



**ASPECTOS PSICOSOCIALES DE LA DISCAPACIDAD  
Y SU IMPLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE DETERMINACIÓN DE LA  
CAPACIDAD**

**Dra. D<sup>a</sup> María Pilar Marco Francia  
Abogada  
Profesora Asociada Derecho Penal UCLM**

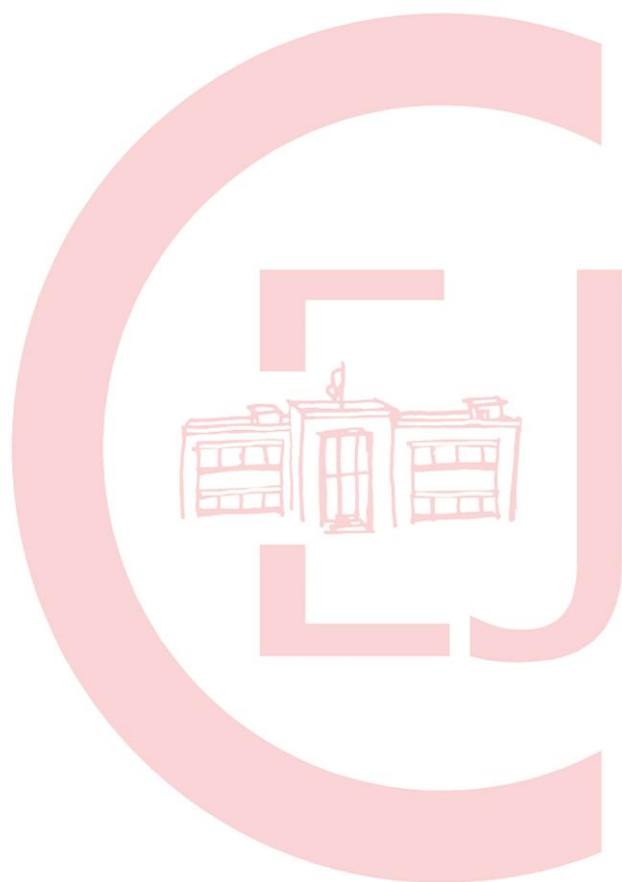
**Curso de formación CEJ “Nuevas perspectivas en la protección de personas con  
discapacidad” 5 y 6 de noviembre de 2018**

## SUMARIO

<b>1. INTRODUCCIÓN: CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR</b> .....	<b>4</b>
1.1. CAPACIDAD JURÍDICA.....	4
1.2. CAPACIDAD DE OBRAR.....	4
1.3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	5
<b>2. DESARROLLOS DIFERENTES.....</b>	<b>6</b>
2.1. LA NORMALIDAD .....	6
2.2. LOS DESARROLLOS DIFERENTES: LAS DISCAPACIDADES.....	7
2.3. PARADIGMAS DE LA DISCAPACIDAD .....	8
<b>3. DISCAPACIDAD O DIVERSIDAD FUNCIONAL.....</b>	<b>10</b>
<b>4. ASPECTOS PSICOSOCIALES Y DISCAPACIDAD.....</b>	<b>11</b>
4.1. INTRODUCCIÓN.....	11
4.2. LA TERCERA EDAD.....	12
4.2.1. EL PROCESO DE ENVEJECIMIENTO Y LA TERCERA EDAD.....	12
4.2.2. EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO.....	14
4.3. LOS TRASTORNOS DEL NEURODESARROLLO.....	15
<b>5. CUESTIONES PSICOSOCIALES Y SU IMPLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD.....</b>	<b>17</b>
5.1. DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRESUNTO INCAPAZ.....	17
5.2. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FAMILIA DEL PRESUNTO INCAPAZ.....	18
5.2.1. ANTES DEL PROCESO DE INCAPACIDAD.....	18
5.2.2. DESPUÉS DEL PROCESO DE INCAPACIDAD.....	19
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>19</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>21</b>

## **RESUMEN**

*Entendemos que los procesos de incapacitación son procedimientos que han de realizarse “a medida”, siempre en función de las capacidades e intereses de la persona con discapacidad cuya incapacitación se pretende. Ahora bien, para lograr llegar a calibrar estas cuestiones, es necesario que ahondemos, no sólo en cuestiones relativas a la personalidad del individuo cuya capacidad se pretende modificar, sino también en cuestiones psicosociales que pueden ser relevantes a la hora de valorar las necesidades, y el alcance de la modificación de la capacidad de dicha persona.*



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## 1. INTRODUCCIÓN: CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

Los diferentes sectores del ordenamiento jurídico se ocupan de distintos aspectos de la discapacidad, en cada uno de sus ámbitos. En el presente trabajo, pese a que nos vamos a referir a materias de índole psicosocial, no podemos obviar las cuestiones jurídicas que dichos planteamientos psicosociales van a afectar, concretamente desde la perspectiva del proceso civil en lo referente a los procesos de capacidad de las personas.

Por tanto, y dejando a un lado cuestiones relativas al derecho administrativo, como los derechos relativos a la dependencia o al Derecho laboral o de la Seguridad Social<sup>1</sup>, pasaremos a conceptualizar cuestiones tan relevantes para el desarrollo del presente artículo como son los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, así como el tratamiento que debemos hacer de los mismos a la luz de la Convención de Naciones Unidas de la Discapacidad de 2006.

### 1.1. CAPACIDAD JURÍDICA

Para CASTÁN<sup>2</sup>, el término capacidad es sinónimo de personalidad, ya que implica aptitud para ser sujeto activo y pasivo tanto de derechos como de obligaciones. Por lo tanto, toda persona tiene capacidad jurídica<sup>3</sup>.

Como mantiene SÁNCHEZ ROMÁN<sup>4</sup> constituye la capacidad jurídica, la aptitud que tiene el hombre para ser sujeto en las relaciones de Derecho y se caracteriza por tener un carácter estático, ser un atributo esencial de la naturaleza humana racional, es indivisible, inalienable e irrenunciable y es fundamental para el individuo, ya que es una exigencia de la dignidad humana y engloba todos los derechos de los que el ser humano puede ser sujeto.

### 1.2. CAPACIDAD DE OBRAR

Sin embargo, consideraremos la capacidad de obrar como la aptitud para el ejercitar los derechos subjetivos y los deberes jurídicos de los que se es titular y por tanto, concluir negocios jurídicos.

Como ya hemos visto, todas las personas, por el mero hecho de su nacimiento tienen capacidad jurídica, pero en lo que respecta a la capacidad de obrar, ésta dependerá de la situación personal de cada uno.

---

<sup>1</sup>Vide Maldonado Molina, J. A., *La protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social*, en García Garnica, M. C., Estudios sobre dependencia y discapacidad, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2011, págs.. 273-312.

<sup>2</sup>Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 1949, Editorial Reus, Madrid, Tomo I, pág. 361.

<sup>3</sup>Cerrada Moreno, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*. 2014, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 17.

<sup>4</sup>Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil, II. Parte general*, Analecta, Navarra, 2008, págs. 110 y ss.

La capacidad de obrar será plena cuando la persona alcanza su mayoría de edad (artículo 12 Constitución Española y artículo 315 del Código Civil) y el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad de obrar para ese mayor de edad. Para CASTRO TRAPOTE<sup>5</sup>, la teoría de la capacidad de obrar consiste en una sistematización teórica de los principios de capacidad del Derecho Romano “formulados de acuerdo a las aportaciones y correcciones derivadas de la teoría moderna del sujeto de derecho y de la capacidad jurídica y de obrar”.

Dicha presunción *iuris tantum* sólo podrá ser destruida, tal y como recoge reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se produzca, y se pueda acreditar, la concurrencia de “una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media”<sup>6</sup>.

### 1.3. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 (BOE de 21 de abril de 2008).

Dicha Convención reconoce en su artículo 12 el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes y que dicha capacidad jurídica está en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para ello, los Estados partes adoptarán medidas para apoyar a las personas con discapacidad para “ejercitar su capacidad jurídica”<sup>7</sup> e impedir abusos, promoviendo que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Se requerirá por tanto, que no haya conflicto de intereses y que las medidas adoptadas sean proporcionales, adaptadas, se realicen por el tiempo imprescindible, y puedan ser reexaminadas por un órgano judicial.

Según BARIFFI<sup>8</sup> “La CDPD claramente reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad de tener capacidad jurídica para ejercer en nombre propio los derechos

<sup>5</sup> Castro Trapote, J., *La edad legal como presunción iuris tantum de capacidad en sentido técnico*, Tesis Doctoral, 2018, Universidad de Zaragoza. Disponible en: <https://zaguán.unizar.es/record/69481/files/TESIS-2018-027?version=1> (fecha última consulta 4/11/18), pág. 327.

<sup>6</sup> Cerrada Moreno, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*. 2014, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 19.

<sup>7</sup> Esta expresión equivaldría a nuestra capacidad de obrar.

<sup>8</sup> Bariffi, F. J., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, en: *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo / Luis Cayo Pérez Bueno* (dir.), Ana Sastre Campo (ed. lit.), Antonio Ventura Díaz Díaz (pr.), Miguel Carballeda Piñeiro (aut.), Cizur Menor: Aranzadi, 2009, págs. 353-390, pág. 380. Para el autor, en la Mesa redonda: plena igualdad ante la ley, capacidad jurídica y limitación de derechos. Conferencia internacional 2008-2013: Cinco años de vigencia de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (disponible en: [https://www.cermi.es/sites/default/files/.../Francisco\\_Bariffi\\_Capacidad\\_Jur\\_dica.doc](https://www.cermi.es/sites/default/files/.../Francisco_Bariffi_Capacidad_Jur_dica.doc)), es necesario “para entender el alcance de esta garantía debemos ser conscientes que estamos frente a un cambio de paradigma y con

reconocidos en dicho instrumento, así como todos los demás derechos reconocidos en otros tratados internacionales. Consecuentemente, la capacidad jurídica se debe '*siempre presumir*', lo que invierte la carga de la prueba que tradicionalmente ha estado en cabeza de la persona con discapacidad".

## 2. DESARROLLOS DIFERENTES

### 2.1. LA NORMALIDAD

ROSATO<sup>9</sup> y colaboradores mantienen que en principio, la discapacidad se considera como un problema que afecta a los individuos, derivado de condiciones de salud deficitarias. Siendo las consideraciones del concepto bien de tragedia personal, bien de desviación social. Señalan los autores que ambas interpretaciones excluyen la participación de los propios discapacitados, quienes son considerados únicamente como meros objetos ya sea de intervención profesional o de investigación científica.

Cuando hablemos de normalidad, siguiendo a GUTIÉRREZ<sup>10</sup>, siempre partimos de situaciones de normalidad como: aquellas que siguen un curso evolutivo típico o habitual en el desarrollo cognitivo, comunicativo, emocional, lingüístico, de la atención, de la motricidad, de la autorregulación... Esas situaciones "normales" se oponen a las situaciones de las personas con desarrollos diferentes.

Si contraponemos normalidad con anormalidad, la palabra nos genera cierta incomodidad, tal y como señala VEIGA<sup>11</sup> eso ocurre porque "su sentido moderno se creó a través de sucesivos desplazamientos a partir de otros tipos localizados en otras prácticas y estratos discursivos y a expensas de oposiciones, exclusiones y violencia"

---

ello frente a un cambio radical del sistema imperante. Quizás sólo comparable con el cambio de paradigma que supuso en su momento la implementación del principio de legalidad en el derecho penal y que obliga a los Estados a "garantizar" ciertos derechos sin excepción y bajo pena de incumplir con las normas básicas de derechos humanos, como el derecho de defensa en juicio, la inviolabilidad de la persona, el principio de *nullum crime sine lege* por nombrar sólo algunos. El artículo 12.2 impone a los Estados el deber de garantizar que ninguna persona con discapacidad sea restringida en el goce y ejercicio de su capacidad jurídica por motivo de su discapacidad. ¿Qué significa esto? Pues en un sentido muy general que la opción de "proteger" a las personas con discapacidad mediante la institución jurídica de la "representación sustitutiva en la toma de decisiones", (tenga esta nombre de tutela, curatela, guarda, o cualquier otra), "no puede seguir siendo" una opción posible o válida a la luz de la garantía del art. 12.2. Debemos entender esta garantía como un límite al poder del Estado, que, aunque tenga los motivos más nobles o crea que la representación sustitutiva es la mejor herramienta de protección, ya no puede seguir por esta vía y debe pensar en otras alternativas que "protejan" pero al mismo tiempo "no sustituyan" la voluntad de "las personas con discapacidad". Del mismo modo que el sistema penal inquisitorio tuvo que cambiar a un sistema acusatorio para adaptar el accionar del Estado frente a las garantías que exigía el principio de legalidad.

<sup>9</sup> Rosato, A. y otros, *El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad*, Revista Ciencia, Docencia y Tecnología N° 39, Año XX, noviembre de 2009, páginas 87-105, páginas 90-1.

<sup>10</sup> Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, pág. 2.

<sup>11</sup> Veiga Neto, A., *Incluir para excluir*. En: Larrosa, J.; Skliar, C. (comps.) *Habitantes de Babel*. Política y Poética de la diferencia (pp.165-184). Barcelona: Laertes, 2001, página 167.

Por lo tanto como definición de corte más aséptica, y huyendo de conceptualizaciones de corte ideológico aunque es imposible huir de la ideología, ya que impregna todos los temas, consideraremos los supuestos de normalidad como aquellos que no se desvían de la norma estadística. Por tanto, consideraremos “anormales” los supuestos en los que concurra una desviación significativa de la norma estadística.

## 2.2. LOS DESARROLLOS DIFERENTES: LAS DISCAPACIDADES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York reconoce en su apartado e) que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Para ello, en su artículo 1 establece que el propósito de la Convención 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.

Se incluye entre las personas con discapacidad a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por tanto, podemos incluir las siguientes discapacidades:

- Intelectuales.
- Sensoriales.
- Físicas.
- Otros trastornos del espectro del autismo (TEA), por déficit de atención con hiperactividad (TDAH), en el desarrollo de la comunicación y del lenguaje.

Para poder hablar de discapacidades ¿Cuáles van a ser sus características? Según GUTIÉRREZ<sup>12</sup>, las características van a ser las siguientes:

- 1) Son consecuencia de alguna alteración conocida (discapacidades) o desconocida (trastornos), que se produce en momentos ontogenéticos tempranos, y que afectan a la construcción de capacidades básicas implicadas en diferentes áreas del desarrollo.
- 2) Permanecen a lo largo del ciclo vital aunque sus manifestaciones varíen en las diferentes etapas evolutivas.
- 3) Provocan desadaptación en los diferentes contextos de desarrollo (familiar, escolar y socio-comunitario).

---

<sup>12</sup> Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, págs. 2 y 3.

4) Tienen una perspectiva evolutiva (vamos examinando cómo se va produciendo el desarrollo).

5) Necesitan la puesta en marcha de estrategias integradas de intervención temprana en diferentes contextos.

### 2.3. PARADIGMAS DE LA DISCAPACIDAD

Hasta la fecha disponemos de tres paradigmas<sup>13</sup> para abordar el concepto de discapacidad: el médico, el social y el biopsicosocial (que ha intentado integrar y superar la confrontación entre los dos primeros).

El paradigma médico o médico rehabilitador<sup>14</sup> entiende la discapacidad como “un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales. El tratamiento de la discapacidad está encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona y un cambio de su conducta. La atención sanitaria se considera la cuestión primordial y en el ámbito político, la respuesta principal es la de modificar y reformar la política de atención a la salud.”

Por su parte, el paradigma social de la discapacidad lo considera como un problema de origen social, que está centrado en la integración completa de las personas en la sociedad. La discapacidad irá más allá de ser un atributo de la persona y comprenderá un conjunto de condiciones, gran parte de ellas creadas por el entorno social, y que deben llevar aparejada una actuación social<sup>15</sup>. Todos vamos a ser responsables como comunidad de hacer las modificaciones necesarias para que todos, discapaces o no, podamos participar plenamente en todas las áreas de la vida social, siendo esta una cuestión de derechos humanos que ha de ser resuelto políticamente. El artículo 9.2 de la Constitución parece responder a este paradigma cuando se le da un mandato a los poderes públicos para promover las condiciones para que el individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivos, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. A esto hay que añadir el artículo 49 de la Constitución que establece que: los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y

---

<sup>13</sup> Otros autores como Seoane menciona cuatro modelos: el médico, el social, el de la diversidad y el de los derechos. En opinión de Canimas Brugué, J., *¿Discapacidad o Diversidad funcional? Siglo Cero*, 46 (2), 2005, pág. 80 este último sería una síntesis de los tres anteriores y el de la diversidad estaría dentro de la vertiente más hermenéutica del paradigma social.

<sup>14</sup> Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001, pág. 22. Disponible en: <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf> (última consulta el 5-11-18).

<sup>15</sup> Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001, pág. 22. Disponible en: <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf> (última consulta el 5-11-18).



psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos.

El paradigma biopsicosocial es el sustentado por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) y por tanto, integra los paradigmas médico y social, utilizando la palabra biopsicosocial que abarca las dimensiones biológica, individual y social que tiene la salud<sup>16</sup>.

Esta visión es la que acoge la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006<sup>17</sup> cuando en su Preámbulo, letra e) se reconoce la discapacidad como un concepto que evoluciona y que es resultado 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; y en su artículo 1 cuando establece que: "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"<sup>18</sup>.

La CIF realiza una revisión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM) de 1980, y pasa de clasificar consecuencias de enfermedades a clasificar los componentes de salud, adoptando una posición neutral respecto a la causa y es válida para todas las personas, no únicamente para aquellas que sufran alguna discapacidad. La CIF incluye dos dominios que se pueden considerar como dominios de salud y dominios "relacionados con la salud". Estos dominios se describen desde la perspectiva corporal, individual y mediante dos listados básicos: el de funciones y estructuras corporales y actividades-participación que reemplazan a los denominados anteriormente como "deficiencia", "discapacidad" y "minusvalía" y amplían el ámbito de la clasificación para que se puedan describir también experiencias positivas. Se debe tener en cuenta que estos conceptos se utilizan con un significado específico que puede diferir del que se les da en la vida cotidiana<sup>19</sup>.

Principalmente lo que hace la CIF es fundamentar esta nueva visión en la diferencia existente entre deficiencia y discapacidad. Se considerará deficiencia, tal y como lo hace el paradigma médico, a la anomalía en las funciones corporales que dificulta o impide realizar acciones que se consideran valiosas. Por su parte, la discapacidad será la interacción de esa deficiencia con el mundo que le rodea, por lo que dependerá de quien y donde se tenga una deficiencia para que constituya una discapacidad. Tendremos que interrelacionar factores biológicos, psicológicos y sociales (que englobarían factores sociales, económicos e incluso históricos).

---

<sup>16</sup> Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001, pág. 22. Disponible en: <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf> (última consulta el 5-11-18).

<sup>17</sup> Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, pág. 4.

<sup>18</sup> Canimas Brugué, J., *¿Discapacidad o Diversidad funcional?* Siglo Cero, 46 (2), 2005, pág. 81.

<sup>19</sup> Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF, versión abreviada*, 2001, pág. 3. Disponible en: (fecha última consulta 2-11-18) [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445\\_spa.pdf;jsessionid=002BC6CBD8E10785F3185C45521A8FE3?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf;jsessionid=002BC6CBD8E10785F3185C45521A8FE3?sequence=1).

Definiciones de conceptos relevantes<sup>20</sup> para el CIF serían las siguientes:

- Funciones corporales son las funciones fisiológicas de los sistemas corporales (incluyendo las funciones psicológicas).
- Estructuras corporales son las partes anatómicas del cuerpo, tales como los órganos, las extremidades y sus componentes.
- Deficiencias son problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida.
- Actividad es la realización de una tarea o acción por parte de un individuo.
- Participación es el acto de involucrarse en una situación vital.
- Limitaciones en la Actividad son dificultades que un individuo puede tener en el desempeño/realización de actividades.
- Restricciones en la Participación son problemas que un individuo puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales.
- Factores Ambientales constituyen el ambiente físico, social y actitudinal en el que las personas viven y conducen sus vidas.

Para GUTIÉRREZ<sup>21</sup>, la palabra discapacidad en el CIF es un término “paraguas” que se usa con la finalidad de referirse tanto a los déficits, limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación, resaltando lo negativo de la interacción entre el individuo, su entorno y su alteración en la salud.

### 3. DISCAPACIDAD O DIVERSIDAD FUNCIONAL

Según FERREIRA<sup>22</sup>, se ha propuesto el abandono del conceptodiscapacidad, ya que al incluir el prefijo “dis”, falta de, es negativo y por tanto se propone que se sustituya por el de “diversidad funcional”.

El lenguaje configura el pensamiento, por tanto si hablamos de diversidad funcional, estaríamos recalcando las cuestiones positivas que consisten en las peculiaridades que las personas con discapacidad ostentan.

Ahora bien, la probabilidad de que exista una persona igual a nosotros, aparte de los gemelos univitelinos, es prácticamente inexistente. Según ABRIL y colaboradores<sup>23</sup>: “una

---

<sup>20</sup> Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF, versión abreviada*, 2001, pág. 14. Disponible en: (fecha última consulta 2-11-18) [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445\\_spa.pdf;jsessionid=002BC6CBD8E10785F3185C45521A8FE3?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43360/9241545445_spa.pdf;jsessionid=002BC6CBD8E10785F3185C45521A8FE3?sequence=1).

<sup>21</sup> Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A. (2015). *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, pág. 5.

<sup>22</sup> Ferreira, M. A., *Discapacidad, individuo y normalidad: la “axiomática” de la marginación*, V JORNADAS NACIONALES “UNIVERSIDAD Y DISCAPACIDAD” San Miguel de Tucumán (Argentina), 14-16 de agosto de 2008, disponible en [https://www.um.es/discatif/PROYECTO\\_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf](https://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf) (fecha última consulta 4-11-18).

persona tiene del orden de 50.000 genes, de los cuales como mínimo, 3.350 difieren de un cromosoma homólogo a otro (alelos), el número de gametos distintos que puede producir es del orden de  $2^{3350}$ , cifra que pone de manifiesto lo improbable de que, dejando a un lado los gemelos monocigóticos, existan o hayan existido alguna vez dos seres humanos idénticos. Cada individuo es un experimento nuevo, único, que afronta el ambiente de una forma particular y quizá novedosa pudiendo abrir con ello nuevas posibilidades a su especie”.

Como señala CANIMAS<sup>24</sup>, la utilización del término diversidad funcional nos produce problemas éticos con la adscripción de recursos específicos, o la realización de acciones positivas para personas con discapacidad, ya que todos somos diversos y por lo tanto no habría justificación para éstas. Por lo tanto, es preferible utilizar el término de discapacidad.

## 4. ASPECTOS PSICOSOCIALES Y DISCAPACIDAD

### 4.1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas estamos viviendo una mayor atención por parte de nuestros poderes públicos respecto a las personas con discapacidad, con vistas a proporcionarles una tutela integral<sup>25</sup>.

El mandato constitucional es claro al respecto cuando el artículo 9.2 de la Constitución señala que: corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Por tanto tienen que ser los poderes públicos quienes han de cumplir con la promoción de esa igualdad real, que aunque difícil de conseguir, ha de ir marcada por acciones que trasciendan a una mera igualdad formal.

Las cuestiones relativas a los procedimientos de incapacitación en nuestro país cada vez son más acordes con la realidad social que vivimos y con el marco jurídico internacional en el que estamos incardinados. El avance en el conocimiento de las diferentes capacidades de las personas y las cuestiones sociológicas que nos rodean en la evaluación y gestión de la discapacidad hacen que cobren gran importancia.

---

<sup>23</sup> Abril Alonso, A., Ambrosio Flores, E. (2005). *Fundamentos biológicos de la conducta* (2ª edición, 2ª reimpresión ed.). Madrid: Sanz y Torres S.L, 2005, pág. 331.

<sup>24</sup> Canimas Brugué, J. (2015). *¿Discapacidad o Diversidad funcional?* Siglo Cero, 46 (2), 79-97. Disponible en: <http://blogs.uned.es/protedis/wp-content/uploads/sites/101/2017/12/Articulo-Discapacidad-o-diversidad-funcional-1%C2%AA-parte.pdf> (última consulta 3-11-18). Señala el autor que si lo que ahora consideramos deficiencia es interpretado únicamente como diversidad, ¿qué argumentos tendríamos para no respetar la decisión de unos padres de no corregir una deficiencia física, intelectual o del desarrollo de sus hijos, pudiéndolo hacer con una terapia eficaz, razonable y sin riesgos? ¿Y para impedir que les produzcan una deficiencia? El segundo problema es: ¿Cómo justificar la necesidad de discriminación positiva (más recursos y atenciones y más investigación médica y tecnológica a las personas con diversidad funcional) e incluso de apoyo, si se considera que su manera de funcionar no es ni mejor ni peor que las otras.

<sup>25</sup> Amunátegui Rodríguez, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Las Rozas, 2008, página 13.

## 4.2. LA TERCERA EDAD

Las cuestiones demográficas que después analizaremos, junto con el aumento sostenido de la esperanza de vida que tenemos en nuestro país, ha afectado al envejecimiento de la población y a la incidencia de la discapacidad. Tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, mientras que un 5% de la población general sufre algún tipo de limitación que causa o puede causar una dependencia para las actividades de la vida diaria o bien, necesidades de apoyo para su autonomía personal, el porcentaje aumenta al 32% en el caso de los mayores de 65 años<sup>26</sup>. BERJANO intentando cuantificar el número de personas dependientes<sup>27</sup> en nuestro país, pone de relieve la dispersión de cifras existente, y cifra en torno a “1.200.000 personas mayores de 65 años, que en estos momentos, se encontrarían en un grado de dependencia, que de una u otra forma, les ayuda a depender en ocasiones de otras personas para mantener una vida con un grado mínimo de dignidad”<sup>28</sup>.

Por su parte, el marco jurídico que envuelve a la tercera edad consta en primer lugar del artículo 50 de la Constitución española cuando establece que: “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”. El artículo 50 hay que interpretarlo siempre de conformidad con el artículo 10 de la Constitución, que en su párrafo primero dispone que: la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

Otras normas relevantes en el tratamiento del colectivo de mayores son: la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia y el Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social R.D. legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

### 4.2.1. El proceso de envejecimiento y la tercera edad

---

<sup>26</sup> Quesada Páez, A., *Soluciones jurídico privadas al problema de la dependencia*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Mayor, 2014, págs. 17-18.

<sup>27</sup> Respecto al significado de “persona dependiente”, el Consejo de Europa (1998) define dependencia, como: “el estado en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia o ayudas importantes para realizar las actividades de la vida diaria.”

<sup>28</sup> Berjano, E., *Dependencia y calidad de vida en las personas mayores*, Rev Mult Gerontol 2005;15(3):144-154, pág. 145.

En España venimos a referirnos a la Tercera Edad al periodo de la vida de la persona desde la jubilación hasta su fallecimiento<sup>29</sup> si bien en la óptica internacional, nos referiremos a adultos mayores cuando se supere la edad de 60 años. Dicho lo cual hay que puntualizar que las características psicofísicas de las personas varían mucho, pese a que la edad sea un dato exacto, las diferencias individuales son enormes<sup>30</sup>.

No podemos encontrar una teoría generalmente aceptada sobre el envejecimiento, tenemos que pensar que efectivamente, existen cambios físicos y psíquicos con diferentes “tempos” y maneras en cada persona y en la manera de percibir el envejecimiento<sup>31</sup>. Envejecemos desde que nacemos, pero de manera general observamos que hay personas de poca edad que son “viejas” y personas en la edad adulta o de edad avanzada que se sienten jóvenes a nivel psíquico. Por ello, y aunque la edad es un hecho objetivo y cuantificable, también, a la hora de enjuiciar el envejecimiento, no es nada desdeñable el elemento subjetivo de percepción de la edad según el reloj interno de cada uno y cada una.

Para Limón Mendizábal<sup>32</sup>, la tercera edad es la etapa más avanzada de evolución y desarrollo personal que en muchas ocasiones se convierte en una etapa donde existe una situación de marginación y abandono, pese a que debería gozar de una gran atención y cuidado.

Señala GALLARDO que “en el anciano se desarrollan sentimientos de inferioridad, de automarginación, cuyas consecuencias más inmediatas son la pérdida de identidad, el aislamiento voluntario, la pasividad y la sensación de inutilidad”<sup>33</sup>.

Según AGUILAR GIL en su artículo Envejecimiento en Castilla la Mancha<sup>34</sup>: “Dentro de las causas más importantes del envejecimiento en Castilla-La Mancha hay que destacar la emigración de los jóvenes y adultos castellano-manchegos a las regiones más desarrolladas de España (Madrid y Levante especialmente). Se puede afirmar que Castilla-La Mancha se incorpora directamente a la llamada “segunda transición” demográfica, es decir, la que se sustenta en el descenso de la natalidad y en el comportamiento que asume como cuestiones diferentes la actividad sexual, y la reproductiva, también las importantes ganancias en la esperanza de vida logradas en los últimos años, junto con las bajas tasas de fecundidad, han originado un crecimiento del número de personas mayores. Castilla La Mancha es la quinta región de España cuya población está más envejecida; 188 personas son mayores de 100 años. La población inmigrante pertenece al grupo de personas en edad productiva y palia la baja tasa de natalidad”.

Según los datos del Padrón Continuo (INE) a 1 de enero de 2017 nuestro país tiene 8.764.204 personas mayores de 65 años, lo que supone un 18,8% sobre el total de la población (46.572.132). Nuestro país está inmerso en un proceso de envejecimiento en el que

<sup>29</sup>Limón Mendizábal, M. R. (s.f.). *Características psicosociales de la tercera edad*, pág. 168.

<sup>30</sup>Limón Mendizábal, M. R. (s.f.). *Características psicosociales de la tercera edad*, pág. 172.

<sup>31</sup>Gallardo, R. M. (2002). *Animación sociocultural de la vida diaria en la tercera edad*. Edición digital del autor.

<sup>32</sup>Limón Mendizábal, M. R. (s.f.). *Características psicosociales de la tercera edad*, pág. 197.

<sup>33</sup>Gallardo, R. M. (2002). *Animación sociocultural de la vida diaria en la tercera edad*. Edición digital del autor, 15.

<sup>34</sup> Aguilar Gil, M., *Envejecimiento en Castilla la Mancha*, Revista de praxis sociológica 10, Universidad de Castilla la Mancha, pp. 183-199, [http://www.praxisociologica.es/images/PDF/2006-10/revista\\_n10.pdf](http://www.praxisociologica.es/images/PDF/2006-10/revista_n10.pdf) (Consultada el 2-11-18)

el grupo de personas mayores de 80 años constituye el 6,1% de toda la población y esa cifra va en aumento. En 2066, el INE calcula que España tendrá más de 14 millones de personas mayores, lo que constituirá un 34,6% del total de la población que alcanzará los 41.068.643 habitantes. La décadas de los 30 y 40 registrarán los mayores incrementos, con la llegada de las cohortes del *baby-boom*<sup>35</sup>.

Es importante reseñar que en poco más de un siglo hemos pasado de tener una esperanza de vida al nacer de 34,76 años en 1900, para tener según el INE en 2017 una esperanza de vida de 85,74 años para las mujeres y 80,40 para los hombres, con una media de 83,10 años. Esto según QUESADA “plantea un reto importante para la salud pública y múltiples problemas socioeconómicos, legales y para el individuo mismo, empezando por el deterioro físico y psicológico que sufren las personas de edad, el cual no se limita solamente al proceso biológico propio del envejecimiento: también al estilo de vida, que supone un mayor o menor grado de actividad física, los factores ambientales y el desarrollo de enfermedades crónicas son factores que juegan un papel de importancia a la hora de acelerar los cambios inherentes al proceso de envejecimiento”.

Estos datos nos indican que se propicia una visión de las personas mayores, como personas dependientes, proponiendo una manera de intervenir muy asistencialista basada en recursos; es decir, aunque la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y la Ley de Solidaridad, pretendan una vida digna y favorecer la autonomía de las personas mayores, cuando pensamos en recursos, generalmente los más utilizados son el cuidado del familiar dependiente en el domicilio o a través de recursos como pueden ser la teleasistencia, la ayuda a domicilio, o los recursos residenciales pero generalmente no se piensa en el uso de los recursos intermedios, tales como los de los centros de día para la tercera edad, entre la permanencia en el domicilio y el ingreso residencial.

#### 4.2.2 El envejecimiento activo

La Organización Mundial de la Salud define el envejecimiento activo como el “proceso por el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen”<sup>36</sup>.

El envejecimiento activo se refiere a la participación de las personas mayores en los asuntos sociales, económicos, culturales, civiles y espirituales. Este envejecimiento activo permite a las personas que sean conscientes de su potencial a lo largo de su vida y a que participen en la sociedad y a que se les procure una protección adecuada, la seguridad y el cuidado que necesiten.

---

<sup>35</sup> Consejo Superior de Investigaciones Científicas, *Un perfil de las personas mayores en España 2018. Indicadores estadísticos básicos*. Informes, envejecimiento en red 17, 2018. Disponible en internet <https://www.nuevatribuna.es/media/nuevatribuna/files/2018/02/26/enred-indicadoresbasicos18-completo-3-.pdf> (última consulta 3-11-18).

<sup>36</sup> <http://www.who.int/ageing/healthy-ageing/en/> (consultada el 2-11-18).

Las previsiones estiman que para 2050 habrá en la UE un 70% más de personas mayores de 65 años y un 170% más de mayores de 80 años. Uno de los grandes retos de nuestro siglo será, pues, satisfacer la mayor demanda de asistencia sanitaria, adaptar los sistemas sanitarios a la nueva situación y mantener viables estos sistemas en sociedades con menor población laboral. El esfuerzo principal se dedicará a fomentar el envejecimiento sano y activo de los ciudadanos europeos. Más años con buena salud significa mayor calidad de vida, más independencia y la posibilidad de mantenerse activo. Cuando la población envejece con salud también hay menos presión sobre los sistemas sanitarios, y menos trabajadores de baja por enfermedad, lo que es muy positivo para el crecimiento económico de España y de Europa<sup>37</sup>.

El posicionar de manera central la cuestión del envejecimiento activo no es una mera cuestión baladí, las preocupaciones principales de nuestros mayores son el sentimiento de soledad, la dependencia y la sensación de no ser útiles, por lo que su reivindicación central es mantenerse activos. Ese envejecimiento activo, implica independencia, una salud adecuada y un mantenimiento de sus relaciones sociales. En palabras de AGULLÓ y colaboradores<sup>38</sup>: “La actividad no constituye, pues, un tema periférico al tratar a los mayores, sino que se convierte en un claro indicador de su calidad de vida global, significa trabajo voluntario y actividad versus jubilación y vejez. La contrapartida de “no envejecer” suele ser la actividad, permanecer activo: los factores que muestran una mayor actividad serán el polo opuesto de los que definen “ser mayor””

Siguiendo a Limón Mendizábal existen una serie de mitos sobre la vejez<sup>39</sup> de entre los cuales podemos enumerar los siguientes: el mito del envejecimiento cronológico, el mito de la improductividad, el de la inflexibilidad, el mito del descompromiso, el mito de la serenidad, el de la senilidad, el del conservadurismo, el de la sexualidad enervada, el de la vejez desgraciada, el de la sobrevaloración de la juventud. De la falsedad de estos mitos aprendemos que para que el proceso de envejecimiento se ralentice, lo mejor y más indicado, es seguir activo y participativo en la sociedad.

#### 4.3. LOS TRASTORNOS DEL NEURODESARROLLO

El DSM V<sup>40</sup> incluye en los trastornos del neurodesarrollo un grupo de afecciones con inicio en el período del desarrollo. Los trastornos se manifiestan normalmente de manera precoz en el desarrollo, a menudo antes de que el niño comience la escuela primaria, y se caracterizan por un déficit del desarrollo que produce deficiencias del funcionamiento personal, social, académico u ocupacional.

---

<sup>37</sup> Leturia Arrazola, F. J., *Los retos de las políticas públicas en una democracia avanzada [Recurso electrónico]*, 2011, ISBN 978-84-89776-51-7, págs. 169-188.

<sup>38</sup> Agulló-Tomás, M. S., Agulló-Tomás, E., Rodríguez- Suárez, J., *Voluntariado de mayores: ejemplo de envejecimiento participativo y satisfactorio*. Revista interuniversitaria de formación del profesorado, 45, 2002, pp. 107-128, pág. 109.

<sup>39</sup> Vide Limón Mendizábal páginas 172-174.

<sup>40</sup> American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth edition DSM-5*, American Psychiatric Publishing, Washington, 2013, pág 31 y ss.

El rango de los déficits del desarrollo varía desde limitaciones muy específicas del aprendizaje o del control de las funciones ejecutivas hasta deficiencias globales de las habilidades sociales o de la inteligencia.

El DSM V (APA, 2013) organiza los trastornos teniendo en cuenta el desarrollo y el ciclo vital:

- Discapacidad intelectual.
- Trastornos de la comunicación.
- Trastornos del espectro autista.
- Trastorno por déficit de atención con hiperactividad.
- Trastorno específico del aprendizaje.
- Trastornos motores.

Cuando utilizamos la palabra trastorno, entendemos que se trata de una agrupación de signos y síntomas basada en su frecuente concurrencia, que puede sugerir una patogenia, una evolución, antecedentes familiares o una selección terapéutica comunes. Aparece asociado a un malestar o una discapacidad.

La discapacidad intelectual se caracteriza por deficiencias en las habilidades mentales generales, tales como aprendizaje de la experiencia, solución de problemas, pensamiento abstracto, razonamiento, planificación. Las discapacidades pueden alcanzar al funcionamiento adaptativo y conllevar falta de independencia en actividades de la vida diaria tales como: comunicación, participación social, desenvolvimiento académico u ocupacional e independencia personal en casa o en centros comunitarios.

Los trastornos de comunicación incluirían trastornos del lenguaje, del discurso y de los sonidos, el trastorno de comunicación social y el trastorno de comunicación fluida en la infancia (tartamudeo).

Los trastornos del espectro autista se caracterizan por déficits continuados en la comunicación e intervención social en múltiples contextos que incluyen deficiencias en el desarrollo, mantenimiento y comprensión de las relaciones sociales. Para el diagnóstico, además requieren la presencia de patrones de comportamiento, intereses y actividades, de ámbito limitado y repetitivo. Ayudan a especificar el diagnóstico los descriptores que aquilaten el concepto para individualizarlo: con o sin discapacidad intelectual, asociada a una condición médica, genética, adquirida o ambiental, o que describan los síntomas.

El trastorno por déficit de atención con hiperactividad se define por tener niveles de inatención, desorganización o hiperactividad e impulsividad que produzcan discapacidad. Cuando nos referimos a inatención o desorganización, se refiere a la falta de capacidad para realizar las tareas, apariencia de no escuchar y perder materiales que no parece que correspondan con su edad. En lo que respecta a la hiperactividad/impulsividad, se refiere a una actividad exagerada, incapacidad para estar sentado, ser intrusivo con las actividades de otros e incapacidad para esperar, también excesivas para su edad o estado de desarrollo.



El trastorno específico del aprendizaje se diagnostica cuando el individuo tiene deficiencias en su habilidad individual para percibir o procesar información de manera eficiente y certera y se manifiesta durante los primeros años de escolarización.

Los trastornos del neurodesarrollomotor incluyen el trastorno de desarrollo de la coordinación, el de movimientos estereotipados y el trastorno de tics<sup>41</sup>.

Si atendemos a la postura innatista, con la metáfora de la navaja suiza, podemos entender que nos hallamos ante una serie de fortalezas y de déficits de tipocompartimental, alguna puede fallar, pero otras se conservan adecuadamente. Nos planteamos que el desarrollo humano es el resultado de la interacción multidireccional entre genes, cerebro, cognición, comportamiento y ambiente (tenemos que ver que son factores que establecen entre sí relaciones dinámicas), por tanto, tenemos que tener en cuenta el desarrollo de la persona en cada momento. Además, hay que evaluar las diferentes parcelas de: comunicación y cognición en cada momento del neurodesarrollo.

Es muy importante tener en cuenta que no solo hay que evaluar los déficits, también las fortalezas de la persona e ir más allá del comportamiento observado a la hora de enjuiciar las capacidades en un proceso de incapacitación, pueden existir circunstancias el día del juicio que acentúen un nerviosismo que haga aparente una capacidad menor de la que realmente se ostenta, tenemos que tener en cuenta los informes sociales y periféricos de los expertos y de la residencia o centro ocupacional al que asista que nos dará una visión más global del individuo y que en definitiva, redundará en una mejor delimitación de sus necesidades.

Recordemos que la declaración judicial de incapacitación lleva aparejada una limitación o reducción de la capacidad de obrar. No es necesariamente definitiva. Si cambian las circunstancias, existe la posibilidad de iniciar un nuevo proceso para reintegrar su capacidad de obrar (artículo 761 LEC).

## **5. CUESTIONES PSICOSOCIALES Y SU IMPLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE INCAPACIDAD**

### **5.1. DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRESUNTO INCAPAZ**

Como ya hemos mencionado, en muchas ocasiones, seguimos tomando decisiones con respecto a las vidas de los presuntos incapaces, a su día a día sin consultarles, como si no tuvieran criterio y opinión. Esto es contrario a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, necesitamos adoptar las medidas más adaptadas a la persona con discapacidad teniendo en cuenta su opinión.

Es muy importante explicar a la persona con discapacidad, dentro de la medida de su nivel y grado de discapacidad que es la incapacitación y en qué le afecta. Es esencial

---

<sup>41</sup> Eirís-Puñal, J., Trastornos motores en los trastornos del neurodesarrollo. Tics y estereotipias. Revista de Neurología 58, 2014, págs. S77-S88. Disponible en: <http://psicologiaypedagogiairedes.com/wp-content/uploads/2016/11/trastornos-motores.pdf> (última consulta 5-11-18).

preguntarles su opinión, sus necesidades, sus preocupaciones, en definitiva atenderles de manera comprensiva y empática.

Para evitar nerviosismos que puedan obstaculizar el acto de la vista, los discapacitados intelectuales han de ser advertidos de cómo se va a celebrar el acto de la vista, explicándole cómo se va a proceder de manera detallada, indicándoles la importancia de la vista y de que van a ser escuchados atentamente. De esa forma no vivirán la situación de manera hostil y su comportamiento en la exploración será más adecuado a sus capacidades reales, que como ya hemos mencionado, pueden disminuir si viven la de manera invasiva. Además, tenemos que tener en cuenta factores añadidos a la propia discapacidad: frustración y depresión que pueden mermar sus capacidades puntualmente.

Últimamente estamos observando procesos de envejecimiento muy rápidos así como trastornos asociados a la discapacidad y un aumento de casos de Alzheimer principalmente en las personas con síndrome de Down. Por ello, es importante un exhaustivo informe psiquiátrico y neurológico que pueda valorar este tipo de deterioro, que evidentemente influiría de manera considerable de estar añadido a una discapacidad previa.

Sería importante recabar los informes psicológicos y sociales referentes al presunto incapaz del Centro ocupacional al que asista, o de los servicios sociales de zona, si es usuario, a fin de conocer todas sus habilidades contextualizadas. Entre los informes más importantes estaría el que incluya la visita al domicilio de la trabajadora social. La visita de la trabajadora social de zona al domicilio familiar es esencial a fin de observar la situación familiar y si los padres están preparados para asumir la responsabilidad, así como ver *in situ* las dinámicas familiares que existen. En el caso de que no lo estuvieran, sería conveniente que se entrevistara con los posibles candidatos a tutor.

Respecto al derecho al sufragio activo, la incapacitación de una persona requiere no solo que esta padezca una enfermedad, sino que es necesario que la enfermedad le impida gobernarse por sí misma, no obstante, que para la materia electoral solo sería relevante la privación de la *autodeterminación política*, esto es, la afectación psíquica o intelectual que impida emitir el voto como libre expresión de la voluntad del individuo. Deberemos conocer la opinión del presunto incapaz al respecto y huir de automatismos.

## 5.2. DESDE LA PERSPECTIVA DE LA FAMILIA DEL PRESUNTO INCAPAZ

### 5.2.1. Antes del proceso de incapacidad

La decisión sobre la iniciación de un proceso de incapacitación es generalmente difícil y traumática para la familia, dado que implica la asunción de que la discapacidad es de tal alcance que le impide regir su persona y bienes. Interiorizar esto a la familia le puede llevar un tiempo e incluso puede no suceder. Podemos encontrarnos el caso de tener personas incapaces totalmente para regir su persona y bienes que nunca han sido incapacitadas legalmente y cuyos derechos están totalmente protegidos y preservados por sus familias.

En muchos casos, la familia ha de acordar quien va a ser la persona más adecuada para realizar las tareas de tutor o guardador. Sin embargo, en ocasiones los padres, pese a que probablemente van a querer asumir la responsabilidad a toda costa, no van a estar capacitados para realizar las tareas de tutela, asumiendo una rehabilitación de la patria potestad, por lo que debería elegirse al tutor/guardador más adecuado en función de las necesidades del presunto incapacidad y las habilidades y o características personales del futuro tutor.

Sería interesante analizar si de manera previa al nombramiento del tutor se debería realizar alguna entrevista al mismo desde Fiscalía, o al menos desde el nombramiento para establecer unos cauces de contacto directo o establecer un protocolo de comunicaciones.

### **5.2.2. Después del proceso de incapacidad**

Existe miedo por parte de los padres o tutores a las responsabilidades de depósito de cuentas anual y de dación de cuentas. Sería importante que Fiscalía contara con un equipo psicosocial que estuviera adscrito a la misma y cooperara en estas cuestiones ayudando a los familiares y proporcionando *feedback* a la Fiscalía.

De igual forma, la Fiscalía podría tener un papel importante respecto al nombramiento del tutor y darle pautas de seguimiento al tutor o tutora. En ocasiones los padres o tutores, van a tener una edad avanzada, o van a llegar a ella conjuntamente con el presunto incapaz, y posiblemente con discapacidades propias que conlleven limitaciones importantes. Por lo que la entrevista y valoración de los padres o tutores es muy importante. Los padres generalmente no querrán delegar sus responsabilidades, pero esto ha de ser valorado siempre en beneficio del presunto incapaz.

Sería importante asignarle un fiscal de contacto para solucionar dudas o dar unas instrucciones previas al nombramiento del tutor de cómo desempeñar su papel. Para ello, deberían establecerse cauces de comunicación directa con los tutores, aunque sea sólo por correo electrónico y para dar información puntual de cambios legales o cambios de criterios.

Las rendiciones de cuentas han de ser lo más precisas posible: En ocasiones los gastos del incapaz serán mayores que los ingresos, pero en otras ocasiones se ha detectado por los centros ocupacionales o las residencias que el discapacitado carece de ropa adecuada o que no puede participar en ninguna actividad extra de los centros ocupacionales, mientras que se observa en las familias un nivel aparente de buen estado económico.

## **6. CONCLUSIONES**

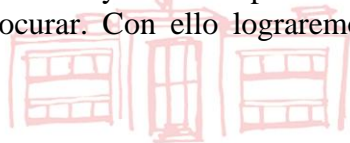
En los últimos años hemos avanzado mucho en el ámbito del tratamiento de la discapacidad. Sin embargo, todavía queda un largo camino que recorrer hasta llegar a lo que los instrumentos internacionales requieren, un auténtico traje a medida para el individuo de cara a enjuiciar la necesidad de apoyos que va a necesitar.

Es importante explicar a la persona con discapacidad, dentro de su grado de entendimiento, qué es el proceso de incapacitación y cómo le afecta, recabar su opinión y tenerla en cuenta. No debemos tomar decisiones sin tener en cuenta su opinión.

Además, hemos de centrarnos más en los aspectos holísticos de la personalidad del individuo y ver cómo la persona afronta sus necesidades del día a día y cuáles son los apoyos que puede requerir. Es decir, hemos de tomar conciencia no solo de sus déficits, sino también de sus fortalezas, aportando una visión positiva del afrontamiento de las cuestiones que afectan al día a día, así como cuestiones de índole excepcional que puedan producirse puntualmente para afrontar sus discapacidades. A estos efectos, sería conveniente que Fiscalía tuviera un equipo psicosocial que asesorara e informara de manera previa o coetánea a la toma de decisiones respecto a la capacidad, realizando visitas domiciliarias para observar *in situ* a la persona, y proporcionar las mejores soluciones. Igualmente, hay que tener en cuenta que a las discapacidades que la persona ostente, pueden existir comorbilidades con otras patologías, como la depresión, que pueden afectar a la valoración global de la persona.

Además, hay que preparar a los presuntos incapaces para el día de la vista. Con ello evitaremos muchas frustraciones, sabiendo a qué acuden y cuáles pueden ser las consecuencias de la vista, puedan vivir su exploración con el menor estrés posible, pues esto podría afectar a la impresión que cause sobre el alcance de sus limitaciones.

El artículo 9.2 de la CE nos proporciona un mandato claro al respecto y como ciudadanos hemos de coadyuvar a la promoción de la igualdad real, que nuestros poderes públicos han de procurar. Con ello lograremos un mundo que es eminentemente diverso, mejor y más justo



Centro de  
Estudios  
Jurídicos

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Abril Alonso, A., Ambrosio Flores, E., *Fundamentos biológicos de la conducta* (2ª edición, 2ª reimpresión ed.). Madrid: Sanz y Torres S.L, 2005.

Aguilar Gil, M., *Envejecimiento en Castilla la Mancha*, Revista de praxis sociológica 10, Universidad de Castilla la Mancha, pp. 183-199, [http://www.praxissociologica.es/images/PDF/2006-10/revista\\_n10.pdf](http://www.praxissociologica.es/images/PDF/2006-10/revista_n10.pdf) (Consultada el 2-11-18).

Agulló-Tomás, M. S., Agulló-Tomás, E., Rodríguez- Suárez, J., *Voluntariado de mayores: ejemplo de envejecimiento participativo y satisfactorio*. Revista interuniversitaria de formación del profesorado, 45, 2002, pp. 107-128.

American Psychiatric Association, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth edition DSM-5*, American Psychiatric Publishing, Washington, 2013.

Amunátegui Rodríguez, Cristina, *Incapacitación y mandato*, La Ley, Las Rozas, 2008.

Artigas, J., Narbona, J., *Trastornos del neurodesarrollo*, Barcelona: Viguera, 2011.

Bariffi, F. J., *Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la convención de la ONU*, en: *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo / Luis Cayo Pérez Bueno* (dir.), Ana Sastre Campo (ed. lit.), Antonio Ventura Díaz Díaz (pr.), Miguel Carballeda Piñeiro (aut.), Cizur Menor: Aranzadi, 2009, págs. 353-390.

Bariffi, F. J., *Mesa redonda: plena igualdad ante la ley, capacidad jurídica y limitación de derechos*. Conferencia internacional 2008-2013: Cinco años de vigencia de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (disponible en: [https://www.cermi.es/sites/default/files/.../Francisco\\_Bariffi\\_Capacidad\\_Jur\\_dica.doc](https://www.cermi.es/sites/default/files/.../Francisco_Bariffi_Capacidad_Jur_dica.doc) fecha última consulta 5-11-18).

Berjano, E., *Dependencia y calidad de vida en las personas mayores*, Rev. Mult. Gerontol. 2005, 15 (3):144-154.

Canimas Brugué, J., *¿Discapacidad o Diversidad funcional?* Siglo Cero, 46 (2), 2015, 79-97. Disponible en: <http://blogs.uned.es/protedis/wp-content/uploads/sites/101/2017/12/Articulo-Discapacidad-o-diversidad-funcional-1%C2%AA-parte.pdf> (última consulta 3-11-18).

Castán Tobeñas, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Editorial Reus, Madrid, Tomo I, 1949.

Castro Trapote, J., *La edad legal como presunción iuris tantum de capacidad en sentido técnico*, Tesis Doctoral, Universidad de Zaragoza, 2018. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/69481/files/TESIS-2018-027?version=1> (fecha última consulta 4/11/18).

Cerrada Moreno, M., *Incapacitación y procesos sobre capacidad de las personas*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

Consejo Superior de Investigaciones Científicas, *Un perfil de las personas mayores en España 2018. Indicadores estadísticos básicos*. Informes, envejecimiento en red 17, 2018. Disponible en internet <https://www.nuevatribuna.es/media/nuevatribuna/files/2018/02/26/enred-indicadoresbasicos18-completo-3-.pdf> (última consulta 3-11-18).

Eirís-Puñal, J., *Trastornos motores en los trastornos del neurodesarrollo*. Tics y estereotipias. Revista de Neurología 58, 2014, págs. S77-S88. Disponible en: <http://psicologiapedagogia.reds.com/wp-content/uploads/2016/11/trastornos-motores.pdf> (última consulta 5-11-18).

Ferreira, M. A., *Discapacidad, individuo y normalidad: la "axiomática" de la marginación*, V JORNADAS NACIONALES "UNIVERSIDAD Y DISCAPACIDAD" San Miguel de Tucumán (Argentina), 14-16 de agosto de 2008, disponible en [https://www.um.es/discatif/PROYECTO\\_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf](https://www.um.es/discatif/PROYECTO_DISCATIF/Documentos/ComTucuman.pdf) (fecha última consulta 4-11-18).

Gallardo, R. M., *Animación sociocultural de la vida diaria en la tercera edad*. Edición digital del autor, 2002.

Gutiérrez Bermejo, B., Brioso Díez, A., *Desarrollos diferentes*. Sanz y Torres, Madrid, 2015.

Limón Mendizábal, M. R. (s.f.). Características psicosociales de la tercera edad.

Maldonado Molina, J. A., *La protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social*, en García Garnica, M. C., Estudios sobre dependencia y discapacidad, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur menor, 2011, págs.. 273-312.

Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría General de Asuntos Sociales. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). 2001. <http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf> (última consulta el 5-11-18).

Quesada Páez, A., *Soluciones jurídico privadas al problema de la dependencia*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Mayor, 2014.

Rosato, A., *El papel de la ideología de la normalidad en la producción de discapacidad*, Revista Ciencia, Docencia y Tecnología N° 39, Año XX, noviembre de 2009, páginas 87-105.

Sánchez Román, F., *Estudios de Derecho Civil, II. Parte general*, Analecta, Navarra, 2008.

Veiga Neto, A., *Incluir para excluir*. En: Larrosa, J.; Skliar, C. (comps.) Habitantes de Babel. Política y Poética de la diferencia (pp.165-184). Barcelona: Laertes, 2001.



Centro de  
Estudios  
Jurídicos