

INTRODUCCIÓN

“Las leyes no son puros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce más un sacerdocio que una autoridad. No debe perder de vista que las leyes están hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adaptarse al carácter, a las costumbres a la situación del pueblo para el cual se hacen; que se debe ser sobrio en cuanto a las novedades en materia de legislación, porque si bien, en una institución nueva, es posible calcular las ventajas que la teoría nos ofrece, no es posible conocer todos los inconvenientes que sólo la práctica puede descubrir”

Jean-Étienne-Maire PORTALIS

Dependencia e incapacidad son conceptos diferentes pero que con frecuencia coinciden en una misma persona y dan lugar a políticas legislativas en las que se adoptan medidas de protección de diversa índole, encaminadas unas a la asistencia y otras a la protección.

Dependencia no implica necesariamente incapacidad pero, especialmente en la dependencia originada por el envejecimiento¹, la falta de autonomía puede estar provocada por la falta de movilidad física o por la ausencia de capacidad de autogobierno, lo que impide a la persona tomar decisiones personales sobre su vida diaria.

¹ Libro Blanco de la Dependencia, página 6 del Capítulo I: “La evidencia empírica disponible muestra que existe una estrecha relación entre dependencia y edad, pues el porcentaje de individuos con limitaciones en su capacidad funcional aumenta conforme consideramos grupos de población de mayor edad. Ese aumento en las tasas de prevalencia por grupos de edad no se produce a un ritmo constante, sino que existe una edad (alrededor de los 80 años) en que dicho aumento se acelera notablemente.

Es decir, tan dependiente² puede ser la persona que, por un problema de artrosis ha perdido la movilidad y necesita ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria, como aquella que goza de plena movilidad física pero padece una demencia senil que puede provocar que ponga en peligro su integridad física porque se desorienta, o su integridad patrimonial porque no puede tomar decisiones con total lucidez. Esta interrelación se pone de manifiesto en las definiciones de autonomía y dependencia que ofrece el artículo 2 de la Ley de 2006, a las que nos referiremos a continuación. Puede existir, por tanto, una persona dependiente, porque necesite ayuda para realizar actos de la vida diaria, que sea plenamente capaz, pero también puede ocurrir que concorra la doble condición de dependiente e incapaz, por faltarle la capacidad de autogobierno.

En la protección de las personas dependientes e incapaces, las medidas de intervención pública y privada confluyen, se complementan y, a veces, se excluyen. Prueba de ello es el planteamiento de la Ley de Dependencia. La

No es extraño, por ello, que la dependencia se vea como un problema estrechamente vinculado al envejecimiento demográfico, y que, algunas veces, en una visión reduccionista, se tienda a considerar la dependencia como un fenómeno que afecta sólo a los mayores”.

² Aunque la dependencia está íntimamente relacionada con el envejecimiento, no podemos perder de vista que no es éste el único factor determinante. Así se pone de manifiesto en *La protección de las situaciones de dependencia en España*, Cermei 2004, pág. 11: “Desde el sector social de la discapacidad, la primera afirmación que hay que formular cuando se habla de atención a las situaciones de dependencia es la de que dependencia y envejecimiento no son conceptos intercambiables. Reducir la cuestión de la atención a la dependencia a la protección exclusivamente de personas mayores constituiría un reduccionismo inadmisibles. Si bien el factor de la edad, del progresivo envejecimiento, ensancha la población en situación de dependencia, no es menos cierto que estas situaciones se pueden dar y, de hecho, se dan en todas las épocas de la vida de la persona. Es más, cuando la dependencia se presenta en las primeras fases de la vida (nacimiento, infancia, juventud, etc.) la situación es más crítica para la persona y su entorno, pues puede prolongarse a lo largo de toda su vida, dándose situaciones de dependencia dilatadísimas en el tiempo (décadas y décadas). Las situaciones de dependencia en las personas mayores, en relación con las personas con discapacidad severa, son necesariamente más cortas, pues el término de la vida se halla más cerca en el tiempo. Otro aspecto digno de tener en cuenta es que la dependencia en las personas mayores puede de algún modo preverse y prevenirse, ya que suele ir ligada al envejecimiento; en las personas con discapacidad severa, las situaciones de dependencia suelen tener un origen no previsto pues la discapacidad se presenta inesperadamente (causas congénitas, perinatales, traumáticas por accidente, mórbido, etc.), “factor sorpresa” que llega pronto, “desestabiliza” al entorno de la persona y requiere de un período de maduración, que permita la asunción de la nueva situación, por la propia persona o por la familia circundante.

Por tanto, como premisa, desde el sector de la discapacidad, hay que dejar sentado y ver aceptado con generalidad, que las situaciones de dependencia pueden darse en todas las etapas de la vida de la persona y que la respuesta jurídico-institucional y asistencial que se le dé ha de tener presente esta realidad. Centrar la atención a la dependencia única y exclusivamente en las personas mayores, por más importantes que estos segmentos de edad sean, constituiría una aproximación sesgada y limitada que el movimiento asociativo de la discapacidad no sólo no puede hacer suya, sino que impugna como incorrecta, injusta y desenfocada”.

misma crea un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia a cargo de las Administraciones Públicas que, pese a su vocación de universalidad, se nutre no sólo de fondos públicos sino también privados y pretende, como indica la Exposición de Motivos, la optimización de unos y otros.

Por ello, junto a las soluciones concretas que ofrece la Ley de Dependencia, deben tenerse en cuenta las comprendidas en otras como el Código civil y la Ley de 18 de noviembre de 2003. No son compartimentos estancos, sino que debe analizarse la influencia, interrelación y compatibilidad entre unas y otras porque al tratarse de normas que ofrecen soluciones diferentes para los mismos problemas, para problemas semejantes o para diferentes aspectos de una misma realidad, sólo una interpretación sistemática y armónica de todas ellas puede dotar de coherencia a un sistema que empieza a estar demasiado disperso.

En el presente estudio vamos a analizar las interrelaciones que existen entre los conceptos de dependencia e incapacidad tal y como éstos han sido configurados por el legislador. Así, delimitaremos el espacio propio de las medidas de asistencia y protección que la ley prevé para cada uno de ellos.

Delimitados sus ámbitos, diferentes pero tan próximos, el análisis que llevaremos a cabo de la Ley de Dependencia no está orientado a detallar y estudiar los niveles de cobertura que ésta consagra o en qué consisten los servicios del catálogo³, sino a analizar en qué medida la voluntad de la persona dependiente puede decidir cómo se llevará a cabo esa asistencia.

Nos centraremos en el estudio crítico de aquellos instrumentos que el legislador pone al alcance de las personas protegidas, sean dependientes o incapacitados, para que su voluntad tenga un papel decisivo en la adopción de las medidas de asistencia y protección que le afectan, con especial atención al Programa Individual de Atención, la autotutela y los poderes preventivos. Procuraremos hacer, más que una exposición divulgativa, que en parte también se pretende, una análisis crítico de esta nueva regulación, para poner de manifiesto las disfunciones del sistema y proponer, en la medida de lo posible, interpretaciones que salven los problemas detectados o alternativas que puedan contribuir a la futura mejora de su régimen jurídico.

³ Analizan con detalles estas cuestiones: SEMPERE NAVARRO, A. V., Y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Ley de Dependencia*, Thomson Aranzadi, 2007; ROQUETA BUJ, R., (Coord.) *La protección de la dependencia*, Tirant lo Blanch, 2007; BABIERA PUIG, I., *La protección de la dependencia: un estudio global*, Thomson Aranzadi, 2007.