

La incapacidad: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de personas con discapacidad. Novedades en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en el ámbito penal

María Victoria Rodríguez Caro

Licenciada en Derecho y en Criminología. Máster en Sistema penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad. Abogada. Fiscal Sustituta

Los más recientes pronunciamientos jurisprudenciales advierten que la sentencia de incapacidad ha de hacer un “traje a medida”, determinando los ámbitos y el grado de la discapacidad en interés y para la protección del afectado, determinando cuál sea el régimen de guarda o tutela que deba designarse en función, no sólo de su enfermedad o deficiencia física/psíquica, sino también de sus circunstancias familiares, económicas, sociales, etc. Del mismo modo, la necesidad de mayor protección y, en general, el respeto por los derechos de las personas con capacidad judicial modificada tiene también su reflejo en los recientes cambios introducidos por el legislador penal.

Sumario:

- I. Protección del discapacitado como principio inspirador
- II. Discapacidad y derecho de sufragio
- III. Procedimiento de Incapacitación
- IV. Tutela y Curatela
- V. Tutela y Curatela en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria
- VI. Otras manifestaciones de la protección de personas con discapacidad

Normativa comentada

- Art. 199 a 313 Código Civil.
- Arts. 756 a 762 Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (nº 282/2009, de 29 de abril, nº 421/2013, de 24 de junio, nº 341/2014, de 1 de julio, nº 372/2014, de 7 de julio, nº 382/2014, de 11 de julio nº 244/2015, de 13 de mayo)
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006.
- Art. 43 a 52 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.
- Doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo (nº 282/2009, de 29 de abril, nº 421/2013, de 24 de junio, nº 341/2014, de 1 de julio, nº 372/2014, de 7 de julio, nº 382/2014, de 11 de julio nº 244/2015, de 13 de mayo).

I. Protección del discapacitado como principio inspirador

El art. 200 del Código Civil (en adelante CC) regula las causas de incapacitación refiriéndose a "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". La clave se encuentra en la capacidad de autogobierno que corresponde a toda persona y que, desde el punto de vista médico presenta tres dimensiones: a) la patrimonial, en el sentido de autonomía e independencia en la actividad socioeconómica, b) la adaptativa e interpersonal, relativa a la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural, y c) la personal, que se corresponde con la capacidad para desenvolverse eficazmente dentro de su entorno, manteniendo una existencia independiente por ser capaz de satisfacer por sí mismo el individuo las necesidades físicas más inmediatas, básicamente alimentación, higiene y autocuidado.

El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan o excluyen el autogobierno, constituirán causas de incapacitación, bien porque impidan el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o bien porque anulen o mermen la voluntad. Pero debe tenerse en cuenta que la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad.

El referido art. 200 del CC y el art. 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), que regula la incapacitación judicial, deben ser interpretados bajo la

consideración de que la persona con discapacidad sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección, afectándolos sólo y exclusivamente en la medida en que sea necesario, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y/o volitivas tenga en su autogobierno, y, por ello, en tanto le impidan el pleno ejercicio de sus derechos como persona. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo nº 282/2009, de 29 de abril, y nº 341/2014, de 1 de julio,

“la incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.”

Por esa razón, en el procedimiento de incapacidad de lo que se trata es de averiguar el grado de incapacidad que afecta al sujeto para determinar cuál es la concreta necesidad de protección y satisfacerla a través del organismo tutelar más adecuado y además adaptándolo para complementar o suplir los ámbitos de capacidad afectados, según el caso requiera. La graduación de la incapacidad supone la contemplación de situaciones tan variadas como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas afectadas, debiendo ser tenido en cuenta, además, el contexto en que se desarrolla la vida del concreto afectado. En palabras del Tribunal Supremo, se trata de confeccionar un

“traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiriera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda.”

II. Discapacidad y derecho de sufragio

Llaman la atención las SSTs nº 341/2014, de 1 de julio y nº 421/2013, de 24 de junio, sobre el hecho de que la privación del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total. La Convención de Nueva York en su art. 29 garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones. Por su parte, el art. 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, establece la obligación de los jueces de pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para su ejercicio, porque una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitar correctamente este derecho.

III. Procedimiento de Incapacitación

El derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que impone el art. 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (STC nº 174/2002, de 9 octubre).

El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El art. 757 de la LEC regula la legitimación especial en este proceso, restringida al propio incapaz y parientes próximos^[1] (el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del mismo), sin perjuicio de que cualquier persona pueda hacer llegar al Ministerio Fiscal la noticia de la existencia de una persona discapacitada necesitada de protección, ya que también el Ministerio Fiscal está legitimado para instar el procedimiento de incapacidad. La intervención del Ministerio Fiscal es, en todo caso, preceptiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 749 de la LEC, de forma imparcial (art. 124.2 CE), como defensor de la legalidad y de los derechos de las personas afectadas, velando por la satisfacción del interés social (art. 3 de su Estatuto Orgánico Ley 50/1981, de 30 de octubre), hasta el punto de que si no insta el procedimiento y el presunto incapaz no se persona por sí, el ministerio público asume su defensa (art. 758 LEC).

Además, en el juicio de incapacitación los principios dispositivo y de aportación de parte quedan condicionados por la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. Conforme al art. 752.1 LEC, el juicio de incapacitación debe decidirse " con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento". El tribunal, por tanto, no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos (art. 752.1.II LEC), puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinente pero, en cualquier caso, necesariamente ha de explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos.

Entre las referidas pruebas legales, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar la convicción, hasta tal punto, que un tribunal no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder

hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio).

Por otra parte, en estos procedimientos no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (art. 752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada, lo que le obliga a un reforzado deber de motivación, justificando plenamente cómo ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.

En todo caso, la sentencia que declara la incapacidad no produce efecto de cosa juzgada de forma que, como señala el art. 761 de la LEC, "la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida."

IV. Tutela y Curatela

Conforme al art. 760.1 de la LEC, "la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado...", al mismo tiempo, en la resolución, si se hubiera solicitado expresamente, se nombrará a la persona que, con arreglo a la Ley, haya de asistir o representar al incapaz y velar por él.

El contenido de la tutela está en función del alcance de la incapacitación y, en concreto, de los ámbitos para los cuales se haya previsto la protección y su contenido (representación, supervisión, asistencia, cuidado...).

Cuando proceda la incapacidad total, porque no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que esta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra, la guarda legal que corresponde constituir es la tutela. El tutor asume la representación legal de la persona incapacitada, en la medida que resulte necesaria para los intereses de esta última; la tutela abarca tanto el cuidado y la atención personal como la administración del patrimonio del declarado totalmente incapaz (arts. 269 y 270 CC), se ejerce bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 232 CC). Quedan a salvo aquellos actos que la persona discapacitada pueda realizar por sí sola, ya sea por Ley (los derechos personalísimos) o por la sentencia de incapacitación (art. 267 CC).

La curatela se concibe en términos más flexibles, conforme al art. 289 CC tiene por objeto la asistencia del curador al incapacitado parcialmente en la realización de aquellos actos que expresamente imponga la sentencia y sólo en el caso en que " 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, según el Código, autorización judicial" (art. 290 CC, enumerados en el art. 272 CC). Pero debe tenerse en cuenta que el código civil no circunscribe expresamente la curatela a la esfera patrimonial, sino que podrán atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la

supervisión del sometimiento del incapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad, conforme a la jurisprudencia que emana, entre otras, de la STS 995/1991, de 31 diciembre.

Por tanto, para determinar si procede una institución tutelar u otra, habrá que estar a la sentencia de incapacitación, pues si el incapaz ha de ser representado, aunque sólo lo sea en el ámbito patrimonial, deberá constituirse la tutela, mientras que si no se atribuye representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado.

En cuanto a los llamados para ejercer la tutela, el art. 234 del CC determina el orden de prelación al señalar que "para el nombramiento de tutor se preferirá: 1º El designado por el propio tutelado, conforme al art. 223 CC. 2º El cónyuge que conviva con el tutelado. 3º Los padres. 4º La persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad. 5º El descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez", aunque "excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere."

La alteración del orden legal ha de responder, en todo caso, al interés del incapaz y no al de las personas llamadas, porque el ejercicio del cargo de tutor constituye un deber legal; si el llamado en primer lugar carece de la idoneidad exigida (imposibilidad, enemistad con el incapaz, conflictividad familiar, etc.), se designará a los sucesivamente llamados según el orden previsto en el art. 234 CC, motivándolo expresamente en la sentencia.

V. Tutela y Curatela en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria

Bajo la rúbrica "De la tutela, la curatela y la guarda de hecho", la nueva [Ley de Jurisdicción Voluntaria](#) de reciente aprobación parlamentaria dedica el Capítulo IV del Título II, relativo a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas. En los arts. 43 a 52 la nueva ley aborda la tan esperada sustitución del contenido de los preceptos correspondientes de la LEC/1881 (arts. 1833 a 1879) siendo lo más destacado el uso de una terminología actualizada (aunque no termina el legislador de ponerse de acuerdo sobre cómo hay que llamar al antiguo "incapaz"), la asunción de los principios de igualdad y de protección del interés superior de los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada y el tratamiento sistemático del aspecto procedimental de las disposiciones del código civil sobre la materia (arts. 222 a 293).

Se trata de determinar los trámites a seguir para la constitución de la tutela y de la curatela cuando, como más arriba quedó dicho, no se lleve a cabo en el correspondiente proceso judicial de incapacitación (arts. 44 y 45); igualmente se ocupa de los aspectos accesorios como son la prestación de fianza, aceptación y posesión del cargo (art. 46), la formación de inventario (art. 47), su retribución (art. 48), remoción (art. 49), excusa (art. 50) y rendición de cuentas (art. 51). Básicamente, la competencia para conocer del expediente corresponde al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada

judicialmente (que se extiende a las incidencias posteriores salvo que el afectado varíe su domicilio/residencia); se potencia la intervención del Secretario Judicial incrementando su intervención, no será preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador, salvo en el relativo a la remoción del tutor o curador (se precisará Abogado), y la presencia del Ministerio Fiscal en estos expedientes, que los promoverá o intervendrá en beneficio del menor o persona con la capacidad judicialmente modificada .

Destacar que, si bien el tratamiento conjunto de los cargos de tutor y curador simplifica la regulación evitando reiteraciones, sin embargo también introduce una cierta distorsión en relación a la regulación sustantiva, pues en realidad determinados aspectos como la formación de inventario o la prestación de fianza sólo son de aplicación a la tutela. Específicamente en materia de señalamiento de una retribución para el curador, no prevista en el Código Civil, surge de la nueva regulación procesal apoyo para establecerla, en caso de que se trate de un cargo permanente, el patrimonio del afectado lo permita y se den circunstancias que lo justifiquen, tal como un sector de la doctrina venía demandando, si bien la cuestión no es pacífica.

VI. Otras manifestaciones de la protección de personas con discapacidad

Se trata de un colectivo especialmente vulnerable, incluyendo la categoría no solo a quienes, conforme a lo que se ha señalado, hayan sido incapacitadas judicialmente sino también a quienes ostenten la condición de "persona con discapacidad", según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (que ha sido derogada al ser sustituida por el [RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), en cumplimiento del art. 49 de la Constitución Española de 1978 (en adelante CE).

La Convención de NU sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano, al señalar cómo, al interactuar con diversas barreras, puede verse impedida la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Se crea una nueva realidad legal y judicial dirigida a superar las desigualdades, provocando el cambio de las actitudes ante las situaciones de discapacidad, correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE)

1. Alimentos a los hijos con discapacidad. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 372/2014, de 7 de julio

El supuesto se refiere a un juicio sobre modificación de medidas definitivas adoptadas en procedimiento matrimonial en que, entre otros pronunciamientos, el actor pretendía la extinción de la pensión alimenticia que estaba obligado a abonar para su

hijo de 27 años, que habiendo finalizado los estudios diez años antes, se encuentra inscrito como demandante de empleo, y padece un "trastorno esquizofrénico paranoide que le incapacita para cualquier tipo de trabajo, y que le hace absolutamente dependiente de su madre", reconociendo las partes que sufre una discapacidad superior al 65%.

La sentencia del Juzgado estimó la pretensión y declaró extinguida la prestación de alimentos del hijo por considerar que habiendo alcanzado la mayoría de edad es de aplicación el régimen previsto en el art. 142 del CC, y con una discapacidad superior al 65% puede acceder a una pensión por invalidez proveniente del sistema público que sea suficiente para cubrir sus necesidades; la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, confirmó dicho pronunciamiento en sentencia dictada de 18 de mayo de 2012. El Tribunal Supremo admitió el recurso de casación formulado por interés casacional, el cual deriva de la situación del hijo, con una discapacidad superior al 65%, que le impide llevar una vida independiente y necesita apoyo para las actividades diarias.

Recuerda la STS que

“los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (STS 5 de noviembre 2008), lo que no es del caso. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española (STS 8 de noviembre 2008). Esta obligación se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Será la sentencia de incapacitación la que en su caso acordará esta rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos

momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.”

En consecuencia, la STS 372/2014 casa la sentencia y declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: “la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos.” y ello aunque no se haya declarado judicialmente la incapacidad ni se haya rehabilitado/prorrogado la patria potestad.

2. Subrogación en el arrendamiento por hijos con minusvalía. La Sentencia del Tribunal Supremo nº 386/2014, de 11 de julio

El supuesto se refiere a los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistían en la fecha de entrada en vigor de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; éstos se rigen por las normas relativas al contrato de inquilinato de la citada ley, salvo las modificaciones contenidas en la Disposición Transitoria segunda que, en lo que aquí interesa, en su apartado B), relativo a la extinción y subrogación, recoge como regla general que el contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado y que, como excepción (número 4), se autoriza la subrogación del hijo que conviviera con el arrendatario durante los dos años anteriores a su fallecimiento y estuviera afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en los términos de la Disposición Adicional 9ª, correspondiendo a las personas que ejerciten la subrogación probar la condición de convivencia con el arrendatario fallecido, que deberá ser habitual y darse necesariamente en la vivienda arrendada (número 9). Pero si al tiempo del fallecimiento no concurre la minusvalía en el grado requerido, la subrogación del hijo se produce pero el contrato se extingue a los dos años a contar de aquel momento.

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, en sentencia de fecha 27 de septiembre de 2011, dictada en juicio verbal de desahucio reconducido después a juicio ordinario, decretó la extinción del contrato de arrendamiento celebrado en el año 1971, estimando la pretensión del actor, según el cual no concurren los requisitos para la subrogación del demandado (hijo del arrendatario fallecido), ya que en el momento del fallecimiento del mismo no había sido declarada administrativamente la minusvalía del 65%; por su parte el demandado y recurrente opone que la causa de incapacidad concurría al tiempo del fallecimiento de su padre y arrendatario inicial, aun cuando fuera declarada posteriormente.

El Alto Tribunal admitió a trámite el recurso que había sido formulado en interés casacional, para la unificación de doctrina referente a las dos corrientes contradictorias de las Audiencias Provinciales en la interpretación de la Disposición Transitoria 2ª b), apartado 4º, párrafo 3º, de la [Ley 29/1994](#)[2], en relación con el art. 16 y la Disposición Adicional novena del citado Texto legal[3].

– para algunas Audiencias, basta para que se produzca válidamente la subrogación con que concorra la incapacidad en el momento de la defunción del arrendatario, aunque

no haya sido entonces formalmente declarada o reconocida, siempre y cuando la declaración se emita dentro de los dos años. (SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 23 de septiembre de 2008), aludiendo al espíritu de la norma

– para otras, como la recurrida (SAP) la condición de minusválido y el grado correspondiente, deben estar declarados en el momento en el cual surge el derecho de subrogación, momento coincidente con el del fallecimiento del arrendatario inicial, atendiendo fundamentalmente al carácter restrictivo de la subrogación y a razones de seguridad jurídica.

La STS nº 386/2014 fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

“en la interpretación de la Disposición Transitoria 2ª B) de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, apartado 4º, párrafo 3º, en relación con la Disposición Adicional novena de la misma Ley, en materia de subrogación mortis causa, es suficiente para reconocer la subrogación que se produzca la situación de convivencia y el hijo se encuentra afectado por la minusvalía, sin necesidad de que esta hubiera sido declarada en el momento del fallecimiento del arrendatario por el órgano competente.”

Justifica la sentencia que la ni la Disposición Adicional novena ni la Disposición Transitoria segunda de la LAU exigen que la minusvalía esté ya declarada cuando se produce el fallecimiento del arrendatario, lo único que se exige es que el hijo esté "afectado por una minusvalía". Cierto es que esta DT supone una excepción al régimen transitorio general que y como tal, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, limitada a los supuestos y con las formalidades que exige la LAU, pero señala el Alto Tribunal que una interpretación conforme a la finalidad del legislador, “que no es otra que la de procurar una duración distinta del contrato, aun a costa del arrendador”, en los casos de un hijo en situación de minusvalía, la cual es anterior al fallecimiento del arrendatario, aunque se suscite después su declaración, pero dentro del periodo de dos años tras el fallecimiento, porque según sigue diciendo la STS “lo contrario supondría un trato discriminatorio respecto al hijo discapacitado en el momento de la subrogación en relación con el que ya lo era vigente el contrato de alquiler. Pero, además, como reconocen las sentencias que sostienen esta interpretación, supondría un rigor formalista excesivo, contrario al propio tenor literal de la norma, y a la realidad de las cosas, puesto que lo normal es precisamente que se promueva la declaración para obtener la adecuada asistencia social cuando el hijo del arrendatario queda desasistido por el fallecimiento de su padre o madre, o de ambos sucesivamente, no habiendo necesitado probablemente hasta ese momento promover la declaración de minusvalía por encontrarse asistido hasta entonces por sus progenitores.” El argumento de seguridad jurídica que justifica la decisión de la sentencia casada cede frente a la protección del discapacitado.

3. La protección de los discapacitados víctimas de delitos

Una más completa visión de la nueva tendencia a incrementar la protección de este colectivo más necesitado de ella por su especial vulnerabilidad frente al delito, nos obliga a hacer una breve referencia a las últimas reformas legislativas en el ámbito penal.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal tiene como uno de sus objetivos declarados, la recepción en esta norma fundamental de los principios que emanan de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Comienza por la obligada actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad: el texto original del Código Penal se refiere impropia y erróneamente a “minusvalía” o a “incapaces”, una terminología ya superada en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Convención, desde la aprobación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que debe sustituirse por los términos más adecuados de “discapacidad” y de “persona con discapacidad necesitada de una especial protección”.

Y en este sentido destaca especialmente la nueva redacción dada al art. 25 CP por según el cual

“A los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

El hecho de ser la víctima del delito una persona con discapacidad necesitada de especial protección se convierte en una circunstancia a la que el legislador anuda un especial disvalor, previendo una mayor o específica pena, como ocurre con el delito de homicidio, que se convierte en asesinato (art. 139 CP), en el de detención ilegal (art. 166), violencia doméstica (arts. 153 y 173 CP), delitos relativos a la prostitución (arts. 188 y 189 CP), delitos contra la intimidad (art. 197 CP)

Y con el mismo espíritu, se modifica la excusa absolutoria para los delitos patrimoniales entre parientes prevista en el art. 268 del Código Penal: no sólo se excluyen los supuestos en que concurra en la perpetración del delito violencia o intimidación, sino también “abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.”

También se ocupa la Disposición Adicional Primera de esta Ley Orgánica de una más adecuada regulación de la solicitud de esterilización de personas discapacitadas, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca un grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, y a la que se refiere el párrafo segundo del art. 156 del Código Penal que

“deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior, a instancias del

representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y el Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

También en el ámbito del procedimiento penal, la reciente aprobación del Estatuto de la Víctima del Delito por [Ley 4/2015, de 27 de abril](#)[4], viene a reconocer las especiales necesidades de las personas con algún tipo de minusvalía que han sido víctimas de algún delito.

Como su propio nombre indica, la ley tiene la vocación de ser el catálogo general de los derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos. El concepto de víctima se ve ampliado abarcando cualquier delito y todo tipo de perjuicios, ya sean de carácter físico, moral o material irrogados, pero no sólo sufridos por la víctima directa, sino también por las víctimas indirectas, como familiares o asimilados de aquella.

Se trata de corregir la secular postergación de la víctima, en aras del protagonismo del infractor, de forma que:

Las medidas de protección específica se adoptan atendiendo específicamente a la vulnerabilidad de la víctima (art. 23 y 24 del EVD).

Se adoptan medidas para prevenir la conocida como “victimización secundaria”, especialmente al tiempo de prestar su testimonio, evitando su peregrinaje por las diferentes instancias mediante la grabación del mismo, y posibilitando su obtención por medio de técnicos especializados (el EVD modifica los arts. 433, 448 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por primera vez se regula expresamente, en el art. 26 del EVD, el nombramiento de un Defensor Judicial que desde el inicio del Procedimiento Penal vele por sus intereses, en caso de conflicto de intereses entre el discapacitado y su representante legal (piénsese en casos de administración desleal de su patrimonio o de abusos sexuales del tutor).

[1] Como excepción, durante la minoría de edad únicamente podrán ser incapacitados cuando pueda preverse que la discapacidad persistirá una vez alcanzada la mayoría, y en este caso la legitimación activa se restringe a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela sobre el menor (art. 201 CC y art. 757 LEC).

[2] Disposición Transitoria Segunda LAU 29/1994, apartado B) Extinción y subrogación. 4. A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la subrogación a que se refiere el art. 58 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento.

El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior.

No obstante, si el subrogado fuese el cónyuge y al tiempo de su fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación. En este caso, el contrato quedará extinguido a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o por su fallecimiento si está afectado por la minusvalía mencionada en el párrafo anterior.

[3] Disposición Adicional Novena LAU 29/1994. Declaración de la situación de minusvalía. A los efectos prevenidos en esta Ley, la situación de minusvalía y su grado deberán ser declarados, de acuerdo con la normativa vigente, por los centros y servicios de las Administraciones Públicas competentes.

[4] Tiene prevista su entrada en vigor el próximo día 29 de octubre de 2015 (Disp. Final Sexta).