

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN

Cuando pensamos en colectivos que puedan resultar afectados por el fenómeno de la vulnerabilidad resulta inevitable que uno de los primeros supuestos que venga a nuestra mente sea el de las personas que padecen una discapacidad. Y es que, a nadie escapa que la discapacidad (ya sea física, sensorial o psíquica) puede conducir a la persona que la padece a una situación de desprotección. De hecho, tal y como ha puesto de manifiesto el Banco Mundial en el informe publicado el 21 de marzo de 2021, las personas con discapacidad tienen más probabilidades de sufrir resultados socioeconómicos adversos, con menos oportunidades de formación, peores resultados de salud, niveles más bajos de empleo y mayores tasas de pobreza¹. Además, hay que tener en cuenta que se trata de un colectivo que también ha sufrido de un modo agravado las consecuencias de la pandemia: muchas personas con discapacidad han perdido a familiares que venían prestándoles cuidados y asistencia, han debido hacer frente al cierre temporal de las distintas organizaciones y asociaciones en las que recibían apoyo o se han visto obligadas a prescindir de la realización de un buen número de actividades con importantes efectos terapéuticos para ellas.

Las causas que pueden dar lugar a una discapacidad son muy variadas: algunas están presentes en el sujeto desde el mismo momento de su nacimiento, otras surgen de forma súbita e inesperada y muchas otras van apareciendo de forma progresiva, frecuentemente unidas al aumento de la edad. En relación a este último aspecto, ha de tenerse en cuenta que los avances médicos y sociales han ido favoreciendo un alargamiento de la esperanza de vida: cada vez vivimos más y, como consecuencia de ello, el número de personas que integran el colectivo de la tercera

¹ *Vid.* <https://www.bancomundial.org/es/topic/disability> (fecha de última consulta: 20/08/2021).

edad ha ido creciendo de forma exponencial; y todo parece indicar que la situación, lejos de aminorarse, irá en aumento, ya que al alargamiento progresivo de la esperanza de vida hay que unir el hecho de que la generación del llamado *baby boom* está comenzando a llegar a la jubilación, y en los próximos años pasará a integrar el colectivo de la tercera edad. Inevitablemente, ello ha ido acompañado del auge de algunas enfermedades propias de la senectud, como demencias o Alzheimer. Enfermedades que en muchos casos limitan la capacidad de obrar e impiden el autogobierno a quien las padece. Y es que, aunque discapacidad y tercera edad no son situaciones que vayan irremediabilmente unidas, a nadie escapa que el riesgo de padecer algún tipo de discapacidad aumenta a medida que nos hacemos mayores.

Los últimos datos publicados por la Unión Europea dejan patente la relevancia que tiene la edad en materia de discapacidad, pues evidencian que más de un tercio de las personas mayores de 75 años tienen sus capacidades limitadas². Además, mientras que en el tramo de población que se encuentra entre los 16 y los 44 años el porcentaje de personas con limitaciones en la actividad se sitúa en un 11,5%, dicha cifra se eleva hasta el 72,2% cuando se trata de mayores de 85 años. Y si atendemos a la situación en España, los datos muestran que la esperanza de vida saludable sin discapacidad, en las mujeres, se sitúa en 69,9 años frente a los 16,2 años de vida con discapacidad; mientras que las variables en hombres se calculan en 69 y 11,6 años, respectivamente³. Ello es consecuencia de que la esperanza de vida de la mujer es mayor que la del varón, lo que provoca que el sexo predominante en la tercera edad sea el femenino, y que, por tanto, sean las mujeres quienes se vean afectadas en mayor medida por discapacidades vinculadas a la etapa de senectud (o al menos, quienes las padecen durante periodos más prolongados)⁴.

Dado que todo parece indicar que la esperanza de vida irá aumentando progresivamente en los años venideros, es de esperar que también lo hagan las diferentes enfermedades y trastornos vinculados a la fase de senectud. De hecho, es probable

² Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la Estrategia Europea sobre Discapacidad posterior a 2020 (B9-0123/2020) y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras. Disponible en: https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/docs/estrategia_europea_discapacidad_2010_2020.pdf (fecha de última consulta: 24/07/2021).

³ Vid. Informe OLIVENZA 2019, sobre la situación general de la discapacidad en España, pp. 107-110. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1mLyQEyD2M1ez8YXYdMX3e3huJcMxGbc/view> (fecha de última consulta: 12/07/2021).

⁴ Vid. PÉREZ MONGE, Marina, “Pérdida progresiva de la capacidad natural ligada a la edad y voluntades anticipadas: ¿puede ser relevante la perspectiva de género?”, en AA.VV.: *Construyendo la igualdad: la feminización del derecho privado. Carmona III* (dir. TORRES GARCÍA, Teodora Felipa; coord. INFANTE RUIZ, Francisco José, OTERO CRESPO, Marta y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Amalia), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 198-199.

que muchos de nosotros nos veamos afectados por algún tipo de discapacidad a lo largo de nuestra vida; y, aunque una persona no atravesase ninguna situación que pueda limitar su capacidad, es seguro que habrá de estar en contacto con personas que padezcan diferentes discapacidades, por lo que estamos ante un fenómeno que no resulta ajeno a ningún integrante de la sociedad.

Cuando se trata de discapacidades físicas y sensoriales (ej. movilidad reducida, ceguera, sordera, etc.), las medidas de protección deben estar dirigidas principalmente a eliminar las barreras (no solo arquitectónicas) a las que estas personas deben enfrentarse, de modo que pueda garantizarse su plena participación en la vida pública. Pero en los supuestos de discapacidades de carácter intelectual la situación se agrava, pues no solo deben adoptarse medidas tendentes a garantizar su correcta integración en la sociedad, sino que habrán de establecerse también mecanismos que traten de proteger adecuadamente a estas personas en su desenvolvimiento en la misma.

Durante muchas décadas, los cuidados a las personas con discapacidad han sido prestados *de facto* en el ámbito familiar, sin necesidad de que fuera establecida judicialmente ninguna medida específica de protección. No obstante, los cambios que se han producido en la estructura social dificultan el mantenimiento de este modelo. Entre ellos: la incorporación de la mujer al mercado laboral (hay que tener en cuenta que son las mujeres quienes han venido asumiendo mayoritariamente los cuidados de los familiares dependientes) o la modificación de los núcleos de convivencia, pues se ha pasado de convivir varias generaciones en un mismo hogar (lo que sin duda facilitaba el cuidado de los familiares dependientes) a núcleos de convivencia muy reducidos.

Por todo lo anterior, no es extraño que muchas personas deseen anticiparse a estas situaciones y establecer previsiones para atender a su situación personal y patrimonial para el caso de que en el futuro no cuenten con la capacidad de discernimiento necesaria para adoptar sus propias decisiones. Sobre todo, cuando la discapacidad tiene su origen en enfermedades de tipo degenerativo, pues en estos casos la pérdida de la capacidad natural es progresiva, por lo que en los estadios iniciales de la enfermedad el sujeto suele ser perfectamente consciente del avance de la misma y de que probablemente terminará afectando a su capacidad de autogobierno.

Al respecto, en las últimas décadas se viene experimentando un creciente interés por garantizar la autonomía de la voluntad del individuo que sufre discapacidad, tanto en los asuntos de índole patrimonial como en el ámbito familiar y otros reservados tradicionalmente al estatuto personal. Como consecuencia de ello, la tendencia actual se dirige hacia la flexibilización de los sistemas de protección de las personas con discapacidad, permitiendo que los sujetos puedan establecer con carácter anticipado y ante la hipótesis de un deterioro progresivo de sus facultades, previsiones referentes a su protección patrimonial y/o personal.

Buena prueba de ello es la reciente promulgación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante Ley 8/2021), que entró en vigor el pasado 3 de septiembre y que tiene como principal propósito la adaptación de nuestro ordenamiento nacional a las previsiones recogidas en el ámbito del Derecho privado por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante Convención de Nueva York de 2006) y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007. Para ello, la nueva ley ha eliminado la incapacitación judicial de nuestro ordenamiento jurídico y ha diseñado un nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad en el que el respeto a la autonomía de la voluntad ha adquirido una importancia capital, situándose en el centro del sistema. En lo que aquí más nos interesa, ha reforzado la posibilidad de establecer anticipadamente medidas voluntarias en previsión de una eventual situación de discapacidad futura. En este sentido, la Ley 8/2021 ha incluido en nuestro Código Civil (en adelante CC) una regulación específica de la denominada autocuratela y de los poderes y mandatos preventivos, extendiendo su ámbito de aplicación y favoreciendo de este modo la autonomía de la voluntad de las personas en la gestión de la propia discapacidad. Y a ello hay que añadir la posibilidad de establecer voluntades anticipadas relativas a la salud para el supuesto de que, en el momento de llevar a cabo un determinado tratamiento médico, la persona no esté en condiciones de poder manifestar su voluntad, lo que puede deberse a diversas causas, entre las que obviamente se encuentra el posible padecimiento de una discapacidad.

A lo largo de estas páginas voy a llevar a cabo un análisis sistemático de las posibles medidas voluntarias a adoptar en previsión de una eventual situación de discapacidad futura. Pero antes, para que el lector pueda situarse, me detendré brevemente en el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad instaurado como consecuencia de las reformas legislativas acontecidas en los últimos tiempos y en el papel preeminente que ha adquirido la autonomía de la voluntad en el ámbito de la discapacidad, que se manifiesta en diferentes aspectos: el reconocimiento de una mayor autonomía de actuación a las personas con discapacidad, la admisión de que la propia persona interesada inste el proceso de provisión de apoyos, el reforzamiento del derecho de la persona con discapacidad a participar en el seno del procedimiento de provisión de apoyos o, lo más relevante para esta investigación: la posibilidad de establecer medidas de apoyo de carácter voluntario.

Posteriormente, me centraré ya en las tres principales medidas que puede adoptar una persona en previsión de una discapacidad futura: la autocuratela, los poderes y mandatos preventivos y los documentos de voluntades anticipadas. Comenzaré exponiendo el fundamento común de dichas medidas y, a continuación, descenderé a cada una de ellas, analizando diferentes cuestiones, como sus antecedentes inmediatos, su marco jurídico actual, su concepto, los presupuestos

necesarios para su establecimiento o su posible contenido. Seguidamente, me referiré a la posibilidad de que las mencionadas medidas voluntarias concurren entre sí y con otras medidas que puedan ser adoptadas judicialmente. Después, pasaré a abordar los mecanismos de control y salvaguarda para garantizar el buen desarrollo de las medidas voluntarias de autoprotección. Continuaré con una referencia a la publicidad de dichas medidas, que podrá hacerse efectiva a través del Registro Civil, del Registro de la Propiedad y de los Registros de voluntades anticipadas. Finalmente, aludiré a su posible modificación o extinción.

Antes de cerrar el apartado introductorio me gustaría hacer una breve mención a la oportunidad de este estudio, pues creo que nos encontramos ante un momento óptimo para llevarlo a cabo, dado que acaba de entrar en vigor la nueva normativa de protección de las personas con discapacidad, lo que hace que su carácter novedoso quede fuera de toda duda. Además, considero que cuenta con una utilidad práctica real, proporcionando información extremadamente provechosa a todas aquellas personas que estén interesadas en adoptar medidas voluntarias en previsión de una eventual discapacidad futura. No en vano, este es uno de los principales objetivos del trabajo. Y ello sin perjuicio de que, como ocurre con cualquier investigación jurídica que pretenda ser rigurosa, el examen completo de la cuestión exija adentrarse también en algunos aspectos dogmáticos y en los principales debates jurídicos que se plantean en relación a las diferentes cuestiones que rodean a este tipo de medidas, pues solo de esta manera se puede alcanzar un conocimiento exhaustivo del tema.