeza del *cónyuge sobreviviente*, y del *padre sobreviviente*, si fallece uno de los padres luego de la disolución del matrimonio por divorcio (art. 390). En este último caso, el consejo de familia podrá designar a una tercera persona como tutor y a un pro-tutor en exclusión del tutor legal sobreviviente, siempre y cuando el pupilo haya quedado *“sin amparo en su persona o en sus intereses”*, sin perjuicio del derecho del excluido a controvertir judicialmente este proceder frente al tutor dativo –no frente al consejo de familia–. En todo caso, la impugnación no afectará la validez de los actos realizados por el tutor dativo (art. 390, Párrafo).

La aceptación de la tutela es, como norma general, obligatoria. No es obligatoria, sin embargo, en los casos de dispensa legal. Tampoco para la madre, aun cuando deberá *“cumplir los deberes inherentes a aquel cargo, hasta que se nombre nuevo tutor”* (art. 394). Tampoco puede compelerse a ningún ciudadano que no sea pariente o afín, a encargarse de una tutela si en el radio de cuatro leguas –a partir de la localización del pupilo– existiesen personas parientes o afines para ser tutores y pudieran encargarse de su gestión (art. 432).

En ciertos casos, puede designarse un tutor para negocios o asuntos en particular. Comprende, por ejemplo, el que se nombra para dar el consentimiento necesario en la adopción a un menor dominicano, ante la imposibilidad de sus padres para hacerlo (art. 126, b).

b) El consejo de familia

La finalidad del consejo de familia es supervisar y controlar el correcto ejercicio de la tutela por parte del tutor, defendiendo siempre los intereses del pupilo.

La conformación del consejo de familia para los adultos está regulada en el Código Civil dominicano, lo cual también es de aplicación para el caso de los menores de edad¹⁴ por expresa disposición del ya mencionado artículo 199 del C.D.F.N.N.A.

Este consejo de familia *“se compondrá, además del Juez de Paz, de seis parientes o afines vecinos de la común donde haya de nombrarse tutor o que residan a dos leguas, la mitad de la línea paterna y la otra de la línea materna, siguiendo el orden de proximidad en cada línea. Será preferido el pariente al afín del mismo grado, y entre los parientes del mismo grado, el de mayor edad”* (art. 407 del Código Civil). La limitación numérica anterior no se aplica para los hermanos del incapaz y esposos de sus hermanas en cuanto que si son más de seis, todos ellos formarán parte del consejo de familia, y si son menos de seis, los demás parientes serán convocados hasta completar el sexteto (arts. 408 y 421).

Dentro de sus funciones está, por ejemplo, la determinación de la cantidad a la que puede ascender el gasto anual del pupilo (art. 454), o acordar la destitución del tutor mediante acuerdo motivado, previa audiencia del tutor, siempre en defensa de los intereses personales y patrimoniales del pupilo (arts. 446 y 447).

¹⁴ Con la diferencia sí, de que para el caso de los menores toda la competencia judicial dominicana está referida a la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes. Así, se prevé que *“en cada provincia, en el municipio cabecera, se establecerá por lo menos un Tribunal de Niños, Niñas y Adolescentes”* (art. 209 del C.D.F.N.N.A), cuya Sala Civil será competente, entre otros asuntos, para *“convocar, conocer y conformar el Consejo de Familia; designación y/o remoción de tutores y protutores para la administración y protección del patrimonio de un niño, niña y adolescente. Otorgará expresamente autorización a los tutores para realizar actos de disposición y conservación”* Art 211, literal n, del C.D.F.N.N.A).

c) *El pro-tutor*

La función del pro-tutor es también controlar la corrección en el ejercicio de la tutela por parte del tutor. Así, “*en toda tutela habrá un pro-tutor, o protutora, nombrado por el consejo de familia*” y “*sus funciones se reducirán a obrar a favor de los intereses del menor, siempre que estén en oposición con los del tutor*” (art. 420 del Código Civil).

Quedando sin tutor un pupilo, será obligación del pro-tutor “*provocar el nombramiento de un nuevo tutor*”, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que se deriven de su omisión o demora. En ningún caso se entiende que tal vacancia del tutor, conduzca a que el pro-tutor asuma de pleno derecho las responsabilidades del tutor, ni a que lo reemplace (art. 424). De igual manera, el pro-tutor puede convocar a instancia propia al consejo de familia siempre que proceda la destitución de un tutor (art. 446).

El pro-tutor también revisará y aprobará —si procede— el informe que sobre el estado de los bienes del pupilo se le obligue a elaborar al tutor en cualquier momento durante el desarrollo de la tutela (art. 470 del Código Civil).

d) *El consultor especial*

Este consultor deberá acompañar al tutor o al pupilo para determinadas actuaciones jurídicas.

i. *De designación voluntaria por un particular.*— Podrá nombrarse un consultor especial a través de *acto testamentario* o mediante *acta de manifestaciones* ante el Juez de Paz acompañado del secretario, o ante notarios (art. 392 del Código Civil). Este es el caso, por ejemplo, de la madre designada tutora por el padre con la carga de proceder como tutora acompañada de un consultor especial, “*sin cuyo dictamen no puede realizar ningún acto relativo a la tutela*” (art. 391).

ii. *De designación judicial.*— Los pródigos pueden tener prohibido tomas créditos, hipotecar sus bienes, etc., sin la asistencia de un consultor especial nombrado judicialmente (art. 513 y sigs. del Código Civil).

B) Origen de la tutela: Voluntaria, legal y del consejo de familia

i. *Tutela conferida voluntariamente.*— Puede ser nombrado tutor por *acto de última voluntad*, o a través de un *acta de manifestaciones* formalizada ante el Juez de Paz acompañado de su secretario, o ante nota-

rio. El *“derecho individual de nombrar un tutor, pariente o extraño, únicamente pertenece al cónyuge superviviente”* (arts. 392 y 397 del Código Civil). En estos casos, el tutor *“no está obligado a aceptar la tutela, si no es además de esto, de aquellas personas que a falta de esta elección especial, hubieran podido ser encargadas de aquella por el consejo de familia”* (art. 401).

ii. *Tutela por atribución legal.*— Tienen lugar cuando el cónyuge superviviente no hubiere nombrado tutor para el pupilo. En estos casos, *“la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno, a falta de éste al materno, y así subiendo en las líneas directas, de modo que siempre sea preferido al ascendiente paterno al materno del mismo grado”* (art. 402 del Código Civil). Si aquellos faltan, se observarán las siguientes reglas básicas:

“Si a falta de los abuelos paterno y materno del menor, la concurrencia aparece entre dos ascendientes del grado superior, pertenecientes ambos a la línea paterna de aquél, la tutela corresponderá de derecho a aquel de los dos que resulte ser el abuelo paterno del padre del menor”; y finalmente, “si se verificase la misma concurrencia entre dos bisabuelos de la línea materna, nombrará precisamente a uno de ellos el consejo de familia” (arts. 403 y 404).

iii. *Tutela conferida por el consejo de familia:* Ante la carencia de todo lo anterior, *“se proveerá por el consejo de familia al nombramiento de un tutor”* (art. 405 del Código Civil).

C) Condiciones para ser tutor y miembro del consejo de familia

La legislación dominicana, con el propósito de defender mejor los intereses de los incapaces, establece un mínimo de requisitos para que una persona pueda ser designada como guardador.

Se prevé en el Código Civil que son incapaces y por lo tanto no pueden ser tutores ni miembros de los consejos de familia,

“1.º— Los menores de edad, a no ser que se trate de sus hijos; 2.º Los que estén sujetos a interdicción; 3.º Todos los que tengan o cuyos padres tuviesen un pleito contra el menor, al cual estén ligados el estado, el capital o una parte considerable de los bienes del mismo menor” (art. 442).

Complementariamente, el mismo Código establece que están excluidos “*de pleno derecho*” de toda posibilidad de asumir como tutores, quienes hayan sido condenados a “*una pena aflictiva o infamante*” (art. 443), así como todas aquellas personas “*cuya mala conducta fuere notoria*” y “*aquellos cuya gestión demostrase incapacidad o infidelidad*” (art. 444). Y quienes hayan sido excluidos o destituidos del ejercicio de un tutela, estarán igualmente excluidos y no podrán ejercer como miembros del consejo de familia (art. 445).

Y finalmente, “*están dispensados de la tutela*” las siguientes personas:

“el Presidente de la República; los Secretarios de Estado; los diputados al Congreso; los magistrados y fiscal de la Suprema Corte de Justicia; los Gobernadores de provincias y distritos; y además, todo individuo que ejerza cargo público en lugar distinto de aquel donde ha de ejercer el tutor sus funciones”; “los militares en activo servicio y todas las demás personas que ejerzan fuera del territorio dominicano una misión conferida por el Gobierno”; “cualquier individuo mayor de sesenta y cinco años”; quien “padezca una enfermedad grave”; la “gestión de dos tutelas” concomitantes; y tener cinco hijos o más a su cargo (art. 427, 428, 433, 434, 435 y 436).

No obstante, si el dispensado acepta la condición de tutor, con posterioridad no podrán argumentar la respectiva dispensa (art. 430). Si la causa de dispensa es sobrevenida, tienen el plazo de un mes para convocar el consejo de familia y solicitar su remoción haciéndola valer, si así lo estiman conveniente (art. 431 del Código Civil).

D) Formalidades previas al ejercicio de la tutela

El ejercicio de la tutela está sometido a una serie de instrucciones, como la elaboración de un inventario, la venta de los bienes muebles del pupilo y la fijación del gasto anual del menor.

Inventario.— Una vez nombrado, el tutor tiene diez días para pedir que se levanten los sellos de los bienes precintados si procede, y “*hará proceder inmediatamente en presencia del pro-tutor, al inventario de los bienes del menor*”, haciendo constar si es el caso, si el pupilo tiene alguna deuda para con el tutor, “*a pena de perder su derecho*” (art. 451).

Venta de los bienes muebles.— Con posterioridad, dentro del mes siguiente a la finalización del inventario, “*el tutor hará vender, en presencia del pro-tutor, en subasta pública, y previos anuncios y edictos*” publicados con tal fin, “*todos los muebles, excepto aquellos que conservare en*

naturaleza por autorización del consejo de familia” (art. 452 del Código Civil). No obstante cuando se trata de la tutela ejercida por los padres, *“mientras tengan el usufructo legal y propio de los bienes del menor, están dispensados de vender los muebles, si prefieren conservarlos para hacer a su tiempo la restitución”* (art. 453 del Código Civil).

Fijación del gasto anual del menor y de la administración de sus bienes.— El consejo de familia deberá determinar *“prudencialmente y conforme a la importancia de los bienes administrados”*, el importe al cual puede ascender el gasto anual del menor y el de la administración de sus bienes. Esto tendrá lugar *“al comenzar el ejercicio de una tutela, excepto aquellas de que se encarguen los padres”* (art. 454 del Código Civil).

IX. EFECTOS INTERNACIONALES

El C.D.F.N.N.A. dominicano, contempla expresamente que el Ministerio Público de aquel país *“realizará las diligencias pertinentes [...] ante organismos extranjeros de protección de niños, niñas o adolescentes, a través de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores, a fin de lograr la ejecución de las sentencias dictadas por nuestros tribunales”* (art. 198).

De cara a aplicar en España una decisión judicial dominicana relacionada con la protección de ciudadanos dominicanos en situación de incapacidad, se aplica el conocido régimen contenido en los artículos 951 a 958 LEC 1881. Este régimen *“estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”* (Disposición Derogatoria Única, Numeral 1.3.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), salvo el párrafo II del art. 958 LEC 1881 que sí ha quedado derogado por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, y el artículo 955 sobre competencia, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En aplicación de aquellas normas, tenemos la conocida duplicidad del régimen español, consistente en reciprocidad en primer lugar, tanto negativa como positiva de los artículos 952 y 953, y en segundo lugar, el régimen de cierre contemplado en el artículo 954.

A pesar de que los elementos necesarios en materia de homologación por parte de España de una sentencia dominicana de interdicción nos conducirían en un primer momento a un escenario bastante extenso y detallado que sería el de la reciprocidad, consideramos más práctico dirigirnos directamente al régimen común básico para cualquier homo-

logación, recogido en el artículo 954 LEC, que siempre será más favorable que el de reciprocidad positiva¹⁵. Además, el régimen común básico “*lejos de tratarse de un régimen residual, [...] puede resultar de aplicación, [...] como ‘régimen más favorable’*”¹⁶. Apreciación doctrinal acorde con la formulada por el Tribunal Supremo en un caso similar, en los siguientes términos:

“No habiendo tratado con la República del Ecuador ni norma internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resulte aplicable, *debe estarse al régimen general* del artículo 954 LEC (de 3 de febrero de 1.881) [...]. Dicho régimen de reconocimiento *se aplica no obstante* la invocación por la parte actora del régimen de reciprocidad al que se refiere el art. 952 de la citada LEC de 1881, habida cuenta de los rigurosos requisitos a los que se subordina su aplicación —y que aquí no se cumplen plenamente—, y teniéndose presente que dicho régimen no evita que deban controlarse determinados presupuestos, como el respeto al orden público del foro y la autenticidad de la resolución, de forma que su conjunción con los requisitos propios de la reciprocidad positiva convierten a ésta en un régimen de homologación más gravoso que el de condiciones de la LEC de 1881”¹⁷ (Cursiva fuera de texto).

Nótese, por lo demás, que tanto en el Auto del Tribunal Supremo que se acaba de transcribir, como en el Auto de 7 de abril de 1998 antes referido, los demandantes de homologación de sentencia extranjera de los

¹⁵ En un caso similar, el TS conceptuó del siguiente modo: “*No habiendo tratado con los Estados Unidos de América en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, debe determinarse si es de aplicación el régimen de reciprocidad, en su aspecto positivo, previsto en la LEC, pues así lo solicita la entidad demandante*”, la cual, dijo el Tribunal, no se puede considerar acreditada. Acto seguido, el mismo Organismo procedió a examinar y luego conceder la petición de exequátur a la luz del señalado régimen general del artículo 954 de la Ley procesal, añadiendo que, “*de otra parte, no cabe desconocer que la reciprocidad no exime del cumplimiento de determinados presupuestos a los que el ordenamiento jurídico español condiciona el reconocimiento, sea cual fuera el régimen que se siga, cuales son la firmeza de la resolución y su necesaria adecuación al orden público interno, tanto en su vertiente procesal como sustantiva, de suerte que la aplicación del régimen de reciprocidad en la homologación de las sentencias extranjeras conllevará, de ordinario, un plus añadido de requisitos por cumplir, aumentando así el esfuerzo probatorio que debe hacer el solicitante y que resultaría innecesario desde el régimen general de condiciones establecido por la LEC*”. Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998200164, por medio de la cual se otorgó exequátur a la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Octavo Circuito, confirmando la sentencia de 4 de Marzo de 1994, dictada por el Tribunal de Distrito de Minnesota, de fecha 13 de Abril de 1995 (Subrayado fuera de texto).

¹⁶ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 184.

¹⁷ Auto del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2004, Id. Cendoj: 28079110012004203192, por medio del cual se homologó la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, República del Ecuador, de fecha 4 de mayo de 2000, por la que se acordaba el divorcio de D.ª Lidia y D. Luis Enrique, quienes habían contraído matrimonio en Pichincha, República del Ecuador, el día 22 de agosto de 1994.

Estados Unidos de América y del Ecuador respectivamente, habían solicitado de forma expresa la aplicación del régimen de reciprocidad positiva, de suyo más gravoso que el previsto en el artículo 954 de la LEC, y en definitiva se accedió a la petición concediéndose las homologaciones de las sentencias, basado el Tribunal Supremo en el conocido régimen general del 945.

De otra parte, debemos tener en consideración que para la homologación de una sentencia extranjera, dominicana en este caso, la jurisprudencia nacional exige además del cumplimiento de los requisitos del artículo 945 LEC, que no exista un proceso judicial español en curso ni se haya proferido sentencia española firme sobre el mismo asunto, caso en el cual solamente sería observable en España esta última y no procedería la homologación de la sentencia extranjera¹⁸. Lo anterior se traduce en la inviabilidad de homologar una sentencia ecuatoriana que declare la incapacidad de uno de sus ciudadanos si cursa un proceso judicial en España o si ya ha sido adoptada una decisión española al respecto, descartándose de esta manera, dentro del ámbito jurisdiccional español, una posible contradicción entre la sentencia española y la sentencia ecuatoriana que no sería objeto de homologación y por lo tanto no tendría atribuida eficacia alguna en España. Se reconoce, de esta manera, prelación a la cosa juzgada nacional, frente a la decisión judicial foránea, *“que impide la virtualidad de otro pronunciamiento sobre el mismo objeto y entre las mismas partes que eventualmente pudiera ser diferente, con el subsiguiente riesgo de subvertir la armonía que necesariamente debe darse entre las decisiones judiciales que forman parte del orden interno de los Estados so pena de dañar irreparablemente la seguridad jurídica en las relaciones inter partes”*¹⁹.

¹⁸ El Tribunal Supremo concedió el exequátur de una sentencia porque, además de cumplir con los restantes requisitos, *“no consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o proceso pendiente en España”*. Auto de 5 de mayo de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998201205, respecto de las sentencias dictadas en fecha 22 de marzo de 1995 por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Sala 31), y de 8 de noviembre de 1996 por el Tribunal de Apelación de dicha Capital (Tercera Sala), Bélgica, por las que se acordaba el divorcio de D.^a Montserrat y D. Juan María, quienes habían contraído matrimonio en Loos, Francia, el día 20 de diciembre de 1971, inscrito en el Registro Civil español.

¹⁹ Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998201124, por medio del cual se denegó el exequátur a la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, República de Venezuela, de fecha 14 de Enero de 1987, por la que se acordaba el divorcio de D. Luis Francisco y D.^a Remedios, quienes habían contraído matrimonio en Pontevedra (Galicia), España, el día 14 de Enero de 1978, inscrito en el Registro Civil español.

JUAN MANUEL CAMPO CABAL –MUTUALDIS–
Profesor Titular de la Universidad Europea de Madrid

ULISES FERNÁNDEZ ROJAS –MUTUALDIS–
D.E.A. Universidad Complutense de Madrid

La incapacidad jurídica de un ciudadano ecuatoriano residente en España

SUMARIO: I. Introducción. II. Aplicación de la ley personal. III. Nacionalidad española con valor de simple presunción. IV. Doble nacionalidad. V. Acreditación del derecho ecuatoriano. VII. Instituciones ecuatorianas de protección del incapaz. VIII. Efectos internacionales de las medidas de protección.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es un fenómeno físico y psicológico que puede llegar a afectar en algunos casos la capacidad jurídica de las personas, convirtiéndose en causa de incapacidad.

El Código Civil señala que la capacidad jurídica de las personas físicas será regulada por su ley personal, “*determinada por su nacionalidad*” (art. 9.º-1). Misma ley, que regulará las instituciones de protección del incapaz.

Esta remisión a la ley determinada por su nacionalidad, se ve exceptuada para ciertos casos en los cuales se aplica la ley española, como son las medidas provisionales o urgentes y las formalidades para adoptar medidas de protección, y en todo caso, cuando se trate de menores o incapaces que se hallen en territorio español abandonados (art. 9.º-6).

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que la ley personal será el criterio general para determinar la incapacidad jurídica de una persona natural extranjera en España, cuyo contenido estaría proporcionado por la legislación nacional de cada uno.

Tal formulación, en principio sencilla, se torna compleja cuando concurren factores frecuentes como la doble nacionalidad, el cambio de domicilio entre diferentes países, o la adopción internacional, por citar algunos.

El propósito de este capítulo es analizar los criterios para establecer la capacidad jurídica de los nacionales ecuatorianos radicados en territorio español, que por norma expresa de nuestro Código Civil se convierten en obligada referencia. Para ello, abordaremos aspectos de derecho sustantivo internacional, español y ecuatoriano, relativos a la nacionalidad española, a la frecuente concurrencia en una misma personas de las nacionalidades española y ecuatoriana, a las instituciones ecuatorianas de protección del incapaz y a elementos de derecho procesal como la prueba del derecho foráneo.

II. APLICACIÓN DE LA LEY PERSONAL

El contenido de ley personal correspondiente a las personas físicas se determina a partir de la Ley nacional del sujeto de derecho, de conformidad con el artículo 9.º-1. del Código Civil español. Con la finalidad de establecer la legislación material aplicable en materia de capacidad jurídica de los ciudadanos ecuatorianos radicados en España, nos remitimos directamente a la legislación interna de dicho Estado, en la cual encontramos el artículo 14 del Código Civil, donde se establece que

“Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria:

1.º- En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador; y,

2.º- En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos”.

Por lo tanto, se impone la aplicación del correspondiente derecho material ecuatoriano, para que la justicia española pueda resolver, en España, acerca de la incapacidad de un ciudadano ecuatoriano en la medida que dichos actos *“deban verificarse en el Ecuador”*, o se trate de

relaciones intrafamiliares “sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos”. En los demás aspectos, por exclusión y por practicidad, se dejaría abierta la puerta a la legislación propia del fuero donde se encuentre radicado el ciudadano ecuatoriano y se quieran hacer valer jurídicamente los efectos.

III. NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN

El Código Civil en su artículo 17.1.c) reconoce como españoles de origen a los nacidos en territorio español de padres extranjeros, con tal que ambos padres carezcan de nacionalidad o si la legislación nacional de ninguno de ellos les reconociese tal nacionalidad *iure sanguinis*. La nacionalidad española es reconocida, en este caso, a quienes no tengan ninguna nacionalidad atribuida, evitando que se dé una situación de apatridia. En reciente Instrucción¹, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha compilado ilustrativa y comparativamente diferentes casos en los que se puede estar ante la situación de reconocer o denegar con valor de simple presunción la condición de nacional español de origen en su Anexo, numerales 1 y 2, respectivamente. En relación con los nacidos en España de padres ecuatorianos, esta Instrucción en su Anexo, numeral 1, establece:

“Conforme al artículo 17-1-c del Código Civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen ‘los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad’. Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de: [...] g) Ecuatorianos (Resoluciones de 27-2.^a de noviembre y 30-2.^a y 3.^a de diciembre de 2002; 28-1.^a de junio y 5-2.^a de diciembre de 2003; 29-1.^a de octubre y 5-3.^a de noviembre de 2004; 12-2.^a de julio de 2005; 15-4.^a de noviembre y 27-5.^a de diciembre de 2006)”².

¹ Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la DGRN, *sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción*, publicada en el BOE n.º 86, de 10 de abril de 2007.

² “El hijo de padres ecuatorianos es español si su nacimiento en España tuvo lugar durante una estancia no transitoria de aquellos en España. Así resulta de la Resolución de 10-4.^a de septiembre de 2002 que, por excepción, declara que no es español de origen, sino ecuatoriano, el nacido en España de padres ecuatorianos cuya estancia en España debía considerarse transitoria: el padre residía en Ecuador y la madre no estaba empadronada en España” (Esta nota a pie de página es original del texto oficial publicado en el BOE, y está numerada como pie de página n.º 1).

De otra parte, en el numeral 2 del mismo Anexo se precisa lo siguiente:

“Por el contrario no son españoles *‘iure soli’*, por corresponderles *‘iure sanguinis’* la nacionalidad de uno de los progenitores, los nacidos en España hijos de: [...] g) Ecuatorianos, si el nacimiento se produjo durante una estancia transitoria en España de los padres (Resoluciones de 10-4.^a de septiembre de 2002; 14-3.^a de septiembre de 2005; 3-4.^a de enero de 2007)”³.

El elemento jurídicamente determinante en estos casos, viene dado generalmente por la transitoriedad de la estancia de los padres ecuatorianos en el territorio español, pues la Constitución Política de la República del Ecuador, de 5 de junio de 1998, atribuye automáticamente la nacionalidad ecuatoriana *por nacimiento*, a los hijos “*de padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que esté al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente del país por cualquier causa, si no manifiestan su voluntad contraria*”.

No obstante su consideración como *simple presunción*, la DGRN subraya que este calificativo “*no debe inducir a confusión minimizando la eficacia de tales declaraciones sobre nacionalidad*”⁴. Los efectos de la nacionalidad española se proyectan indefinidamente en el tiempo y la denominación *con valor de simple presunción*, no supone especiales condiciones a futuro que determinen su vigencia, sin decaer su adquisición por la posterior adquisición de la nacionalidad originaria de sus padres. En este mismo sentido, en la Resolución 2.^a de 16 de octubre de 2002, la DGRN destaca que “*no ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde iure sanguinis la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida ex lege en el momento del nacimiento*”⁵.

IV. DOBLE NACIONALIDAD

El Convenio sobre Doble Nacionalidad entre España y Ecuador suscrito el 4 de marzo de 1964⁶, acuerda que “*los españoles y los ecuatoria-*

³ “El hijo de padres ecuatorianos no es español si el nacimiento en España se produjo durante una estancia transitoria de sus padres” (Esta nota a pie de página es original del texto oficial publicado en el BOE, y está numerada como pie de página n.º 5).

⁴ DGRN. Circular de 22 de mayo de 1975, anexo 4.

⁵ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1931, 2002, págs. 3916 a 3918.

⁶ Publicado en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 1965 y modificado en su artículo 8.º mediante Protocolo de 25 de agosto, publicado en el BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2000.

nos podrán adquirir la nacionalidad ecuatoriana o española, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad”, en la misma línea de lo establecido en el artículo 24 del Código Civil español, el cual prevé que “la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen”.

Este Convenio tiene las siguientes características relevantes para el propósito de esta publicación:

i. *Exclusividad*: El Convenio dispone que “los nacionales de ambas Partes Contratantes a que se hace referencia en ningún caso podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas en su condición de nacionales de las mismas, sino a la legislación del país que ha otorgado la nueva nacionalidad” (Artículo 3.º).

ii. *Prevalencia*: Se establece en el artículo 3.º, que “el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la Ley del país que otorga la nueva nacionalidad”.

iii. *Información recíproca entre los Estados contratantes*: Las inscripciones de las nuevas nacionalidades en los Registros respectivos del Estado Civil en España y del Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, siempre y cuando se conserve la correspondiente nacionalidad de origen, deberán ser comunicadas por el Encargado del Registro “a la representación diplomática de la otra Alta Parte contratante” (art. 2.º), en “el plazo de sesenta días, [...] así como los actos relativos al estado civil de las personas beneficiadas por el presente Convenio” (art. 5.º).

iv. *Domiciliación en terceros Estados*: El párrafo sexto del artículo 3.º, ordena que “en el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, se entenderá que su nacionalidad es, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, la última que hubiera adquirido”.

v. *Recuperación del domicilio de origen*: El artículo 4.º prevé que los nuevos nacionales de uno y otro Estado “que hubiesen adquirido la nacionalidad ecuatoriana o española al amparo del presente Convenio, que fijen de nuevo su domicilio en su país de origen y deseen recobrar en Él y con arreglo a sus Leyes el ejercicio de los derechos y deberes especificados en el artículo 3, deberán avecindarse y someterse a lo dispuesto en la materia en España y Ecuador”, y añade, que el “cambio a que se refiere el párrafo anterior deberá ser inscrito en los mismos Registros mencionados en el artículo segundo, y la inscripción será igualmente comunicada en la misma forma a la Representación Diplomática del otro país”.

Por lo anterior, un nacional ecuatoriano al adquirir la nacionalidad española por residencia, por ejemplo, pasaría a tener como legislación de referencia la de su nueva nacionalidad, pero si fijara su domicilio en el país de origen y recobra el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, será la legislación ecuatoriana la que se le habrá de aplicar siendo consecuentes también con el principio de exclusividad arriba mencionado.

Finalmente, es importante destacar que la fecha de la adquisición de la nacionalidad española por residencia *“no es la de la concesión, ni la de la inscripción, sino la del acta exigida por el artículo 23 Código Civil”*⁷.

V. ACREDITACIÓN DEL DERECHO ECUATORIANO

La incorporación del derecho extranjero al proceso judicial es tan importante, como que de esto dependerá la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Se trata, en efecto, de la causa de pedir como elemento que identifica a la acción, que enlaza directamente con el principio de la congruencia de la sentencia. Congruencia que si bien es claramente aceptada actualmente respecto de los hechos alegados, no lo es tanto en cuanto al alcance de la vinculación que tiene el juez respecto de los fundamentos jurídicos planteados en la demanda o lo que es igual, respecto del elemento jurídico como elemento configurador de la causa de pedir.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, dispone en su artículo 218.1.Párrafo 2.º, sobre exhaustividad y congruencia de las sentencias, que *“el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”*.

Aquí se hace una distinción entre los fundamentos de Derecho, por una parte, y por otra, las normas aplicables al caso, a los que De la Oliva⁸ denomina como *fundamento* y *fundamentación* de las pretensiones, respectivamente. Respecto de ésta última, sería de aplicación el principio *iura novit curia*.

⁷ Resolución de 19 de abril de 2006 (5.ª), de la DGRN.

⁸ Andrés DE LA OLIVA SANTOS e IGNACIO DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3.ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2004, pág. 457.

Ahora bien, ¿qué pasa si estamos frente a “normas aplicables al caso” pero que no pertenecen al derecho positivo español, sino de terceros estados, como el derecho de la República del Ecuador, para resolver acerca de la capacidad jurídica de una persona física? Ante esta situación, el artículo 281.2 de la LEC, dispone que “*serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”.

¿Y se aplicaría el mismo principio del *iura novit curia*? A este respecto, Fernández Rozas estima que

“el principio *iura novit curia* no opera, en principio, para el Derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia. En suma, el Derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos. Ahora bien, tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales. El artículo 281.2.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que deroga y sustituye al artículo 12.6.II del CC, confirma este carácter procesalmente híbrido del Derecho extranjero. Después de que el artículo 281.1.º se refiere a la necesidad de la prueba de los hechos, el artículo 281.2.º añade que ‘también será objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero’. Este tratamiento probatorio conjunto de la costumbre y del Derecho extranjero es un claro síntoma de que no se trata de simples hechos, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque ‘también’ deban ser probados”⁹.

La prueba del derecho ecuatoriano, se regula en abstracto en el mismo artículo 281.2.º antes citado, subrayándose que “*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”; prueba que, según el artículo 282, se practicará a instancia de parte. Aun cuando rige el principio de alegación y prueba

⁹ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y SIXTO SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 151 y 152.

del derecho extranjero a cargo de las partes, a partir de la previsión legal del artículo 281.2 LEC el Tribunal Constitucional ha desentrañado una carga de colaboración para el juez, destacando que *“el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación estime necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”*, para que pueda ser allegada al proceso la acreditación de su contenido y vigencia¹⁰. A estos efectos, pues, el juzgador podrá facilitar la obtención del derecho ecuatoriano tal como está previsto en la Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, hecha en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988.

Conviene, de otra parte, tener presente que en la legislación ecuatoriana podemos encontrar los mismos enunciados legales con diferentes números de referencia, por ejemplo, el artículo del Código Civil que define el estado civil de las personas, puede citarse en ocasiones como el artículo 349 y en otro lugar como el artículo 331. Lo anterior se explica porque existe una Comisión de Legislación y Codificación¹¹, que periódicamente recopila y ordena sistemáticamente la legislación ecuatoriana y la codifica a medida que va siendo reformada y, dependiendo de la versión del Código Civil que tengamos a nuestro alcance, si la original o la codificada, tendremos una numeración distinta. Aun cuando la práctica lleva a evitar los equívocos, estimamos prudente hacer solamente referencia a los artículos codificados¹².

VI. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

En el Código Civil ecuatoriano se establece que *“el estado civil de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se probará con las respectivas copias de las actas de Registro Civil”* (art. 332 Codificado). Y *“además del estado de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se pueden probar así mismo: la maternidad, la adopción, la exclusión de bienes, la separación con-*

¹⁰ STC 10/2000, de 17 de enero de 2000.

¹¹ Esta Comisión está expresamente contemplada en la Constitución ecuatoriana, en los artículos 138 y 139.

¹² El Código Civil codificado corresponde a su más reciente versión, vigente desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial Suplemento n.º 46, de 24 de junio de 2005. El Código de Procedimiento Civil codificado corresponde a su más reciente versión, vigente desde la fecha de publicación en el Registro Oficial Suplemento n.º 58, de 12 de julio de 2005.

yugal, la interdicción, la rehabilitación, y también otros parentescos, como los de hermano, sobrino, etc.”¹³.

En los casos de imposibilidad de acreditar el estado civil a partir de las actas de Registro Civil, podrán aceptarse pruebas supletorias, bajo condicionamientos. En efecto, *“la falta de los referidos documentos podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, a falta de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil”* (art. 337 Codificado).

La posesión notoria puede referirse tanto al estado de casado¹⁴ como a la filiación¹⁵, y para ser recibida como prueba *“deberá haber durado diez años continuos”* (art. 340 Codificado). En cuanto a su acreditación, este Código prevé que *“la posesión notoria del estado civil se probará por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable; particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera hallarse”* (art. 341 Codificado).

Para que los actos de Registro Civil ecuatorianos sean válidos en España, la LEC de 7 de enero de 2000, prevé en su artículo 323.2.2.º, que se considerarán documentos públicos los que *“hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio”*, que contengan *“la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España”*, lo cual se aplica directamente a las actas ecuatorianas de Registro Civil, y además de lo hasta aquí señalado, para las pruebas supletoria habría que tener en especial consideración que *“cuando los documentos extranjeros a que se refieren los apartados anteriores de este artículo incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de éstas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos”*.

La opción entre legalización o apostilla, se ha decantado a favor de ésta a partir del día 2 de abril de 2005, fecha en la cual entró en vigor

¹³ Juan LARREA HOLGUÍN: *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, volumen I, 7.ª edición, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2005, pág. 437.

¹⁴ *“La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer, en sus relaciones domésticas y sociales; y en haber sido la mujer recibida, con ese carácter, por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general”* (art. 338 Codificado).

¹⁵ *“La posesión notoria del estado de hijo consiste en que sus padres le hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándole con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general, le hayan reputado y conocido como hijo de tales padres”* (art. 339 Codificado).

para todo el territorio ecuatoriano la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961¹⁶.

La autoridad central ecuatoriana responsable del cumplimiento de esta Convención es el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de su Dirección General de Asuntos Consulares y Legalizaciones.

Para España como signataria de esta Convención, entró en vigor a partir del 25 de noviembre de 1978¹⁷. Las autoridades españolas responsables de su cumplimiento, son tres, en función de la naturaleza del documento público cuya autenticidad se desea certificar. Para los documentos emitidos por autoridades judiciales, serán responsables los Secretarios de la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Tratándose de documentos autorizados notarialmente o documentos privados con firmas legitimadas por un Notario, la certificación de apostilla corresponde a los Colegios de Notarios. Para apostillar documentos de la Administración Central del Estado, la autoridad competente para su apostilla es el Jefe de la Sección Central de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, localizado en la C/ San Bernardo, 45 de la ciudad de Madrid. Finalmente, cuando se trate de documentos de las demás administraciones serán competentes los Secretarios de la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, o los Colegios de Notarios.

VII. INSTITUCIONES ECUATORIANAS DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ

En el marco normativo ecuatoriano se reconoce a toda persona natural o física sin excepción, la capacidad *de derecho* o de goce, o lo que es lo mismo, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones¹⁸. También se reconoce que toda persona tiene capacidad *legal* o de ejercicio “*excepto las que la ley declara incapaces*” (art. 1462 Codificado). Esta capacidad *legal* de una persona “*consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra*” (art. 1461 Codificado).

¹⁶ Decreto n.º 1700-A, publicado en el R.O. n.º 357, de junio de 2004. Instrumento de Adhesión oficialmente depositado el 2 de julio de 2004.

¹⁷ Firmada por España el 21 de octubre de 1976, y publicada su ratificación en el BOE de 25 de septiembre de 1978.

¹⁸ La legislación ecuatoriana, optando por la conocida teoría de la vitalidad, reconoce que “*el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre*”. “*La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás*”. Y añade que “*se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo*” (art. 60 Codificado).

Por lo que interesa al objeto de nuestro análisis, las causas de incapacidad *legal* o de ejercicio las encontramos referidas tanto a la naturaleza intrínseca de las personas por razón de la edad, de las capacidades físicas y mentales, como a las de orden circunstancial, definidas por la ley como aquellas que en casos, momentos y condiciones determinados, incapacitan a una persona para el ejercicio de un derecho.

1. Clases de incapacidad y sus efectos

La legislación ecuatoriana distingue tres clases de incapacidad *legal* o de ejercicio, a saber: La incapacidad absoluta, la incapacidad relativa y la incapacidad particular.

A) *La incapacidad absoluta*

a) *Los casos que configuran la incapacidad absoluta*

El artículo 1463 del Código Civil establece que son absolutamente incapaces las siguientes personas:

i. *Los dementes*: La legislación ecuatoriana establece que “*son absolutamente incapaces los dementes*” (art. 1463 Codificado). La declaración judicial de interdicción por demencia es decisiva para determinar el alcance jurídico que tienen los actos del sujeto, en la medida en que “*los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido*” y “*por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente*” (art. 486 Codificado), siendo usualmente suficiente, demostrar que ese individuo estuvo en estado habitual de demencia en el tiempo comprendido entre las fechas anterior y posterior a la ejecución de acto. Igualmente, el mismo Código prevé que “*los dementes [...] son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros*” (art. 738 Codificado).

ii. *Los impúberes*.— Se establece que “*son absolutamente incapaces [...], los impúberes*” (art. 1463 Codificado). El mismo Código los define de la siguiente manera: “*Llámesese [...] impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce*” (art. 21 Codificado).

iii. *Los sordomudos*.— Se dispone, igualmente, que “*son absolutamente incapaces los [...] sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito*” (art. 1463 Codificado).

b) *Los efectos jurídicos de la incapacidad absoluta*

Respecto de los efectos jurídicos derivados de los actos realizados por persona incapaz absoluta, el Libro Cuarto del Código Civil *de las obligaciones en general y de los contratos*, Título II *de los actos y declaraciones de voluntad* en su artículo 1463 establece que “*sus actos no surten ni aún obligaciones naturales*¹⁹, y no admiten caución²⁰”. En el mismo Libro Cuarto del Código Civil *de las obligaciones en general y de los contratos*, pero en el Título XX *de la nulidad y la rescisión*, el artículo 1698 prevé que hay “*nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces*”.

También hay una mención expresa de aquellas personas afectadas por incapacidad absoluta en materia matrimonial, en los siguientes términos: “*Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas: [...] 2.º– Los impúberes; [...] 5.º– Los dementes*” (art. 9 Codificado).

En relación con las facultades para otorgar testamento, se establece que

“no son hábiles para testar: 1.º– El menor de dieciocho años; 2.º– El que se hallare en interdicción por causa de demencia; 3.º– El que actualmente no estuviere en su sano juicio, por ebriedad u otra causa; y, 4.º– El que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente. Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar” (art. 1043 Codificado).

Cabe destacar, cómo no solamente está incluido el impúber, sino que también se extiende, a estos efectos testamentarios, la incapacidad absoluta a los menores adultos.

Finalmente y como regla general, respecto de los actos de un incapaz absoluto, actúa por representación directa el guardador.

¹⁹ Por obligaciones naturales, el mismo Código Civil entiende “*las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento; pero que, cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas*” (art. 1486 Codificado), y añade que son obligaciones naturales a) “*Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos*”; b) “*Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción*”; c) “*Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que surtan efectos civiles; como la de pagar un legado impuesto por testamento que no se ha otorgado en la forma debida*”; y d) “*Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba*”.

²⁰ Define el Código Civil ecuatoriano, que “*caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca*”. (art. 31 Codificado).

B) La incapacidad relativa

a) Los casos que configuran la incapacidad relativa

Abordamos ahora el caso de las personas que aun siendo incapaces, su incapacidad “*no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes*” (art. 1463 Codificado). Las siguientes personas son consideradas jurídicamente incapaces relativos, por el Código Civil ecuatoriano:

i. *Los menores adultos.*— Esta categoría es compleja y se compone de dos variables que le fijan su contenido con un límite mínimo de edad, dado por el concepto de *adulto*, y otro límite máximo de edad, conforme al concepto de *menor*. En relación con el primero, es “*adulto, el que ha dejado de ser impúber*”, por lo tanto serán personas adultas el varón que ha cumplido catorce años y la mujer que ha cumplido doce. Éste será el límite temporal inferior. En relación con el segundo concepto, el “*menor de edad, o simplemente menor*” será el que no llegue a la mayoría de edad, es decir, que no haya cumplido 18 años, conforme a la Ley 256 de 1970. Este será, el límite temporal superior. En fin, menores adultos son todas aquellas mujeres comprendidas entre los 12 años cumplidos y hasta antes de cumplir los 18 y los varones cuyas edades van desde los 14 y hasta antes de cumplir los 18 años (art. 21 Codificado).

ii. *Las personas declaradas en interdicción.*— Son también incapaces relativos “*los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes*” (art. 1463 Codificado).

b) Los efectos jurídicos de la incapacidad relativa

Tratándose de personas con limitada capacidad *legal* o de ejercicio, en la legislación ecuatoriana se adoptan dos pautas generales que enunciamos a continuación, y una serie de excepciones previstas legalmente que inmediatamente después indicaremos.

i. *Reglas generales:* Las encontramos en el Código Civil ecuatoriano en su Libro Cuarto *de las obligaciones en general y de los contratos*, Título II *de los actos y declaraciones de voluntad*, en el cual se establece que los actos de las personas con incapacidad relativa “*pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes*” (art. 1463 Codificado). En el mismo Libro Cuarto del Código Civil *de las obligaciones en general y de los contratos*, pero en el Título XX *de la nulidad y la rescisión*, una vez determinados los vicios que dan lugar a que se decrete la nulidad absoluta —ilicitud del objeto, ilicitud de la causa,

omisión de algún requisito o formalidad legal para el valor de ciertos actos o contratos, así como la celebración de los mismos por parte de personas absolutamente incapaces—, se establece que *“cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”* (art. 1698 Codificado), ubicándose dentro de los vicios generadores de tal nulidad relativa, la intervención de persona que sea jurídicamente incapaz relativo.

ii. *Excepciones:* Dice la legislación ecuatoriana que la incapacidad de estas personas *“no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”* (art. 1463 Codificado), lo que se traduce en la existencia de una serie de excepciones también contempladas en el mismo Cuerpo normativo.

Debemos destacar que *“el hijo de familia será considerado como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial”* (art. 288 Codificado), lo cual se complementa con la restricción a los padres, según la cual *“no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aún pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa”* (art. 297 Codificado).

En relación con la capacidad jurídica relativa del menor adulto para contraer matrimonio, el citado Código dispone dos límites temporales así: el límite mínimo de los 12 y 14 años para los casos de mujer y varón respectivamente, por debajo del cual *“es nulo el matrimonio”* (art. 95, numeral 2.º Codificado); y el límite máximo en la mayoría de edad, caso para el cual se puede contraer matrimonio libremente con la adquisición de la plena capacidad. De forma tal que, entre los 12 o 14 años y hasta antes de cumplir los 18, la incapacidad jurídica relativa se traduce en que el menor adulto *“no podrán casarse sin el consentimiento expreso de quien ejerza la patria potestad, y a falta de tal persona, de los ascendientes de grado más próximo”*. (art. 83 Codificado). La carencia del consentimiento de los padres del menor adulto para contraer matrimonio no está prevista como causal de nulidad matrimonial y en este sentido no estamos ante un problema de incapacidad jurídica que afecta la validez del acto. De celebrarse un matrimonio sin la preceptiva autorización de los padres cuando interviene al menos un menor adulto, estaríamos ante un impedimento, no dirimente sino impediendo, que genera la ilicitud del matrimonio. Los menores adultos son, desde el punto de vista de su capacidad jurídica, considerados plenamente capaces para contraer matrimonio. En efecto, esto se aprecia cuando se establece que *“el matrimonio del menor que hubiese cumplido dieciséis años será válido, aunque no hubiere obtenido el asentimiento o licencia del ascendiente que debe dársele”*.

Pero será destituida de su cargo la autoridad ante quien se hubiere celebrado dicho matrimonio” (art. 89 Codificado).

C) La incapacidad particular

Estamos ante una incapacidad jurídica que no se predica de las personas para la generalidad de sus actos, sino que se concreta en *“la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”* (art. 1463 Codificado). Son numerosos los casos contemplados en la legislación ecuatoriana como de incapacidad particular, siendo los siguientes los más relevantes:

i. *Los límites al guardador en la celebración de actos o contratos:*

“Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tengan interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o sus padres o hijos, o sus hermanos, o sus consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse, sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o por el juez, en su falta.

Pero ni aún de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo, o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge, y a sus ascendientes o descendientes” (art. 437 Codificado).

ii. *La compraventa de padres a hijos menores de edad:* Se establece que *“es nulo el contrato de venta entre [...] padres e hijos, mientras éstos sean incapaces”* (art. 1735 Codificado).

2. La declaración de incapacidad

En materia de declaración de incapacidad absoluta, la legislación ecuatoriana confía a los jueces la interdicción por demencia o locura y sordomudez, en desarrollo de un proceso de jurisdicción voluntaria (Sección 17a. *de los juicios relativos a las tutelas y curadurías* del Código de Procedimiento Civil, especialmente los artículos 752 y siguientes). Declaración que no es necesaria para los impúberes, pues en este caso opera de pleno derecho por ministerio de la ley.

Respecto de las incapacidades relativas, la legislación ecuatoriana atribuye a los jueces competencia para decidir sobre la interdicción por

prodigalidad o disipación, embriaguez consuetudinaria y toxicomanía, la cual tramitan en proceso de jurisdicción voluntaria (Sección 17a. de los juicios relativos a las tutelas y curadurías del Código de Procedimiento Civil, especialmente los artículos 747 y siguientes). No es menester acudir a esta declaración tratándose de los menores adultos, puesto que esta incapacidad opera de pleno derecho.

Las incapacidades particulares, finalmente, no requieren declaración judicial y están referidas expresamente en los cuerpos legales.

3. El régimen de guardas: Las tutelas y las curadurías

A) Las tutelas y las curadurías generales

El Código Civil ecuatoriano establece un régimen de tutelas y curadurías generales, que se definen como *“cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o madre, que puedan darles la protección debida”* (art. 367 Codificado). Estas medidas de protección *“se extienden, no sólo a los bienes, sino a las personas sometidos a ellas”* (art. 369 Codificado). Se define, igualmente, que *“Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores”* (art. 367 Codificado) y *“los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos”* (art. 375 Codificado).

i. *Las tutelas:* Los menores de edad *“están sujetos a tutela”* (art. 370 Codificado), tanto si son impúberes —incapaces absolutos— como si son menores adultos —incapaces relativos—, con la condición de que no estén a cargo de sus padres ejerciendo sobre ellos la patria potestad, debido a que *“no se puede dar guardador al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por disposición del juez”* (art. 377 Codificado), o que sin tener suspendida la patria potestad aun, los padres estén privados de la administración de una fracción o de la totalidad de los bienes del hijo por dolo o grave negligencia habitual en su administración (arts. 377 y 293 Codificados).

Si concurren en una misma persona las condiciones de menor y demente, y éste llega a la pubertad, *“podrá el padre o la madre seguir cuidando de su persona y bienes hasta la mayor edad”*, al cabo de lo cual *“deberá precisamente provocar el juicio de interdicción”* (art. 479 Codificado). Si tuviere, en lugar de sus padres, designado un tutor, éste no podrá ejercer la curaduría una vez llegada la mayoría de edad, *“sin que preceda interdicción judicial, excepto por el tiempo que fuere necesario para provocar la interdicción”* (art. 489 Codificado). Todo lo cual se aplicará también al caso del sordomudo menor de edad (art. 491 Codificado).

Tratándose de un menor adulto que careciere de tutor, aquel mismo podrá solicitarle al juez que se lo designe. Pueden solicitarlo además los parientes, *“pero la designación de la persona corresponderá siempre al menor; y si éste no lo hiciere, al juez”*, una vez escuchado el Ministerio Público²¹ (art. 459 Codificado).

ii. *Las curadurías generales*: Por su parte, *“están sujetos a curaduría general los interdictos”* (art. 371 Codificado), tanto por motivos de disipación, ebriedad consuetudinaria y toxicomanía (arts. 463 y siguientes codificados), como por razón de su demencia (art. 478 Codificado) y de su sordomudez (art. 490 Codificado).

Para la interdicción por disipación, embriaguez consuetudinaria y toxicomanía (Título XXI), *“el juicio de interdicción podrá ser provocado por el cónyuge del supuesto disipador, por cualquiera de sus consanguíneos, hasta en el cuarto grado, por sus padres, hijos y hermanos, y por el Ministerio Público”*, el cual será escuchado aun cuando no lo haya promovido por su propia iniciativa (art. 464 Codificado).

Y para la interdicción por demencia y sordomudez (Títulos XXII y XXIII), la podrán provocar *“las mismas personas que pueden provocar la del disipador”*, además de ser una obligación para *“el tutor del menor a quien sobreviene la demencia durante la guarda”*, y en caso de locura furiosa, *“o si el loco causare notable incomodidad a los habitantes, podrá también provocar tal interdicción cualesquiera autoridad o persona del cantón”*²² (arts. 481 y 491 Codificados).

B) Las curadurías de bienes, adjuntas y especiales

Mientras que las tutelas no admiten grados o subespecies, las curadurías o curatelas sí admiten modalidades que se diferencian de la curaduría general, según la extensión de las facultades del guardador.

i. *Los curadores de bienes*: *“Se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer”* (art.

²¹ La Constitución del Ecuador, en su Título X de los organismos de control, Capítulo 3 del Ministerio Público, define que *“el Ministerio Público es uno, indivisible e independiente en sus relaciones con las ramas del poder público y lo integrarán los funcionarios que determine la ley. Tendrá autonomía administrativa y económica. El Ministro Fiscal General del Estado ejercerá su representación legal”* (art. 217). *“Coadyuvará en el patrocinio público para mantener el imperio de la Constitución y de la ley”*, y desarrollará *“las demás atribuciones, ejercerá las facultades y cumplirá con los deberes que determine la Ley”* (art. 219).

²² En la Constitución de la República del Ecuador, en su Título XI, de la organización territorial y descentralización, Capítulo 3, de los gobiernos seccionales autónomos, se establece que *“Cada cantón constituirá un municipio”* (art. 234).

372 Codificado), y comprende la universalidad de sus bienes. Esta curaduría puede ser solicitada a instancia de las mismas personas que son admitidas a provocar la interdicción del disipador, antes referidas, así como por los acreedores del ausente a fin de que responda a sus demandas (art. 495 Codificado). El curador o los curadores del ausente, serán designados por el juez, quien puede seleccionarlos de la misma lista de candidatos para la curaduría del demente –que más adelante se verá en las guardas legítimas–, conservando su mismo orden de preferencia, salvo que los herederos legítimos o los acreedores lo estimen conveniente y con intervención, en todo caso, del Ministerio Público (arts. 484, 496 y 497 Codificados). El curador de bienes del ausente tiene como primerísima obligación, buscar, localizar y contactar al ausente, y una vez éste aparezca, la curaduría de bienes del ausente expira (arts. 501 y 512 Codificados). También finaliza la curaduría de bienes del ausente, cuando aparezca un representante debidamente apoderado, cuando se acredite su fallecimiento real o presunto, o cuando judicialmente se conceda la posesión provisional de los bienes. Si la curaduría se constituyó respecto de una herencia, terminará con su aceptación o asignación al Estado. La curaduría de bienes de un derecho eventual del que está por nacer, cesa con el parto. Y finalmente, cesa toda curaduría por la extinción de los bienes objeto de la misma (art. 512 Codificado).

ii. *Los curadores adjuntos*: Se dan “en ciertos casos, a las personas que están bajo potestad de padre, madre, o bajo tutela o curaduría general, para que ejerzan una administración separada” (art. 373 Codificado y en el mismo sentido, art. 378 Codificado), y procede especialmente cuando a los padres se les priva de la administración de los bienes del hijo (art. 377 Codificado), cuando se le ha donado o legado un bien al hijo de familia con la condición de que sus padres o el guardador general no lo administren (art. 380 Codificado), o bien si el guardador se lo solicita al juez, alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente, para lo cual deberá oírse previamente sobre esto a los parientes del pupilo y al Ministerio Público, procediendo el juez a dividir la administración del modo que más conveniente le parezca (art. 379 Codificado). Las facultades administrativas de los curadores adjuntos sobre los bienes que tienen a su cargo son las mismas que los tutores, pero si se tratase de adjuntos de los curadores de bienes, sus facultades no serán mayores que las de éstos (art. 513 Codificado).

iii. *El curador especial*: “Se nombra para un negocio particular” (art. 374 Codificado), se trata de una curatela dativa y comprende, por ejemplo, a los curadores *ad litem* que designa directamente el juez que conozca de un pleito (art. 516 Codificado).

C) *Las guardas testamentarias, legítimas y dativas*

Apelando a su origen, las guardas son testamentarias cuando “*se constituyen por acto testamentario*”; legítimas, las que “*se confieren por la ley a los parientes o cónyuge del pupilo*”; y dativas, las “*que confiere el juez*” (art. 381 Codificado). Asimiladas a las guardas testamentarias, existen también las constituidas por acto entre vivos y que sigue las reglas de aquellas (arts. 381 y 386 Codificados).

i. *Guardas testamentarias*: “*El padre o la madre pueden dar tutor, por testamento, a los hijos que no estuvieren bajo patria potestad al momento de hacerse efectivo el testamento. Pero si estuvieren bajo patria potestad, pueden darle curador adjunto*”. “*Pueden, asimismo, dar curador, por testamento, a los menores o mayores interdictos, siempre que ninguno de ellos esté bajo patria potestad*” (arts. 382 y 383 Codificados). Por vía testamentaria también se puede nombrar curador de bienes para la defensa de los derechos eventuales del hijo que están por nacer (arts. 384 y 372 Codificados). Finalmente, cualquier persona, así como el padre o la madre privados judicialmente de la patria potestad, puede dar guardador testamentario o por acto entre vivos, respecto de los bienes que les donen o dejen al pupilo siempre que no se les deba a título de legítima (art. 386 Codificado).

Las guardas testamentarias pueden someterse a modalidades de plazo y condición (art. 391 Codificado).

ii. *Guardas legítimas*: Tienen lugar “*cuando falta o expira la testamentaria*” (art. 392 Codificado). Esto sucede cuando, por ejemplo, se cumplen sus condiciones o plazos resolutorios, o si aun está pendiente algún plazo o condición suspensiva (art. 391 Codificado); o porque el guardador testamentario esté incapacitado o tenga una excusa válida para actuar como tal (arts. 518 y ss., y 533 y ss. Codificado).

El Código Civil ecuatoriano en el Título XVII, *de las tutelas y curadurías en general*, determina quiénes son los llamados a ocupar el cargo de guarda legítima, así:

“Los llamados a la guarda legítima son: En primer lugar, el padre del menor; En segundo lugar, la madre; En tercer lugar, los demás ascendientes; En cuarto lugar, los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo.

Si no hubiere lugar a la guarda del padre o madre, el juez, oídos los parientes del pupilo, elegirá entre los demás ascendientes, y a falta de ascendientes, entre los colaterales aquí designados, la persona que le pareciere más apta y que mejores seguridades presentare; y podrá también, si lo estimare conveniente, elegir más de una, y dividir entre ellas las funciones” (art. 393 Codificado).

Esta regla general se ve drásticamente afectada por una salvedad consignada en el mismo Título XVII, según la cual *“las disposiciones de este Título y de los dos siguientes están sujetas a las modificaciones y excepciones que se expresarán en los títulos especiales de la tutela y de cada especie de curaduría”* (art. 368 Codificado), donde efectivamente encontramos sendos listados de quiénes están llamados por ley a ejercer como curadores generales.

Serían llamados como curador general en los casos de interdicción *del disipador, del ebrio consuetudinario y del toxicómano* del Título XXI, las siguientes personas:

“1.º– Al cónyuge²³; 2.º– A los padres y más ascendientes. Los padres casados no podrán ejercer este cargo, sin el consentimiento del otro cónyuge; 3.º– A los colaterales, hasta el cuarto grado.

El juez tendrá libertad para elegir, en cada clase de las designadas en los numerales 2.º y 3.º, la persona o personas que más a propósito le parecieren.

A falta de las persona antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa” (art. 469 Codificado).

“A los que, por pródigos o disipadores, han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, se dará curador legítimo, y a falta de éste, curador dativo.

Esta curaduría podrá ser testamentaria en el caso del arts. 472”²⁴. (Art 463 Codificado).

Y para ocupar el cargo de curador general en los casos de interdicción *del demente* del Título XXII, las siguientes personas:

“Se conferirá la curaduría del demente:

1.º– Al cónyuge si no hubiere separación conyugal. Pero el cónyuge tendrá derecho de aceptar o repudiar esta guarda, y en caso de no aceptarla, podrá pedir la liquidación de la sociedad conyugal; 2.º– A sus descendientes; 3.º– A sus ascendientes; 4.º– A sus colaterales, hasta el cuarto grado, o a sus hermanos.

Los padres no podrán ejercer este cargo, sin el consentimiento del otro cónyuge.

²³ Aun cuando hubiere separación conyugal judicialmente autorizada, como lo dejó fijado el artículo 49 de la Ley 43 de 1989, publicada en el Suplemento del Registro Oficial n.º 256, de 18 de agosto de 1989.

²⁴ “El padre o madre que ejerzan la curaduría del hijo disipador, podrán nombrar por testamento la persona que haya de sucederles en la guarda”.

El juez elegirá, en cada clase de las designadas en los numerales 2.º, 3.º y 4.º, la persona o personas que más idóneas le parecieren.

A falta de las personas antedichas, tendrá lugar la curaduría dativa” (art. 484 Codificado).

iii. *La guarda dativa*: Se define como “*la que designa el juez*” (art. 381 Codificado), sin que esté obligado a recurrir a un orden de preferencia determinado legalmente, aunque sí “*deberá oír a los parientes del pupilo, y podrá, en caso necesario, nombrar dos o más, y dividir entre ellos las funciones, como en el caso del art. 389*”. Y si hubiere curador adjunto, el juez “*podrá*” preferirle para la tutela o curaduría dativa (art. 397 Codificado).

D) Las guardas singulares y plurales

Aun cuando la norma general es que a cada pupilo corresponde su propio guardador; se prevén las siguientes reglas especiales para los casos de las guardas plurales:

i. *La pluralidad de pupilos*: Se establece que “*podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos, con tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios*”, pero una vez “*divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas o curadurías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona*” (art. 376 Codificado).

ii. *La pluralidad de guardadores*: Se indica que “*una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores*” (art. 376 Codificado).

Si se nombran por testamento dos o más tutores o curadores, se podrá indicar que sus funciones se ejercen de forma sucesiva (art. 390 Codificado), o de manera simultánea, caso en el cual el testador podrá señalar cómo se divide entre ellos la administración (art. 387 Codificado), pero si lo omitiere “*podrá el juez, oídos los parientes del pupilo, confiarlas a uno de los nombrados o al número de ellos que estimare suficiente; y en este segundo caso, dividir las como mejor convenga para la seguridad de los intereses del pupilo*” (art. 389 Codificado), y hasta tanto el juez no disponga otra cosa, “*todos autorizarán de consuno los actos y contratos del pupilo*”²⁵ (art. 438 Concordado), su responsabilidad por la

²⁵ Se aclara en el mismo artículo, que “*se entenderá que los tutores o curadores obran de consuno, cuando uno de ellos lo hiciere a nombre de los otros, en virtud de un mandato en forma; pero subsistirá en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes*”.

administración de los bienes del pupilo será subsidiaria (art. 444 Concordado) y estarán obligados a presentar una sola cuenta a la expiración de su cargo (art. 443 Concordado). Si por el contrario, la administración plural se ejerce de manera simultánea y dividida entre los guardadores, *“será responsable cada uno, directamente, de sus propios actos”* (art. 444 Codificado), salvo que dicha división sea acordada privadamente entre los guardadores, caso en el cual responden solidariamente (art. 446 Codificado). Y podrán responder *“subsidiariamente de los actos de los otros tutores o curadores”* aun cuando no tengan administración efectiva de bienes, en la medida en que pudieron solicitarle al juez que obligara la exhibición de cuentas de administración a otro tutor o curador (arts. 441 y 444 Codificados)²⁶. Esta responsabilidad subsidiaria *“no se extiende a los tutores o curadores que, dividida la administración por disposición del testador, o con autoridad del juez, administren en diversos cantones”* (art. 445 Codificado).

Igualmente, para todo tipo de guardas, sean éstas testamentarias, legales o dativas, se establece que el juez podrá agregarle un curador al tutor o curador que se lo solicite *“alegando la excesiva complicación de los negocios del pupilo y su insuficiencia para administrarlos cumplidamente”*, *“oyendo previamente sobre ello a los parientes del pupilo y al Ministerio Público”*, procediendo el juez a dividir la administración *“del modo que más conveniente le parezca”* (art. 379 Codificado).

iii. *Pluralidad de pupilos y de guardadores*: Sean éstos nombrados por el testador o donante, *“todos éstos ejercerán de consuno la tutela o curaduría, mientras el patrimonio permanezca indiviso; y dividido el patrimonio, se dividirá entre ellos, por el mismo hecho, la guarda, y serán independientes entre sí”*. No obstante, *“el cuidado de la persona de cada pupilo tocará exclusivamente a su respectivo tutor o curador, aun durante la indivisión del patrimonio”* (art. 388 Codificado).

E) Las guardas de hecho y el caso del agente oficioso

Es un guardador de hecho *“el que ejerce el cargo de tutor o curador no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo”* (art. 451 Codificado). Hay pues, un triple componente: dos elementos externos a la persona y constatables como son el ejercicio como guardador y no serle verdaderamente; y uno interno, consistente en la convicción “errada” de actuar

²⁶ Esta responsabilidad subsidiaria *“que por el art. 444, se impone a los tutores o curadores que no administran, se extiende a los respectivos padres, cónyuges o guardadores, respecto de los curadores adjuntos”* (art. 514 Codificado).

conforme a la condición de guardador. En el *animus* y en la realmente inexistente condición de guardador, encontramos los factores determinantes que vienen a diferenciar la guarda de hecho del agente oficioso, quien “*en caso de necesidad, y por amparar al pupilo, toma la administración de los bienes de éste*” (art. 452 Codificado).

La responsabilidad de uno y otro está claramente diferenciada: El agente oficioso

“ocurrirá al juez inmediatamente, para que provea la tutela o curaduría; y mientras tanto, procederá como agente oficioso y tendrá solamente las obligaciones y derechos de tal. Todo retardo voluntario en ocurrir al juez, le hará responsable hasta de la culpa levísima” (art. 452 Codificado),

en tanto que

“el que ejerce el cargo de tutor o curador no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja.

Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría, y hubiere administrado rectamente, tendrá derecho a la retribución ordinaria, y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo.

Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura” (art. 451 Codificado).

F) Las guardas permanentes e interinas

Las guardas interinas, a diferencia de las permanentes, son designadas por un breve plazo, por ejemplo, mientras dure el juicio de remoción del guardador permanente (art. 562 Codificado). También se da una guarda interina cuando se retarda el discernimiento de una tutela o curaduría, o sobreviene una dificultad que impida al tutor o curador provisionalmente seguir ejerciéndola. En estos casos, el juez designará tutor o curador interino para dicho lapso. No procederá, sin embargo, “*si hubiere otro tutor o curador que pueda suplir la falta, o si se tratare de nombrar un tutor o curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela o curaduría, y puede éste continuar en ella algún tiempo*” (art. 396 Codificado).

G) Condiciones para ser guardador

La legislación ecuatoriana, con el propósito de defender mejor los intereses de los incapaces, establece un mínimo de requisitos para que una persona pueda ser designada como guardador.

Por razón de posibles “*defectos físicos o morales*”, se prevé en el Código Civil que:

“Son incapaces de ejercer tutela o curaduría: 1. Los ciegos; 2. Los mudos; 3. Los dementes, aunque no estén bajo interdicción; 4. Los fallidos, mientras no hayan sido rehabilitados; 5. Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación; 6. Los que carecen de domicilio en la República; 7. Los que no saben leer ni escribir; 8. Los de mala conducta notoria; 9. Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el art. 311, numeral 4.^o²⁷, aunque se les haya indultado de ella. 10. El cónyuge que haya dado causa para el divorcio, según el art. 110, menos en el caso de los numerales 8.^o y 11.^o²⁸; 11. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el artículo 311²⁹; y 12. Los que, por torcida o descuidada administración, han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados, por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo” (art. 518 Codificado).

Complementariamente, el mismo Código establece limitaciones por “*relaciones de familia*”, señalando que “*el padrastro no puede ser tutor o*

²⁷ De cuatro años de reclusión.

²⁸ “1.^a– El adulterio de uno de los cónyuges; 2.^a– Sevicia; 3.^a– Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; 4.^a– Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro; 5.^a– Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice; 6.^a– El hecho de que de a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código; 7.^a– Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos; 8.^a– El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole; 9.^a– El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general, toxicómano; 10.^a– La condena ejecutoriada a reclusión mayor; y 11.^a– El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges”.

²⁹ “La emancipación judicial se efectuará por sentencia del juez, si ambos padres incurrieren en uno o más de los siguientes casos: 1.^o– Cuando maltratan habitualmente al hijo, en términos de poner en peligro su vida, o de causarle grave daño; 2.^o– Cuando hayan abandonado al hijo; 3.^o– Cuando la depravación los hace incapaces de ejercer la patria potestad; y, 4.^o– Se efectúa asimismo, la emancipación judicial por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que los declare culpados de un delito a que se aplique la pena de cuatro años de reclusión, u otra de igual o mayor gravedad”.

curador de su entenido”, “*el cónyuge no puede ser curador de sus hijos, sin el consentimiento del otro cónyuge*”, “*el hijo no puede ser curador de su padre disipador*” y “*el cónyuge separado judicialmente no puede ser curador del otro*” (arts. 522 a 525 Codificados).

Otras limitaciones se basan en la “*oposición de intereses*”, prohibiéndola totalmente cuando el pupilo dispute con el guardador su estado civil (art. 526 Codificado); o restringiéndola en la medida en que “*no pueden ser sólo tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma, ni los que litiguen con ella, por intereses propios o ajenos*”, matizando que, “*al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición de este artículo*” (art. 527 Codificado), así como tampoco “*comprenden al tutor o curador testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda o litis, al tiempo de nombrar a dicho tutor o curador*”, o cuando “*se extienden a los créditos, deudas o litis que fueren de poca importancia en concepto del juez*” (art. 528 Codificado). Finalmente, se establecía una limitación “*por motivos religiosos*”, según la cual “*los que profesan diversa religión que la del pupilo no pueden ser sus tutores o curadores*” (art. 547 de la versión original no codificada), la cual fue derogada expresamente y no está contemplada en la actual Codificación de 24 de junio de 2005.

Debido a que la aceptación de la guarda es de carácter obligatorio³⁰, el guardador deberá aceptar su encargo salvo, lógicamente, que sea incapaz de ejercer tutela o curaduría como antes se indicó, o que manifieste una excusa válida, descrita en los siguientes términos:

“Pueden excusarse de la tutela o curaduría: 1.º- El Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros de Estado, los Ministros de la Corte Suprema, Ministros de las Cortes Superiores, de los Tribunales Distritales Fiscal y Contencioso Administrativo; los fiscales y demás personas que ejercen el ministerio público; los jueces penales y los jueces de la niñez y adolescencia; 2.º- Los administradores y recaudadores de rentas fiscales; 3.º- Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público a considerable distancia del lugar en que se ha de ejercer la guarda; 4.º- Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho lugar; 5.º- Los que adolecen de grave enfermedad inhabilitante, o han cumplido sesenta y cinco años; 6.º- Los extremadamente pobres; 7.º- Los que ejercen ya dos guardas; y los que, estando casados o teniendo hijos bajo patria

³⁰ Interpretación fundada en la redacción del artículo 367 del Código Civil, que define las tutelas y curatelas como “*cargos impuestos a ciertas personas, a favor de aquellos que no pueden gobernarse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios [...]*” (Subrayado fuera de texto).

potestad, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales. Podrá el juez contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada y gravosa³¹; y, 8.º– Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos; contándoseles también los que han muerto en acción de guerra bajo las banderas de la República”³² (art. 533 Codificado).

Estas excusas, así como las incapacidades para no aceptar la guarda que se defiende, deben alegarse dentro de los siguientes plazos:

“Si el tutor o curador nombrado se halla en la provincia en que reside el juez que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes a aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicha provincia, pero sí en el territorio de la República, se ampliará este plazo cuatro días por cada cincuenta kilómetros de distancia entre la ciudad cabecera de dicha provincia y la residencia actual del tutor o curador nombrado” (art. 539 Codificado).

Debido a la posible localización del guardador fuera del territorio español, especialmente importante es la previsión siguiente:

“Si el tutor o curador nombrado está en nación extranjera y se ignora cuándo ha de volver, o si no se sabe su paradero, podrá el juez, según las circunstancias, señalar un plazo dentro del cual se presente el tutor o curador a encargarse de la tutela o curaduría, o a excusarse; y expirado el plazo, podrá, según las circunstancias, ampliarlo o declarar inválido el nombramiento; el cual no convalecerá, aunque después se presente el tutor o curador” (art. 542 Codificado).

Es obligatorio informar al juez sobre la existencia de cualquier incapacidad para desempeñarse como guardador. Si se ocultan las existentes al momento de deferirse el cargo o las que posteriormente sobrevengan, *“además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo”* y, lo que es muy importante, *“las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del*

³¹ “En el caso del artículo precedente, numeral 7o., el que ejerciere dos o más guardas de personas que no son hijos suyos, tendrá derecho para pedir que se le exonere de una de ellas, a fin de encargarse de la guarda de un hijo suyo, pero no podrá excusarse de ésta” (art. 534 Codificado).

³² “La excusa del numeral 8.º, del art. 533, no podrá alegarse para no servir la tutela o curaduría de un descendiente” (art. 535 Codificado).

tutor o curador; pero, sabidas por él, darán fin a la tutela o curaduría” (art. 531 Codificado).

H) Formalidades previas al ejercicio de las guardas

Las formalidades previas que se deben cumplir para el ejercicio de las guardas, son tres: El discernimiento, la caución y el inventario solemne.

El discernimiento de la tutela o de la curaduría es “*el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo*” (art. 398 Codificado), y “*los actos del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo*” (art. 402 Concordado).

El discernimiento requiere la previa constitución de una fianza por parte del guardador (art. 399 Codificado), modalidad de caución que podrá ser sustituida por “*hipoteca, prenda comercial, agrícola o industrial, u otra caución suficiente aceptada por el juez*” (art. 401 Concordado). Están exceptuadas de constituir caución, únicamente, las siguientes personas: “*1. El cónyuge y los ascendientes y descendientes; 2. Los interinos, llamados por poco tiempo a servir el cargo; y 3. Los que se dan para un negocio particular sin administración de bienes*”. Igualmente, el guardador podrá ser relevado de la fianza “*cuando el pupilo tuviere pocos bienes, el tutor o curador que fuere persona de conocida probidad y de suficientes facultades para responder de ellos*” (art. 400).

Una vez hecho el discernimiento de la guarda, el guardador³³ está “*obligado a inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes*” y hasta tanto, no se le dará la administración de los bienes de su pupilo, a no ser que “*fuere absolutamente necesario*”. Este plazo de noventa días puede ser restringido o ampliado a criterio del juez, si las circunstancias lo ameritan (art. 403 Codificado). Esta obligación de constituir inventario subsistirá, aun cuando se trate de una guarda testamentaria en la que el testador haya excusado de la misma al tutor o curador (art. 404 Codificado). Con todo, “*si el tutor o curador probare que los bienes son demasiado exiguos para soportar el gasto de la formación de inventario, podrá el juez, oídos los parientes del pupilo y el Ministerio Público, remitir la obligación de inventariar solemnemente dichos*

³³ Excepción hecha del curador especial, que “*no está obligado a la formación de inventario, sino sólo a otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos que se pongan a su disposición para el desempeño de su cargo, y de que rendirá cuenta fiel y exacta*” (art. 516 Concordado).

bienes, y exigir sólo un apunte privado, firmado por el tutor o curador y por tres de los más cercanos parientes, mayores de edad, o por otras tres personas respetables, a falta de éstos” (art. 405 Codificado).

De la ausencia de cualquiera de los anteriores requisitos no se sigue la misma consecuencia, es decir, el único requisito previo cuya omisión anula todos los actos del guardador, es referido al discernimiento, pero la omisión de los demás, como el otorgamiento de la caución y la confección de los inventarios, no invalida las actuaciones del guardador, sino que le hará responsable de los perjuicios que de esas omisiones pueda derivarse en perjuicio del patrimonio del pupilo.

VIII. EFECTOS EN ESPAÑA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN ECUATORIANAS

Se aplica el conocido régimen contenido en los artículos 951 a 958 LEC 1881, los cuales *“estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”* (Disposición Derogatoria Única, Numeral 1.3.^ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), salvo el párrafo II del art. 958 LEC 1881 que sí ha quedado derogado por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, y el artículo 955 sobre competencia, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En aplicación de aquellas normas, tenemos la conocida duplicidad del régimen español, consistente en reciprocidad en primer lugar, tanto negativa como positiva de los artículos 952 y 953, y en segundo lugar, el régimen de cierre contemplado en el artículo 954.

A pesar de que los elementos necesarios en materia de homologación por parte de España de una sentencia ecuatoriana de interdicción nos conducirían en un primer momento a un escenario bastante extenso y detallado que sería el de la reciprocidad, consideramos más práctico dirigirnos directamente al régimen común básico para cualquier homologación, recogido en el artículo 954 LEC, que siempre será más favorable que el de reciprocidad positiva³⁴. Además, el régimen común básico

³⁴ En un caso similar, el TS conceptuó del siguiente modo: *“No habiendo tratado con los Estados Unidos de América en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, debe determinarse si es de aplicación el régimen de reciprocidad, en su aspecto positivo, previsto en la LEC, pues así lo solicita la entidad demandante”*, la cual, dijo el Tribunal, no se puede considerar acreditada. Acto seguido, el mismo Organismo procedió a examinar y luego conceder la petición de exequátur a la luz del señalado régimen general del artículo 954 de la Ley procesal, añadiendo que, *“de otra parte, no cabe desconocer que la reciprocidad no exige del cumplimiento de determinados presu-*

*“lejos de tratarse de un régimen residual, [...] puede resultar de aplicación, [...] como ‘régimen más favorable’ ”*³⁵. Apreciación doctrinal acorde con la formulada por el Tribunal Supremo en los siguientes términos:

“No habiendo tratado con la República del Ecuador ni norma internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resulte aplicable, *debe estarse al régimen general* del artículo 954 LEC (de 3 de febrero de 1.881) [...]. Dicho régimen de reconocimiento *se aplica no obstante* la invocación por la parte actora del régimen de reciprocidad al que se refiere el art. 952 de la citada LEC de 1881, habida cuenta de los rigurosos requisitos a los que se subordina su aplicación —y que aquí no se cumplen plenamente—, y teniéndose presente que dicho régimen no evita que deban controlarse determinados presupuestos, como el respeto al orden público del foro y la autenticidad de la resolución, de forma que su conjunción con los requisitos propios de la reciprocidad positiva convierten a ésta en un régimen de homologación más gravoso que el de condiciones de la LEC de 1881”³⁶ (Cursiva fuera de texto).

Nótese, por lo demás, que tanto en el Auto del Tribunal Supremo que se acaba de transcribir, como en el Auto de 7 de abril de 1998 antes referido, los demandantes de homologación de sentencia extranjera de los Estados Unidos de América y del Ecuador respectivamente, habían solicitado de forma expresa la aplicación del régimen de reciprocidad positiva, de suyo más gravoso que el previsto en el artículo 954 de la LEC, y en definitiva se accedió a la petición concediéndose las homologaciones de las sentencias, basado el Tribunal Supremo en el conocido régimen general del 945.

puestos a los que el ordenamiento jurídico español condiciona el reconocimiento, sea cual fuera el régimen que se siga, cuales son la firmeza de la resolución y su necesaria adecuación al orden público interno, tanto en su vertiente procesal como sustantiva, de suerte que la aplicación del régimen de reciprocidad en la homologación de las sentencias extranjeras conllevará, de ordinario, un plus añadido de requisitos por cumplir, aumentando así el esfuerzo probatorio que debe hacer el solicitante y que resultaría innecesario desde el régimen general de condiciones establecido por la LEC”. Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998200164, por medio de la cual se otorgó exequátur a la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Octavo Circuito, confirmando la sentencia de 4 de Marzo de 1994, dictada por el Tribunal de Distrito de Minnesota, de fecha 13 de Abril de 1995 (Subrayado fuera de texto).

³⁵ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 3.^a edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 184.

³⁶ Auto del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2004, Id. Cendoj: 28079110012004203192, por medio del cual se homologó la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, República del Ecuador, de fecha 4 de mayo de 2000, por la que se acordaba el divorcio de D.^a Lidia y D. Luis Enrique, quienes habían contraído matrimonio en Pichincha, República del Ecuador, el día 22 de agosto de 1994.

Finalmente, debemos tener en consideración que para la homologación de una sentencia extranjera, ecuatoriana en este caso, la jurisprudencia nacional exige además del cumplimiento de los requisitos del artículo 945 LEC, que no exista un proceso judicial español en curso ni se haya proferido sentencia española firme sobre el mismo asunto, caso en el cual solamente sería observable en España esta última y no procedería la homologación de la sentencia extranjera³⁷. Lo anterior se traduce en la inviabilidad de homologar una sentencia ecuatoriana que declare la incapacidad de uno de sus ciudadanos si cursa un proceso judicial en España o si ya ha sido adoptada una decisión española al respecto, descartándose de esta manera, dentro del ámbito jurisdiccional español, una posible contradicción entre la sentencia española y la sentencia ecuatoriana que no sería objeto de homologación y por lo tanto no tendría atribuida eficacia alguna en España. Se reconoce, de esta manera, prelación a la cosa juzgada nacional, frente a la decisión judicial foránea, *“que impide la virtualidad de otro pronunciamiento sobre el mismo objeto y entre las mismas partes que eventualmente pudiera ser diferente, con el subsiguiente riesgo de subvertir la armonía que necesariamente debe darse entre las decisiones judiciales que forman parte del orden interno de los Estados so pena de dañar irreparablemente la seguridad jurídica en las relaciones ‘inter partes’”*³⁸.

³⁷ El Tribunal Supremo concedió el exequátur de una sentencia porque, además de cumplir con los restantes requisitos, *“no consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o proceso pendiente en España”*. Auto de 5 de mayo de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998201205, respecto de las sentencias dictadas en fecha 22 de marzo de 1995 por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Sala 31), y de 8 de noviembre de 1996 por el Tribunal de Apelación de dicha Capital (Tercera Sala), Bélgica, por las que se acordaba el divorcio de D.^a Montserrat y D. Juan María, quienes habían contraído matrimonio en Loos, Francia, el día 20 de diciembre de 1971, inscrito en el Registro Civil español.

³⁸ Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998201124, por medio del cual se denegó el exequátur a la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judo en el Registro Civil español.

JUAN MANUEL CAMPO CABAL –MUTUALDIS–
Profesor Titular de la Universidad Europea de Madrid

ULISES FERNÁNDEZ ROJAS –MUTUALDIS–
D.E.A. Universidad Complutense de Madrid

La incapacidad jurídica de un ciudadano colombiano residente en España

SUMARIO: I. Introducción. II. Aplicación de la ley personal. III. Nacionalidad española con valor de simple presunción. IV. Doble nacionalidad. V. Derecho interno colombiano relevante en materia de doble nacionalidad. VI. Acreditación del derecho colombiano. VII. Prueba del estado civil y legalización de documentos públicos de la República de Colombia. VIII. Instituciones colombianas de protección del incapaz. IX. Efectos internacionales de las medidas de protección.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es un fenómeno físico y psicológico que puede llegar a afectar en algunos casos la capacidad jurídica de las personas, convirtiéndose en causa de incapacidad.

El Código Civil señala que la capacidad jurídica de las personas físicas será regulada por su ley personal, *“determinada por su nacionalidad”* (art. 9.º-1). Misma ley, que regulará las instituciones de protección del incapaz.

Esta remisión a la ley determinada por su nacionalidad, se ve exceptuada para ciertos casos en los cuales se aplica la Ley española, como son las medidas provisionales o urgentes y las formalidades para adoptar medidas de protección, y en todo caso, cuando se trate de menores o incapaces que se hallen en territorio español abandonados (art. 9.º-6).

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que la ley personal será el criterio general para determinar la incapacidad jurídica de una persona natural extranjera en España, cuyo contenido estaría proporcionado por la legislación nacional de cada uno.

Tal formulación, en principio sencilla, se torna compleja cuando concurren factores frecuentes como la doble nacionalidad, el cambio de domicilio entre diferentes países, o la adopción internacional, por citar algunos.

El propósito de este capítulo es analizar los criterios para establecer la capacidad jurídica de los nacionales colombianos radicados en territorio español, que por norma expresa de nuestro Código Civil se convierten en obligada referencia. Para ello, abordaremos aspectos de derecho sustantivo internacional, español y colombiano, relativos a la nacionalidad española, a la frecuente concurrencia en una misma personas de las nacionalidades española y colombiana, a las instituciones colombianas de protección del incapaz y a elementos de derecho procesal como la prueba del derecho foráneo.

II. APLICACIÓN DE LA LEY PERSONAL

El contenido de ley personal correspondiente a las personas físicas se determina a partir de la Ley nacional del sujeto de derecho, de conformidad con el artículo 9.º-1. del Código Civil español. Con la finalidad de establecer la legislación material aplicable en materia de capacidad jurídica de los ciudadanos colombianos radicados en España, nos remitimos directamente a la legislación interna colombiana, en la cual encontramos que el artículo 19 del Código Civil establece que

“los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1.º) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2.º) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior”.

Como corolario de lo anterior, la justicia española aplicará el correspondiente derecho material colombiano para resolver sobre la incapaci-

dad de un ciudadano de esta nacionalidad, radicado en territorio español, en la medida en que sus actos hayan de tener efecto en territorio colombiano o en asuntos de competencia de sus autoridades. En los demás aspectos, por exclusión y por practicidad, se dejaría abierta la puerta a la legislación propia del fuero donde se encuentre radicado el ciudadano colombiano y se quieran hacer valer jurídicamente los efectos.

III. NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN

El Código Civil en su artículo 17.1.c) reconoce como españoles de origen a los nacidos en territorio español de padres extranjeros, con tal que ambos padres carezcan de nacionalidad o si la legislación nacional de ninguno de ellos les reconociese tal nacionalidad *iure sanguinis*. La nacionalidad española es reconocida, en este caso, a quienes no tengan ninguna nacionalidad atribuida, evitando que se dé una situación de apatridia. En reciente Instrucción, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha compilado ilustrativa y comparativamente diferentes casos en los que se puede reconocer o denegar *con valor de simple presunción* la condición de nacional español de origen en su Anexo, numerales 1 y 2, respectivamente. En relación con los nacidos en España de padres colombianos, esta Instrucción en su Anexo, numeral 1, establece:

“Conforme al artículo 17-1-c del Código Civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen ‘los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad’. Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de: [...] c) Colombianos (Resoluciones de 16-2.^a de octubre y 7-4.^a y 5.^a de noviembre de 2002; 28-4.^a de junio y 4-1.^a de julio de 2003; 28-3.^a de mayo y 23-1.^a de julio de 2004; 30-4.^a de noviembre y 7-2.^a de diciembre de 2005; 14-3.^a de febrero y 20-1.^a de junio de 2006; 17-4.^a de enero de 2007)”¹.

La razón jurídica de lo anterior la encontramos en la Constitución Política de Colombia promulgada el 7 de julio de 1991, y particularmente en su artículo 96.1.b), que no atribuye automáticamente la naciona-

¹ Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción*, publicada en el BOE n.º 86, de 10 de abril de 2007.

lidad colombiana *por nacimiento* a los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera hasta tanto no “*se domiciliar en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República*”².

No obstante su consideración como *simple presunción*, la DGRN subraya que este calificativo “*no debe inducir a confusión minimizando la eficacia de tales declaraciones sobre nacionalidad*”³. Los efectos de la nacionalidad española se proyectan indefinidamente en el tiempo y la denominación *con valor de simple presunción*, no supone especiales condiciones a futuro que determinen su vigencia, sin decaer ella por la posterior adquisición de la nacionalidad originaria de sus progenitores. Así, el Código Civil en su artículo 24.1 dispone que la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos no es bastante para producir la pérdida de la nacionalidad española de origen. De manera que un ciudadano español de origen pudiera adquirir la nacionalidad colombiana, sin que este sólo hecho conduzca a la pérdida de la nacionalidad española. Consecuente con lo anterior, en la Resolución 2.^a de 16 de octubre de 2002, la DGRN destaca que “*no ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde ‘iure sanguinis’ la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida ex lege en el momento del nacimiento*”⁴.

IV. DOBLE NACIONALIDAD

En la misma línea del citado artículo 24.1 del Código Civil, encontramos el Convenio de Nacionalidad entre España y Colombia⁵, mediante el cual se acuerda que los

“españoles de origen podrán adquirir la nacionalidad colombiana y los colombianos por nacimiento podrán adquirir la nacionalidad española cuando hayan estado domiciliados en el territorio del otro Estado por un plazo no menor de dos años, cumpliendo los requisitos que determine la legislación del país cuya nacionalidad adquieran e inscribiéndose en los Registros que dicha legislación establezca o tenga establecidos, y siempre bajo el principio de reciprocidad res-

² En su redacción dada por el artículo 1.º del Acto Legislativo n.º 1 de 2002.

³ DGRN. Circular de 22 de mayo de 1975, anexo 4.

⁴ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1931, 2002, págs. 3916 a 3918.

⁵ Suscrito el 27 de junio de 1979 y publicado en el BOE núm. 287, de 29 de noviembre de 1980.

pecto del plazo exigido y demás requisitos esenciales de la adquisición” (art. 1.º).

Este Convenio tiene las siguientes características relevantes para el propósito de esta publicación:

i. *Exclusividad*: “En ningún caso las personas que se acojan a este Convenio estarán simultáneamente sometidas a la legislación de ambas Partes” (art. 4.º, Párrafo primero).

ii. *Prevalencia*: “En el supuesto de doble nacionalidad, se definirá a la luz de la Ley del Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona interesada” (art. 4.º, Párrafo segundo).

iii. *Información recíproca entre los Estados contratantes*: Las inscripciones de las nuevas nacionalidades en los Registros respectivos del Estado Civil en España y del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, siempre y cuando se conserve la correspondiente nacionalidad de origen, deberán ser comunicadas por el Encargado del Registro “a la otra Parte contratante, por vía diplomática o consular, dentro del término de sesenta días, contados desde el momento en que fuere hecha conforme al trámite legal ordinario” (art. 1.º).

iv. *Domiciliación en terceros Estados*: El Convenio establece que “la dependencia política y la legislación aplicable a la persona que, deseando continuar acogida al presente Convenio, trasladara su domicilio a un tercer país, quedarán determinadas por el último domicilio que hubiera tenido en el territorio de una de las Partes contratantes” (art. 5.º).

v. *Recuperación del domicilio de origen*: El artículo 4.º prevé que

“Ninguna persona con la calidad de nacional de uno de los dos Estados contratantes podrá alegar en el territorio del otro la mencionada calidad ni pretender el goce o ejercicio de los derechos derivados de ellas si al propio tiempo se le considera como nacional del otro aplicando el criterio señalado en el párrafo anterior del presente artículo”, el cual precisa, que “en ningún caso las personas que se acojan a este Convenio estarán simultáneamente sometidas a la legislación de ambas Partes. Tan sólo, para los efectos de sus deberes y sus derechos, a la de la nacionalidad atribuida de conformidad con las normas aquí expresadas, nacionalidad que se definirá según los términos de la Ley del Estado Parte, respecto del cual se pretenda o niegue el vínculo”.

Por lo anterior, un ciudadano colombiano una vez nacionalizado español por residencia, pasa a tener como legislación de referencia a

efectos personales, la legislación española. Si posteriormente se domiciliare en territorio colombiano, será ésta la legislación aplicable, y la autoridad judicial colombiana será la competente para adoptar una decisión en materia de incapacidad.

vi. *Nacionalidad con valor de simple presunción*: El Convenio establece en su artículo 6.º, que

“ninguna persona nacida en cualquiera de los dos países de padres del otro, carecerá de nacionalidad. Si ello ocurriere, esto es, si en virtud de las reglas ordinarias no tuviere ninguna, ya fuese por asimetría de las legislaciones o por vacío u omisión de una de ellas, será considerada nacional del Estado en cuyo territorio hubiere tenido su primer domicilio, sin perjuicio de acogerse más tarde a las otras opciones contempladas en este Convenio”.

Finalmente, es importante destacar que la fecha de la adquisición de la nacionalidad española por residencia “*no es la de la concesión, ni la de la inscripción, sino la del acta exigida por el artículo 23 Código Civil*”⁶.

V. DERECHO INTERNO COLOMBIANO RELEVANTE EN MATERIA DE DOBLE NACIONALIDAD

La Constitución Política de Colombia actualmente en vigor y publicada en 1991, prevé en su artículo 96:

“Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

No obstante, con anterioridad a la entrada en vigor de esta última Constitución, la vigente de 1886, y que rigió hasta 1991, establecía en su artículo 9.º lo siguiente:

“La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrase con arreglo a las leyes”⁷.

⁶ Resolución de 19 de abril de 2006 (5.ª), de la DGRN.

⁷ Redacción dada por el Acto Legislativo n.º 1 de 1936, art. 4.º).

Una vez en vigencia el nuevo orden constitucional, autorizando la plurinacionalidad concurrente con la colombiana, la Ley 43 de 1993 reglamentó en su artículo 25, la recuperación de la nacionalidad aun cuando no de manera automática, sino previa instancia del interesado, en los siguientes términos:

“Los nacionales por nacimiento o por adopción que hayan perdido la nacionalidad colombiana como consecuencia de la aplicación del artículo 9.º, de la Constitución anterior y quienes renuncian a ella de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley, *podrán* recuperarla, *formulando una solicitud en tal sentido* ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, los Consulados de Colombia o ante las Gobernaciones, manifestando su voluntad de respaldar y acatar la Constitución Política y las leyes de la República. Lo anterior se hace constar en un acta que será enviada al Ministerio de Relaciones Exteriores, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS” (Cursiva fuera de texto).

[...] Parágrafo 3.º– El funcionario ante quien se presenten las solicitudes a que se refiere este artículo, resolverá dentro de los cinco días hábiles siguientes. Si se trata de un Cónsul, comunicará su determinación a la Registraduría Nacional del Estado Civil, dentro de los tres días siguientes a su decisión”.

Consecuente con lo anterior, el Protocolo de 1998, que adiciona el Convenio de Nacionalidad de 1979, establece que

“los ciudadanos españoles de origen, y los colombianos por nacimiento que hayan obtenido la nacionalidad de la otra Parte, antes de la vigencia del presente Protocolo, de conformidad con lo dispuesto por el Convenio de Nacionalidad firmado el 27 de junio de 1979, podrán recobrar sus derechos civiles y políticos, previa manifestación escrita ante el Cónsul o la autoridad competente designada para el efecto. Esta situación se dará a conocer por vía diplomática a la otra Parte” (art. 1.º)⁸.

⁸ Protocolo Adicional entre el Reino de España y la República de Colombia, modificando el Convenio de Nacionalidad de 27 de junio de 1979, hecho «ad referéndum» en Bogotá el 14 de septiembre de 1998, que entró en vigor el 1 de julio de 2002. Publicado en el BOE n.º 264 de 4 de noviembre de 2002, pág. 38.847.

VI. ACREDITACIÓN DEL DERECHO COLOMBIANO

La incorporación del derecho extranjero al proceso judicial es tan importante, como que de esto dependerá la vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda. Se trata, en efecto, de la causa de pedir como elemento que identifica a la acción, que enlaza directamente con el principio de la congruencia de la sentencia. Congruencia que si bien es claramente aceptada actualmente respecto de los hechos alegados, no lo es tanto en cuanto al alcance de la vinculación que tiene el juez respecto de los fundamentos jurídicos planteados en la demanda o lo que es igual, respecto del elemento jurídico como elemento configurador de la causa de pedir.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, dispone en su artículo 218.1.Párrafo 2.º, sobre exhaustividad y congruencia de las sentencias, que

“el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.

Aquí se hace una distinción entre los fundamentos de Derecho, por una parte, y por otra, las normas aplicables al caso, a los que De la Oliva⁹ denomina como *fundamento* y *fundamentación* de las pretensiones, respectivamente. Respecto de ésta última es que sería de aplicación el principio *iura novit curia*.

Ahora bien, ¿qué pasa si estamos frente a “normas aplicables al caso” pero que no pertenecen al derecho positivo español, sino de terceros estados, como el derecho de la República de Colombia, para resolver acerca de la capacidad jurídica de una persona física? Ante esta situación, el artículo 281.2 de la LEC, dispone que

“serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero. [...] El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”.

⁹ Andrés DE LA OLIVA SANTOS e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, 3.ª edición, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2004, pág. 457.

¿Y se aplicaría el mismo principio del *iura novit curia*? A este respecto, Fernández Rozas estima que

“el principio *iura novit curia* no opera, en principio, para el Derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos, una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo, el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia. En suma, el Derecho extranjero tiene una consideración procesal peculiar, viene a ser un *tertium genus* entre el Derecho y los hechos. Ahora bien, tal naturaleza ha de quedar garantizada en el proceso, por lo que su tratamiento procesal ha de revestir características propias, siendo a veces asimilables a la condición procesal de los hechos y, en otras ocasiones, a las normas jurídicas nacionales. El artículo 281.2.º de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, que deroga y sustituye al artículo 12.6.II del CC, confirma este carácter procesalmente híbrido del Derecho extranjero. Después de que el artículo 281.1.º se refiere a la necesidad de la prueba de los hechos, el artículo 281.2.º añade que ‘también será objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero’. Este tratamiento probatorio conjunto de la costumbre y del Derecho extranjero es un claro síntoma de que no se trata de simples hechos, sino de auténticas fuentes del Derecho, aunque ‘también’ deban ser probados”¹⁰.

La prueba del derecho colombiano, se regula en abstracto en el mismo artículo 281.2.º antes citado, subrayándose que “*el derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*”; prueba que, según el artículo 282, se practicará a instancia de parte. Aun cuando rige el principio de alegación y prueba del derecho extranjero a cargo de las partes, a partir de la previsión legal del artículo 281.2 LEC el Tribunal Constitucional ha desentrañado una carga de colaboración para el juez, destacando que “*el juzgador podrá valerse de cuantos instrumentos de averiguación estime necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas*”, para que pueda ser allegada al proceso la acreditación de su contenido y vigencia¹¹. A estos efectos, pues, el juzgador podrá facilitar la obtención del derecho colombiano tal como está previsto en la Convención Interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, hecha en la ciudad de Montevideo,

¹⁰ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004, págs. 151 y 152.

¹¹ STC 10/2000, de 17 de enero de 2000.

República Oriental del Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve, y publicada en el BOE núm. 11, de 13 de enero de 1988. Colombia designó al Ministerio de Relaciones Exteriores como autoridad central a los efectos previstos en el artículo 9.º de la Convención, y España designó a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, cuya dirección es San Bernardo 47, Madrid 28015, como autoridad central competente que ha de recibir y distribuir exhortos o cartas rogatorias, a los efectos previstos en esta Convención.

VII. PRUEBA DEL ESTADO CIVIL Y LEGALIZACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

La Superintendencia de Notariado y Registro¹², ha emitido el siguiente concepto clarificando cuál es la prueba aplicable en materia de estado civil¹³ actualmente en Colombia:

“El Registro del Estado Civil, el cual comprende, entre otros, los nacimientos, matrimonios y defunciones, como función del Estado, se estableció en 1883, con la creación del Código Civil. Para cumplir con esta función, se expidió la Ley 57 de 1887, que en el artículo 22, aceptaba, como prueba principal de los nacimientos, matrimonios y defunciones, ocurridos en el seno de la Iglesia Católica, las actas parroquiales de bautizos, matrimonios y defunciones.

El artículo 22 de la Ley 57 de 1887, dispone: *‘Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, o matrimonios, o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos...’*

A partir de la vigencia de la Ley 92 de 1938, (15 de junio de 1938), en su artículo 18 establece *‘Solo tendrán el carácter de pruebas principales del Estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley’*.

¹² Técnicamente es un organismo que goza de autonomía administrativa y financiera, con personería jurídica y patrimonio independiente, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia como Unidad Administrativa Especial. La Superintendencia de Notariado y Registro garantiza la guarda de la fe pública en Colombia mediante la prestación del servicio público registral y la orientación, inspección, vigilancia y control del servicio público notarial.

¹³ Se define en la legislación colombiana, así: *“El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley”* (Decreto-Ley 1260 de 1970, art. 1.º).

La misma ley señala en su artículo 1.º quienes son los encargados de llevar el registro del Estado Civil, son *‘los Notarios, y en los Municipios donde no haya este funcionario, el Alcalde Municipal, y los funcionarios consulares de Colombia en el Exterior, y los corregidores e inspectores de policía debidamente autorizados’*.

El Decreto Ley 1260 de 1970, estableció como prueba única del estado civil, para los nacimientos, matrimonios y defunciones ocurridos después de su vigencia, los registros civiles.

Así las cosas, dependiendo de su fecha de nacimiento y el de su hermana, para acreditar parentesco con ella, debe aportar los registros civiles de nacimiento o las partidas de bautizo, según el caso. También, se puede complementar con el registro civil de matrimonio o partida eclesiástica de matrimonio de sus padres, o la prueba que acredite el reconocimiento como hija extramatrimonial¹⁴ (Subrayado fuera de texto).

Los certificados de registro civil, serán entonces la prueba única para acreditar el estado civil de los ciudadanos colombianos a partir de la promulgación, el 5 de agosto de 1970, del Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, aprobado mediante el Decreto-Ley 160 de 1970, y la prueba preferente, respecto de las hechos sucedidos con anterioridad hasta 1938.

La validez en España de estos certificados colombianos del Registro Civil, está condicionada a la correspondiente apostilla de estos documentos públicos exigidos por el artículo 323.2.2.º de la LEC de 7 de enero de 2000, puesto que la República de Colombia ha ratificado la “*Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros*”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961, y entró en vigor para Colombia el día 30 de enero de 2001¹⁵. La autoridad colombiana responsable es el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de la Coordinación de Legalizaciones y Apostillas¹⁶.

¹⁴ Consulta n.º 3495 ante la Oficina Asesora Jurídica Superintendencia de Notariado y Registro. Asunto: Acreditar parentesco con hermana, CN-03, radicación ER 47569 de fecha 20 de diciembre de 2006. Fecha del concepto: 09 de enero de 2007.

¹⁵ Convención aprobada mediante la Ley 455/1998, de 4 de agosto, y publicada inicialmente en la edición del Diario Oficial n.º 43.360 del 11 de agosto de 1998 y luego nuevamente corrigiendo sus erratas, en la edición del Diario Oficial n.º 44.131 del 17 de agosto de 2000.

¹⁶ Mediante Nota Verbal de 18 de octubre de 2007, la Embajada de Colombia en España informó oficialmente de algunos cambios adoptados por parte de del Estado colombiano en desarrollo de la Convención de la Haya sobre Apostillas, adoptadas “*en el marco del Programa Piloto de Apostilla Electrónica (e-APP)*”, conforme a las recomendaciones y conclusiones del Tercer Foro Internacional sobre Evidencia Digital, llevado a cabo en la ciudad de Los Ángeles, Estados Unidos, el 29 de mayo de 2007. En la referida Nota, se prevé que “*las Apostillas se imprimirán en blanco y negro, en papel normal eliminando el papel de seguridad usado hasta el momento*”, cuya

Igualmente, los documentos públicos españoles que se quieran hacer valer ante las autoridades colombianas, en materia de estado civil de las personas, deberán someterse al correspondiente trámite de apostilla, puesto que esta Convención entró en vigor para España a partir del 25 de noviembre de 1978¹⁷. Las autoridades españolas responsables de su cumplimiento, son tres, en función de la naturaleza del documento público cuya autenticidad se desea certificar. Para los documentos emitidos por autoridades judiciales, serán responsables los Secretarios de la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia. Tratándose de documentos autorizados notarialmente o documentos privados con firmas legitimadas por un Notario, la certificación de apostilla corresponde a los Colegios de Notarios. Para apostillar documentos de la Administración Central del Estado, la autoridad competente es el Jefe de la Sección Central de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia, localizado en la C/ San Bernardo, 45 de la ciudad de Madrid. Finalmente, cuando se trate de documentos de las demás administraciones serán competentes los Secretarios de la Sala de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, o los Colegios de Notarios.

VIII. INSTITUCIONES COLOMBIANAS DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ

En el marco normativo colombiano se reconoce a toda persona natural o física sin excepción, la capacidad *de derecho* o de goce, o lo que es lo mismo, la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones¹⁸. Tam-

autenticidad “se puede conseguir verificando mediante el registro electrónico al cual se accede a través del portal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia: www.cancilleria.gov.co/apostilla”. “La presentación del Registro Electrónico de igual manera ha sido modificada. A partir del 9 de octubre de 2007 no se mostrará un resumen con los datos básicos de la Apostilla; por el contrario, quienes realicen la consulta observarán la imagen a color exacta y correspondiente a la Apostilla que fue expedida”. La utilidad de esta modificación –destaca la Nota Verbal–, es que “el uso del certificado digital garantiza que la versión electrónica de la Apostilla no ha sido adulterada. Por lo tanto, si la Apostilla adjunta al documento difiere de alguna manera con la que se muestra en el Registro Electrónico, significará que la apostilla física en el papel ha sido alterada”. Finalmente, se prevé que “por un período de transición y hasta tanto se utilice en su totalidad el remanente de existencia del formato anterior, se utilizarán alternativamente los dos modelos que a su vez son igualmente válidos y auténticos”.

¹⁷ Firmada por España el 21 de octubre de 1976, y publicada su ratificación en el BOE de 25 de septiembre de 1978.

¹⁸ La legislación colombiana reconoce que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” (art. 74), y determina que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, y optando claramente por la conocida teoría de la vitalidad, ratifica que “la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás” (art. 90). Finalmente, el artículo 33 del mismo Código añade que la palabra persona en su sentido general se aplicará a la especie humana, sin distinción de sexo.

bién se reconoce que toda persona tiene capacidad *legal* o de ejercicio “*excepto aquéllas que la ley declara incapaces*” (art. 1503). Esta capacidad *legal* de una persona “*consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra*” (art. 1502).

Por lo que atañe al objeto de nuestro análisis, las causas de incapacidad *legal* o de ejercicio las encontramos referidas tanto a la naturaleza intrínseca de las personas por razón de la edad, de las capacidades físicas y mentales, como a las de orden circunstancial, definidas por la ley como aquellas que en casos, momentos y condiciones determinados, incapacitan a una persona para el ejercicio de un derecho.

1. Clases de incapacidad y sus efectos

La legislación colombiana distingue tres clases de incapacidad *legal* o de ejercicio, a saber: La incapacidad absoluta, la incapacidad relativa y la incapacidad especial.

A) *La incapacidad absoluta*

a) *Los casos que configuran la incapacidad absoluta*

El artículo 1504 del Código Civil colombiano establece que son absolutamente incapaces:

i. *Los dementes*: La legislación civil colombiana establece que “*son absolutamente incapaces los dementes*” (art. 1504). La declaración judicial de interdicción por demencia es decisiva para determinar el alcance jurídico que tienen los actos del sujeto, en la medida en que “*los actos y contratos del demente, posteriores al decreto de interdicción, serán nulos; aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido*”, y “*por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos; a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente*” (art. 553)¹⁹, para lo cual se tendrá como prueba suficiente “*demostrar que ese individuo estuvo en estado habitual de demencia en el tiempo comprendido entre la fecha ante-*

¹⁹ “A quien alegue la nulidad del acto o contrato o celebrado por quien no se halla bajo interdicción, le corresponde acreditar que en el tiempo en que se celebró el negocio jurídico, dicha persona padecía una perturbación psíquica y, por además, no de cualquier índole, sino de tal entidad que adolezca de un desarreglo de sus facultades mentales que le impida emitir un consentimiento pleno” (Sentencia de Casación de 16 de marzo de 1993 de la Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial, Tomo CCXXXII, n.º 2462, pág.180).

rior y posterior a la ejecución de acto”²⁰. Igualmente, el mismo Código prevé que “los dementes [...] son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos, o para otros” (art. 784).

ii. *Los impúberes.*— Se establece que “son absolutamente incapaces [...], los impúberes” (art. 1504). El mismo Código los define de la siguiente manera: “Llámesese [...] impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”, habiéndose declarado el 24 de mayo de 2005, inconstitucionales los apartados tachados, por lo que en adelante se entiende por impúber toda persona “que no ha cumplido catorce años” (art. 34)²¹.

iii. *Los sordomudos.*— Se dispone, igualmente, que “son absolutamente incapaces los [...] sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito”. Este último apartado que se tacha fue declarado inconstitucional el 13 de noviembre de 2002²², de forma que la norma actualmente vigente se refiere a los casos de personas sordomudas que no puedan darse a entender por ningún medio en general, más allá del medio escrito en particular.

b) *Los efectos jurídicos de la incapacidad absoluta*

Respecto de los efectos jurídicos derivados de los actos realizados por persona incapaz absoluta, el Libro Cuarto del Código Civil de las obligaciones en general y de los contratos, Título II de los actos y declaraciones de voluntad en su artículo 1504 establece que “no producen ni aún obligaciones naturales²³, y no admiten caución”²⁴. En el mismo Libro

²⁰ Interpretación jurisprudencial acogida también ampliamente por la doctrina colombiana. Cfr. Jorge ANGARITA GÓMEZ: *Lecciones de Derecho Civil*, Quinta edición, Tomo I, Ed. Temis, Bogotá, 2005, págs. 254 y 255.

²¹ Decisión adoptada mediante Sentencia C-534-05, de 24 de mayo de 2005 por la Corte Constitucional, en la cual se fija su posición en los siguientes términos: “En este sentido, para esta Sala, la distinción establecida en el artículo 34 del Código Civil resulta insuficientemente justificada, pues el sustento de ésta es únicamente dar cuenta de las diferencias en materia físico-sexual desde el punto de vista del desarrollo de los niños y las niñas. Las cuales a su vez no inciden en la determinación de si se debe o no ser sujeto de protección por parte de las leyes civiles y comerciales, respecto de los derechos patrimoniales. Por ello, no encuentra esta Sala que la distinción persiga un fin concreto, pues – se insiste – no existe una relación necesaria entre las diferencias en el desarrollo físico-sexual y la presunción de capacidades reflexivas para negociar. Por el contrario, tal como se estructura la legislación civil y comercial, dichas diferencias aparecen como razones para sustentar la adjudicación de protección jurídica de forma disímil, lo cual no resulta acorde con nuestro orden constitucional”.

²² Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, C-983-02 de 13 de noviembre de 2002.

²³ Por obligaciones naturales, el mismo Código Civil entiende “las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas” (art. 1527), y añade que son obligaciones naturales “las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse

Cuarto del Código Civil *de las obligaciones en general y de los contratos*, pero en el Título XX *de la nulidad y la rescisión*, el artículo 1741 prevé que hay “*nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces*”.

También hay una mención expresa de aquellas personas afectadas por sordomudez, en materia matrimonial, en los siguientes términos:

“el matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: [...] 3.º) Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en [...]. Pero los sordomudos, si pueden expresar con claridad su consentimiento por signos manifiestos, contraerán válidamente matrimonio” (art. 140).

En relación con las facultades para otorgar testamento, se establece que “*no son hábiles para testar: 1.º) El impúber. 2.º) El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia. 3.º) [...]. 4.º) Todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente*” (art. 1061).

Finalmente y como regla general, respecto de los actos de un incapaz absoluto, actúa por representación directa el guardador.

B) La incapacidad relativa

a) Los casos que configuran la incapacidad relativa

Abordamos ahora el caso de las personas que aun siendo incapaces, su incapacidad “*no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes*”. Las siguientes personas son consideradas jurídicamente incapaces relativos, por el Código Civil colombiano:

i. *Los menores adultos*.— Esta categoría es compleja y se compone de dos variables que le fijan su contenido con un límite mínimo de edad, dado por el concepto de *adulto*, y otro límite máximo de edad, conforme al concepto de *menor*. En relación con el primero, es “*adulto, el que*

según las leyes”, “*Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción*”, “*las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida*” y “*las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba*”.

²⁴ Define el Código Civil colombiano que caución “*significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la hipoteca y la prenda*” (art. 65).

ha dejado de ser impúber” (art. 34), por lo tanto serán adultas —conforme con la Sentencia C-534-05 antes mencionada de la Corte Constitucional—, todas aquellas personas, mujeres o varones, que hayan cumplido 14 años. Este será el límite temporal inferior. En relación con la segunda variable, el “*menor de edad, o simplemente menor*” será el que no llegue a la mayoría de edad, es decir, que no haya cumplido 18 años, conforme a la Ley 27 de 1977²⁵. Este será, el límite temporal superior. En fin, menores adultos son todas aquellas personas comprendidas entre los 14 años cumplidos y hasta antes de cumplir los 18.

ii. *Los disipadores.*— Son también incapaces relativos “*los disipadores que se hallen bajo interdicción*” (art. 1504).

b) *Los efectos jurídicos de la incapacidad relativa*

Tratándose de personas con limitada capacidad *legal* o de ejercicio, en la legislación colombiana se adoptan dos pautas generales que enunciamos a continuación, y una serie de excepciones previstas legalmente que inmediatamente después indicaremos.

i. *Reglas generales:* Las encontramos en el Código Civil colombiano en su Libro Cuarto *de las obligaciones en general y de los contratos*, Título II *de los actos y declaraciones de voluntad*, en el cual se establece que los actos de las personas con incapacidad relativa “*pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes*” (art. 1504, inciso 3.º). En el mismo Libro Cuarto del Código Civil *de las obligaciones en general y de los contratos*, pero en el Título XX *de la nulidad y la rescisión*, una vez determinados los vicios que dan lugar a que se decrete la nulidad absoluta —ilicitud del objeto, ilicitud de la causa, omisión de algún requisito o formalidad necesaria para el valor de ciertos actos o contratos, así como la celebración de los mismos por parte de personas absolutamente incapaces—, se establece que “*cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato*” (art. 1741), ubicándose dentro de los vicios generadores de nulidad relativa, la intervención de personas que sean jurídicamente incapaces relativos.

ii. *Excepciones:* En cuanto a las excepciones, dice la legislación colombiana que la incapacidad de estas personas “*no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos*

²⁵ Esto ha significado la tácita derogación de la figura de la *habilitación de edad* que el Código Civil colombiano había contemplado para los menores que, antes de la reforma introducida en 1977, se encontrasen entre los 18 y los 21 años de edad (art. 340 del C. Civil).

determinados por las leyes" (art. 1504), lo que se traduce en la existencia de una serie de casos también contemplados en el Código Civil.

En relación con la capacidad jurídica relativa del menor adulto para contraer matrimonio, el citado Código dispone dos límites temporales así: el límite mínimo de 14 años, por debajo del cual "*el matrimonio es nulo y sin efecto*" (art. 140, numeral 2.º); y el límite máximo en la mayoría de edad, caso para el cual se prevé que "*las personas mayores de 18 años pueden contraer matrimonio libremente*" (art. 116). De forma tal que, entre los 14 y 18 años de edad, la incapacidad jurídica relativa se traduce en que el menor adulto "*no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro*" (art. 117), o bien del padre y la madre adoptantes para el matrimonio del hijo adoptivo. De celebrarse un matrimonio sin la preceptiva autorización de los padres cuando interviene al menos un menor adulto, estaríamos ante un impedimento, no dirimente sino impediendo, que genera la ilicitud del matrimonio. La carencia del consentimiento de los padres del menor adulto para contraer matrimonio no está prevista como causal de nulidad matrimonial y en este sentido no estamos ante un problema de incapacidad jurídica que afecta la validez del acto. Los menores adultos son, desde el punto de vista de su capacidad jurídica, considerados plenamente capaces para contraer matrimonio. De otra parte, el Código Civil colombiano consagra como causal de indignidad y desheredamiento el haberse casado sin el consentimiento de sus padres "*estando obligado a obtenerlo*" (arts. 124 y 1266, numeral 4.º), al igual que faculta al "*ascendiente, sin cuyo necesario consentimiento se hubiere casado el descendiente*" para "*revocar por esta causa las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho*" (art. 125).

En materia matrimonial, igualmente, hay una previsión expresa en la legislación colombiana para aquellas personas cobijadas por una medida judicial de interdicción, en estos términos: "*el matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: [...] 3.º Cuando para celebrarlo haya faltado el consentimiento de alguno de los contrayentes o de ambos. La ley presume falta de consentimiento en [...] quienes se haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes*" (art. 140).

Este mismo cuerpo normativo en su apartado de *inhabilidades testamentarias*, omite referencia alguna al caso de los menores adultos y al de los disipadores, cuando hace una breve relación taxativa de quiénes son considerados incapaces para testar. Y como cierre de la disposición, establece claramente que "*las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar*" (art. 1061). De lo anterior, se entiende que

tanto los unos como los otros, ambos incapaces relativos, sí tienen plena capacidad reconocida legalmente para otorgar testamento. Incluso, mediante testamento pueden proceder a reconocer la paternidad respecto de sus descendientes, “*caso en el cual la revocación de éste no implica la del reconocimiento*” (art. 2.º, núm. 3.º, de la Ley 45 de 1936, en su redacción dada por el art. 1.º de la Ley 75 de 1968).

Y para finalizar este apartado, debemos destacar que “*el hijo de familia se mirará como emancipado [...] para la administración y goce de su peculio profesional o industrial*” (art. 294), lo cual se complementa con la restricción a los padres, según la cual “*no se podrán enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces del hijo, aun pertenecientes a su peculio profesional, sin autorización del juez, con conocimiento de causa*” (art. 303).

C) La incapacidad especial

Estamos ante una incapacidad jurídica que no se predica de las personas para la generalidad de sus actos, sino que se concreta en “*la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos*” (art. 1504). Son numerosos los casos contemplados en la legislación colombiana como de incapacidad especial, siendo los más relevantes los siguientes:

i. *Los límites al guardador en la celebración de actos o contratos:*

“Por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o de sus padres o hijos naturales, o de sus hermanos legítimos o naturales o de sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o de su padre y madre adoptantes o hijo adoptivo, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o por el juez²⁶ o prefecto en subsidio.

Pero ni aún de este modo podrá el tutor o curador comprar bienes raíces del pupilo o tomarlos en arriendo; y se extiende esta prohibición a su cónyuge y a sus ascendientes o descendientes legítimos o naturales, padres adoptantes o hijo adoptivo” (art. 501).

²⁶ El juez es competente en desarrollo de un proceso de jurisdicción voluntaria, para conocer de “*la licencia que soliciten el padre o madre de familia o los guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados, o para realizar otros actos que interesen a éstos, en los casos en que el Código Civil u otras leyes la exijan*” (art. 649, Núm. 1.º del Código de Procedimiento Civil).

ii. *La compraventa de padres a hijos menores de edad*: Se establece que “es nulo el contrato de venta [...] entre el padre y el hijo de familia” (art. 1852).

2. La declaración de incapacidad

En materia de declaración de incapacidad absoluta, la legislación colombiana confía a los jueces “*la interdicción del demente o sordomudo y su rehabilitación*”, en desarrollo de un proceso de jurisdicción voluntaria (art. 649, Núm. 7.º del Código de Procedimiento Civil). Declaración que no es necesaria para los impúberes, pues en este caso opera de pleno derecho por ministerio de la ley.

Respecto de las incapacidades relativas, la legislación colombiana atribuye a los jueces competencia para decidir sobre “*la interdicción por disipación y rehabilitación del interdicto*”, la cual tramitan en proceso verbal por razón de su naturaleza (art. 427, Párr. 1, Núm. 3.º del C. de Procedimiento Civil). No es menester acudir a esta declaración tratándose de los menores adultos, puesto que esta incapacidad opera de pleno derecho.

Tampoco requieren de una declaración judicial las incapacidades especiales, que están referidas expresamente en los cuerpos legales.

3. El régimen de guardas: Las tutelas y las curadurías

A) *Las tutelas y las curadurías generales*

El Código Civil colombiano establece un régimen de tutelas y curadurías generales, que se definen como “*cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre [...], que pueda darles la protección debida*”²⁷ (art. 428). Estas medidas de protección “*se extienden no sólo a los bienes sino a las personas de los individuos sometidos a ellas*” (art. 430). Se define, igualmente, que “*las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores*” (art. 428) y “*los individuos sujetos a tutela o curaduría se llaman pupilos*” (art. 436).

²⁷ La palabra “*padre*” se debe entender en sentido amplio, y cobija al padre y a la madre en igualdad de condiciones, conforme al artículo 62.1 del Código Civil, según el cual los padres ejercen conjuntamente la patria potestad de sus hijos y, a falta de uno de los padres, la representación legal será ejercida por el otro.

Respecto de los menores de edad, tanto los impúberes (incapaces absolutos), como los menores adultos (incapaces relativos), debemos partir de la incompatibilidad entre la patria potestad y el régimen de guardadores generales, puesto que legalmente *“no se puede dar tutor ni curador general al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto judicial”*, o que los padres sean privados de la administración de una fracción o de la totalidad de los bienes del hijo por la considerable disminución de los mismos sin causa justificada, lo cual será declarado judicialmente mediante la correspondiente sentencia, con la consecuente designación de un curador adjunto (arts. 438, 299 y 434). Teniendo presente lo anterior, *“están sujetos a tutela los impúberes”* (art. 431) y *“están sujetos a curaduría general los menores adultos”* (art. 432). En lo que respecta a los demás casos de incapacidad, tanto en grado absoluto como en grado relativo, *“están sujetos a curaduría general [...] los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender”* (art. 432).

B) Las curadurías especiales, de bienes y adjuntas

Mientras que las tutelas no admiten grados o subespecies, las curadurías o curatelas sí admiten modalidades que se diferencian de la curaduría general, según la extensión de las facultades del guardador. De esta forma, encontramos al curador especial *“que se nombra para un negocio particular”* (art. 435) y que comprende a los curadores *ad litem*; los curadores de bienes *“que se dan a los bienes del ausente, a la herencia yacente y a los derechos eventuales del que está por nacer”* (art. 433), y que comprende la universalidad de sus bienes; los curadores adjuntos, que pueden concurrir excepcionalmente con el tutor o el curador general, conforme a la estricta disposición según la cual *“generalmente no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene: sólo podrá dársele curador adjunto, en los casos que la ley designa”* (art. 440), *“que se dan a los incapaces sometidos a patria potestad, tutela o curatela, para que ejerzan una administración separada”* (art. 434), y que procede especialmente cuando a los padres se les priva de la administración de los bienes del hijo, o bien cuando se le ha donado o legado un bien al hijo de familia con la condición de que sus padres o el guardador general no lo administren.

C) Las guardas testamentarias, legítimas y dativas

Apelando a su origen, las guardas son testamentarias cuando *“se constituyen por acto testamentario”*; legítimas, las que *“se confieren por*

la ley a los parientes o cónyuge del pupilo”; y dativas, las “que confiere el magistrado” (art. 443).

Asimiladas a las guardas testamentarias, existen también las constituidas por acto entre vivos y que sigue las reglas de aquellas (arts. 443 y 450). En ambos casos, “los padres legítimos o naturales, no obstante lo dispuesto en los artículos 447²⁸ y 448²⁹ y cualquiera otra persona, podrán nombrar tutor o curador, por testamento o por acto entre vivos, con tal que donen o dejen al pupilo alguna parte de sus bienes, que no se le deba a título de legítima”. Y en cuanto a su alcance, “esta guarda se limitará a los bienes que se donan o dejan al pupilo” (art. 450).

La guarda legítima tiene lugar “cuando falta o expira la testamentaria” (art. 456). Esto sucede cuando, por ejemplo, se cumplen sus condiciones o plazos resolutorios, o que aun esté pendiente algún plazo o condición suspensiva; o porque el guardador testamentario esté incapacitado o tenga una excusa válida para actuar como tal. En estos casos, son llamados a la tutela o curaduría legítima, las siguientes personas:

“1) El cónyuge, siempre que no esté divorciado ni separado de cuerpos o de bienes, por causa distinta al mutuo consenso. 2) El padre o la madre, y en su defecto los abuelos. 3) Los hijos legítimos o extramatrimoniales. 4) Los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo”.

“Cuando existan varias personas en el mismo orden de prelación señalado en este artículo, el juez, oídos los parientes, elegirá entre ellas la que le pareciere más apta y podrá también si lo estimare conveniente, elegir más de una y dividir entre ellas las funciones” (art. 457).

La guarda dativa, finalmente, se designa “a falta de otra tutela o curaduría” (art. 460), y procede “cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela o de una curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola” (art. 461). Al igual que sucede con la guarda legal, el juez hace la designación, pero difiere de aquella, en que en la guarda dati-

²⁸ “PROHIBICIÓN DE NOMBRAR TUTOR O CURADOR. Carecerá de los derechos que se le confieren por los artículos precedentes, el padre que ha sido privado de la patria potestad por decreto judicial, según el artículo 315 [emancipación judicial por abandono o malos tratos al hijo, deprivación o condena a pena privativa de la libertad superior a un año], o que por mala administración haya sido removido judicialmente de la guarda del hijo”.

²⁹ “AUSENCIA DE UNO DE LOS PADRES. Cualquiera de los padres podrá ejercer los derechos que se otorgan en los artículos precedentes, siempre que el otro falte”.

va el juez no está obligado a recurrir a un orden de preferencia determinado legalmente. Se prevé, sin embargo, que si hubiere curador adjunto, podrá el juez “*podrá*” preferirle para la tutela o curaduría dativa (art. 462).

D) Las guardas singulares y plurales

Aun cuando la norma general es que a cada pupilo corresponde su propio guardador, se prevé, como excepción, que “*podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos, con tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios*”, y que “*divididos los patrimonios, se consideran tantas tutelas o curadurías como patrimonios distintos, aunque las ejerza una misma persona*”. Complementariamente, se precisa que “*una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores*” (art. 437, y en el mismo sentido, art. 451 sobre *guardadores simultáneos* nombrados por vía testamentaria). Esta designación conjunta procede para el caso de un pupilo que no tiene guardador, puesto que si ya lo tiene, tan sólo procede la designación de un curador adjunto, como antes se indicó (art. 440).

E) Las guardas de hecho

Se prevé, bajo la denominación legal de guardador putativo, la circunstancia según la cual

“El que ejerce el cargo de tutor o curador, no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene todas las obligaciones y responsabilidades del tutor o curador verdadero, y sus actos no obligarán al pupilo, sino en cuanto le hubieren reportado positiva ventaja”.

“Si se le hubiere discernido la tutela o curaduría y hubiere administrado rectamente tendrá derecho a la retribución ordinaria y podrá conferírsele el cargo, no presentándose persona de mejor derecho a ejercerlo”.

“Pero si hubiere procedido de mala fe, fingiéndose tutor o curador, será precisamente removido de la administración y, privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la pena a que haya lugar por la impostura” (art. 515).

F) Las guardas permanentes e interinas

Los guardadores permanentes no tienen condición alguna de tiempo o modo, en tanto que los interinos son designados por un breve plazo,

mientras dure, por ejemplo, el juicio de remoción del guardador permanente (art. 631), o cuando se retarda por cualquiera causa el discernimiento de una tutela o de una curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola, mientras dure el retardo o el impedimento, aclarándose sí, que *“si hubiere otro tutor o curador que pueda suplir la falta o si se tratare de nombrar un tutor o curador que suceda al que actualmente desempeña la tutela o curaduría, y puede éste continuar en ella algún tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino”* (art. 461).

G) Condiciones para ser guardador

La legislación colombiana, con el propósito de defender mejor los intereses de los incapaces, establece un mínimo de requisitos para que una persona pueda ser designada como guardador.

Por razón de posibles *“defectos físicos o morales”*, se prevé en el Código Civil que

“Son incapaces de ejercer tutela o curaduría: 1. Los ciegos; 2. Los mudos; 3. Los dementes, aunque no estén bajo interdicción; 4. Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores; 5. Los que están privados de administrar sus propios bienes por disipación; 6. Los que carecen de domicilio en la nación; 7. Los que no saben leer ni escribir, con excepción del padre o madre llamados a ejercer la guarda legítima o testamentaria de sus hijos legítimos o naturales; 8. Los de mala conducta notoria; 9. Los condenados judicialmente a una pena de las designadas en el artículo 315, número 4.³⁰, aunque se les haya indultado de ella. 10. [Ordinal derogado por el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974]; 11. El que ha sido privado de ejercer la patria potestad, según el artículo 310³¹, y 12. Los que por torcida o descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo” (art. 586).

Complementariamente, el mismo Código establece limitaciones por *“relaciones de familia”*, señalando que *“el padrastro no puede ser tutor o curador de su entenado”* (art. 590), al tiempo que *“el hijo no puede ser curador de su padre disipador”* (art. 592).

³⁰ “Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año”.

³¹ “La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315”.

Otras limitaciones se basan en la “*oposición de intereses*”, prohibiéndola totalmente cuando el pupilo dispute con el guardador su estado civil (art. 593); o restringiéndola en la medida en que “*no pueden ser sólo tutores o curadores de una persona los acreedores o deudores de la misma, ni los que litiguen con ella, por intereses propios o ajenos*”, matizando que, “*al cónyuge y a los ascendientes y descendientes del pupilo no se aplicará la disposición de este artículo*” (art. 594), así como tampoco “*comprenden al tutor o curador testamentario, si se prueba que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda o litis, al tiempo de nombrar a dicho tutor o curador*”, o cuando “*se extienden a los créditos, deudas o litis, que fueren de poca importancia en concepto del juez*” (art. 595). Finalmente, se establece una limitación “*por motivos religiosos*”, según la cual “*los que profesan diversa religión de aquella en que debe ser o ha sido educado el pupilo no pueden ser tutores o curadores de éste, excepto en el caso de ser aceptados por los ascendientes, y a falta de éstos por los consanguíneos más próximos*” (art. 596).

Debido a que la aceptación de la guarda es de carácter obligatorio³², el guardador deberá aceptar su encargo salvo, lógicamente, que sea incapaz de ejercer tutela o curaduría como antes se indicó, o que manifieste una excusa válida, descrita en los siguientes términos:

“Pueden excusarse de la tutela o curaduría: 1. Los empleados nacionales, el presidente de la Unión y los que ejercen funciones judiciales; 2. Los administradores y recaudadores de rentas nacionales; 3. Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público, a considerable distancia del territorio en que se ha de ejercer la guarda; 4. Los que tienen su domicilio a considerable distancia de dicho territorio. 5. [Ordinal derogado por el artículo 70 del Decreto 2820 de 1974]; 6. Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta y cinco años; 7. Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario; 8. Los que ejercen ya dos guardas y los que estando casados o teniendo hijos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales”, pudiendo el juez “contar como dos la tutela o curaduría que fuere demasiado complicada o gravosa”, y finalmente, “9. Los que tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos vivos; contándoseles tam-

³² Interpretación fundada en la redacción del artículo 428 del C. Civil, que define las tutelas y curatelas como “*cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios [...]*” (Subrayado fuera de texto) (art.428), y en el artículo 246 del Código de Régimen Político y Municipal, el cual establece que “*los destinos remunerados son, por regla general, de voluntaria aceptación; y los onerosos, obligatorios, salvo los casos exceptuados especialmente en las leyes*”. En este sentido, Jorge ANGARITA GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 254 y 255.

bién los que han muerto en acción de guerra bajo la banderas de la Unión” (art. 602).

Estas excusas, así como las incapacidades para no aceptar la guarda que se defiere, deben alegarse dentro de los siguientes plazos:

“Si el tutor o curador nombrado se halla en el territorio en que reside el juez [...] que ha de conocer de ellas, las alegará dentro de los treinta días subsiguientes a aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicho territorio, sino en cualquiera otra parte fuera de él, se ampliará este plazo de cuatro días por cada cincuenta kilómetros de distancia entre la ciudad cabecera de dicho territorio y la residencia actual del tutor o curador nombrado” (art. 608), y “toda dilación que exceda del plazo legal, y que con mediana diligencia hubiera podido evitarse, impondrá al tutor o curador la responsabilidad de los perjuicios que se siguieren de su retardo en encargarse de la tutela o curaduría; y hará, además, inadmisibles sus excusas voluntarias, a no ser que por el interés del pupilo convenga aceptarlas” (art. 609).

Debido a la posible localización del guardador fuera del territorio español, especialmente importante es la previsión siguiente:

“Si el tutor o curador nombrado está en país extranjero, y se ignora cuándo ha de volver, o si no se sabe su paradero, podrá el juez [...] señalar un plazo dentro del cual se presente el tutor o curador a encargarse de la tutela o curaduría o a excusarse; y expirado el plazo podrá, según las circunstancias, ampliarlo o declarar inválido el nombramiento, el cual no convalecerá, aunque después se presente el tutor o curador” (art. 611).

Es obligatorio informar al juez sobre la existencia de cualquier incapacidad para desempeñarse como guardador. Si se ocultan las existentes al momento de deferirse el cargo o las que posteriormente sobrevengan, *“además de estar sujetos a todas las responsabilidades de su administración, perderán los emolumentos correspondientes al tiempo en que, conociendo la incapacidad, ejercieron el cargo”* y, lo que es muy importante, *“las causas ignoradas de incapacidad no vician los actos del tutor o curador; pero sabidas por él, pondrán fin a la tutela o curaduría”* (art. 600).

H) Formalidades previas al ejercicio de las guardas

Son tres las formalidades previas que se deben cumplir para el ejercicio de las guardas, estén éstas acompañadas o no de la administración de bienes: La caución, el discernimiento y el inventario.

El discernimiento de la tutela o de la curaduría es “*el decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo*” (art. 463), y “*los actos del tutor o curador que aún no han sido autorizados por el decreto de discernimiento, son nulos; pero el decreto, una vez obtenido, validará los actos anteriores, de cuyo retardo hubiera podido resultar perjuicio al pupilo*” (art. 467).

El discernimiento requiere la previa constitución de una caución por parte del guardador (art. 464), que puede consistir en fianza o en su lugar, de hipoteca suficiente (art. 466). Están exceptuadas de constituir caución, solamente, las siguientes personas: “*1. El cónyuge y los ascendientes y descendientes legítimos; 2. Los interinos, llamados por poco tiempo a servir el cargo; y 3. Los que se dan para un negocio particular sin administración de bienes*”. Igualmente, el guardador podrá ser relevado de la fianza siempre que fuere persona de conocida probidad y de bastantes facultades para responder de los bienes de su pupilo, cuando éste tuviere pocos bienes (art. 465).

Una vez hecho el discernimiento de la guarda, el guardador está “*obligado a inventariar los bienes del pupilo en los noventa días subsiguientes*” (art. 468), y hasta tanto no se le daré al guardador la administración de los bienes de su pupilo (art. 464), a no ser que “*fuere absolutamente necesario*”. Este plazo de noventa días puede ser ampliado a criterio de juez, si las circunstancias lo ameritan (art. 468).

De la ausencia de cualquiera de los anteriores requisitos no se sigue la misma consecuencia, es decir, el único requisito previo, cuya omisión anula todos los actos del guardador, es referido al discernimiento, pero la omisión de los demás, como el otorgamiento de la caución y la confección de los inventarios, no invalida las actuaciones del guardador, sino que le hará responsable de los perjuicios que de esas omisiones pueda derivarse en perjuicio del patrimonio del pupilo.

IX. EFECTOS INTERNACIONALES DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Se aplica el conocido régimen contenido en los artículos 951 a 958 LEC 1881, los cuales “*estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil*” (Disposición Deroga-

toria Única, Numeral 1.3.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), salvo el párrafo II del art. 958 LEC 1881 que sí ha quedado derogado por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, y el artículo 955 sobre competencia, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Particularmente, el artículo 951 prevé que *“las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros, tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos”*.

En aplicación de lo cual, tenemos que remitirnos al *“Convenio celebrado entre España y la República de Colombia para el cumplimiento de las sentencias civiles dictadas por los Tribunales de ambos países”*³³.

Este Convenio prevé que

*“las sentencias civiles pronunciadas por los Tribunales comunes de una de las Altas Partes contratantes, serán ejecutadas en la otra, siempre que reúnan los requisitos siguientes: 1. Que sean definitivas y que estén ejecutoriadas como en derecho se necesitaría para ejecutarlas en el país en que se hayan dictado”*³⁴ y *“2. Que no se opongan a las leyes vigentes en el Estado en que se solicite su ejecución”*³⁵ (art. 1.º). En todo caso, *“antes de ejecutarse la sentencia deberá oírse al Ministerio público o fiscal, de acuerdo con las leyes de cada uno de los dos países contratantes”* (art. 3.º).

³³ *Gaceta de Madrid* de 18 de abril de 1909.

³⁴ Lo cual *“se comprobará por un certificado expedido por el Ministro de Gobierno o de Gracia y Justicia, siendo la firma de éstos legalizada por el correspondiente Ministro de Estado de Relaciones Exteriores y la de éste, a su vez, por el Agente diplomático respectivo acreditado en el lugar de la legalización”* (art. 2.º del Convenio).

³⁵ *“En cuanto al requisito 2.º del artículo 1 de la norma convencional, parece conveniente recordar la reiterada doctrina que esta Sala ha venido perfilando en torno al requisito establecido en él, y así precisar que son diversas las clases de rebeldía en que puede calificarse la ausencia del demandado en el proceso, como diferentes son también los efectos que una u otra han de producir en el ámbito del procedimiento de exequátur, diversidad de la que ya el Auto de esta Sala de 28 de mayo de 1985 se hacía eco, distinguiendo entre la rebeldía por convicción –quien no comparece por estimar incompetente al Tribunal–, la rebeldía a la fuerza –por falta de citación–, y la rebeldía por conveniencia, propia de quien no obstante haber sido citado y emplazado en forma y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el Tribunal que le convoca (en el mismo sentido, AATS 13-6-88 y 1-6-93, y STC 571/86, de 15 de abril de 1986)”*. Auto del Tribunal Supremo, de 7 de junio de 2005, Id. Cendoj: 28079110012005201546, por medio del cual se denegó el exequátur a la sentencia de fecha 28 de septiembre de 1989, pronunciada por el Juzgado 13.º Civil del Circuito de Medellín, República de Colombia, por la que se pronunció el divorcio de D.^a Esperanza, demandante en el juicio de origen y D. Francisco.

JUAN MANUEL CAMPO CABAL –MUTUALDIS–
Profesor Titular de la Universidad Europea de Madrid

ULISES FERNÁNDEZ ROJAS –MUTUALDIS–
D.E.A. Universidad Complutense de Madrid

La incapacidad jurídica de un ciudadano peruano residente en España

SUMARIO: I. Introducción. II. Aplicación de la ley personal. III. Nacionalidad española con valor de simple presunción. IV. Doble nacionalidad. V. Derecho interno peruano relevante en materia de capacidad jurídica de las personas físicas. VI. Efectos internacionales de las medidas de protección.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad es un fenómeno físico y psicológico que puede llegar a afectar en algunos casos la capacidad jurídica de las personas, convirtiéndose en causa de incapacidad.

El Código Civil señala que la capacidad jurídica de las personas físicas será regulada por su ley personal, “*determinada por su nacionalidad*” (art. 9.º-1. Misma ley, que regulará las instituciones de protección del incapaz.

Esta remisión a la ley determinada por su nacionalidad, se ve exceptuada para ciertos casos, como son las medidas provisionales o urgentes, que se rigen por la ley del lugar de residencia, las formalidades para adoptar medidas de protección, sustanciadas en todo caso con arreglo a la Ley española, y para los menores o incapaces que se hallen en territorio español abandonados, les será de aplicación también la Ley española (art. 9.º-6 del Código Civil).

Como corolario de lo anterior, podemos afirmar que la ley personal será el criterio general para determinar la incapacidad jurídica de una persona natural extranjera en España, cuyo contenido estaría proporcionado por la legislación nacional de cada uno.

Tal formulación, en principio sencilla, se torna compleja cuando concurren factores frecuentes como la doble nacionalidad, el cambio de domicilio entre diferentes países, o la adopción internacional, por citar algunos.

El propósito de este capítulo es analizar los criterios para establecer la capacidad jurídica de los nacionales peruanos radicados en territorio español, que por norma expresa de nuestro Código Civil se convierten en obligada referencia. Para ello, abordaremos aspectos de derecho sustantivo internacional, español y peruano, relativos a la nacionalidad española, a la frecuente concurrencia en una misma personas de las nacionalidades española y peruana, a las instituciones peruanas de protección del incapaz y a elementos de derecho procesal como la prueba del derecho foráneo.

II. APLICACIÓN DE LA LEY PERSONAL

El concepto de ley personal de las personas físicas corresponde a la ley de la nacionalidad del sujeto de derecho, conforme al artículo 9.º-1. del Código Civil español. Para establecer la legislación material aplicable de cara a resolver judicialmente en España sobre la capacidad jurídica de los ciudadanos peruanos, nos remitimos directamente a la legislación interna del Perú, en la cual encontramos el Código Civil peruano, el cual establece que *“el estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio”*, añadiendo que *“el cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior”* (art. 2.070). Lo cual se complementa con la previsión de que *“la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio”* (art. 2.071). De esta forma, se impone la aplicación del correspondiente derecho material del domicilio, para que la justicia española pueda resolver, en España, acerca de la incapacidad de un ciudadano peruano.

III. NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN

El Código Civil en su artículo 17.1.c) reconoce como españoles de origen a los nacidos en territorio español de padres extranjeros, con tal

que ambos padres carezcan de nacionalidad o si la legislación nacional de ninguno de ellos les reconociese tal nacionalidad *iure sanguinis*. La nacionalidad española es reconocida, en este caso, a quienes no tengan ninguna nacionalidad atribuida, evitando que se dé una situación de apatridia. En reciente Instrucción, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) ha compilado ilustrativa y comparativamente diferentes casos en los que se puede reconocer o denegar *con valor de simple presunción* la condición de nacional español de origen en su Anexo, numerales 1 y 2, respectivamente. En relación con los nacidos en España de padres peruanos, esta Instrucción en su Anexo, numeral 1, establece:

“Conforme al artículo 17-1-c del Código Civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen ‘los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad’. Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de: [...] k) Peruanos (Resoluciones de 8.2.^a de mayo de 2002; 19.3.^a de marzo y 10 de abril de 2004; 11.1.^a de marzo y 14.4.^a de octubre de 2005)”¹.

La razón jurídica de lo anterior, es que la Constitución Política del Perú promulgada el 29 de diciembre de 1993, no atribuye automáticamente la nacionalidad peruana a los hijos de ciudadanos peruanos nacidos en territorio español, sino que, por el contrario, están sometidos a posteriores diligencias de registro. En particular, su artículo 52 prevé que son peruanos *por nacimiento* aquellos “nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad”.

No obstante su consideración como *simple presunción*, la DGRN subraya que este calificativo “no debe inducir a confusión minimizando la eficacia de tales declaraciones sobre nacionalidad”². Los efectos de la nacionalidad española se proyectan indefinidamente en el tiempo y la denominación *con valor de simple presunción*, no supone especiales condiciones a futuro que determinen su vigencia, sin decaer ella por la posterior adquisición de la nacionalidad originaria de sus progenitores. Así, el Código Civil en su artículo 24.1 dispone que la adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos no es bastante para producir la

¹ Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción*, publicada en el BOE n.º 86, de 10 de abril de 2007.

² Circular de 22 de mayo de 1975, anexo 4, de la DGRN.

pérdida de la nacionalidad española de origen. De manera que un ciudadano español de origen pudiera adquirir la nacionalidad peruana, sin que este sólo hecho conduzca a la pérdida de la nacionalidad española. Consecuente con lo anterior, en la Resolución 2.^a de 16 de octubre de 2002, la DGRN destaca que

“no ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad de sus progenitores, porque este solo hecho no puede llevar consigo la pérdida de nacionalidad atribuida *ex lege* en el momento del nacimiento”³.

IV. DOBLE NACIONALIDAD

El Convenio sobre Doble Nacionalidad entre España y Perú de 1959⁴, prevé que *“los españoles y los peruanos podrán adquirir la nacionalidad peruana o española, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes Contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad”* (art. 1.º).

Este Convenio tiene los siguientes rasgos que son de importancia para los objetivos de esta publicación:

i. *El domicilio y la nacionalidad prevalente*: Éste es un concepto clave para la interpretación del Convenio de Doble Nacionalidad, sus alcances y también para la determinación de la ley aplicable en materia de incapacidad de las personas físicas, como más adelante se verá con mayor detenimiento. Ciertamente, se establece que *“a los efectos del presente Convenio, se entiende adquirido el domicilio en aquel país en el que se haya inscrito la adquisición de la nacionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo”*⁵, lo que en la práctica significa una remisión a la nueva nacionalidad adquirida (art. 4.º). Sigue señalando este artículo, que *“este domicilio puede cambiarse sólo en el caso de traslado de la residencia habitual al otro país contratante y de inscribir allí la adquisición en el Registro Civil en España o ante las autoridades competentes peruanas, según corresponda”*. Finalmente, excluye este artículo la duplicidad de los domicilios entre Perú y España, y establece como pauta

³ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1931, 2002, págs. 3916 a 3918.

⁴ Suscrito el suscrito el 16 de mayo de 1959 y publicado en el BOE núm. 94, de 19 de abril de 1960.

⁵ El referido artículo 2.º indica que *“los españoles que hayan adquirido la nacionalidad peruana conservando su nacionalidad de origen deberán ser inscritos en la Oficina de Nacionalización peruana, y los peruanos que hayan adquirido la nacionalidad española, conservando su nacionalidad de origen, deberán ser inscritos en el Registro Civil español correspondiente al lugar de domicilio”* (art. 2.º del CDNEP).

para su traslado, el mecanismo de registro en los siguientes términos: “*Quienes gocen de la doble nacionalidad no podrán tener, a los efectos del presente Convenio, más que un domicilio, que será el últimamente registrado*”.

El Convenio de 1959 considera que “*no hay ninguna objeción para que una persona pueda tener dos nacionalidades, a condición de que una sola de ellas tenga plena eficacia, origine la dependencia política e indique la legislación a la que está sujeta*” (Considerando n.º 4) (Subrayado fuera de texto), y por lo tanto se optó en su articulado, que para dichas personas “*el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la Ley del país donde se hayan domiciliado, [...]*”, y añade que “[...] *no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas [Partes Contratantes], en su condición de naturales de las mismas, sino sólo a la de aquella en que tenga su domicilio*” (art. 3.º).

ii. *Información recíproca entre los Estados contratantes*: Este trasvase de información tiene por objeto tanto la nacionalidad, como el estado civil de las personas. En cuanto a lo primero, el Convenio prevé que

“Los españoles que hayan adquirido la nacionalidad peruana conservando su nacionalidad de origen deberán ser inscritos en la Oficina de Nacionalización peruana, y los peruanos que hayan adquirido la nacionalidad española, conservando su nacionalidad de origen, deberán ser inscritos en el Registro Civil español correspondiente al lugar de domicilio.

Las autoridades competentes a que se refiere el párrafo anterior, comunicarán las inscripciones a que se hace referencia en el mismo a la Embajada respectiva de la otra Alta Parte Contratante.

A partir de la fecha en que se hayan practicado las inscripciones, los españoles en el Perú y los peruanos en España gozarán de la plena condición jurídica de nacionales, en la forma prevista en el presente Convenio y en las leyes de ambos países” (art. 2.º) (cursiva fuera de texto).

Y en cuanto al estado civil, además de la nacionalidad, el artículo 5.º del Convenio determina que

“Las Altas Partes Contratantes se obligan a comunicarse, a través de las Embajadas respectivas, en el plazo de sesenta días, las adquisiciones y pérdidas de nacionalidad y los cambios de domicilio que hayan tenido lugar en aplicación del presente Convenio, así como los actos relativos al estado civil de las personas beneficiadas por él”.

iii. *Domiciliación en terceros Estados: Se acordó que*

“en el caso de que una persona que goce de la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la *legislación aplicable*, el último que hubiere tenido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes” (art. 4.º) (cursiva fuera de texto).

Finalmente, es importante destacar que la fecha de la adquisición de la nacionalidad por residencia no es la de la concesión, ni la del juramento, ni siquiera la de la inscripción, sino la del acta exigida por el artículo 23 Código Civil, como reiteradamente lo ha señalado la DGRN⁶.

V. DERECHO INTERNO PERUANO RELEVANTE EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

El Código Civil peruano en su Libro X, del *Derecho Internacional Privado*, Título III sobre la *Ley Aplicable*, da contenido a la ley personal, no con el criterio de la nacionalidad como sucede con países de su entorno como Colombia o Ecuador, sino con el del domicilio, es decir, que la ley personal de un ciudadano peruano radicado en España –aun cuando no tenga nacionalidad española– es la Ley española. Así, se prevé que “*el principio y fin de la persona natural se rige por la ley de su domicilio*” (art. 2068), “*el estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio*” (art. 2070), “*la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio*” (art. 2071).

A partir de lo anterior hay que distinguir, al menos metodológicamente, los casos en los cuales se aplica la Ley española a quien ostenta la doble nacionalidad peruana y española, de los casos en que la legislación española en la materia, se aplica a un ciudadano extranjero por expresa remisión de la legislación peruana.

En general, el contenido del estatuto personal de los ciudadanos peruanos queda referido a su domicilio, y no a su nacionalidad como se dijo anteriormente, de lo cual son claros ejemplos, entre otros, los siguientes: “*La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos esenciales del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por las leyes de sus respectivos domicilios*” (art. 2075); “*la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de su celebración*” (art. 2076); “*los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuando se refiere a sus relaciones personales, se rigen por la ley del domicilio conyugal. Si los cónyuges tuvieren*

⁶ Resolución de 19 de abril de 2006 (5.ª), de la DGRN.

domicilios distintos, se aplica la ley del último domicilio común” (art. 2077); “*El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal [...]*” (art. 2078); “*la ley del domicilio conyugal rige los efectos de la nulidad del matrimonio [...]*” (art. 2080); “*El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal*” (art. 2081); “*Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal [...]*” (art. 2082), etc.

Hay que indicar que en la legislación peruana tienen plena capacidad legal o “*de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43⁷ y 44⁸*” (art. 42), y que “*el cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior*” (art. 2070). Por lo tanto, si una persona peruana ha sido objeto de declaración judicial de discapacidad en territorio peruano, aun cuando traslade su domicilio a territorio español, su estado peruano de incapacidad seguirá cobijándolo. Lo que no exceptúa necesariamente el artículo 2070, son las medidas de protección del incapaz, respecto de las cuales el mismo Código peruano prevé que “*la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por la ley de su domicilio*” (art. 2.071). Lo anterior es también aplicable, en desarrollo del Convenio de Doble Nacionalidad, a personas que tengan la nacionalidad española y peruana, pero que estando domiciliados en Perú, luego se trasladaren a territorio español.

La preferencia por la regla general de la *ley del domicilio* que adopta la legislación peruana también se extiende a la determinación competencias de los jueces peruanos. En efecto, “*los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer: [...] 3.— De las acciones relativas al estado y la capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares, si la causa no tiene ninguna vinculación efectiva con el territorio de la República*” (art. 2067) (Subrayado fuera de texto).

⁷ “Son absolutamente incapaces:

- 1.— Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.— Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
- 3.— Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable”.

⁸ “Son relativamente incapaces:

- 1.— Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.— Los retardados mentales.
- 3.— Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- 4.— Los pródigos.
- 5.— Los que incurren en mala gestión.
- 6.— Los ebrios habituales.
- 7.— Los toxicómanos.
- 8.— Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

VI. EFECTOS INTERNACIONALES DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Finalmente, para que la decisión judicial peruana pueda ser considerada plenamente válida en España, debe acudir al proceso de homologación de sentencia extranjera, aplicando el régimen contenido en los artículos 951 a 958 LEC 1881, los cuales *“estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil”* (Disposición Derogatoria Única, Numeral 1.3.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), salvo el párrafo II del art. 958 LEC 1881 que sí ha quedado derogado por la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, y el artículo 955 sobre competencia, modificado por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En aplicación de las normas referidas, tenemos la conocida duplicidad del régimen español, consistente en reciprocidad en primer lugar, tanto negativa como positiva de los artículos 952 y 953, y en segundo lugar, el régimen de cierre contemplado en el artículo 954.

A pesar de que los elementos necesarios en materia de homologación por parte de España de una sentencia peruana nos conducirían en un primer momento a un escenario bastante extenso y detallado, que sería el de la reciprocidad, consideramos más práctico dirigirnos directamente al régimen común básico para cualquier homologación, recogido en el artículo 954 LEC, tal como indica el Tribunal Supremo cuando afirma: *“No habiendo tratado con la República del Perú ni norma internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resulte aplicable, debe estarse al régimen general del artículo 954 LEC”*⁹; y que siempre será más favorable que el de reciprocidad positiva¹⁰. Además,

⁹ Auto del Tribunal Supremo, de 30 de noviembre de 2004, Id. Cendoj: 28079110012004203466, por medio del cual se otorgó exequátur a la sentencia de fecha 20 de octubre de 1999, dictada por la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmaba la de fecha 25 de junio de 1999, dictada por el Décimo Juzgado de Familia de Lima, República del Perú, por la que se acordaba el divorcio de D. Carlos Antonio y D.^a Virginia.

¹⁰ *“No habiendo tratado con los Estados Unidos de América en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, debe determinarse si es de aplicación el régimen de reciprocidad, en su aspecto positivo, previsto en la LEC, pues así lo solicita la entidad demandante”*, la cual, dijo el Tribunal, no se puede considerar acreditada. Acto seguido, el mismo Organismo procede examinar y luego otorgar la solicitud de exequátur a la luz del señalado régimen general del artículo 954 de la Ley procesal, añadiendo que, *“de otra parte, no cabe desconocer que la reciprocidad no exime del cumplimiento de determinados presupuestos a los que el ordenamiento jurídico español condiciona el reconocimiento, sea cual fuera el régimen que se siga, cuales son la firmeza de la resolución y su necesaria adecuación al orden público interno, tanto en su vertiente procesal como sustantiva, de suerte que la aplicación del régimen de reciprocidad en la homologación de las sentencias extranjeras conllevará, de ordinario, un plus añadido de requisitos por cumplir, aumentando así el esfuerzo probatorio que debe hacer el solicitante y que resultaría innecesario desde el*

el régimen común básico “*lejos de tratarse de un régimen residual, [...] puede resultar de aplicación, [...] como ‘régimen más favorable’*”¹¹. Apreciación doctrinal acorde con la perspectiva mantenida por del Tribunal Supremo y que se recoge en las siguientes líneas:

“No habiendo tratado con la República del Ecuador [como tampoco con el Perú] ni norma internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resulte aplicable, *debe estarse al régimen general* del artículo 954 LEC (de 3 de febrero de 1.881) —que mantiene su vigencia conforme establece la Disposición Derogatoria Única, apartado primero, excepción tercera, de la LEC 1/2000, de 7 de enero—. Dicho régimen de reconocimiento *se aplica no obstante* la invocación por la parte actora del régimen de reciprocidad al que se refiere el art. 952 de la citada LEC de 1881, habida cuenta de los rigurosos requisitos a los que se subordina su aplicación —y que aquí no se cumplen plenamente—, y teniéndose presente que dicho régimen no evita que deban controlarse determinados presupuestos, como el respeto al orden público del foro y la autenticidad de la resolución, de forma que su conjunción con los requisitos propios de la reciprocidad positiva convierten a ésta en un régimen de homologación más gravoso que el de condiciones de la LEC de 1881”¹² (Cursiva fuera de texto).

Nótese, por lo demás, que tanto en el Auto del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2004, que se acaba de transcribir, como en el Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998 antes referido, los demandantes de homologación de sentencia extranjera habían solicitado de forma expresa la aplicación del régimen de reciprocidad positiva, de suyo más gravoso que el previsto en el artículo 954 de la LEC, y en definitiva se accedió a la petición concediéndose las homologaciones de las sentencias, basado el Tribunal Supremo en el conocido régimen general del 945.

régimen general de condiciones establecido por la LEC”. Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998200164, por medio de la cual se otorgó exequátur a la sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Octavo Circuito, confirmando la sentencia de 4 de Marzo de 1994, dictada por el Tribunal de Distrito de Minnesota, de fecha 13 de Abril de 1995.

¹¹ José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 3.ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pág. 184.

¹² Auto del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2004, Id. Cendoj: 28079110012004203192, por medio del cual se otorgó exequátur a la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Tercero de lo Civil de Pichincha, República del Ecuador, de fecha 4 de mayo de 2000, por la que se acordaba el divorcio de D.ª Lidia y D. Luis Enrique, quienes habían contraído matrimonio en Pichincha, República del Ecuador, el día 22 de agosto de 1994.

Finalmente, debemos tener en consideración que para la homologación de una sentencia extranjera, peruana en este caso, la jurisprudencia nacional exige además del cumplimiento de los requisitos del artículo 945 LEC, que no exista un proceso judicial en curso o se haya proferido sentencia firme sobre el mismo asunto, caso en el cual solamente sería observable en España esta última y no procedería la homologación de la sentencia extranjera¹³. En la práctica, lo anterior se traduce en la inviabilidad de homologar una sentencia peruana que declare la incapacidad de uno de sus ciudadanos, si cursa un proceso ante un Juez en España o si ya ha sido adoptada una decisión al respecto, descartándose de esta manera, dentro del ámbito jurisdiccional español, una posible contradicción entre la sentencia española y la sentencia peruana que no sería objeto de homologación y por lo tanto no tendría atribuida eficacia alguna en España. Se reconoce, de esta manera, prelación a la cosa juzgada nacional, frente a la decisión judicial foránea,

“que impide la virtualidad de otro pronunciamiento sobre el mismo objeto y entre las mismas partes que eventualmente pudiera ser diferente, con el subsiguiente riesgo de subvertir la armonía que necesariamente debe darse entre las decisiones judiciales que forman parte del orden interno de los Estados so pena de dañar irreparablemente la seguridad jurídica en las relaciones *inter partes*”¹⁴.

¹³ El Tribunal Supremo otorgó el exequátur de una sentencia porque, además de cumplir con los restantes requisitos, “no consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o proceso pendiente en España”. Auto de 5 de mayo de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998201205, por medio de la cual se otorgó el exequátur a las sentencias dictadas en fecha 22 de marzo de 1995 por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas (Sala 31), y de 8 de noviembre de 1996 por el Tribunal de Apelación de dicha Capital (Tercera Sala), Bélgica, por las que se acordaba el divorcio de D.^a Montserrat y D. Juan María, quienes habían contraído matrimonio en Loos, Francia, el día 20 de diciembre de 1971, inscrito en el Registro Civil español.

¹⁴ Auto del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 1998, Id. Cendoj: 28079110011998201124, por medio del cual se denegó el exequátur a la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, República de Venezuela, de fecha 14 de Enero de 1987, por la que se acordaba el divorcio de D. Luis Francisco y D.^a Remedios, quienes habían contraído matrimonio en Pontevedra (Galicia), España, el día 14 de Enero de 1978, inscrito en el Registro Civil español.

PEDRO FERNÁNDEZ SÁEZ –MUTUALDIS–

Abogado

RADOUANE ZIDI –MUTUALDIS–

Abogado

La incapacidad jurídica de un ciudadano marroquí residente en España

SUMARIO: I. Introducción. II. Nacionalidad española con valor de simple presunción. III. Doble nacionalidad. IV. Acreditación del derecho marroquí. V. Instituciones marroquíes de protección del incapaz.

I. INTRODUCCIÓN

Marruecos ha evolucionado notablemente en el tratamiento jurídico de las situaciones de discapacidad. En los últimos años, fruto de los intentos de modernización que los movimientos sociales y políticos están ensayando en Marruecos, se han conseguido notables avances en el reconocimiento de derechos a colectivos tradicionalmente marginados y muy especialmente a las mujeres.

La modificación del Código de la Familia¹ y de la Ley de Nacionalidad² han supuesto sin duda los ejemplos más claros de los esfuerzos de la sociedad marroquí (indudable e inevitablemente dirigidos por su

¹ Código de la Familia o *AL MUDAWWANAH*, aprobado por Dahir número 1.04.22, del 12 de Dul-Hiya 1.424 (3 de febrero de 2004), que promulga la Ley número 70.03 relativa al Código de la Familia.

² Ley núm. 62-06 que modifica y completa el Dahir n.º 1-58-250 que forma el código de la nacionalidad. BOE n.º 5514, de 5 de abril de 2007.

monarca) por avanzar hacia un sistema de derechos familiares y sociales más similar al europeo que a los patrones que en esta materia predominan en los países árabes de Oriente Medio.

La protección de los discapacitados sigue siendo, sin embargo, todo un nuevo reto para Marruecos y un ámbito en el que apenas se han diseñado políticas sociales ni se han destinado recursos para la puesta de marcha de los pequeños proyectos que se han pretendido implantar.

La primera encuesta nacional sobre la situación de este colectivo en el país, elaborada por la Secretaría de Estado de la Familia, la Infancia y las Personas con Discapacidad en 2004, cuyas conclusiones se hicieron públicas en 2005, arrojó que el número de personas con discapacidad en Marruecos ascendía a 1.530.000 en septiembre de 2004, lo que representaba un 5,12% de la población, de los que sólo el 12% estaban afiliados a la Seguridad Social o a una mutua sanitaria.

Un 56,4% de la población marroquí con discapacidad se encuentra en edad de trabajar, pero el 55,2% de ellos están en el paro, que afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres, mientras que un 68% de los niños discapacitados de entre 4 y 15 años se encuentran sin escolarizar en el país norteafricano.

Las principales reivindicaciones que manifestaron los encuestados fueron la mejora del acceso a la atención sanitaria (52,5%) y ayudas financieras para hacer frente a sus necesidades cotidianas básicas.

El trabajo que ahora presentamos se referirá únicamente a aquellas situaciones de discapacidad que pueden llegar a afectar a la capacidad jurídica de las personas. En todo caso, los datos aportados nos inducen a pensar que si la situación de los discapacitados en general puede ser calificada como de marginal en Marruecos, la de los discapacitados cuya capacidad jurídica está limitada es absolutamente terrible.

Tradicionalmente, la falta de capacidad jurídica y las causas de la misma, han sido abordadas en Marruecos desde una perspectiva exclusivamente familiar y privada, sin que a nivel político o administrativo se haya considerado pertinente intervenir salvo desde un enfoque eminentemente penal y penitenciario al objeto de dar destino a aquellos casos que generaban comportamientos violentos.

Escribimos estas líneas con la esperanza de que la ola de socialización (entendida como el incipiente interés por las preocupaciones sociales) que con muchas dificultades se extiende en la sociedad marroquí, no olvide a aquellos que no pueden reivindicar ni ejercer por sí mismos sus derechos como son los incapaces, y con la ilusión de que pueda servir a los estudiosos y a quienes aplican la Ley en España para

comprender mejor las luces y las sombras del derecho marroquí en este ámbito.

II. NACIONALIDAD ESPAÑOLA CON VALOR DE SIMPLE PRESUNCIÓN

La reciente Instrucción de 28 de marzo de 2007, de la DGRN, sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción (BOE n.º 86, de 10 de abril de 2007), intenta proporcionar una respuesta sencilla y pragmática al complejísimo problema de interpretación de la legislación marroquí en el ámbito de la filiación y el reconocimiento de la nacionalidad.

Esta Instrucción establece en su Anexo:

“Conforme al artículo 17-1-c del Código Civil (redacciones de 1982 y de 1990) son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Esta norma beneficia, y son por tanto españoles, a los nacidos en España hijos de:

i) Marroquíes –madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo– (Resoluciones 31-7.a de octubre de 2005, y 10-3.a de febrero de 2006)”.

Por lo tanto, y tras varios cambios de criterio por parte de la DGRN, se ha decidido finalmente que solamente puedan adquirir la nacionalidad española con valor de simple presunción los hijos de madre marroquí y padre conocido que no puede conforme a su legislación personal, transmitir la nacionalidad a su hijo.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta tesis deberá volver a modificarse tras la entrada en vigor de la nueva reforma de la legislación marroquí en la materia (Ley n.º 62-07, promulgada por Dahir n.º 1-07-80 del 23 de marzo de 2007), y que dispone que se considera marroquí al hijo nacido de madre o padre marroquí. Suponemos por tanto que en las futuras resoluciones de la DGRN se tomará en consideración esta reforma para cerrar definitivamente el acceso de los nacidos de padre o madre marroquí a la institución de la nacionalidad española con valor de simple presunción.

La contundencia con la que la DGRN ha querido resolver esta cuestión ha supuesto una simplificación que rebaja el nivel jurídico del com-

plejísimo trasfondo que supone la interpretación del derecho marroquí, y cuyos matices pueden examinarse profundamente diseccionados en las Resoluciones de la DGRN de 31- 7.^a de octubre de 2005 y 10-3.^a de febrero de 2006.

El avance social que la nueva legislación marroquí pretende conseguir, está en muchas ocasiones muy limitado por el indudable peso de la tradición jurídica, y refiriéndonos en concreto a la institución de la filiación, hemos de poner de manifiesto que si bien por un lado se reconoce a la madre la capacidad para transmitir la nacionalidad marroquí, de otro lado es preciso tener en cuenta que la filiación extramatrimonial o ilegítima no produce, conforme al Código de Familia³ efectos de transmisión de la nacionalidad.

Por lo que la cuestión de la legitimidad o no de la filiación se convierte en un elemento esencial en orden a determinar la nacionalidad del nacido, y la existencia o no del matrimonio entre los progenitores resultará una cuestión básica.

La DGRN, en las dos Resoluciones antes citadas, realiza una primera introducción sobre esta cuestión de la importancia de la existencia de vínculo matrimonial.

En primer lugar recuerda que conforme a las recientes modificaciones legislativas en Marruecos, los matrimonios contraídos por ciudadanos marroquíes fuera de Marruecos son reconocidos incluso si se han celebrado en la forma local propia del país de la residencia habitual de los contrayentes (admitiéndose así la regla del *locus regit actum*), con el único requisito formal de depositar una copia del acta matrimonial en el Consulado de Marruecos en este país. De esta manera se impide que dos súbditos marroquíes casados en España conforme a las leyes españolas pudieran pretender que un hijo nacido de su matrimonio sea apátrida por considerarse ilegítimo el matrimonio para el derecho marroquí. Solución que parece en todo caso absolutamente lógica.

En segundo lugar, la DGRN entra a estudiar a fondo la institución del matrimonio en derecho marroquí, para tras analizar los artículos 152⁴, y 158⁵ del Código de Familia, llegar a la conclusión de que en todo caso

³ Artículo 148 de la Mudawana: “La filiación ilegítima no produce ninguno de los efectos de la filiación legítima respecto al padre”.

⁴ Artículo 152: La existencia de la filiación paternal se deriva:

- De las relaciones conyugales “firach”.
- La declaración del padre.
- De las relaciones por error.

⁵ Artículo 158: La filiación paternal es establecida por la cohabitación conyugal (*El firach*), la confesión del padre, el testimonio de dos adules, la prueba fundada sobre el rumor y por todo medio legalmente previsto, incluida la pericia judicial.

la propia existencia de la inscripción del matrimonio en un Registro Civil Español constituye prueba de la filiación, y por lo tanto equivale a la “confesión del padre” conforme al derecho marroquí y produce por tanto efectos de filiación.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que en la actualidad son muy escasas las posibilidades de que el nacido en España hijo de padre o madre marroquí pueda obtener la nacionalidad española con valor de simple presunción, tal y como exponemos en la siguiente casuística:

- a) Hijo de ambos progenitores marroquíes dentro de una relación matrimonial. Caso indubitado de atribución de la nacionalidad marroquí.
- b) Hijo de ambos progenitores marroquíes fuera de una relación matrimonial. La validez que se otorga al certificado de nacimiento como reconocimiento de la paternidad expresamente por el padre, genera la atribución de la nacionalidad marroquí.
- c) Hijo de madre marroquí y padre conocido apátrida o que no transmite su nacionalidad al hijo. Pese a las anteriores Resoluciones de la DGRN, la nueva legislación en materia de nacionalidad marroquí reconoce la atribución de la nacionalidad marroquí.

Sin embargo, debemos entender que no ha quedado suficientemente resuelto el supuesto de madre marroquí y padre desconocido. Nos referimos concretamente al caso de una ciudadana marroquí que inscribe el nacimiento de su hijo sin que haya reconocimiento de padre alguno. Conforme al Código de la Nacionalidad Marroquí, solamente será marroquí el nacido en Marruecos de padre desconocido. Por lo tanto, no lo será el nacido fuera de Marruecos. Sin embargo, la DGRN, desde la Resolución de 24 de enero de 1996, ha insistido en que conforme a su conocimiento de la legislación marroquí, los hijos de una marroquí y padre desconocido se consideran marroquíes, añadiendo siempre como conclusión final “sin que importen a estos efectos las eventuales dificultades de hecho que pueda tener la recurrente en España”.

Debemos discrepar con la Dirección General desde nuestro conocimiento práctico de la realidad jurídica en estos supuestos. Y ello porque lo que la DGRN denomina “eventuales dificultades de hecho” son realmente dificultades de índole jurídica, y ello porque en el derecho marroquí a día de hoy no está resuelto el problema de los hijos de padres desconocidos, aplicándose constantemente la doctrina de que la filiación ilegítima no produce los efectos de la filiación legítima. Al amparo de lo

dispuesto en el artículo 155 del Código de Familia⁶, y conforme a la interpretación jurisprudencial al respecto, la madre debe dar a conocer quién es el padre, pudiéndose, en el caso de negar la paternidad el designado, celebrarse cuantas pruebas sean admitidas en derecho. En el caso de haber nacido en Marruecos, y desde la presunción jurisprudencial de que obviamente el padre será marroquí, se le otorga la nacionalidad marroquí.

Sin embargo, si este hijo de padre desconocido ha nacido en España, y salvo que la madre identifique al padre o un varón de la familia de la mujer valide la maternidad, no le corresponderá la nacionalidad marroquí, quedando el nacido en una verdadera situación de apatridia (recordemos que totalmente proscrita por el artículo 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), y que la DGRN oculta bajo la perífrasis de tratarse de “dificultades de hecho”, sin aportar argumentos estrictamente jurídicos y que partan de un profundo conocimiento de la legislación de Marruecos.

III. DOBLE NACIONALIDAD

España y Marruecos no han firmado ningún convenio de doble nacionalidad, por lo que las situaciones de doble nacionalidad que se producen en la práctica son denominadas por la doctrina⁷ “situaciones de doble nacionalidad surgidas al margen del ordenamiento español”.

Esta situación, también denominada en ocasiones “doble nacionalidad de hecho” se produce en los casos de adquisición de la nacionalidad española por parte de ciudadanos de origen marroquí puesto que el ordenamiento español exige la renuncia a la nacionalidad extranjera, mientras que el ordenamiento marroquí no otorga a esta declaración de renuncia el efecto de pérdida prevista por la legislación española.

De tal modo que pese a que un ciudadano marroquí renuncie formalmente a la nacionalidad marroquí cuando adquiere la española, el ordenamiento jurídico marroquí no otorga ninguna eficacia a esta renuncia efectuada fuera de los cauces legales y procesales de su ordenamiento.

⁶ *Art. 155.*— Cuando una mujer está embarazada a consecuencia de relaciones por error y da a luz a un niño entre la duración mínima y la duración máxima del embarazo, la filiación paterna de este hijo es establecida respecto al autor de las relaciones. Esta filiación paterna es establecida por todos los medios de prueba legalmente previstos.

⁷ Principalmente Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Guía de la Nacionalidad Española*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Pese a que la renuncia realizada en España no tenga efectos en Marruecos, y aunque se podría pensar que por lo tanto no se realiza efectivamente tal renuncia, debe entenderse que el requisito de la renuncia es puramente formal⁸, resultando irrelevante la eficacia de esta renuncia en el ordenamiento jurídico de origen.

Insistiremos en que la renuncia ante autoridades españolas no tiene efectos de pérdida de la nacionalidad marroquí, que solamente se produce en los siguientes casos:

- El marroquí mayor de edad que haya adquirido otra nacionalidad extranjera, por lo que se le autoriza por decreto a renunciar a la nacionalidad marroquí
- El marroquí que, aún siendo menor, haya tenido una nacionalidad extranjera de origen, por lo que está autorizado por decreto a renunciar a la nacionalidad marroquí
- La mujer marroquí que, estando casada con un extranjero haya adquirido la nacionalidad del marido, por lo que se le autoriza por decreto, y de forma previa, a renunciar a la nacionalidad marroquí
- El marroquí que presenta declaración de repudio de la nacionalidad marroquí en los casos previstos en el Código de la Nacionalidad.

El marroquí que cumple una misión u ocupa un cargo público de un Estado extranjero, o en un ejército extranjero, y lo conserva más de 6 meses luego de la comunicación por parte del gobierno marroquí en la que lo insta a cambiar de actitud, siendo ésta última contraria al interés nacional

La pérdida debe ser expresada por Dahir cuando la nacionalidad haya sido concedida por Dahir. En los demás casos debe ser sancionada por Decreto del Consejo de Gabinete.

La pérdida no puede ser pronunciada hasta que el interesado haya sido informado de la medida y haya podido exponer las observaciones pertinentes.

⁸ La Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 1993 ya profundizó en este problema, afirmando: "Es, por otra parte, indiferente que la renuncia del optante a su nacionalidad marroquí no suponga pérdida de esta nacionalidad. Como anticipó ya la doctrina de este Centro (Res. DGRN de 24 de septiembre de 1971), la adquisición de la nacionalidad española para quien tuviera derecho a ella no podía quedar supeditada a la circunstancia de que para la ley extranjera de que se tratara la renuncia de esta nacionalidad no tuviera eficacia. Esta solución, por la cual la renuncia a la nacionalidad extranjera no constituye más que un requisito formal, es la que se ha adoptado, sin duda, la redacción vigente del Código Civil en la que sólo se exige que la persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad [...]".

La pérdida puede afectar a la esposa y a los menores del interesado, en el caso en que posean otra nacionalidad de origen que hayan conservado. No obstante, no puede afectar a los menores solteros si no afecta a la madre de éstos.

IV. ACREDITACIÓN DEL DERECHO MARROQUÍ

El artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que “también serán objeto de prueba la costumbre y el Derecho extranjero [...]. El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación [...]”.

Los autores Juan Manuel Campo Cabal y Ulises Fernández Rojas han profundizado en el capítulo de este libro referido a los ciudadanos ecuatorianos sobre esta cuestión, por lo que remitiéndonos a su trabajo, nos centramos en la casuística específica del derecho marroquí.

Las dificultades de conocimiento del derecho marroquí son muy importantes debido, por un lado, a las dificultades propias de la traducción de conceptos jurídicos propios de la tradición árabe e islámica, y por otro, a las reticencias que en la práctica se encuentran por parte de las autoridades consulares marroquíes en España.

Al respecto de los problemas relacionados con la traducción de los textos, debemos poner de manifiesto que si bien los textos legislativos en Marruecos se publican en los idiomas árabe y francés, lo cierto es que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia se encuentran únicamente en árabe, lo que dificulta enormemente su estudio y traducción; por otro lado, la existencia de un gran número de instituciones jurídicas de tradición islámica sobre todo en materia de derecho privado, implica importantes problemas no sólo de traducción, sino de explicación de la propia institución.

Las autoridades consulares marroquíes en España tampoco han contribuido hasta el momento a facilitar el conocimiento de su ordenamiento jurídico, y en modo alguno facilitan la obtención de las certificaciones del derecho marroquí, careciendo incluso de textos traducidos al español a estos efectos. Esta situación se explica seguramente por la fuerza atractiva del ordenamiento jurídico marroquí para resolver los problemas de sus conciudadanos dentro de sus propias instituciones; sin embargo el creciente número de problemas jurídicos cuya solución demandan los marroquíes residentes en España ante las autoridades judiciales españolas debe posibilitar que se generen mecanismos de facilitación de textos legales por parte de los Consulados.

Especial mención merece el artículo 323.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al respecto de los documentos públicos extranjeros requiere: “que el documento contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos para su autenticidad en España”.

Marruecos no es firmante de la Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, celebrada en La Haya el 5 de Octubre de 1961, por lo que para su autenticidad en España los documentos públicos marroquíes deberán superar el trámite de la legalización ordinaria.

La legalización ordinaria o diplomática es un proceso de reconocimiento sucesivo de firmas que hace que el documento marroquí para ser válido en España deba ser autenticado en primer lugar por el Ministerio de Asuntos Exteriores de Marruecos, posteriormente por el Consulado de España con jurisdicción en la zona de procedencia del documento, y finalmente por el Ministerio de Asuntos Exteriores en Madrid (en la actualidad, en calle Serrano Galvache 26).

Además de la legalización, el documento deberá ser traducido por intérprete o traductor jurado.

V. INSTITUCIONES MARROQUÍES DE PROTECCIÓN DEL INCAPAZ

El ordenamiento jurídico marroquí⁹ reconoce a todas las personas la capacidad de adquirir, que también podría ser traducida como capacidad de derecho, que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y esta capacidad básica de adquirir es irrenunciable e irrevocable.

Frente a esta capacidad básica de adquirir, existe asimismo la capacidad de obrar, definida como la facultad que tiene la persona para ejercer sus derechos patrimoniales y personales. Este tipo de capacidad de obrar, al igual que en nuestro ordenamiento español, puede ser limitada o retirada totalmente, estableciéndose por ley las causas que determinan esta limitación o pérdida absoluta.

1. Causas de limitación de la capacidad

La capacidad de obrar puede ser plena, limitada o anulada.

⁹ Artículos 206 al 276 del Código de la Familia o *AL MUDAWWANAH*.

Tienen capacidad de obrar plena los mayores de dieciocho años que no hayan visto limitada o anulada su capacidad por decisión judicial.

A) La capacidad limitada

Se producen limitaciones de la capacidad en los siguientes casos:

- a) Menores de entre doce y dieciocho años. Se considera que a partir de los doce años el menor tiene capacidad de discernimiento; esta capacidad consiste en la facultad de comprender la realidad de una forma incompleta. Estos menores pueden tomar posesión de una parte de sus bienes para administrarlos a título de prueba, previa autorización de su representante legal, considerándose que está autorizado a administrar esta parte de su patrimonio con plena capacidad legal dentro de los límites de la autorización que se le ha otorgado.

Se regula en la misma sección la figura de la emancipación: a partir de los dieciséis años de edad, tanto el menor como su representante legal pueden solicitar del Tribunal la emancipación, institución por la que el menor toma posesión de sus bienes y adquiere la plena capacidad para administrarlos y disponer de ellos. El Tribunal valorará esencialmente si el menor dispone de sentido común. Respecto del ejercicio de los derechos de contenido no patrimonial, habrá que atenerse a lo dispuesto en la normativa que regula cada derecho.

- b) La persona pródiga. Se considera aquella que dilapida sus bienes sin utilidad, de manera considerada por las personas razonables como fútil y dañina para ella misma o para su familia. El concepto de prodigalidad es muy similar al que ha venido siendo configurado en la doctrina española por la jurisprudencia.
- c) La persona con discapacidad psíquica. Aquella que afectada por algún problema de salud mental no puede dominar sus pensamientos y sus actos.

B) La capacidad anulada

No gozan de la capacidad de obrar:

- a) El menor que no ha cumplido la edad de doce años.
- b) El demente y el que ha perdido la razón. Se establece expresamente que la persona que pierde la razón de manera discontinua tiene plena capacidad en sus momentos de lucidez. Asimismo se

determina que la persona que pierde la razón voluntariamente no está eximida de responsabilidad.

Surgen muchos problemas interpretativos acerca de los casos en que se considera que una persona pierde la razón voluntariamente. Es considerado generalmente por la jurisprudencia que los supuestos de embriaguez y toxicomanía quedan englobados en los supuestos de pérdida voluntaria de la razón.

2. Procedimiento para acordar la incapacitación y su anulación

Con carácter previo a detallar el procedimiento de incapacitación, debemos hacer una alusión a una importante diferencia que existe entre el ordenamiento jurídico español y el marroquí al respecto del momento a partir del cual la sentencia de incapacitación despliega sus efectos.

En España, podemos afirmar, dejando a salvo las excepciones que puedan establecerse en cada sentencia, que la sentencia tiene carácter constitutivo y da lugar a una situación nueva desde el momento en que se dicta sentencia; por tanto la sentencia no tiene efectos retroactivos, y solamente se ven afectados los actos que a partir de ahora realice el incapacitado; a salvo, lógicamente, de aquellos contratos que de forma individualizada pudieran ser declarados nulos o anulados en el correspondiente procedimiento por concurrencia de alguna causa de nulidad o anulabilidad. En este sentido resulta muy interesante por su claridad y la jurisprudencia que reproduce, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén núm. 158/2003, de 29 de mayo¹⁰.

Sin embargo, el ordenamiento de Marruecos dispone exactamente lo contrario: la limitación o anulación de la capacidad por parte del Juez se adoptará “a partir del momento en que hace constar el comienzo de su estado”.

Será el propio Juez en cada sentencia quien determine, a partir de la prueba practicada, cuál es el momento a partir del que la capacidad del individuo quedará limitada o anulada, con las evidentes consecuencias con respecto a las relaciones contractuales que pudiera haber llevado a

¹⁰ “Retroactividad improcedente, no prevista por la Ley, y no adoptada por la Sentencia, [...], sino que exige su ejercicio en juicio contradictorio y en referencia a cada uno de los contratos y de las circunstancias objetivas y subjetivas de los contratantes al momento de formalizarlos [...], con la expresa previsión legal del art. 297, aplicable analógicamente a la situación del recurrente y que recuerda que los actos del declarado pródigo, anteriores a la demanda, no podrán ser atacados por esta causa, recordando a su vez el art. 229 que si la incapacitación fue tardíamente declarada o promovida por falta de diligencia de quien tenía que promoverla cabe la posibilidad de exigir su responsabilidad [...]”.

cabo el incapaz desde el momento del comienzo de su incapacidad y la sentencia.

Entendemos que respecto de la aplicación de este artículo el reenvío que el artículo 9.4 del Código hace a la legislación marroquí puede ser excepcionado aplicando el filtro constitucional a través de la cláusula del orden público internacional español, por cuanto los principios más básicos de la buena fe registral pertenecen al orden público español. Tal y como resuelve la sentencia antes citada, los problemas al respecto de contratos celebrados en el período entre la aparición de las causas de la incapacidad y su declaración judicial deberán resolverse en función de las circunstancias objetivas y subjetivas de los contrayentes al momento de formalizarlos.

Al respecto de las pruebas admisibles, no se impone ninguna limitación, regulándose expresamente que el Tribunal se basará en todas las pruebas admisibles en derecho. Ciertamente se aprecia una evolución importante en la práctica probatoria a este respecto en Marruecos: mientras que en la tradición jurisprudencial eran los testigos las principales fuentes de prueba en el ámbito de la incapacidad, ahora vienen a ser los certificados médicos¹¹ la principal prueba acerca del estado psíquico que causa la limitación o anulación de la capacidad de obrar, especialmente en el levantamiento de las medidas limitativas; no obstante, debemos destacar que en el derecho marroquí los testigos siguen manteniendo una importancia probatoria muchísimo mayor que en el derecho español.

El procedimiento de incapacitación puede iniciarse por el propio interesado, la Fiscalía General, o incluso de cualquier persona que tenga interés en que se determine la incapacidad. A este respecto, el ordenamiento marroquí es sumamente flexible en cuanto a la legitimación activa, considerándose en la práctica que el desarrollo de los actos necesarios para promover la incapacitación implica en sí mismo un interés en la tramitación del expediente judicial.

Cuando una persona fallece dejando herederos menores, las autoridades locales y los parientes cercanos tienen la obligación de informar al juez tutelar en un plazo máximo de ocho días.

Incoado el expediente de incapacitación, el juez dará traslado del expediente a la Fiscalía General para que informe en el plazo de quince días. Asimismo podrá, tras consultar en su caso con el Consejo de Fami-

¹¹ Art. 222.— “El Tribunal, para anular la incapacitación, se basará en un informe médico y en todos los medios de prueba admisibles en derecho”.

lia¹², levantar “acta de herencia” mencionando a los herederos y adoptando cuantas medidas considere adecuadas para preservar los derechos de los menores, y podrá fijar los gastos e indemnizaciones derivados de la administración de los bienes.

Recibido el informe de la Fiscalía General el juez dictará sentencia en el plazo de quince días.

Desde este momento el tutor debe formar inventario y hacer una serie de propuestas principalmente sobre la pensión de alimentos a favor del incapaz y de las personas a su cargo.

La Fiscalía General, el Consejo de Familia, y los parientes cercanos pueden una vez conformado el inventario presentar sus observaciones al juez tutelar al respecto de la estimación de la pensión alimenticia necesaria y a los métodos relativos a la formación y cuidado del incapaz.

Finalmente dos adules (notarios), previo informe de la Fiscalía General, y bajo mandato y supervisión del juez tutelar, realizan el inventario definitivo y global de los bienes, derechos y obligaciones. Para casos de especial complejidad, se prevé la posibilidad de recurrir a peritos para realizar el inventario, tasar los bienes y las obligaciones.

El inventario y sus anexos se consignarán en un Registro específico¹³.

Especial interés merece el tema de la publicidad de la sentencia. A diferencia del mandato del artículo 214 del Código Civil Español en cuanto a la obligación de inscripción de las sentencias de incapacitación en el Registro Civil, y las previsiones contenidas al respecto de los ámbitos hipotecario y mercantil, en el Código de la Familia Marroquí se dispone que el Tribunal hará pública la sentencia que acuerde o levante la incapacitación por los medios que juzgue más adecuados.

No existe a día de hoy por lo tanto un registro donde pueda consultarse la incapacidad, recayendo sobre los representantes legales del incapaz la responsabilidad de supervisar los actos de su representado al objeto de evitar la celebración de contratos o actos nulos o anulables.

¹² El art. 251 dispone la creación de un Consejo de Familia, órgano encargado de asistir a la justicia en asuntos relativos a situaciones familiares. Se dispone que su composición y atribuciones se fijarán por vía reglamentaria, sin que hasta el momento se haya producido el necesario desarrollo reglamentario.

¹³ El artículo 250 dispone la creación de un Registro para la inscripción de las sentencias de tutela, los inventarios y los actos de los tutores. Remite a un futuro Decreto del Ministerio de Justicia el diseño del contenido y la forma de este Registro.

3. Los actos de la persona incapaz

La legislación marroquí es contundente a este respecto, y califica como nulos y de nulo efecto los actos realizados por una persona incapaz. Se está refiriendo únicamente a los actos realizados por personas con una incapacidad anulada, salvando a continuación algunos actos realizados por las personas con su capacidad limitada.

Así, los actos de los menores con capacidad de discernimiento (mayores de doce años) y de los pródigos y discapacitados psíquicos con capacidad limitada, son válidos si son plenamente ventajosos, nulos si le son perjudiciales, y si no revisten un carácter claramente ventajoso o perjudicial, su validez se subordina a la aprobación de un representante legal.

La validez de los actos se debe analizar teniendo en cuenta el interés primordial del incapaz, y dentro de los límites y prerrogativas concedidas a cada representante legal en la sentencia de limitación de la capacidad.

Ésta es la fórmula que utiliza el derecho marroquí para resolver la cuestión antes aludida de la retroactividad de las sentencias de incapacitación, salvando los contratos que le son favorables y anulando completamente los que claramente le resultan perjudiciales. Y es que existe en la jurisprudencia el principio de que nadie puede realizar un contrato que le sea completamente desfavorable, salvo que se halle limitado en sus capacidades mentales, por lo que quien contrata con un incapaz, esté reconocida su incapacidad o se disponga esta en el futuro, puede ver anulado el contrato, con las obligaciones consecuentes de retornar la situación al punto inicial, en cualquier momento.

En todo caso, esta doctrina que resulta fácilmente aplicable en el ámbito de la contratación básica y de productos esencialmente de primera necesidad, resulta difícil de interpretar cuando entran en juego nuevas formas de contratación y elementos de consumo, como pueden ser las compras por internet o la adscripción a contratos tipo, donde surgen muchas dudas sobre el beneficio o perjuicio y sobre la posibilidad del conocimiento de las limitaciones por la contraparte.

4. La representación legal

Existen en Derecho marroquí dos figuras de representación legal: la tutela y la *kafala* o guarda dativa¹⁴.

¹⁴ La *kafala* es traducida en ocasiones como “tutela dativa”. Nosotros preferimos la acepción de “guarda dativa”, pues tiene mayor similitud con la figura legal de la guarda en España, y porque propiamente existe un tipo de tutela dativa en derecho marroquí.

La tutela está regulada en el Código de la Familia, mientras que la kafala o guarda dativa se regula en una ley específica, Ley 15-01, del 13 de junio de 2002, promulgada por el Dahir num. 1-02-172 relativa a la guarda de los menores abandonados.

A) La “kafala” o guarda dativa

Se trata de una institución muy habitual en Marruecos, y también bastante conocida en España por ser la vía jurídica a partir de la que se vienen realizando por españoles las adopciones de niños marroquíes.

Las disposiciones generales del capítulo I de la Ley precisan el concepto de menor abandonado y el contenido de la *kafala*. Según el artículo 2: “La guarda (*kafala*) de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley, es el compromiso de hacerse cargo de la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado con el mismo grado que lo haría un padre por su hijo. La *kafala* no da derecho a la filiación ni a la sucesión”.

La prohibición de la adopción, como un medio para crear nuevos lazos de filiación, está basado en una interpretación de dos versos de la Sura número 33 del Corán, y es considerada por el Corán, y vista por la jurisprudencia, como una falsificación del orden natural de la sociedad. Es declarada *haram* (prohibida o pecado) con el objetivo de preservar los lazos de sangre como el único medio de creación de lazos. La preservación de los derechos de herencia y la protección del apellido también juegan un papel importante en las tradiciones sociales musulmanes.

Sin embargo, la legislación marroquí otorga un lugar importante a los huérfanos y a su protección; valora muy positivamente el hecho de acoger a un huérfano en su hogar. El niño deberá ser tratado como un hijo biológico, pero no tiene los derechos de este último (en particular, el derecho al apellido y a la herencia).

La definición más acertada de esta figura sería “el compromiso en hacerse cargo voluntariamente del cuidado, de la educación y de la protección de un menor, de la misma manera que un padre lo haría por su hijo”. La kafala crea los siguientes efectos: por un lado, el ejercicio de la autoridad parental del cuidador y su obligación de hacerse cargo del niño, y por el otro, la persistencia de los lazos familiares y la conservación del estado familiar del niño.

Merece algún comentario la Instrucción del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de 17 de enero de 2008¹⁵, relacionada con la representación legal de los menores extranjeros e incapaces, donde se establece que “no puede tener validez en España la institución por la que el padre o la madre ceda o delegue la patria potestad en una tercera persona, en tanto que el contenido de esta institución lo conforma un haz de derechos y facultades de carácter personalísimo que ejercen los progenitores respecto de los hijos en beneficio de éstos, configurados como normas de carácter necesario y, en consecuencia, sustraídos de la autonomía de la voluntad de los particulares, en tanto normas que afectan al estado civil de las personas”.

Se está refiriendo obviamente a la institución de la kafala, para establecer que no tendrá validez a efectos de derecho de extranjería la kafala realizada por los padres a favor de otra persona, por lo que el menor en situación de guarda dativa no podrá regularizar su situación administrativa a cargo de la persona que ostenta esta guarda. Sin duda esta Instrucción desconoce la institución de la kafala, puesto que no implica cesión de la patria potestad, e interpone la cláusula de salvaguarda del interés público para no aplicar la normativa marroquí sin fundamentar jurídicamente esta decisión. Por esta razón, las situaciones de kafala deberán transformarse en España en figuras adoptivas o de tutela para que puedan ser consideradas válidas por las autoridades administrativas de inmigración.

B) La tutela

La tutela está regulada en el Código de la Familia, que distingue tres tipos de tutores: el tutor legal, el tutor testamentario y el tutor dativo.

Establece además la siguiente graduación en el ejercicio de la representación legal:

- 1.º El padre mayor de edad.
- 2.º La madre mayor de edad, en ausencia del padre o como consecuencia de la pérdida de la capacidad de obrar de éste.
- 3.º El tutor testamentario designado por el padre.
- 4.º El tutor testamentario designado por la madre.
- 5.º El juez.

¹⁵ Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal.

6.º El tutor dativo designado por el juez.

El representante legal ejercerá su tutoría:

- a) En el caso de los menores y los incapaces absolutos sobre su persona y sus bienes.
- b) En el caso de los pródigos y los incapaces con limitaciones no absolutas, solamente sobre su patrimonio.

En cuanto a las responsabilidades y prerrogativas del tutor, existe una doble dimensión: en el ámbito personal, debe cuidar sus asuntos garantizándole una educación religiosa y una formación y preparándole para la vida; en el ámbito patrimonial debe encargarse de la administración corriente de sus bienes, con la obligación de informar al juez tutelar acerca de todos los bienes, documentos, joyas y muebles de valor.

En el caso de los menores el Código de la Familia dispone obligatoriamente que los fondos y valores mobiliarios se depositarán en una cuenta abierta en una entidad bancaria a nombre del menor al objeto de preservarlos.

Analizaremos cada una de las figuras del representante legal, tal y como se regula en el Código de la Familia:

a) El padre y la madre

El padre es por derecho el tutor legal de sus hijos, y sólo en caso de ausencia o impedimento del padre, la madre se encarga de cuidar los intereses urgentes de sus hijos. Ambos pueden designar un tutor testamentario para sus hijos.

b) El tutor testamentario

Si antes de fallecer, el padre hubiera nombrado un tutor testamentario, sus funciones se limitarán a vigilar la administración que realiza la madre y a acudir a la justicia en caso de desacuerdo con esta administración materna. En la ausencia de padre y madre, y siempre que uno de éstos hubiere nombrado un tutor testamentario, éste asumirá las funciones de tutela sobre los menores e incapaces.

En el caso de que los bienes del menor o incapaz superen el valor de doscientos mil dirham (equivalentes aproximadamente a dieciocho mil

euros)¹⁶, será necesario incoar expediente de tutela legal ante el Tribunal. Asimismo, si el tutor testamentario aprecia durante el ejercicio de sus funciones tutelares que el patrimonio de su representado supera esta cantidad, deberá incoar igualmente expediente de tutela legal ante el Tribunal.

El Juez podrá designar un tutor dativo cuando ya existe un tutor testamentario, a los efectos de que pueda controlar los actos del tutor testamentario y aconsejar a éste, así como informar al Juez de las posibles negligencias en la gestión. Lógicamente, esta figura de la doble tutela solamente se establece excepcionalmente en casos donde hay intereses patrimoniales muy importantes.

c) El tutor dativo

En ausencia de las figuras precedentes, el Juez nombrará un tutor dativo, que será escogido en principio entre los parientes más aptos. A falta de éstos, entre los parientes más cercanos, y en último lugar quedará a decisión del Juez, que incluso podrá designar dos o más tutores dativos, fijando convenientemente las prerrogativas de cada uno. Los miembros de la familia, los solicitantes de la incapacitación y toda persona que tenga interés legítimo puede proponer un candidato al Tribunal.

La ley impone las siguientes condiciones para poder ser tutor: debe tratarse de una persona que goce de sus plenas facultades, y asimismo ser diligentes, resueltos y honestos. Se prohíbe expresamente confiar el cargo de tutor:

- a) A personas condenadas por robo, abuso de confianza, falsificación o cualquier otra infracción que atente contra la moralidad.
- b) A personas condenadas por quiebra o liquidación judicial.
- c) A personas que tengan un pleito pendiente con el incapaz o una discrepancia familiar susceptible de perjudicar los intereses de éste.

C) Las obligaciones legales del tutor

El tutor, siempre que se haya abierto un expediente judicial de tutela, debe presentar ante el Tribunal un informe anual de su administra-

¹⁶ Esta cantidad, tal y como indica el propio artículo 240, puede incrementarse por vía reglamentaria, al objeto de que pueda producirse una actualización periódica.

ción, así como de las medidas personales adoptadas para el bienestar del representado.

Si los bienes del incapaz no han sido inventariados, deberá efectuar el inventario al que se incluirá la siguiente información:

- a) Las eventuales observaciones del tutor al respecto del inventario.
- b) La propuesta de la cantidad anual de la pensión alimenticia del incapaz y las personas a su cargo.
- c) La propuesta relativa a la administración de los bienes del incapaz.
- d) Los ingresos anuales o mensuales producidos por los bienes del incapaz.

Para el caso de que algún bien sea adquirido por el tutelado una vez cerrado el inventario, deberá mencionarse en un anexo al mismo.

El tutor debe inscribir en el Registro para la inscripción de sentencias de tutela todos los actos que efectúe en nombre del incapaz, con indicación de las fechas.

Asimismo deberá responder inmediatamente a cualquier requerimiento del juez tutelar para aclarar cualquier cuestión relativa a la administración de los bienes del tutelado.

Anualmente deberá presentar ante el juez tutelar un balance de su administración, adjuntando todos los documentos justificativos, para su aprobación por el juez.

La responsabilidad del tutor se regula exhaustivamente en el ordenamiento marroquí:

- Se le aplican las disposiciones relativas a la responsabilidad del mandatario asalariado, incluso si el ejercicio de su cargo no fuera remunerado.
- Puede llegar a responder penalmente de sus actos.
- Los créditos del tutor fallecido frente a su tutelado están garantizados sobre su sucesión¹⁷.
- El incapaz rehabilitado o el menor que alcanza la mayoría de edad dispone de una acción especial¹⁸ para la exigencia de responsabilidad al tutor.

¹⁷ Regulado en el párrafo 2 bis del artículo 1.248 del Dahir de 12 de agosto de 1913, del Código de Obligaciones y Contratos.

¹⁸ La acción prescribe a los dos años desde la rehabilitación o mayoría de edad, salvo en los casos de falsificación o encubrimiento de documentos, en cuyo caso la acción prescribirá al cabo de un año desde que el tutelado haya tenido conocimiento de los hechos.

— Para el caso de incumplir algún requerimiento del juez tutelar, éste puede ordenar el embargo preventivo de los bienes del tutor e incluso imponerle una multa.

El cargo de tutor puede ser remunerado previa aprobación judicial.

El tutor requerirá autorización judicial para realizar los siguientes actos:

- a) Vender un bien inmueble o mueble propiedad del incapaz cuyo valor supere 10.000 dirham (aproximadamente 1.000 euros) o constituir derechos reales sobre estos bienes¹⁹.
- b) Participar con una parte de los bienes del incapaz en una sociedad civil o mercantil, o invertir los bienes en una empresa o realizar inversiones.
- c) Renunciar a un derecho o acción, o aceptar un arbitraje en este marco.
- d) Realizar un arrendamiento con efectos que puedan extenderse más allá del tiempo de la incapacitación.
- e) Aceptar o rechazar las donaciones con gravámenes o sujetas a condiciones.
- f) Pagar créditos sin una sentencia ejecutoria.
- b) Descontar de los bienes del incapaz la pensión alimenticia que éste debe a las personas a su cargo, salvo si esta pensión está establecida por sentencia ejecutiva.

El cese de la misión del tutor se produce en los siguientes supuestos:

- Fallecimiento del incapaz o del tutor, o incapacitación de éste.
- Cumplimiento de la mayoría de edad del menor, salvo decisión judicial de prórroga de la tutela.
- Fin de la misión o expiración del plazo determinados por la sentencia.
- Decisión judicial de revocación del cargo.

¹⁹ No se requiere autorización para la venta de bienes muebles cuyo valor supere 5.000 dirham, siempre que estos bienes sean susceptibles de total degradación; también se aplica a los inmuebles del mismo valor o muebles de valor inferior, a condición de que dicha venta no constituya un método para sustraerse al control judicial. Tampoco se requiere autorización si se trata de bienes muebles con precio fijado reglamentariamente.