

LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE AUTONOMÍA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Eva María Martín Azcano

Profesora Titular Interina de Derecho Civil

Universidad Rey Juan Carlos

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho español no ha permanecido ajeno al proceso de renovación experimentado en los últimos años por diversos sistemas europeos, en lo que se refiere a la salvaguarda de las personas incapaces de proveer a la atención de sus necesidades por sí mismas¹. De ello da fe la normativa aprobada en las últimas décadas con el propósito de adecuar las instituciones tradicionales de protección a los actuales modelos de atención (que tratan de potenciar al máximo la autonomía de la persona y reducir a lo imprescindible la limitación de su capacidad de obrar), y de colmar el vacío legal que

¹ Es el caso de Francia (con la Ley 1968-5, de 3 de enero de 1968, modificada e completada recientemente por la Ley 2007-308, de 5 de marzo de 2007, de reforma de la protección jurídica de las personas mayores, vigente desde el 1 de enero de 2009), Austria (con la Ley 136/1983, de 2 de febrero, intitulada “*Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen*”), Alemania (con la “*Betreuungsgesetz*”, de 12 de septiembre de 1990, en vigor desde el 1 de enero de 1992), Italia (con la Ley de 9 de enero de 2004, núm. 6, de “*Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo Iº, relativo all’istituzione dell’amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali*”) o Inglaterra (*Mental Capacity Act 2005*).

Sobre el particular, pueden consultarse, entre otros, FERRANDO, G.: *Las figuras de protección de las personas vulnerables tras la reforma introducida por la Ley 6/2004, de 9 de enero*, en “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”, dir. por Pérez de Vargas Muñoz, J., La Ley, Madrid, 2010, págs. 151-189; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M.: *La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo*, en Actualidad Civil, núm. 21, mayo 1999, págs. 553-581; y *Sinopsis sobre la protección civil de los enfermos mentales en Inglaterra y Alemania*, en Revista Electrónica de Geriatria y Gerontología, vol. 4, n. 2, 2002, págs. 2-14; HAUSER, J.: *Proteger y respetar a la persona*, en “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”, dir. por Pérez de Vargas Muñoz, J., La Ley, Madrid, 2010, págs. 137-150; KLEMENT, K.: *Sintesi del sistema austriaco dell’amministrazione di sostegno (“Sachwalterschaft”)*, en “La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione”, coord. por Patti, S., Giuffrè, Milán, 2002, págs. 79-87; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *El sistema italiano de protección de las personas privadas de autonomía*, en Revista de Derecho Privado, dic. 2010, págs. 3-26; y VON SACHSEN GESSAPHE, K. A.: *La legge tedesca sull’assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in materia di interdizione e di inabilitazione*, en “La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione”, coord. por Patti, S., Giuffrè, Milán, 2002, págs. 65-77.

excluía de cualquier protección a un amplio número de personas, que, pese a presentar limitaciones merecedoras de un tratamiento especial, quedaban fuera del ámbito subjetivo definido por la ley.

En las páginas que siguen, trataremos de exponer brevemente las principales modificaciones experimentadas por la legislación española en los últimos años, a través del análisis de los instrumentos de protección que nuestro Ordenamiento jurídico pone a disposición de las personas privadas de autonomía.

II. LA INCAPACITACIÓN²

La incapacitación, institución tuitiva por antonomasia, constituye un estado civil de la persona física, consecuencia de la ineptitud de ésta para regir sus propios actos. Supone la restricción de su capacidad de obrar y exige su sometimiento a un régimen de guarda.

En este ámbito, la primera modificación importante vino de la mano de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela, con la que se trató de suavizar el rígido sistema de salvaguarda de incapaces regulado por el Código civil de 1889³, adaptándolo a los criterios establecidos en la Constitución española de 1978, que reclamaba para las personas vulnerables una protección que no tentase contra su dignidad o derechos inviolables, y que, al mismo tiempo, estuviese dirigida al libre desarrollo de su personalidad (arts. 10.1⁴ y 49⁵ CE).

² Vide O'CALLAGHAN, X.: *La declaración de incapacidad*, en "La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", dir. por Martínez Díe, R., Civitas, Madrid, 2000, págs. 45-58; y SILLERO CROVETTO, B.: *Reflexiones en torno a la protección legal de los incapaces*, en Revista Electrónica de Geriátría y Gerontología, n. 2, 2000, <http://www.geriatrianet.com>.

³ En la redacción inicial de este texto legal, se preveía como único régimen de guarda un sistema de tutela severa que se aplicaba tanto a los locos profundos, como a quienes sufrían solamente una debilidad o cierto retraso mental. La falta de adecuación de este modelo de protección a las necesidades de la realidad social se puso de manifiesto por nuestro Tribunal Supremo ya a mediados del siglo XX; sobre el particular, pueden consultarse sus sentencias de 5 de marzo de 1947, 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y de 6 de febrero de 1968.

⁴ Artículo 10.1 CE: "*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*".

Las principales novedades introducidas por la Ley 13/1983 pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) Las causas de incapacitación –que en el Derecho anterior eran cuatro : locura, sordomudez analfabeta, prodigalidad e interdicción civil del penado- dejan de enumerarse taxativamente.
- b) La tutela ya no constituye el único régimen de guarda posible; así, junto al tutor a parecen dos nuevos órganos de protección: el curador y el defensor judicial.
- c) Se pasa de un régimen de tutela familiar a una tutela de autoridad, donde la supervisión de la actuación del tutor por la familia queda sustituida por la de la autoridad judicial.
- d) Se derogó el Decreto de 3 de julio de 1931, que posibilitaba el internamiento de los enfermos mentales cuando así se aconsejaba por prescripción facultativa y mediaba conformidad por escrito del pariente, representante legal o persona con la conviviera el enfermo. Desde entonces, para internar a una persona en un centro de salud mental, se requiere previa autorización judicial, salvo en caso de urgencia (aunque, incluso en ese supuesto, debe darse traslado al Juez competente antes de que transcurran 24 horas para que ratifique el internamiento)⁶.

⁵ Artículo 49 CE: “*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*”.

⁶ Artículo 763 LEC: “*1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Actualmente, para que una persona pueda ser incapacitada, debe presentar una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma⁷. Quedan excluidos, por tanto, del ámbito de la incapacitación judicial aquellos individuos que sufran alguna alteración transitoria⁸, o cuya enfermedad o deficiencia no afecte a sus facultades de autogobierno, es decir, a su capacidad cognoscitiva y volitiva⁹.

3. *Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.*

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. *En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.*

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 2 de diciembre de 2010, ha declarado la inconstitucionalidad del primer inciso del párrafo primero del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –según el cual “*el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial*”-, así como del primer inciso del párrafo segundo del mismo artículo –que establece que “*la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida*”-, por entender que el precepto que haga posible el internamiento de una persona (en cuanto constitutiva de una privación de libertad) sólo puede ser aprobado por una Ley Orgánica, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, es una ley ordinaria. No obstante, esa declaración de inconstitucionalidad no implica la de nulidad, porque –según declara la STC- “esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material”. Por ello, el Tribunal Constitucional se ha limitado a instar al legislador “para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley orgánica”.

⁷ Artículo 200 C.c.: “*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”.

⁸ En este sentido, *vide* las SSTS de 19 de febrero de 1996 y de 18 de mayo de 1998.

⁹ A este respecto, véanse las SSTS de 10 de febrero de 1986, 31 de diciembre de 1991 o de 28 de julio de 1998.

Sólo por sentencia judicial, recaída en el procedimiento regulado en los artículos 756 a 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, puede declararse el estado civil de incapacitado¹⁰. La sentencia “*determinará la extensión y los límites*” de la incapacitación en cada caso (art. 760.1 LEC), es decir, en España, la limitación de la capacidad de obrar que supone la incapacitación judicial no es igual para todos los incapacitados, sino que dependerá de lo que establezca cada sentencia de incapacitación.

Obviamente, la limitación de capacidad que padece el incapacitado ha de ser suplida o completada por otra persona. Por ello, el Juez que declare la incapacitación deberá pronunciarse también sobre el régimen de guarda (tutela o curatela) a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760.1 LEC). En concreto, cuando el interesado carezca absolutamente de capacidad de autogobierno, se instaurará la tutela, mientras que, cuando su grado de discernimiento no determine su total inhabilidad para gobernarse, quedará sometido a curatela.

El tutor es el representante legal del incapacitado, de manera que podrá realizar por él cualquier acto, salvo aquellos que el interesado pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la sentencia de incapacitación o de la ley¹¹. En relación a esto último, téngase en cuenta que, en el sistema jurídico español se permite a los incapacitados realizar por sí mismos un buen número de actos; así, por ejemplo, pueden adquirir la posesión de los bienes¹², aceptar donaciones puras¹³, contraer matrimonio¹⁴,

¹⁰ Artículo 199 C.c.: “*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”.

¹¹ Artículo 267 C.c.: “*El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”.

¹² Artículo 443 C.c.: “*Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor*”.

¹³ Como se deduce de la interpretación *a sensu contrario* del artículo 626 del Código civil, según el cual “*Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes*”.

otorgar testamento¹⁵, reconocer hijos no matrimoniales¹⁶ u otorgar capitulaciones matrimoniales¹⁷.

Igualmente, al tutor le corresponde la administración ordinaria de los bienes del tutelado¹⁸; sin embargo, para realizar actos que excedan de ella o del cuidado normal de la persona, requiere de autorización judicial, bajo sanción de nulidad¹⁹. Así resulta del artículo 271 del Código civil, conforme al cual *“El tutor necesita autorización judicial:*

1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

¹⁴ Artículo 56, párrafo 2º, C.c.: *“Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”*.

¹⁵ Según el artículo 665 del Código civil, *“Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”*. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia entiende que, incluso cuando la sentencia contenga prohibición expresa al respecto, podrá testar el incapacitado que, al tiempo del otorgamiento, ostente capacidad natural. Vide ALBALADEJO, M.: *Curso de Derecho civil*, t. V, Edisofer, Madrid, 2004, pág. 213.

¹⁶ Artículo 121 C.c.: *“El reconocimiento otorgado por los incapaces o por quienes no puedan contraer matrimonio por razón de edad necesitará para su validez aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal”*.

¹⁷ Artículo 1.330 C.c.: *“El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de sus padres, tutor o curador”*.

¹⁸ Artículo 270 C.c.: *“El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia”*.

¹⁹ Artículo 6.3 C.c.: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.

- 3.º *Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.*
- 4.º *Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.*
- 5.º *Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.*
- 6.º *Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.*
- 7.º *Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.*
- 8.º *Para dar y tomar dinero a préstamo.*
- 9.º *Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.*
- 10.º *Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado”.*

Por su parte, el curador “no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección”²⁰. Según el artículo 289 del Código civil, “*La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido*”. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial, es decir, para los actos de administración extraordinaria (art. 290 C.c.).

En lo referente a la designación del guardador legal del incapacitado, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, ha introducido una novedad importante, al establecer que “*cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada*

²⁰ STS de 31 de diciembre de 1991.

judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor” (art. 223, párr. 2º, C.c., redactado por el art. 9.1 de la Ley 41/2003). En coherencia con ello, el artículo 234, apartado 1º, del Código civil establece que para el nombramiento de tutor se preferirá, en primer término, “*al designado por el propio tutelado*”. De hecho, sólo excepcionalmente y mediante resolución motivada podrá el Juez designar como guardador legal a una persona diferente de la señalada por el propio interesado (art. 234, párr. 2º, C.c.). La incorporación de esta figura, conocida como autotutela, a nuestro Código civil constituye el mejor ejemplo de la voluntad del legislador español de potenciar al máximo la autodeterminación del interesado²¹.

En relación a la incapacitación, únicamente nos resta advertir que la sanción a los actos llevados a cabo por el incapacitado en contra de las prescripciones de la sentencia incapacitadora será la anulabilidad (arts. 1.300 y ss. C.c.).

III. ALTERNATIVAS A LA INCAPACITACIÓN: LOS PODERES PREVENTIVOS Y LA ASISTENCIA CATALANA

La renovación llevada a cabo en la legislación española en la materia que nos ocupa no se ha limitado únicamente a flexibilizar las instituciones tradicionales; en efecto, el legislador español (consciente del rechazo social que genera el procedimiento de incapacitación, que hace que en muchos casos no se promueva) ha comenzado a introducir (aunque tímidamente) en nuestro Ordenamiento instrumentos de protección que permiten sortear la incapacitación y fortalecen la autonomía personal, en cuanto permiten al interesado diseñar su futuro para el caso en que le sobrevenga una situación de incapacidad²².

²¹ Vide PEREÑA VICENTE, M.: *Dependencia e incapacidad: libertad de elección del cuidador o del tutor*, Ramón Areces, Madrid, 2008.

²² Esto último supone avanzar en la senda marcada por la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, realizada en Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. En concreto, según su artículo 12.4 “*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el*

En este sentido, debemos referirnos, en primer lugar, a los denominados poderes o apoderamientos preventivos, en virtud de los cuales “una persona, en previsión de una futura incapacidad, más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre”²³. El artículo 11 de la ley 41/2003, de 18 de noviembre, les ha dado entrada en nuestro Ordenamiento, a través de la nueva redacción del artículo 1.732 del Código civil, referido a las causas de extinción del contrato de mandato. Este precepto determina que *“El mandato se acaba:*

1.º Por su revocación.

2.º Por renuncia o incapacitación del mandatario.

3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevinida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto con éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

El hecho de que los apoderamientos preventivos se regulen en sede de mandato y no entre las normas relativas a los sistemas de guarda de las personas ha recibido vivas críticas de la doctrina, entre otras razones, porque, al ser el mandato un contrato, el contenido de los poderes irá necesariamente referido a negocios jurídicos de carácter patrimonial que puedan ser realizados mediante representante, lo que excluye que el

derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

²³ MARTÍNEZ GARCÍA, M. A.: *Apoderamientos preventivos y autotutela*, en “La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales”, dir. por Martínez Díe, R., Consejo General del Notariado-Civitas, Madrid, 2000, pág. 138.

mandatario pueda ostentar la representación del mandante en el ámbito personal²⁴. No obstante lo expuesto, y aunque no sea tan exhaustiva y técnicamente depurada como la llevada a cabo por otros ordenamientos²⁵, la regulación de los poderes preventivos ha sido acogida favorablemente en términos generales; téngase en cuenta que –como sostiene PÉREZ DE VARGAS- “los poderes preventivos vienen a enfrentar esas situaciones de incapacidad que se van produciendo de una manera gradual en el sujeto hasta acabar convirtiéndose en causa de incapacitación; también pueden servir para hacer frente a situaciones transitorias de pérdida de capacidad que inhabiliten temporalmente a la persona para su autogobierno (por ejemplo, situaciones temporales de depresión profunda) impidiéndole atender a asuntos que no admitan demora sin perjuicio grave (por ejemplo, necesita urgentemente contestar a una demanda, o tomar dinero a préstamo para hacer algún pago, o vender una propiedad, o hacer en plazo sus declaraciones a la Hacienda Pública, etc.). Obviamente, los poderes preventivos pueden servir también para soslayar los duros y enojosos trámites del proceso de incapacitación”²⁶.

Tras su regulación a nivel estatal por la Ley 41/2003, se han ocupado de los poderes preventivos dos ordenamientos autonómicos: el aragonés, mediante la Ley 13/2006, de 13 de diciembre, de Derecho de la persona (incluida después en el Código de Derecho Foral, por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo); y el catalán, que les contempla en el artículo 222-2 de su Código civil²⁷, cuyo Libro II ha sido aprobado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, en vigor desde el 1 de enero de 2011.

²⁴ Sobre el particular, véase PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: *Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos*, en “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”, dir. por Pérez de Vargas Muñoz, J., LA LEY, Madrid, 2010, pág. 98.

²⁵ Como, por ejemplo, la del Derecho francés, efectuada por la Ley 2007-308, de 5 de marzo, de reforma de la protección jurídica de las personas mayores. Para un estudio en detalle, puede verse GALLEGU DOMÍNGUEZ, I.: *Consideraciones sobre el mandato de protección futura en el Derecho francés*, en “La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad”, dir. por Pérez de Vargas Muñoz, J., LA LEY, Madrid, 2010, págs. 285-329.

²⁶ *La reforma de los artículos 756 y 1.732 del Código civil por la Ley 41/2003*, en “Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad”, coord. por Pérez de Vargas Muñoz, J., LA LEY, Madrid, 2006, pág. 424.

²⁷ Este texto legal, cuya constitucionalidad se discute por la doctrina, tiene una curiosa forma de numerar sus artículos; a ella se refiere el artículo 5 de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, que aprobó el Libro I del citado Código: “*Los artículos del Código Civil llevan dos números separados por un guión corto, salvo las disposiciones adicionales, transitorias y finales. El primer número está integrado por tres cifras, que indican respectivamente el libro, el título y el capítulo. El segundo número corresponde a la numeración continua que, empezando por el 1, se atribuye a cada artículo dentro de cada capítulo*”.

Precisamente en esta norma se halla la otra figura a la que queríamos referirnos: la asistencia. Con ella, siguiendo el modelo de la *Betreuung* alemana, se pretende brindar cobertura a situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica, la discapacidad, y, en general, a cualquier otra circunstancia para la que la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resulten desproporcionadas. Según el artículo 226-1.1 del Código civil catalán, la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente.

En la resolución de nombramiento, la autoridad judicial determinará el ámbito personal o patrimonial de la asistencia y los intereses de los que debe cuidar el asistente (art. 226-2 del Código civil de Cataluña). En el ámbito personal, el asistente deberá velar por el bienestar de la persona asistida, respetando plenamente su voluntad y sus opciones personales. En particular, corresponderá al asistente recibir la información y dar el consentimiento, cuando la persona asistida no pueda decidir por ella misma sobre la realización de actos y tratamientos médicos y no haya otorgado un documento de voluntades anticipadas.

En el ámbito patrimonial, el asistente debe intervenir, junto con la persona asistida, en los actos jurídicos relacionados con las funciones de la asistencia. A petición del interesado, la autoridad judicial también podrá conferir al asistente funciones de administración del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de las facultades de ésta de realizar actos de naturaleza similar por ella misma.

IV. LA DISCAPACIDAD. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

Durante el año 2003 –declarado “Año europeo de las personas con discapacidad” por el Consejo de la Unión Europea, en su reunión de Laeken, de 3 de diciembre de 2001-, se aprobaron en España importantes leyes sobre diferentes aspectos de la discapacidad: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de

oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados. De entre ellas, nos interesa la primera, por ser la única de contenido básicamente civil, aunque contiene también normas procesales y fiscales.

La Ley 41/2003 ha introducido en nuestro Ordenamiento jurídico privado un concepto que ya era conocido por el Derecho público: el de discapacidad. En efecto, hasta el momento de su aprobación, se habían dictado normas de Derecho público dirigidas a proveer las necesidades económicas o asistenciales de las personas con discapacidad (mediante prestaciones económicas o servicios sociales de asistencia y rehabilitación), pero en el orden privado la única protección que las personas con discapacidad podían recibir procedía de la incapacitación judicial. Eso significaba que quedaban excluidas de toda protección jurídico-privada tanto las personas con discapacidad en las que no concurría causa de incapacitación (v. gr., las que presentan exclusivamente una discapacidad física), como aquellas respecto de las cuales no hubiese recaído sentencia de incapacitación. Sin embargo, tras la Ley 41/2003, la discapacidad puede producir consecuencias en el ámbito privado sin necesidad de que haya sido declarada judicialmente la incapacitación.

La discapacidad no constituye un estado civil de la persona, sino una simple situación administrativa. Su declaración se realiza por la Administración, mediante un certificado que acredita que el solicitante sufre (con carácter permanente o transitorio) una minusvalía física, psíquica o sensorial en un determinado grado²⁸. No supone *per se* la supresión ni la restricción de la capacidad de obrar de la persona afectada por la discapacidad. Representa únicamente el reconocimiento oficial de la situación de desventaja de su titular, que le hace merecedor de una protección cualificada.

Las medidas de salvaguarda previstas por la Ley 41/2003 se refieren a un aspecto concreto: el patrimonial. En los últimos años, el incremento de la tasa de supervivencia de las personas con discapacidad (motivado por los avances científicos y la mejora de la asistencia sanitaria), unido a la creciente desconfianza en la capacidad

²⁸ En concreto, según el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, “A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.

del Estado para hacerse cargo de ellas, ha acentuado el interés de sus familias (y muy especialmente el de sus progenitores) por la planificación de su futuro económico a través de la financiación privada. En este sentido, la Ley 41/2003 constituye la respuesta del Derecho privado a las demandas de un sector social –formado por los propios afectados, sus familiares y las organizaciones representativas de sus intereses–, que venía reclamando los instrumentos jurídicos que permitiesen a los particulares disponer de los recursos privados de manera que garantizaran el sostenimiento económico de las personas con discapacidad; personas –no lo olvidemos– que normalmente requieren de cuidados especiales, y que normalmente presentan mayores dificultades que cualquier otro individuo para poder satisfacer sus necesidades por sí mismas.

Con la idea de incrementar las vías jurídicas a través de las cuales puedan vincularse medios económicos privados a la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad, la Ley 41/2003 ha modificado diversas instituciones civiles; así, desde su aprobación, se admite el gravamen de la legítima estricta a favor de un descendiente judicialmente incapacitado con una sustitución fideicomisaria (arts. 782²⁹ y 808, párr. 3º³⁰, C.c.), se regula el legado legal de derecho de habitación a favor de persona con discapacidad (art. 822³¹ C.c.), se permite delegar en el cónyuge supérstite la facultad de mejorar (art. 831³² C.c.), se ha determinado el carácter de no colacionable de

²⁹ Artículo 782 C.c.: *“Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes”*.

³⁰ Artículo 808, párr. 3º, C.c.: *“Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”*.

³¹ Artículo 822 C.c.: *“La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.*

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

³² Artículo 831 C.c.: *“1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o*

los gastos realizados por los ascendientes para cubrir las necesidades especiales de los descendientes con discapacidad (art. 1.041, párr. 2^o³³, C.c.), y se ha regulado el contrato de alimentos (arts. 1.791 a 1.797 C.c.). Pero esa Ley crea, además, un instrumento que pretende la gestión productiva de esos recursos: el denominado “*patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*”³⁴.

particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”.

³³ Artículo 1.041, párr. 2^o, C.c.: “*Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad*”.

³⁴ Artículo 1.1 de la Ley 41/2003: “*El objeto de esta ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afectación de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*”.

Vide CUADRADO IGLESIAS, C.: *Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con discapacidad*, en “Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García”, t. I, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, págs. 1113-1150; DÍAZ ALABART (S.) y ÁLVAREZ MORENO (M.^a T.): *La protección jurídica de las personas con discapacidad. (Estudio de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, dir. por Díaz Alabart, S., Ibermutuamur, Madrid, 2004; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I: *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, en “Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad”, coord. por Pérez de Vargas Muñoz, J., La Ley, Madrid, 2006, págs. 113-180; LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *El Patrimonio Protegido de las personas con discapacidad: inscripción, administración, supervisión, modificación y extinción*, en A.S.N., t. XVI, vol.

El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se configura como una masa patrimonial carente de personalidad jurídica que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, aislándose del resto del patrimonio personal de su titular, mediante su sometimiento a un régimen de administración y supervisión específico³⁵. La persona en cuyo interés se constituye el patrimonio, es decir, su beneficiario, será su titular. Ese individuo ha de ostentar la condición de persona con discapacidad conforme a lo dispuesto en la propia Ley 41/2003³⁶.

Por lo que respecta al constituyente –y en contra del tenor literal de la Ley, que se refiere también a los padres sin exigir que sean titulares de la patria potestad, al curador, e incluso al guardador de hecho³⁷–, consideramos que únicamente ostentan legitimación para constituir válidamente el patrimonio protegido de una persona con discapacidad el propio interesado, cuando tenga “*capacidad de obrar suficiente*”, y las

2, 2008, págs. 35-146; LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J.: *Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n. 687, enero-febrero, 2005, págs. 31-60; MARTÍNEZ DÍE, R.: *La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*, en “El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos”, coord. por Garrido Melero (M.) y Fugardo Estivill (J. M.^a), t. II, Bosch, Barcelona, 2005, págs. 125-194; PEREÑA VICENTE, M.: *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, en Actualidad Civil, núm. 15, septiembre 2004, págs. 1758-1771; y *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006; y SEDA HERMOSÍN, M. A.: *El Patrimonio Protegido del discapacitado: constitución y responsabilidad*, en A.S.N., t. XVI, vol. 2, 2008, págs. 3-31.

³⁵ En concreto, en virtud del apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, “el objeto inmediato de esta ley es la regulación de una masa patrimonial, el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de una persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”.

³⁶ Artículo 2.2 de la Ley 41/2003: “A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento”.

³⁷ Artículo 3.1 de la Ley 41/2003: “Podrán constituir un patrimonio protegido:

- a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.
- b) Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.
- c) El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores les hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil”.

personas facultadas (por él mismo o por la ley) para actuar en su nombre e interés³⁸. Cualquier otra persona que justifique un interés legítimo y ofrezca “*al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*” podrá solicitar la constitución del patrimonio protegido al beneficiario con capacidad suficiente, o a sus representantes legales³⁹.

Para crear un patrimonio protegido, se requiere, inexcusablemente, que haya una aportación de bienes y derechos adecuados⁴⁰. Estos bienes y derechos pueden proceder del patrimonio personal del propio beneficiario, o del de un tercero. A nuestro juicio, como se trata de proporcionar recursos al beneficiario para la satisfacción de sus necesidades vitales, cualquier activo patrimonial se reputará apto para ser aportado al patrimonio protegido; caben, por tanto, aportaciones dinerarias y no dinerarias; y, entre estas últimas, de bienes muebles e inmuebles, de derechos de goce y disfrute, de derechos de crédito, participaciones en empresas o fondos de inversión, etc.

También podrán hacerse aportaciones al patrimonio protegido, una vez constituido, por cualquier persona con interés legítimo para ello. Todas las aportaciones (iniciales o posteriores) se realizarán a título gratuito y gozarán de beneficios fiscales⁴¹.

La gestión del patrimonio protegido se encomienda al administrador, quien, en caso de no venir designado por el constituyente, será señalado por el Juez⁴². Este

³⁸ Así se deduce del artículo 1.259 C.c., según el cual “*Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.*

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

³⁹ Artículo 3.2, párr. 1º, de la Ley 41/2003: “*Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin*”.

⁴⁰ De hecho, en el documento público de constitución ha de incluirse “*El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido*” [art. 3.3, a), de la Ley 41/2003].

⁴¹ Artículo 4.2 de la Ley 41/2003: “*Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.*

En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiese ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad”.

nombramiento sólo podrá recaer sobre aquellas personas o entidades que ostenten capacidad para ejercer la tutela⁴³, lo que implica que, tratándose de personas físicas, sólo podrán ser administradores los mayores de edad no incapacitados que no se hallen incurso en alguna de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 243 a 245 del Código civil español⁴⁴. También podrán asumir el cargo de administrador del patrimonio protegido las personas jurídicas válidamente constituidas, siempre que carezcan de ánimo de lucro y cuenten entre sus fines con el de protección de personas con discapacidad⁴⁵. La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, que, en cada caso, instará del Juez la adopción de las medidas que considere oportunas⁴⁶.

El patrimonio protegido se extinguirá por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, por dejar éste de ostentar la condición de persona con discapacidad, o por decisión judicial⁴⁷.

⁴² Artículo 5.6 de la Ley 41/2003: “Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal”.

⁴³ Artículo 5.5 de la Ley 41/2003: “En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables”.

⁴⁴ Artículo 241 C.c.: “Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurran alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”.

⁴⁵ Artículo 242 C.c.: “Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”.

⁴⁶ Artículo 7.1 de la Ley 41/2003: “La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

El Ministerio Fiscal actuará de oficio o a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido”.

⁴⁷ Así resulta de los artículos 6.1 (“El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta ley”) y 7.1 de la Ley 41/2003 (“La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso ... la extinción del patrimonio protegido...”).

V. LA LEY DE DEPENDENCIA⁴⁸

Después del “Año europeo de las personas con discapacidad”, se aprobó en España la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Con ella, el legislador pretende atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, ayudándoles a alcanzar una mayor autonomía personal y a ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía.

En este sentido, el artículo 2.1 de la Ley define la autonomía como la capacidad de adoptar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con sus preferencias personales, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria. En cambio, la dependencia supone el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida (art. 2.2).

Consciente de la carencia de estructura y medios del actual modelo familiar español para asistir a las personas carentes de autonomía, la Ley 39/2006 configura una red pública de atención a las personas dependientes –conocida como Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)-, que coordinará los centros y servicios tanto públicos como privados. A la financiación de ese sistema contribuirán el Estado, las Comunidades Autónomas, y el propio beneficiario en función de su capacidad económica (sin que la aportación de este último pueda exceder, en ningún caso, del 30% del coste efectivo del servicio que requiera).

⁴⁸ Sobre dependencia, véanse PEREÑA VICENTE, M.: *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2006; PÉREZ YÁÑEZ (R.) y DE LA PUEBLA PINILLA (A.): *Un notable avance en la protección social de las personas dependientes: la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, en *Relaciones Laborales*, núm. 5, t. I, La Ley, Madrid, 2007, págs. 851 y ss.; y VEIGA COPO, A.B.: *Los retos de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situaciones de dependencia. Entre lo público universal y lo privado asegurativo*, en *Diario La Ley*, núm. 6699, 2007, págs. ss.

Según su artículo 13, las prestaciones reguladas en la Ley 39/2006 deben orientarse a la consecución de una mejor calidad de vida y autonomía personal de los interesados, lo que exige facilitar una existencia autónoma en su entorno habitual, todo el tiempo que deseen y sea posible. Pero, además, ha de garantizarse la efectiva igualdad de oportunidades de los sujetos dependientes, de manera que debe proporcionárseles un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad.

Para alcanzar esos objetivos, la norma contempla dos tipos de ayudas: prestaciones de servicios y prestaciones económicas (art. 14). Entre las primeras se incluyen servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal, de teleasistencia, de ayuda a domicilio para atender las necesidades domésticas, centros de día o noche de atención al dependiente, atención continuada en centros residenciales, o ayudas técnicas para la adaptación y accesibilidad del hogar (art. 15). Cuando no sea posible prestar directamente el servicio por parte de la Administración o por parte de un centro privado concertado, se concederá al interesado una prestación económica periódica para sufragarlo (art. 17.2). Además, con carácter excepcional, también podrán concederse ayudas económicas a los cuidadores no profesionales (familiares) que cumplan determinadas condiciones (art. 18).

El acceso a los servicios previstos en la Ley se determinará atendiendo al concreto grado de dependencia y a la capacidad económica de la persona. Existen, según el artículo 26 de la Ley 39/2006, tres grados de dependencia:

- Grado I: dependencia moderada. Cuando la persona necesita ayuda para realizar las actividades de la vida diaria al menos una vez al día.
- Grado II: dependencia severa. Cuando la persona necesita ayuda dos o tres veces al día, pero no requiere la asistencia permanente de un cuidador.
- Grado III: gran dependencia. Cuando, por la pérdida absoluta de autonomía física, mental o sensorial, la persona requiere de la asistencia continua de otra persona.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Los esfuerzos realizados en las últimas décadas por el legislador español para reforzar las medidas a disposición de las personas vulnerables merecen, sin duda alguna, una valoración positiva.

Sin embargo, todavía quedan muchas reformas por afrontar, de entre las cuales conviene destacar, en primer lugar, la del procedimiento incapacitador. En efecto, aunque en teoría la sentencia de incapacitación debería contener soluciones adecuadas a las concretas circunstancias y necesidades del interesado, en la práctica –y, en buena medida, debido a la insuficiencia de juzgados especializados- los remedios adoptados suelen ser los mismos para supuestos tan dispares como la demencia, la esquizofrenia, la oligofrenia, la depresión, cualquier psicopatía, la drogodependencia o el alcoholismo, lo cual constituye un auténtico disparate. Por ello, cierta doctrina aboga por acoger un sistema más flexible y menos traumático, similar al establecido en otros ordenamientos extranjeros como el alemán o el italiano.

De otro lado, en un sistema que probablemente –y, por desgracia, en breve- no podrá garantizar la asistencia a todas las personas dependientes o discapacitadas, crear los instrumentos adecuados para asegurar su protección patrimonial con recursos privados resulta imprescindible, y, en este ámbito, las reformas acometidas son insuficientes; así, por ejemplo, el patrimonio protegido, además de presentar una regulación claramente mejorable, no constituye una solución para la protección patrimonial de las personas con discapacidad, sino una medida complementaria. Asimismo, parece estar pensado para patrimonios de una cierta entidad. Para paliar esta carencia de instrumentos patrimoniales apropiados, los autores proponen, por ejemplo, la eliminación del sistema de legítimas, o la supresión de los impuestos que gravan las transmisiones a título gratuito a favor de dependientes o discapacitados.

Todo lo anterior pone de manifiesto que, aunque estamos en la senda correcta, todavía queda mucho por recorrer.