



TRABAJO FIN DE GRADO EN TRABAJO SOCIAL

“CRÍTICA AL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR EN PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELLECTUAL O DEL DESARROLLO”

Autora:

D^a Isabel del Valle-Iturriaga Orihuela

Tutor:

D. Pablo de la Rosa Gimeno

FACULTAD DE EDUCACIÓN Y TRABAJO SOCIAL

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

CURSO 2015-2016

FECHA DE ENTREGA: 12 de Julio de 2016

“No podemos evitar el viento, pero podemos construir molinos”

Proverbio holandés

Índice:

1. RESUMEN	5
2. INTRODUCCIÓN.....	7
3. PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL O DEL DESARROLLO.....	8
3.1. APROXIMACIONES HISTÓRICAS A LA DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD INTELECTUAL	8
3.2. MODELOS DE ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL.....	11
3.3. DEFINICIÓN ACTUAL, PREMISAS Y ENFOQUE MULTIDIMENSIONAL	12
3.4. SISTEMA PARA EL DIAGNÓSTICO, CLASIFICACIÓN Y APOYOS	15
4. CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	18
5. PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	22
5.1. ACLARACIÓN DE CONCEPTOS	22
5.2. REGULACIÓN DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	24
5.3. PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD: DE LA DEMANDA A LA SENTENCIA	25
5.4. MODIFICACIÓN Y REINTEGRACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	28
6. CRÍTICAS Y PROPUESTAS AL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	31
6.1. CRÍTICAS AL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR	31
6.2. PROPUESTAS DE MEJORA DEL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD.....	34
7. ACOMPAÑAMIENTO SOCIAL COMO HERRAMIENTA DEL TRABAJO SOCIAL CON PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL	37
7.1. OBJETO Y OBJETIVOS DEL TRABAJO SOCIAL	37
7.2. IMPORTANCIA DEL TRABAJO SOCIAL EN LA ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD	38
7.3. EL ACOMPAÑAMIENTO SOCIAL A PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL	40

8. <u>CONCLUSIONES</u>	43
9. <u>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	46

Índice de tablas y figuras:

<u>FIGURA 1: Marco conceptual del funcionamiento humano</u>	14
<u>FIGURA 2: Proceso de modificación de la capacidad de obrar</u>	26
<u>TABLA 1: Sistema para la evaluación del diagnóstico, clasificación y apoyo</u>	16

1. Resumen

El colectivo formado por personas con discapacidad intelectual o del desarrollo es considerado vulnerable debido a las numerosas barreras que deben de enfrentar en su día a día: barreras materiales, sociales y legales.

El presente Trabajo de Fin de Grado analiza el proceso de modificación de la capacidad de obrar relativo a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo puesto que, en muchas ocasiones, no tiene en cuenta a los/las protagonistas del mismo, sus deseos o sus preferencias.

Son diversos los/las autores/as e instituciones que han alzado la voz exponiendo su inconformismo con el modo en que se lleva a cabo este proceso y que proponen una serie de mejoras con el fin de evitar perjuicios en las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo.

Es un deber moral de los/las profesionales del Trabajo Social acompañar a las personas que se encuentran inmersas en este proceso con el fin de evitar, o al menos de paliar, cualquier daño que puedan sufrir. La herramienta de intervención más adecuada para ello es el acompañamiento social.

Palabras clave: Discapacidad intelectual, modificación de la capacidad, Trabajo Social, capacidad de obrar, acompañamiento social.

Abstract:

The group conformed by people with intellectual or development disabilities is considered to be vulnerable due to the many barriers that they must face in their daily lives: material, social and legal barriers.

This project analyses the process of modifying the capacity to act on people with intellectual or development disabilities since, in many cases, it does not consider the main characters of it, their desires or their preferences.

There are various authors and institutions that have raised their voices exposing their disagreement with the way this process is performed and they propose a number of improvements in order to prevent negative effects on people with intellectual or development disabilities.

It is a moral duty of social workers to accompany people who are immersed in this process in order to avoid, or at least mitigate, any damage they may suffer. The most appropriate intervention tool for this is the social support.

Keywords: Intellectual disability, capacity change, Social Work, capacity to act, social support.

2. Introducción

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene como objeto las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo que se encuentran en un proceso de modificación de la capacidad de obrar.

Durante la realización de las prácticas del grado en Trabajo Social en una fundación tutelar, tuve la oportunidad de realizar un taller con un grupo de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo que habían visto modificada su capacidad de obrar. Con la puesta en marcha de este taller, se pretendía conocer hasta qué punto estas personas eran conscientes de su situación y cómo vivieron ellos el proceso jurídico. Pude observar que, en la mayoría de ocasiones, estas personas no comprendían su situación actual en cuanto a su capacidad de obrar, ni cómo habían llegado hasta ahí.

Los procesos de modificación de la capacidad de obrar son a menudo fríos y protocolarios, tienden a dejar a un lado a la persona olvidando que es la protagonista principal. Generalmente, las personas con discapacidad intelectual no comprenden lo que está sucediendo con su capacidad de obrar y les surgen preguntas del tipo ¿Por qué ya no puedo sacar mi dinero del banco? ¿Ya no podré ir a comprar yo sólo?

El objetivo principal de este Trabajo de Fin de Grado es realizar un análisis crítico del proceso de modificación de la capacidad de obrar actual en nuestro país. Se busca comprender en que consiste este proceso, cuáles son los derechos de las personas con discapacidad, encontrar los puntos débiles del proceso y, por último, estudiar el acompañamiento social de las personas que se encuentren en este proceso como estrategia de intervención desde el Trabajo Social.

Para el logro de los objetivos marcados, se ha realizado una revisión bibliográfica del colectivo de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, del proceso de modificación de la capacidad de obrar, de los derechos recogidos en la Convención de las Naciones Unidas, de las críticas y propuestas que han surgido en relación a este proceso y, por último, del acompañamiento social como herramienta del Trabajo Social.

3. Personas con discapacidad intelectual o del desarrollo

3.1. Aproximaciones históricas a la definición de discapacidad intelectual

Villa (2007) apunta que, a lo largo de los años, el concepto de discapacidad ha ido variando en gran medida, del mismo modo que lo ha hecho el trato dado a las personas con discapacidad. El campo de la discapacidad es un campo muy amplio y complejo debido a la amplia variedad de términos, sujetos implicados, criterios, modos de análisis, conceptos y estrategias empleados a lo largo de la historia.

Esta autora reúne algunos de los términos que se han ido empleando a lo largo de la historia: “subnormales”, “idiotas”, “imbéciles”, “deficientes”, “mongólicos”, “oligofrénicos”. En su origen, estos términos contaban con un carácter científico, pero a día de hoy se consideran claramente peyorativos. Lo cierto es, según Villa (2007), que cualquier término empleado para referirse a las personas con discapacidad tiene connotaciones negativas.

Aguado (citado en Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo, 2011) distinguió dos actitudes frente a la discapacidad que se han ido desarrollando a lo largo de la historia y manifestándose de distintos modos. Estas actitudes son:

- *Actitud pasiva*: Desde esta óptica se considera la discapacidad como el fruto de causas ajenas al hombre, como un castigo de los dioses, del demonio, por lo tanto como una situación descontrolada e inmodificable. Esto se traduce en un continuo rechazo y miedo que llegaba a producir aislamiento de estas personas e incluso la muerte.
- *Actitud activa*: Se aborda la discapacidad como una enfermedad consecuencia de causas naturales, biológicas y/o ambientales. Se considera por lo tanto una situación modificable, lo que se traduce en la importancia que se le da a la prevención, el tratamiento y la integración.

La Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (2011) agrupa cuatro enfoques históricos sobre la discapacidad intelectual:

- *Enfoque social:* Caracteriza a las personas con discapacidad intelectual por el fracaso de estas para adaptarse socialmente a su contexto o ambiente. Deja de lado aspectos como la inteligencia y su papel. Es la aproximación histórica más antigua y se centraba en el comportamiento social y en el prototipo de conducta natural.
- *Enfoque clínico:* Con el auge del modelo médico, la definición pasó a considerarse como un síndrome clínico de síntomas complejos. Con este enfoque se avanzó hacia un modelo médico, lo que incrementó el rol de lo orgánico, la herencia y lo patológico. Este enfoque resultó ser una llamada a la segregación de la sociedad.
- *Enfoque intelectual:* Con el creciente estudio de la inteligencia, este enfoque se orientó hacia una definición de la discapacidad intelectual basada en el funcionamiento intelectual, medido a través de test de inteligencia y de una puntuación de cociente intelectual.
- *Enfoque de doble criterio:* Se considera el primer intento de uso de forma conjunta del funcionamiento intelectual y de la conducta adaptativa. Aparece el término “retraso mental” y se define como un funcionamiento intelectual por debajo de la media con origen en el periodo de desarrollo y asociado con deficiencias madurativas, de aprendizaje y de adaptación social. Este enfoque empleó también el criterio de la edad de aparición como un elemento significativo.

La Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas de 1975 orienta la definición de la discapacidad hacia las limitaciones médicas: “persona discapacitada significa cualquier persona incapaz de garantizar por sí misma, completamente o en parte, las necesidades de un individuo normal y/o su vida social,

como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en sus capacidades físicas o mentales” (p.92).

El IMSERSO en España define en el año 1983 la discapacidad como cualquier restricción o carencia de capacidad para realizar una actividad dentro de lo que se considera normal para una persona.

En los últimos veinte años, el concepto de discapacidad ha ido evolucionando de una visión paternalista, a una positiva. Poco a poco se va relacionando la discapacidad con la falta de adecuación de la persona con el medio más que con una enfermedad.

Hoy en día se ve necesario el uso de un lenguaje más integrador que elimine toda connotación peyorativa y que apueste por ver en la persona con discapacidad algo más allá, potenciando las capacidades y la diversidad funcional. No es sencillo introducir cambios de este tipo en la terminología mundial, pero sería muy interesante el uso de términos inclusivos (Villa, 2007).

Es en este contexto en el que aparece el término “diversidad funcional” como primera denominación en la que se deja de lado toda connotación negativa y se hace hincapié en la diversidad, en las diferentes capacidades de las personas con discapacidad.

Romañach y Lobato (2005) definen la diversidad funcional del siguiente modo:

Las mujeres y hombres con diversidad funcional tienen que ver con sociedades que, siendo intrínsecamente imperfectas, han establecido un modelo de perfección al que ningún miembro concreto de ellas tiene acceso, y que definen la manera de ser física, sensorial o psicológicamente, y las reglas de funcionamiento social. Y que este modelo está relacionado con las ideas de perfección y “normalidad” establecidas por un amplio sector que tiene poder y por el concepto de mayorías meramente cuantitativas.

3.2. Modelos de atención a la discapacidad intelectual

Fernández de Buján (2011) asegura que, con el paso de los años, no sólo ha evolucionado la terminología que se aplica a las personas con discapacidad, sino que también los ha hecho el tratamiento que se les da.

Lorenzo (2007) muestra que a lo largo de la historia han ido surgiendo distintos modelos explicativos sobre la atención a la discapacidad, modelos que han influido en las políticas sociales del momento, del mismo modo que lo han hecho en las respuestas de la sociedad y la justicia. El autor distingue los siguientes modelos:

- *Modelo tradicional:* Desde este modelo, se consideraba que el origen de las discapacidades estaba en la religión, en causas ajenas al hombre. Se pensaba además que las personas con discapacidad era una carga social y que no tenían nada que aportar, por lo que debía prescindirse de ellas para el correcto desarrollo de la sociedad. Para ello se aplicaban prácticas eugenésicas como el infanticidio en países como Grecia y Roma, y prácticas de marginación y exclusión.
- *Modelo médico:* Deja de considerarse la religión como origen de las discapacidades, pasando a serlo la ciencia. Las personas con discapacidad ya no se consideran innecesarias, siempre que sean rehabilitadas. Este modelo se consolidó al finalizar la Primera Guerra Mundial, ya que la discapacidad se relacionaba con los heridos de guerra y por lo tanto se veía como una insuficiencia que debía ser erradicada. Comenzaron a implementarse medidas en forma de políticas sociales para los veteranos de guerra que, en la década de los años setenta se generalizaron a todas las personas con discapacidad.
- *Modelo social:* Este modelo es el más innovador, ya que tiene su origen a finales del siglo XX como consecuencia de una larga lucha protagonizada por personas con discapacidad en Estados Unidos. El modelo social se aleja del modelo tradicional y del médico, considerando que las causas de la

discapacidad son las limitaciones de la sociedad para adaptar sus servicios a todas las personas. La discapacidad está compuesta entonces por factores restrictivos de la sociedad, que limitan e impiden a las personas con diversidad funcional su vida en sociedad. Pero, según afirma el autor, este modelo delimita las causas de la discapacidad a las políticas sociales y ambientales, dejando de lado la importancia de los factores biomédicos.

3.3. Definición actual, premisas y enfoque multidimensional

Según el Instituto Nacional de Estadística (2008) en España hay 3.847.900 personas con discapacidad, suponiendo el 8,5% de la población total. Según la distribución por sexo, son 2,3 millones las mujeres que presentan discapacidad, frente al 1,5 millones de hombres.

La definición actual y oficial de discapacidad intelectual procede de la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD), nace del manual de la AAIDD desarrollado en 2002 por Luckasson y cols. y traducido por Verdugo, el cual se modificó en su 11ª edición (2011) para sustituir el término “retraso mental” por el de discapacidad intelectual.

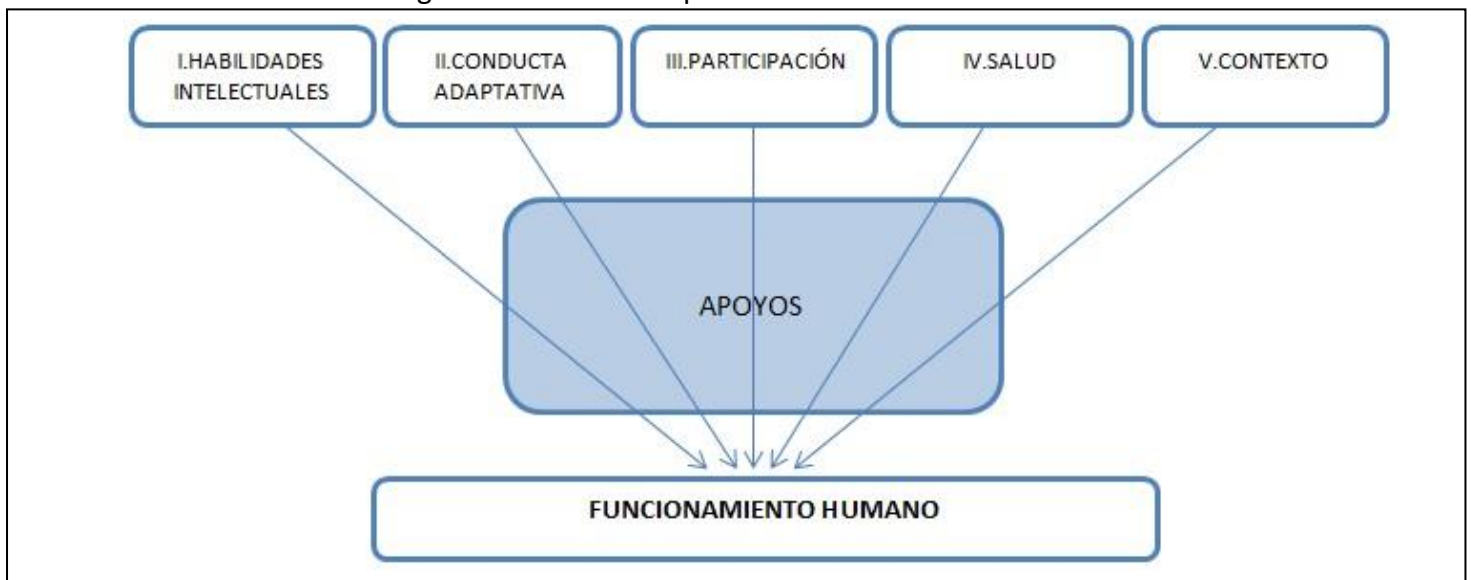
Por lo tanto, la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (AAIDD) define en su 11ª edición (2011) la discapacidad intelectual o del desarrollo del siguiente modo: "La discapacidad intelectual se caracteriza por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual como en la conducta adaptativa tal y como se ha manifestado en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad se origina antes de los 18 años" (p.31).

Esta definición sobre discapacidad intelectual cuenta con cinco premisas que clarifican el contexto en el que surge la definición e indican el modo en el que debe aplicarse (AAIDD, 2011):

- *Premisa 1:* “Las limitaciones sobre el funcionamiento presente deben considerarse en el contexto de ambientes comunitarios típicos de los iguales en edad y cultura” (p.32). Es decir, los ambientes en los que se compara el funcionamiento de un individuo, son ambientes comunitarios típicos, no aislados ni segregados.
- *Premisa 2:* “Una evaluación válida ha de tener en cuenta la diversidad cultural y lingüística, así como las diferencias en comunicación y en aspectos sensoriales, motores y conductuales”(p.32). Esto quiere decir que hacer una evaluación correcta sobre la discapacidad de una persona, se debe de contemplar la diversidad y singularidad de cada una de las personas.
- *Premisa 3:* “En una persona, las limitaciones coexisten habitualmente con capacidades”(p.33). Las personas con discapacidad intelectual son seres humanos, con determinados talentos y ciertas limitaciones. Por lo tanto, como todo individuo, habrá cosas que se les den mejor que otras.
- *Premisa 4:* “Un propósito importante de la descripción de limitaciones es el desarrollo de un perfil de necesidades de apoyo” (p.33). Por lo tanto, el análisis de las limitaciones de una persona no es suficiente, debe ser el primer paso para el desarrollo de una descripción de los apoyos que necesita una persona para desarrollar sus capacidades.
- *Premisa 5:* “Si se mantienen apoyos personalizados apropiados durante un largo periodo, el funcionamiento en la vida de la persona con discapacidad intelectual generalmente mejorará” (p.34). Esta premisa se refiere a que si se proporcionan unos apoyos personalizados adecuados, la persona que los recibe tendrá más probabilidades de mejorar ciertos aspectos de su vida.

La AAIDD (1992) propone por primera vez un modelo multidimensional sobre funcionamiento humano. Este modelo emplea “funcionamiento humano” como un término que abarca todos aquellos aspectos que influyen a los individuos. A las limitaciones en el funcionamiento se les conoce como *discapacidad*.

Figura 1: Marco conceptual del funcionamiento humano



Fuente: Elaboración propia en base a AAIDD (1992)

A continuación se realiza una breve descripción de las dimensiones que aparecen en la figura anterior siguiendo el modelo de la AAIDD (1992):

- *I. Habilidades intelectuales:* La inteligencia entendida como una capacidad amplia para comprender el entorno, darle sentido a las cosas o averiguar qué hacer.
- *II. Conducta adaptativa:* Grupo de habilidades conceptuales, sociales y prácticas aprendidas por la persona a lo largo de su vida para funcionar en su vida diaria.

- *III. Salud:* La definición más completa y vigente a día de hoy de salud es la dada por la Organización Mundial de la Salud (1999), que definió salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades" (p.10). La condición de salud de un individuo puede afectar directa o indirectamente a su funcionamiento humano.
- *IV. Participación:* Interacciones y roles en las áreas de la vida en el hogar, empleo, educación, ocio, espiritualidad y actividades culturales. La participación es importante para el aprendizaje del individuo, su crecimiento y su desarrollo.
- *V. Contexto:* Las condiciones en las que las personas viven sus vidas día a día. El contexto está integrado por tres niveles: el entorno social inmediato (microsistema), el vecindario o comunidad (mesosistema) y las normas culturales, sociales del país (macrosistema). El contexto puede determinar lo que hace el individuo, dónde, cuándo y con quién.

El funcionamiento humano suele mejorar a través del uso de apoyos individualizados. Los apoyos deben entenderse como recursos para la potenciación de las capacidades de las personas con discapacidad intelectual, deben prestarse teniendo presente que contexto es cambiante y que el entorno influye directamente en el individuo.

3.4. Sistema para el diagnóstico, clasificación y apoyos

La evaluación de la discapacidad intelectual se emplea con el fin de estudiar tres aspectos claves: el diagnóstico de discapacidad intelectual, la clasificación del grado de discapacidad y los apoyos que la persona va a necesitar. Para cada una de las fases se necesitarán unas herramientas determinadas tal y como muestra la siguiente tabla:

Tabla 1: Sistema para la evaluación del diagnóstico, clasificación y apoyo

Función de la evaluación	Herramientas y métodos de evaluación
Diagnóstico	<ul style="list-style-type: none">- Test de inteligencia- Escalas de conducta adaptativa- Edad de aparición documentada- Medidas de desarrollo- Historia social y expediente escolar
Clasificación	<ul style="list-style-type: none">- Escala de intensidad de necesidades de apoyo- Niveles de conducta adaptativa- Niveles de Cociente Intelectual- Evaluación ambiental- Factores de riesgo- Medidas de salud mental- Prestaciones sociales
Desarrollo de un sistema de apoyos	<ul style="list-style-type: none">- Planificación centrada en la persona- Auto informe- Inventario ecológico- Test de desarrollo- Evaluación sensorial, motora y del habla- Pruebas de rendimiento- Intensidad de necesidades de apoyo- Evaluación de la conducta- Plan de apoyo conductual- Plan de apoyo centrado en la familia

Fuente: Elaboración propia en base a AAIDD (2011)

Para realizar el diagnóstico de la discapacidad intelectual, debe emplearse información obtenida a través de los instrumentos y herramientas diseñadas para ello. El objetivo principal de la fase de diagnóstico es determinar la existencia o no de discapacidad intelectual. Es por lo tanto de gran importancia, puesto que los resultados serán los que determinen el resto de actuaciones, así como los sistemas de apoyo que se desarrollarán con el fin de acompañar y ayudar a la persona con discapacidad intelectual en el desarrollo de sus capacidades.

El sistema de evaluación tiene también gran peso a la hora de llevar a cabo la clasificación de las personas con discapacidad intelectual. Tal y como apuntan desde la Asociación Americana de Discapacidad Intelectuales y del Desarrollo (2011), la clasificación de la discapacidad no sólo es útil para la prestación de apoyos, sino que también lo es para la investigación y la financiación.

Debido a la gran variedad de terminología existente, la Organización Mundial de la Salud vio la necesidad de crear una clasificación que sirviese a todas las profesiones.

Existen muchos métodos de clasificación, entre los que destacan dos de ellos por ser los más empleados a día de hoy:

- *Sistemas de Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-9 y CIE-10 publicados por la Organización Mundial de la Salud (1977, 1993):* El sistema CIE-9 clasifica a las personas principalmente por su cociente intelectual y las designa un número o código en función del diagnóstico y grado, muchos de los sistemas de prestación de servicios de los Estados Unidos deben emplear este criterio. Pero este sistema se revisó y nació entonces el CIE-10, el cual contiene un número de códigos mucho mayor y aplica, no sólo valores numéricos, sino también letras. El sistema cubre un amplio rango, desde enfermedades infecciosas hasta los factores que influyen en la salud. El lenguaje que emplea el CIE-10 es considerado por la AAIDD como estigmatizador, ya que no fija su atención en la conducta adaptativa y las expectativas de mejora de las personas con discapacidad intelectual son mínimas.
- *Sistema multiaxial de la American Psychiatric Association (APA) (2000):* La APA ha desarrollado desde 1952 una serie de manuales de diagnóstico denominados DSM. El sistema que se utiliza actualmente es el DSM-IV y consiste en un total de cinco dimensiones o ejes que se considera que aportan información sobre una persona.

Por último, el sistema de evaluación de las necesidades de apoyo debe integrar toda la información obtenida sobre las necesidades de apoyo individuales de cada una de las personas, con el fin de identificar que apoyos son necesarios para cada uno de los casos. Una vez determinados los apoyos, el equipo profesional deberá encargarse de encontrarlos en las organizaciones pertinentes y de revisar su correcta aplicación.

4. Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

Toda persona tiene, desde el momento en que nace, una serie de derechos y deberes recogidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos, constituida por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los derechos humanos son inherentes al ser humano, independientemente de su nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Cualquier otra condición abarca la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación.

Pese a la existencia de un marco normativo que respalda a las personas con discapacidad intelectual, se ve necesaria la creación de la Convención por dos motivos:

- Para reafirmar los derechos de las personas con discapacidad y su participación plena en la sociedad. Las personas con discapacidad sienten con frecuencia que sus derechos no son respetados, y en algunos casos no son siquiera conscientes de ellos.
- Para afrontar de una manera más global los derechos de las personas con discapacidad y para garantizar su protección y promoción mediante un instrumento jurídico y vinculante para todos los Estados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 2006 la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, las cuales representan alrededor del 15% de la población mundial según los datos más recientes de la Organización Mundial de la Salud (citada en Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 2008).

El Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008) concreta en su artículo primero la finalidad de la Convención, siendo ésta la de “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”(p.4). En el artículo tres de la Convención se delimitan los principios generales de la misma, como son el respeto a la dignidad, la no discriminación, la igualdad de oportunidades o el respeto a la diferencia.

La Convención determina el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley. Lo hace en el artículo doce y, más concretamente, en los apartados tres y cuatro de este artículo, donde se especifica que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” (p.11) y que “los Estados Partes asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (p.12).

Es decir, en caso de dictaminarse la modificación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, el Estado deberá proporcionar los apoyos que sean pertinentes para cada persona con el fin de acompañarle en el ejercicio de su capacidad jurídica, teniendo siempre en cuenta sus deseos.

Además, en el artículo trece de la Convención, se defiende el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Para ello, los Estados Partes deberán asegurar que los trabajadores de las administraciones y todo el personal necesario estén formados y capacitados para el acompañamiento de las personas con discapacidad en cualquier proceso judicial.

Artículo diecisiete de la Convención: “Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás” (p.14). Por lo tanto, ya sea en el ámbito jurídico, como en el ámbito personal o laboral, cualquier persona con discapacidad debe ser siempre respetada en su toma de decisiones y en las elecciones que haga sobre su vida.

En el artículo veintiuno, bajo el título “Libertad de expresión y de opinión y de acceso a la información” (p.16), la Convención defiende que los Estados Partes deberán tomar las medidas adecuadas para garantizar a las personas con discapacidad su libertad de expresión y el acceso a la información pública entre otras.

Además de los artículos mencionados anteriormente, la Convención trata otros asuntos de gran relevancia como son la participación en la vida política y pública de las personas con discapacidad, la protección social, el empleo o la salud.

Para asegurar que lo descrito en El Instrumento de Ratificación de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se aplica en los Estados Partes, se crea un Comité. Este Comité estará compuesto por miembros elegidos por los Estados Partes mediante voto.

El Comité se encargará de revisar los informes de actuación aportados por los Estados y decidirá las directrices que deberán aplicarse sobre esos informes. Además, el Comité hará sugerencias y recomendaciones con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad partiendo de sus derechos.

La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha convertido, por lo tanto, en uno de los instrumentos más importantes en materia de discapacidad. Su creación y aplicación supuso un gran avance a nivel internacional, puesto que hasta ese momento, las personas con discapacidad no tenían una base firme de sus derechos.

Según Mayor (2013), desde la aparición de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, ha ido naciendo un movimiento de críticas enfocadas a que el proceso de modificación de la capacidad de obrar actual priva de derechos y autonomía a las personas con discapacidad y que atenta contra su dignidad.

Pérez de Ontiveros, catedrática de derecho civil, ha llevado a cabo un estudio en el año 2009 sobre la Convención Internacional de los Derechos sobre las Personas con Discapacidad y su impacto en el Ordenamiento Jurídico Español.

Esta autora considera que, con la entrada en vigor de la Convención, se ha reabierto el debate sobre si el ordenamiento jurídico español está adecuado a los principios de ésta. Uno de los argumentos principales que expone la autora es que el régimen de tutela es contrario a la Convención, ya que supone la supresión de la capacidad de obrar de la persona y la privación a ejercer todos o parte de sus derechos. Es por esto que tan sólo el régimen de curatela es el adecuado en consonancia con la Convención, al tratarse de un sistema de protección menos intrusivo.

El eje que guía todas las discusiones en torno a la inadecuada aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español, es el hecho de que no se están respetando los principios de igualdad y de no discriminación cuando se establecen medidas sustitutivas de la capacidad de obrar. La autora sintetiza algunas de las opiniones de los más críticos del siguiente modo:

El sometimiento del incapacitado a tutela, al privar al mismo de su capacidad de obrar, es contrario a la Convención. El art. 12 de la Convención establece un modelo de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica que se enfrenta directamente con un modelo de sustitución de la capacidad.

5. Proceso de modificación de la capacidad de obrar

5.1. Aclaración de conceptos

Fernández de Buján (2011) destaca la importancia de diferenciar entre capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas, puesto que son dos términos que pueden confundirse con facilidad. El autor sintetiza la diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar del siguiente modo: “Cabría pues hablar, en relación con la capacidad jurídica de poder de titularidad y, respecto a la capacidad de obrar, de poder de ejercicio.” (p.54).

El mismo autor concreta que, del mismo modo que la capacidad jurídica no tiene grados, la capacidad de obrar sí. Cuando a una persona se le modifica su capacidad de obrar en una sentencia de incapacitación, se establece en la misma el grado de limitación, pudiendo ser este parcial o total.

Obregozo (2013) apunta que toda persona desde el momento en que nace goza de capacidad jurídica, es decir, es titular de derechos y de obligaciones. Pero tal y como señala la autora, el hecho de tenerlos no implica poder ejercerlos, no todas las personas pueden hacerlo del mismo modo. “Para poder ejercer los derechos y obligaciones es necesario que en la persona se den dos circunstancias: conocimiento y voluntad = capacidad de obrar.” (p.28). Por lo tanto, para poder gozar de una plena capacidad de obrar, es necesario comprender los actos que se realizan y tener la voluntad de hacerlos.

Según recoge Picatoste (2006), históricamente la tenencia de alguna enfermedad permanente o la pérdida de determinadas facultades suponían la puesta en marcha de medidas que se centraban principalmente en proteger el patrimonio de la persona así como el tráfico jurídico. Actualmente esto ha cambiado, a día de hoy lo que se pretende es lograr la protección de la persona más allá de su patrimonio.

El artículo 49 de la Constitución Española (1978) señala que:

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

El término incapaz (Fernández de Buján, 2011) hace referencia a un estado civil en el que se encuentra una persona cuando ve su capacidad de obrar modificada bajo sentencia firme que así lo declare. Así lo dicta el artículo 199 del Código Civil “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.” (p.179).

Alés y Toscano (2003) distinguen entre incapacidad, limitación de la capacidad y prohibiciones del siguiente modo:

- Incapacidad como restricción de la capacidad de obrar debido a circunstancias en las personas que obligan a la Ley a suspender la aptitud para llevar a cabo actos jurídicos.
- Limitación de la capacidad es de nuevo una restricción en la capacidad de obrar, pero la diferencia es que en este caso la persona puede actuar en determinados casos, necesitando apoyo o consentimiento judicial.
- Las prohibiciones están para impedir a determinadas personas realizar determinados actos.

El artículo 200 del Código Civil refiere las causas que deben concurrirse para que una persona vea modificada su capacidad de obrar, es decir, las causas de la incapacitación: “Enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.” (p.179).

Según Picatoste (2006), en este artículo no se especifican realmente las causas concretas que pueden llevar a una persona a ver modificada su capacidad, por lo tanto

el legislador deberá tener en cuenta dos circunstancias: en primer lugar no deberá centrarse en el origen de la situación, si no en las consecuencias de esta en la capacidad de obrar, y en segundo lugar, se deberá tener en cuenta que existen determinadas carencias físicas que no constituyen por sí solas un impedimento tal que lleve a la incapacitación (ceguera, mudez...), por lo que en esos casos tan sólo se les excluirá para la realización de determinados actos.

Fernández de Buján (2011) sostiene que la relación entre incapacidad y discapacidad es directa, ya que por regla general, una persona incapacitada tiene alguna discapacidad. Pero no sucede igual a la inversa, es decir, una persona con discapacidad no tiene por qué estar siempre incapacitada.

5.2. Regulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar

El proceso de modificación de la capacidad está regulado en el capítulo segundo, del título primero, del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (2000), a lo largo de los artículos 749 a 763 de esta Ley, se desarrollan las siguientes cuestiones:

- Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de incapacitación.
- Representación y defensa de las partes en procedimientos de incapacidad.
- Competencia: Conocer la demanda sobre capacidad es competencia del Juzgado de Primera Instancia del lugar de residencia de la persona referida.
- Legitimación del proceso y declaración de prodigalidad.
- Personación del demandado.
- Pruebas y audiencias en los procesos.
- Sentencia.
- Reintegración de la capacidad y modificación de su alcance.
- Medidas cautelares.
- Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

5.3. Proceso de modificación de la capacidad: de la demanda a la sentencia

Tal y como manifiesta Fernández de Buján (2011), el proceso de modificación de la capacidad de obrar es un mecanismo jurídico que tiene como fin la protección de la persona presuntamente incapaz y de su patrimonio. En la sentencia se delimitan los límites y la extensión así como la figura de guarda que se considere más ajustada a la persona.

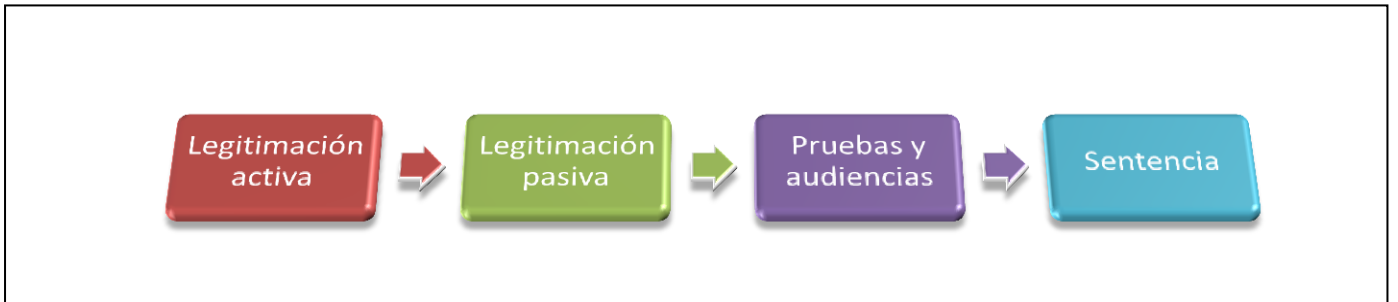
El autor anteriormente citado señala que, para modificar la capacidad de obrar de una persona, no es suficiente con las cuestiones físicas de la misma, si no que el elemento más relevante es la imposibilidad de la persona para autogobernarse como consecuencia de una enfermedad o discapacidad persistente en el tiempo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1998 (citada en Fernández de Buján, 2011) expresa que no es tan relevante el hecho de que sea una enfermedad o discapacidad persistente, lo esencial es que impida a la persona su autogobierno.

Diéz-Picazo (citado en Fernández de Buján, 2011) amplía la idea del autogobierno; cuando una persona adopta de forma inconveniente o perjudicial decisiones por sí mismo y lleva a cabo actos jurídicos que le conciernen tanto a nivel económico como personal, procederá iniciarse el proceso de modificación de la capacidad.

A continuación se muestra un gráfico en el que se plasma de forma visual los pasos que conforman el proceso de modificación de la capacidad de obrar tal y como los describe Picatoste (2006) basándose en los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000):

Figura 2: Proceso de modificación de la capacidad de obrar



Fuente: Elaboración propia en base a Picatoste (2006)

1. *Legitimación activa*: El proceso comienza con la legitimación activa; según la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000), pueden promover la modificación de la capacidad de obrar de una persona:

- El presunto incapaz.
- El cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable.
- Los descendientes, ascendientes o hermanos.
- El Ministerio Fiscal.
- Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan promover la modificación de la capacidad de una persona.
- Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conociesen la existencia de una posible causa de modificación de la capacidad de obrar de una persona.

2. *Legitimación pasiva*: En el proceso, la persona demandada será quien pueda ver modificada su capacidad de obrar. El artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) establece que el demandado podrá comparecer en el proceso con defensa y representación propia. En caso de que no lo hiciese, el Ministerio Fiscal sería quien le defendería siempre que no haya promovido éste el proceso, en cuyo caso se asignaría un defensor judicial.

3. *Pruebas y audiencias*: El artículo 759 de la LEC (2000) dicta de manera imperativa que el tribunal deberá efectuar las siguientes pruebas y audiencias:

- Oír a los parientes más próximos de la persona que se encuentra en proceso de modificación de la capacidad: No se refiere sólo a los parientes de lazos sanguíneos, si no a cualquier persona que se encuentre en el entorno cercano y pueda aportar datos sobre las costumbres, el comportamiento y la conducta del demandado.
- Examinación del demandado: Se pretende desde la Ley que el tribunal que decidirá si se modifica o no la capacidad del demandado, vea por sí mismo a la persona y dialogue con ella.
- Dictámenes periciales necesarios o pertinentes: Nunca se decidirá sobre la modificación de la capacidad de obrar de una persona sin disponer de un dictamen pericial médico previo. Este dictamen lo deberá de dictar un médico facultativo nombrado por el juez y lo emitirá en forma de informe recogiendo los aspectos más relevantes sobre las características médicas de la persona y su capacidad de autogobierno. Si el juez así lo señala, pueden ser varios profesionales de diversos campos los que examinen al demandado.
- El juez deberá recabar información del Registro Civil y del Registro de Actos de Última Voluntad con el fin de comprobar si existe un nombramiento de tutor físico o legal previo o cualquier otra circunstancia que se considere relevante para el proceso. En caso de que exista un nombramiento de tutor previo por parte de los progenitores o del propio demandado, deberá ser vinculante para la asignación de una figura de guarda siempre que sea en beneficio de la persona.

4. *La sentencia*: La sentencia dictada por un juez de primera instancia, deberá contener unos elementos determinados que se encuentran reflejados en el artículo 760 de la LEC (2000):

- Extensión y los límites de la incapacidad: El tribunal dispondrá de la libertad plena para acordar que la incapacidad sea total; para todos los actos jurídicos, o parcial; para aquellos actos que se especifiquen en la propia sentencia.
- Régimen de tutela o guarda al que quedará sometida la persona incapacitada: Para ello, apunta Picatoste (2006), se tendrá en cuenta el grado de autogobierno que posea la persona. En caso de que el grado sea mínimo, se procederá a asignar un tutor, pudiendo ser este una persona física, o jurídica (fundación tutelar). Cuando se considere que el grado de autogobierno es mayor, se procederá a determinar un régimen de curatela. Por último existe la figura del defensor judicial, quien representará y aparará a la persona incapacitada en caso de que se dé un conflicto de intereses entre ésta y su tutor o curador (Alés y Toscano, 2013).
- Necesidad o no de internamiento en un centro especializado.

5.4. Modificación y reintegración de la capacidad de obrar

En el artículo 761 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) está regulado todo aquello relativo a la modificación de la incapacitación y la reintegración de la capacidad de obrar.

García-Lubén (2003) desarrolla a lo largo de un artículo científico algunas aclaraciones sobre la modificación y reintegración de la capacidad. La autora aclara que lo que se permite es, tanto la modificación de la sentencia de incapacitación, como la extinción de la misma. Para que esto se produzca, debe variar la situación de la

persona incapacitada de tal modo que se vea necesario un nuevo procedimiento judicial que estudie el estado actual de la persona para poder ajustar la nueva sentencia. A la hora de variar los límites y alcance de la incapacitación, predomina el interés público del estado, siendo este el de proteger la libertad, integrar y dignidad moral de la persona. En caso de que la situación de la persona hubiese variado pero su capacidad de obrar no se viese modificada, se estaría dañando a la persona e impidiendo su desarrollo y protección.

La autora resalta la importancia de comprender que el proceso de modificación de la sentencia de incapacidad no se trata de un proceso de revisión por estar en desacuerdo con la sentencia, sino que debe ser una petición de modificación de la situación debido a la aparición de nuevas circunstancias en la persona.

No son las enfermedades o discapacidades las que motivan un proceso de modificación de la capacidad, sino que lo son las consecuencias de ellas sobre la capacidad de obrar de la persona. Para que este procedimiento se lleve a cabo, no es necesario que desaparezca la discapacidad o enfermedad de la persona incapacitada, basta con que cambien las circunstancias que determinaron en su momento que la persona no podía autogobernarse. Pero es importante, señala García-Lubén (2003), tener en cuenta que los casos de recuperación momentánea de lucidez no serán válidos para la reintegración o modificación de la incapacidad.

García-Lubén (2003) sostiene que, en relación a las personas que pueden promover un proceso de reintegración o modificación de la incapacidad, lo que se pretende en este caso es ampliar la protección de la persona en situación de incapacidad dotando de potestad a otros órganos como son las entidades tutelares para iniciar este procedimiento. Además, la propia persona puede solicitar la modificación de la incapacidad o reintegración de la capacidad, evitándose así que familiares cercanos o cargos tutelares no quieran solicitarlo con el fin de llevar a cabo un fraude.

La demanda del proceso deberá ir acompañada de un documento que acredite la legitimación de la persona promotora, y de todos aquellos documentos relativos a la persona incapacitada que le puedan ser de utilidad para modificar su situación. Una vez se presente la demanda, el Juez deberá analizar todos los documentos e instar a comparecencia al Ministerio Fiscal y a los demandados en el plazo de 20 días.

Para el proceso de reintegración de la capacidad o modificación de la incapacidad, es de nuevo necesario practicar las pruebas pertinentes para constatar así si se ha producido o no un cambio en la situación que motivó la modificación de la capacidad de la persona.

Finalmente, se dictará la sentencia que recogerá la decisión del juez, es decir, si se reintegra la capacidad, o si se modifica la incapacidad. Cuando esta sentencia sea firme, apunta la autora, se constituirá el nuevo estado civil de la persona y, en caso de que se modifique el sistema de protección y guarda, deberá procederse al nombramiento de un nuevo tutor o curador.

6. Críticas y propuestas al proceso de modificación de la capacidad de obrar

6.1. Críticas al proceso de modificación de la capacidad de obrar

“Cuando a una persona, con capacidad jurídica, se le priva total o parcialmente de la capacidad de obrar, se ve afectado su estado civil y ello no se declara, sino que se constituye” (p.11). (Xavier O’Callaghan, citado en Clavijo, 2008)

En la Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacitación (2008) coordinada por Clavijo, un grupo de expertos familiarizados con la práctica de procedimientos de modificación de la capacidad analiza algunas cuestiones relacionadas con estos procesos. Este análisis tiene como finalidad la elaboración de una guía que sirva de pauta para futuras reformas legislativas o para afrontar, del mejor modo posible, aquellas cuestiones a las que la ley no da respuesta.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, ha aumentado el número de procedimientos de incapacitación. Estos procedimientos ya no siempre están iniciados por la familia del presunto incapaz, si no que cada vez más son personas ajenas a la familia quienes los inician. Pero lo cierto es que, según apuntan los autores de esta guía, algo está fallando en el procedimiento.

La realidad es que muchas de las familias que se ven envueltas en situaciones de modificación de la capacidad de sus allegados, consideran este procedimiento una complicación y no un mecanismo de protección y garantía.

Uno de los problemas principales del proceso de modificación de la capacidad a día de hoy es el tiempo que tarda en resolverse. Tal y como afirman los autores de esta guía, los recursos son escasos y el procedimiento se alarga demasiado, exponiendo a las personas a situaciones de riesgo.

Los autores de esta guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacitación, consideran que no debería incapacitarse de forma automática a todas

las personas con discapacidad, sino que debería valorarse cada caso de forma individualizada. A continuación se exponen aquellos puntos más importantes en los que esta guía se detiene:

- *Competencia:* El proceso de modificación de la capacidad es competencia del juez de primera instancia de la residencia del presunto incapaz. El problema surge cuando el demandado traslada su lugar de residencia una vez se ha iniciado el proceso. En este caso, si el juzgado se declara incompetente, el proceso debe iniciarse de nuevo, lo cual generará mucho retraso temporal y por consecuencia, perjuicios a la persona.
- *Legitimación:* Actualmente, no todos los profesionales de la medicina están poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal los casos de posible modificación de la capacidad. La labor de los trabajadores sociales está sirviendo para desvelar casos de urgente necesidad. Además, debido a la desinformación existente sobre este proceso, muchas personas no acuden al procedimiento ya que creen que esto les supondrá un gasto económico.
- *Personación del demandado:* La Ley de Enjuiciamiento Civil dicta que el presunto incapaz puede comparecer en el proceso de modificación de la capacidad con su defensa y representación propia. Pero en los casos en que se nombra defensor judicial a una fundación tutelar, se exige que esta costee los gastos de un letrado y procurador. Es importante recordar que una fundación tutelar es una entidad sin ánimo de lucro.
- *Procedimiento:* En lo referido a la “audiencia de parientes”, existen casos en que los parientes no conviven con el demandado ni mantienen ningún tipo de relación. De estos casos nace la siguiente duda planteada en esta guía de buenas prácticas (2008): “¿qué sentido tiene dilatar procedimientos en exceso para recoger testimonios de personas desinteresadas en la vida y situación de otras, aunque sean miembros de su familia?”(p.22).

- *Examen del enfermo por el juez:* En este punto del proceso es en el cual la mayoría de familias abandonan al proceso, ya que el modo en el que se lleva a cabo es considerado hiriente en muchas ocasiones debido a la falta de sensibilidad mostrada hacia estas personas y sus familias. Según los autores de esta guía, en muchas ocasiones el tutor o el presunto incapaz se sienten dolidos mientras se lleva a cabo este examen, ya que no siempre es ajustado a las características de la persona ni el juez tiene los conocimientos específicos de cada situación médica.
- *Dictamen técnico facultativo:* Generalmente este dictamen se realiza fuera del entorno de la persona, lo cual puede repercutir en su comportamiento y en consecuencia en las respuestas que ofrezca el demandado.
- *Sentencia:* Las consecuencias de las sentencias de modificación de la capacidad suelen suscitar muchas dudas a los familiares, esto se debe a la desinformación a la que están expuestos. Si bien es cierto que en la sentencia de modificación de la capacidad se especifican los actos que puede realizar o no la persona, estas sentencias no están siendo exhaustivas cuando casi todos los procedimientos finalizan con la incapacitación total de la persona.

Además de las críticas o puntos débiles del proceso de modificación de la capacidad enunciados anteriormente por la guía de buenas prácticas, son diversos los autores e instituciones que han manifestado su opinión contraria al proceso por considerarlo ineficaz. Entre ellos destacan los siguientes:

Fernández-Prida (2003), manifiesta que el procedimiento de modificación de la capacidad no resulta adecuado debido a que las garantías que ofrece a la persona no son reales en la práctica. Apunta además, que los juzgados no están especializados en la administración del patrimonio de las personas incapacitadas, por lo tanto se limitan a aprobar o denegar solicitudes.

Leña (2004) citado en Fernández de Buján (2011), señala que son tres las barreras a las que se debe de enfrentar el tribunal a la hora de determinar el grado de

la sentencia: la translación del lenguaje clínico, la elaboración de un listado de los actos que la persona podrá realizar y el uso de la honestidad y el rigor a la hora de llevar a cabo una correcta graduación de la capacidad.

El mismo autor pone de relieve la necesidad de que los jueces dispongan de una formación específica en este campo así como de una dedicación de la que no disponen.

La Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 apunta lo siguiente en relación al examen judicial del demandado: “Se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación.”

Pérez de Ontiveros (2009) manifiesta que no existe ninguna norma en la legislación española que haga referencia al respeto de los deseos y necesidades de las personas incapacitadas por parte de sus tutores o curadores, al derecho a ser oídos.

6.2. Propuestas de mejora del proceso de modificación de la capacidad

La guía de buenas prácticas en los procesos de incapacitación plantea una serie de propuestas de mejora como respuesta a los puntos débiles o críticos que se han señalado anteriormente. Algunas de las propuestas planteadas son las siguientes:

Frente al problema que surge cuando el demandado cambia de residencia en pleno proceso, la guía plantea que, en lugar de iniciarse de nuevo el proceso en el juzgado de primera instancia de su nuevo lugar de residencia, pueda continuarse donde se empezó. Esto será posible siempre y cuando la familia se comprometa a trasladar a la persona demandada al juzgado cuando así se requiera.

En lo referido al hecho de que no son muchos/as los/las profesionales de medicina que inician un proceso de modificación de la capacidad, se plantea desde la

guía de buenas prácticas que se estrechen los lazos entre éstos y éstas, y las instituciones públicas municipales.

Tal y como se ha mencionado anteriormente, cuando es una fundación tutelar quien ejerce la función de defensor judicial de la persona en proceso de modificación de la capacidad, esta fundación debe costear los gastos de un abogado y de un procurador. La guía de buenas prácticas sostiene que esto es injusto, puesto que se trata de entidades sin ánimo de lucro que, en un gran número de ocasiones, sirve de apoyo a la administración. Por ello se plantea que a estas entidades se les dé el mismo trato que se le daría a un familiar, es decir, que no se les exija un abogado y un procurador.

Frente al examen judicial que se le realiza a la persona demandada, considerado como impersonal e insensible por el grupo de expertos que realizaron la guía de buenas prácticas (2008), se plantea que exista una mayor flexibilidad y que los juzgados se profesionalicen de la mano con la medicina. De este modo se pretende que sean exámenes ajustados a cada uno de los casos y cada situación médica, de tal forma que “un enfermo de alzhéimer no sabrá nunca los años que tiene, pero seguramente dirá a la perfección su fecha de nacimiento; probablemente dirá los días de la semana de seguido pero si se le pide que los diga hacia atrás no será capaz...” (p.23).

Además de las propuestas mencionadas la guía hace una propuesta más, en este caso relacionada con las pruebas que se le realizan a la persona demandada. Se plantea que los juzgados cuenten con más equipos psicosociales y que las pruebas se hagan en entornos conocidos para las personas, evitando así que se den situaciones de nervios o desorientación.

En lo relativo a la sentencia que dictaminará el grado de modificación de la capacidad y la figura de guarda correspondiente, Pérez de Ontiveros (2009) sostiene que deberían de ser más respetuosas, y que se tendría que otorgar al tutor/a legal tan sólo la representación de la persona para actos específicos.

El artículo 269 del Código Civil dicta la obligación de los y las tutores, tutoras, curadores y curadoras legales de promover la adquisición y la recuperación de la capacidad de la persona tutelada para lograr su inserción en la sociedad. Pérez de Ontiveros (2009) defiende que debería de llevarse un control más exhaustivo sobre el cumplimiento de esta obligación a través de la rendición de cuentas anual.

Esta autora propone también la creación de una norma que obligue a los tutores, tutoras, curadores y curadoras legales de las personas incapacitadas a tomar en cuenta los deseos y necesidades de éstas, siempre que no sean contrarias a su bienestar. Estas personas deben de tener derecho a ser oídos.

La última propuesta que plantea Pérez de Ontiveros (2009) en relación a la mejora del proceso de modificación de la capacidad está enfocada a las figuras de guarda: “Sería necesaria la ordenación normativa de alguna figura específica. En particular, para aquellos casos en los que la discapacidad que afecte a la persona no sea de carácter permanente, o en los que una mínima intervención o apoyo sea suficiente” (p. 367).

7. Acompañamiento social como herramienta del Trabajo Social con personas con discapacidad intelectual

7.1. Objeto y objetivos del Trabajo Social

El Comité Ejecutivo de la Federación internacional de Trabajadores Sociales y la Junta de la Asociación Internacional de Escuelas de Trabajo Social, presentaron en el año 2014 una nueva definición del Trabajo Social, una definición completa y adaptada a la actualidad:

El Trabajo Social es una profesión basada en la práctica y una disciplina académica que promueve el cambio y el desarrollo social, la cohesión social, y el fortalecimiento y la liberación de las personas. Los principios de la justicia social, los derechos humanos, la responsabilidad colectiva y el respeto a la diversidad son fundamentales para el Trabajo Social. Respalda por las teorías del Trabajo Social, las ciencias sociales, las humanidades y los conocimientos indígenas, el Trabajo Social involucra a las personas y las estructuras para hacer frente a desafíos de la vida y aumentar el bienestar.

Aguilar (2013) elabora la siguiente definición sobre el objeto de la intervención en Trabajo Social: “La interacción entre el sujeto en situación de necesidad y/o en situación-problema y su entorno social” (p.53). La autora sostiene que el sujeto debe ser estudiado y tratado en su situación de necesidad o problema, y que su relación con el entorno ha de entenderse como retroactiva y como instrumento para dar respuesta a las necesidades y problemas.

Casado y Guillén (2001) elaboran un listado de cuatro grandes grupos de objetivos del Trabajo Social:

- *Asistencia:* Información, orientación, ayuda psicológica, psicosocial, asesoramiento, acompañamiento y mediación social.

- *Rehabilitación e integración*: Potenciación de capacidades existentes en una situación problema.
- *Prevención*: Actuaciones y medidas sobre las causas inmediatas de los problemas específicos con el fin de evitar su aparición o agravamiento.
- *Accesibilidad*: Medidas de supresión de barreras físicas y sociales con el fin de lograr la plena integración de las personas.

7.2. Importancia del Trabajo Social en la atención a la discapacidad

Tal y como apunta Lorenzo (2007), hay una constante referencia a la autonomía como principio de la profesión del Trabajo Social y como capacidad a potenciar en las personas. Esto supone para el profesional la labor de componer la intervención partiendo del usuario, de sus necesidades y deseos, potenciando que sea el usuario quien tome la iniciativa de su vida y las decisiones que considere más adecuadas.

El Consejo General del Trabajo Social enuncia en el artículo 17 del código deontológico de la profesión lo siguiente:

Los profesionales del Trabajo Social se comprometen en la intervención social a buscar y garantizar a toda persona, grupo o comunidad la igualdad de oportunidades, el acceso a recursos y el apoyo para cubrir sus necesidades; especialmente de aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad o en alguna situación específica de desventaja social.

La aplicación de este artículo implica que el/la trabajador/a social no debe imponer sus normas u objetivos, sino que deberá de respetar el ritmo de la persona y su derecho a tomar decisiones sobre su vida. Desde el primer contacto entre el/la profesional y la persona, el primero deberá actuar en situación de escucha activa y acompañamiento, estableciendo así una relación continuada (Lorenzo, 2007).

Según este autor, el/la trabajador/a social debe de ayudar a las personas con discapacidad en la consecución de sus propios objetivos, respetando su autonomía y autodeterminación. Es importante la creación de un espacio en el cual la persona pueda expresarse libremente sobre sus sentimientos, preocupaciones o miedos. La evolución de las personas con discapacidad dependerá de tres factores principales: la disposición de los medios necesarios, de las oportunidades efectivas y la forma en que la persona sepa y se enfrente a su realidad.

Como hemos visto a lo largo de estas páginas, las personas con discapacidad se enfrentan día a día con múltiples barreras sociales, físicas y de información que, en muchas ocasiones, derivan de la propia sociedad.

Lorenzo (2007) manifiesta que las personas con discapacidad tienen en común que precisan (en mayor o menor medida) de garantías suplementarias para vivir sus derechos con plenitud. Los/las profesionales del Trabajo Social deberán disponer de una serie de actitudes a la hora de trabajar con personas con discapacidad:

- Empatía, escucha activa y mentalidad abierta libre de prejuicios.
- Motivación e iniciativa.
- Apoyo emocional.
- Capacidad de observación y control del lenguaje oral y gestual.
- Apertura y flexibilidad para poder adaptarse a distintas situaciones.
- Saber promover el cambio ante situaciones negativas o erróneas.
- Capacidad para elevar la autoestima.
- Actitudes de sensibilidad y respeto hacia las personas con discapacidad y sus familias.

De esta forma, los/las profesionales del Trabajo Social juegan un papel importante y relevante a la hora de disminuir los riesgos a los que están expuestas las personas con discapacidad. Desde esta profesión se puede trabajar en la promoción de la autonomía e independencia de las personas con discapacidad partiendo siempre del fomento de actitudes positivas y del respeto (Díaz, 2003).

7.3. El acompañamiento social a personas con discapacidad intelectual

Los trabajadores y las trabajadoras sociales pueden y deben ayudar a las personas con discapacidad en la consecución de sus objetivos desde el respeto a su autonomía y autodeterminación. La mejor herramienta para lograrlo es el acompañamiento social.

El término acompañamiento social comenzó a circular entre la profesión de Trabajo Social en los años ochenta, principalmente en asociaciones de lucha contra la exclusión social. Fue a partir del año 1992 cuando este término se comenzó a aplicar como herramienta del Trabajo Social para lograr la integración de cualquier colectivo en situación de vulnerabilidad (Planella, 2006).

Pérez (2004) elabora la siguiente definición de acompañamiento social:

Trabajo de relación personal continuada, relativamente duradera, de comprender a las personas para contribuir a que ellas mismas entiendan y empiecen a dominar su situación y las claves de sus dificultades; de apoyo para activar y movilizar recursos, capacidades, potencialidades de las personas y de su entorno

Funes y Raya elaboran en 2001 una definición de acompañamiento social completa que integra aspectos relevantes sobre esta metodología:

Acompañar es mirar de otra manera a la persona y su historia, para que ella pueda verse de otra forma. Es creer en sus potencialidades, ayudarle a tomar conciencia y a desarrollarse, sea cual sea su estado actual. Acompañar es mediar entre las instituciones, más o menos burocratizadas de una sociedad y las personas que, por estar excluidas no puedan hacer valer sus derechos.

El acompañamiento social es para Raya (2014), “una forma de entender la relación entre el profesional y la persona atendida, en una relación horizontal, donde el profesional se sitúa en una posición de ayuda, orientación, apoyo y no de control” (p.83).

Pérez resalta en 2004 la importancia de diferenciar entre el acompañamiento social y el seguimiento. El seguimiento es un término que suele recordar a la situación en que se encuentra un paciente, sometido a observaciones periódicas de un profesional. El acompañamiento en cambio, nace de la responsabilidad de la propia persona para organizar su vida empleando los recursos a su alcance de una forma eficaz.

Esta autora plantea que el/la profesional debe de estar al alcance de la persona atendida en todo momento, contribuyendo así a la creación de una relación de confianza en la cual la persona acuda al/la profesional en caso de necesitar ayuda o la aclaración de dudas.

Planella (2006) realiza un listado sobre los puntos que considera que fundamentan el acompañamiento social en las personas con discapacidad:

1. *Necesidad de Renovar*: Casi todos los profesionales del ámbito social ya acompañan a las personas en situación de necesidad social. Es por tanto importante renovar esta idea y su contenido.
2. *Proximidad*: No se puede acompañar a una persona sin implicarse, los profesionales deben estar al lado de la persona, pero nunca encima.
3. *Reconocimiento del otro*: En cuanto se reconozca a la persona con discapacidad como sujeto de su propia vida, será mucho más sencillo seguir adelante con el proyecto de acompañamiento. Debe aceptarse que la persona tiene un proyecto de vida y que deberá de tomar sus decisiones con nuestro apoyo.
4. *Participación activa*: Los aprendizajes vitales de las personas no deben de ser explicados por nadie, sino que deben ser ellos mismos quienes los experimenten. Es importante darles la oportunidad a las personas con discapacidad de vivir su vida y equivocarse para así aprender.

5. *La circulación de la palabra:* El o la profesional debe permitir a la persona con discapacidad que se exprese a través de la palabra, que pida aquello que necesite y se sienta vivo de este modo.

6. *La ideación de un itinerario:* Una persona es un ser con proyecto, proyectar implica mirar hacia el futuro. Con los itinerarios, se posibilita que la persona sea consciente del momento vital en que se encuentra y de hacia dónde quiere ir.

Planella (2006) apunta que lo importante a la hora de hablar de los y las profesionales encargados del acompañamiento social a personas con discapacidad intelectual no es tanto describir sus funciones, sino aclarar la perspectiva en la que deben basar su actuación. Esta perspectiva debe implicar el trato de persona a persona, no de trabajador/a social a persona con discapacidad intelectual. De no hacerse así se corre el riesgo de cosificar al otro, perdiéndose entonces la oportunidad de crear una relación efectiva y humana.

Según Raya (2014), debe darse un cambio en la perspectiva que implique a su vez un cambio en el rol que desempeña el/la profesional. Debe pasarse de ser gestor/a de recursos a ser generador/a de recursos, teniendo siempre presente que los recursos más importantes son los de la persona atendida.

8. Conclusiones

El concepto de discapacidad ha evolucionado con el paso de los años, los términos y modelos de atención que se empleaban el siglo pasado, hoy son considerados peyorativos. En los últimos veinte años la visión de la discapacidad ha pasado de ser paternalista a ser positivista, de considerarse un castigo divino a considerarse una falta de adecuación del medio a las personas.

Es un hecho que la terminología ha evolucionado, pero lo cierto es que a día de hoy son muchos los medios de comunicación, de prensa, las instituciones y figuras políticas que no emplean un vocabulario no-peyorativo en sus comunicaciones a la sociedad. Considero que, si queremos que la sociedad sea cada vez más inclusiva y menos despectiva, los órganos de gobierno y los medios de comunicación deberían adaptar su lenguaje de tal modo que la sociedad lo comience a integrar en su vocabulario.

Del mismo modo que ha evolucionado la terminología empleada para referirse a las personas con discapacidad, lo han hecho los modelos de atención a este colectivo. Una muestra de esto es el paso del modelo tradicional en el cual se considera la discapacidad como una carga social, al modelo social. Este último está en auge a día de hoy, defiende que la sociedad limita e impide el desarrollo de las personas con discapacidad debido a las barreras materiales e institucionales que presenta.

Toda persona tiene, desde el momento en que nace, una serie de derechos y deberes inherentes. Para asegurar que esto se respeta en las personas con discapacidad, se crea en el año 2006 la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. La creación y aplicación de la Convención supuso un gran avance internacional, pero desde su aparición ha nacido un movimiento crítico hacia la aplicación de la ésta en el ordenamiento jurídico español. Cuando una sentencia de modificación de la capacidad de obrar somete a la persona a un régimen de tutela, se le está privando por completo de su capacidad de obrar, algo que entra en contradicción con la Convención.

El proceso de modificación de la capacidad de obrar es un mecanismo jurídico que tiene como fin proteger a la persona y su patrimonio. Esto es algo que en muchas ocasiones no se está aplicando correctamente, y muestra de ello es el hecho de que las personas que se ven envueltas en este tipo de procesos (personas con discapacidad, familiares, allegados...) generalmente lo desconocen, desconocen sus consecuencias y pueden llegar a sentirse dañados.

Debido a la sobrecarga que tienen los juzgados españoles, muchas personas se ven expuestas a situaciones de riesgo cuando el procedimiento de modificación de su capacidad de obrar se alarga en el tiempo. Tras el estudio a fondo de este proceso y el análisis de las críticas que diversos autores, autoras e instituciones han realizado sobre el mismo, tengo la certeza de que no se está haciendo bien. No se está haciendo bien cuando los exámenes médicos no son individualizados para cada uno de los casos, no se está haciendo bien cuando el lenguaje empleado durante el juicio no está adaptado a las personas con discapacidad intelectual, no se está haciendo bien cuando la mayoría de las sentencias determinan un grado de “incapacidad” total, y desde luego, no está haciendo bien cuando estas personas sufren durante el tiempo que dura el proceso.

Queda mucho por hacer para lograr que los procesos de modificación de la capacidad de obrar estén adaptados a cada una de las personas que se ven envueltas en ello. Son muchos los autores que han lanzado propuestas de mejora con el fin de lograr que el procedimiento sea menos doloroso para la persona que, no olvidemos, ve modificada su capacidad de obrar.

El Trabajo Social es una profesión que busca promover el cambio social, sirviéndose de las estrategias de intervención adecuadas a cada situación. Como hemos visto a lo largo de estas páginas, las personas con discapacidad intelectual se encuentran en situación de vulnerabilidad a la hora de enfrentarse a un proceso de modificación de la capacidad. Para evitar que esto sea así, es labor moral de los trabajadores y trabajadoras sociales acompañar a estas personas durante todo el proceso y, por supuesto, una vez esté haya finalizado.

Después reflexionar sobre mi experiencia personal y sobre las enseñanzas que he obtenido con la realización de este Trabajo de Fin de Grado, considero que la herramienta más útil y efectiva para ayudar a estas personas es el acompañamiento social. Creo necesario que la persona vea en el/la profesional a alguien de referencia que le explique todo aquello que no entienda sobre el proceso de modificación de la capacidad. Alguien que permanezca a su lado si la familia no pudiese o debiese de hacerlo, que le apoye en sus decisiones y le aclare las consecuencias de ellas.

Siempre se deberá de respetar el ritmo de cada persona, su proyecto de vida, habrán de escucharse sus deseos, sus temores, y, sobre todas las cosas, jamás podemos olvidar que son personas y que, por lo tanto, tienen derecho a vivir su vida.

9. Referencias bibliográficas

- Aguilar, M.J. (2013). *Trabajo social, concepto y metodología*. Madrid: Paraninfo.
- Alés, J. y Toscano, F. (2003). *Curso de fundamentos de derecho para el Trabajo social*. Sevilla: Aconcagua Libros.
- Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales y del Desarrollo (2011). *Discapacidad intelectual: definición, clasificación y sistemas de apoyo*. Madrid: Alianza.
- Casado, D. y Guillén, E. (2001). *Manual de servicios sociales*. Madrid: CCS.
- Clavijo, B. (2008). Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado. Ministerio de educación, política social y deporte. *Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacitación*. Recuperado de <http://sid.usal.es/libros/discapacidad/22771/8-4-1/guia-de-buenas-practicas-en-los-procedimientos-de-incapacitacion.aspx>
- Código Civil, de 24 de julio. En BOE nº 206. (1889).
- Comité Ejecutivo de la Federación Internacional de Trabajadores Sociales y la Junta de la Asociación Internacional de Escuelas de Trabajo Social. (2014). Definición internacional de Trabajo Social. Consejo general del Trabajo Social. <https://www.cgtrabajosocial.es/DefinicionTrabajoSocial>

Consejo General del Trabajo Social (2012). *Código deontológico de Trabajo Social*.

Madrid: n/a.

Constitución Española, de 27 de diciembre. En BOE nº 311. (1978).

Díaz, R.M. (2003). *Personas con discapacidad, una aproximación al Trabajo Social*.

Sevilla: Aconcagua

Fernández de Buján, A. (2011). Capacidad, discapacidad, incapacitación, modificación judicial de la capacidad. *Revista jurídica de la universidad autónoma de Madrid*, (23), 53 – 81. Recuperado de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/13721/64396_4.pdf?sequence=1

Fernández-Prida, F. (2003). La autotutela. En I. Serrano (Presidencia), Congreso regional sobre la protección jurídica del discapacitado. Congreso llevado a cabo en Valladolid, España.

Funes, J. y Raya, E. (2001). *El acompañamiento y los procesos de incorporación social, guía para su práctica*. País Vaso: Federación Sartu.

García-Lubén, P. (2003). Algunas consideraciones en torno a los procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación. *Saberes*, (1), 1 – 19. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=760423>

IMSERO. (1983). Base Estatal de datos de personas con valoración del grado de discapacidad. Recuperado de http://imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/bdepcd_2013.pdf

Instituto Nacional de Estadística (2008). Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia (EDAD). Año 2008. *Notas de Prensa. Instituto Nacional de Estadística.* Recuperado de <http://www.ine.es/prensa/np524.pdf>

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, elaborado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En BOE nº 96. (2008).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En BOE nº 7. (2000).

Lorenzo, R. (2007). Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social. Madrid: Alianza.

Mayor, M.V. (2013). Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad. Navarra: Aranzadi.

Naciones Unidas, Asamblea General (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. En BOE nº243.

Naciones Unidas, Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En BOE nº130.

Naciones Unidas, Asamblea General (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En BOE nº103.

Naciones Unidas, Asamblea General (1975). Declaración de los derechos de los impedidos. Recuperado de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/783/64/PDF/NR078364.pdf?OpenElement>

Obregozo, I. (2013). La modificación de la capacidad de obrar y la tutela. *Revista zona hospitalaria*, (41), 28 – 29. Recuperado de <http://www.hospitalariasnavarra.org/archivos/201306/modificacion-de-la-capacidad-de-obrar-y-la-tutela.pdf?1>

OMS (1999). *Promoción de la salud, glosario*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo. Recuperado de <http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/docs/glosario.pdf>

Pérez de Ontiveros, C. (2009). La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Revista derecho privado y constitución*. (23), 335 – 368. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3150316>

Pérez, B. (2004). El acompañamiento social como herramienta de lucha contra la exclusión. *Documentación social*, (135), 89 – 109. Recuperado de <http://www.caritas.es/imagesrepository/CapitulosPublicaciones/485/05%20-%20EL%20ACOMPA%C3%91AMIENTO%20SOCIAL%20COMO%20HERRAMIENTA%20DE%20LUCHA.pdf>

Picatoste, J. (2006). La incapacitación: el marco jurídico. *Revista de la asociación gallega de psiquiatría y neurociencias*, (8), 34 – 79. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157928.pdf>

Planella, J. (2006). Subjetividad, disidencia, discapacidad. Prácticas de acompañamiento social. Madrid: Fundación ONCE

Raya, E. (2014). Acompañamiento como metodología de Trabajo Social en tiempos de cólera. *Cuadernos de Trabajo Social*, 27 (1), 81 – 91. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4792745>

Romañach, J. y Lobato, M. (2005). Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano. *Foro de Vida Independiente*, 321 – 330. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2393402>

Sentencia del Tribunal Supremo, sala primera, de lo Civil. (29 de abril de 2009). Sentencia 282/2009. Recuperado de <http://supremo.vlex.es/vid/-60279937>

Villa, N. (2007). *La inclusión progresiva de las personas con discapacidad intelectual en el mundo laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones.