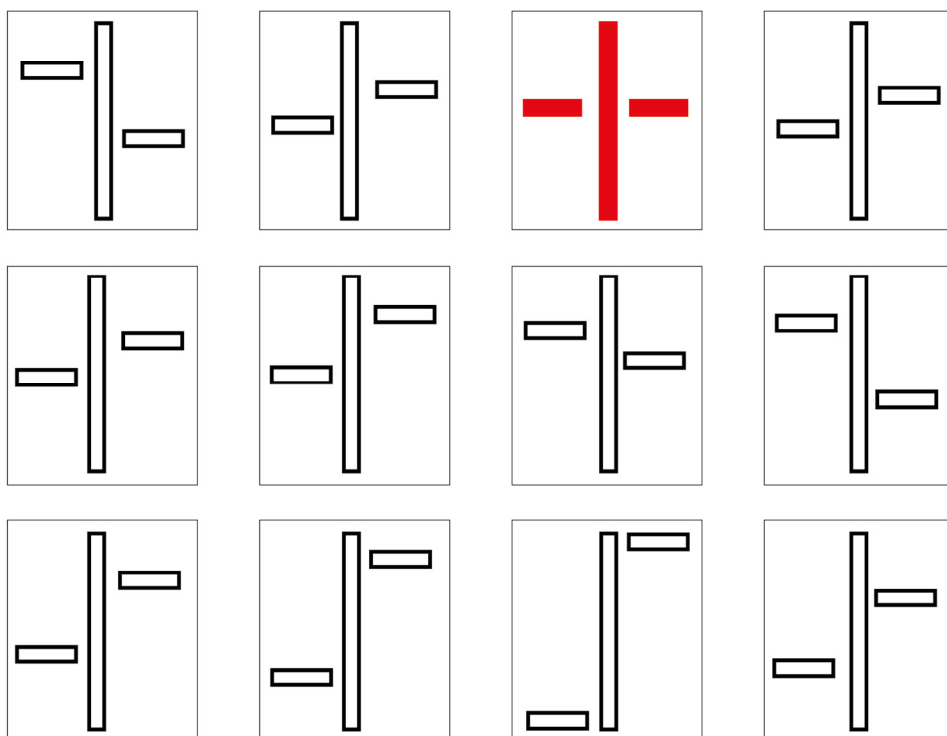


Familia y discapacidad

María Teresa Álvarez Moreno
Cristina de Amunátegui Rodríguez
Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla
Jacques Combret
Silvia Díaz Alabart (coord.)
María Pilar Ferrer Vanrell

M^a Esperança Ginebra Molins
Michel Grimaldi
Carmen Hernández Ibáñez
María Isabel Mondéjar Peña
Marc Pichard
M^a Ángeles Zurilla Cariñana



CEU
*Universidad
San Pablo*

Colección Scientia Iuridica

COLECCIÓN CIENCIA IURIDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

- El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica**, *Aurelia María Romero Coloma* (2007).
- Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral)**, *Jesús Palmou Lorenzo* (2007).
- Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad. La constitucionalización del Derecho social**, *Gabriel Guillén Kalle y Joaquín Almoguera Carreres* (2007).
- Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia**, *Domingo Bello Janeiro* (2008).
- El carácter distintivo de las marcas**, *Clara Ruipérez de Azcárate* (2008).
- La imparcialidad en la función pública**, *Rafael Gil Cremades* (2008).
- La intimidad privada: problemática jurídica**, *Aurelia María Romero Coloma* (2008).
- El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas**, *Silvia Tamayo Haya* (2009).
- El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión**, *Aurelia María Romero Coloma* (2009).
- Breve introducción a las teorías criminológicas**, *Moisés Cayetano Rodríguez* (2009).
- Familia y discapacidad**, *Silvia Díaz Alabart (Coord.)* (2010).

FAMILIA Y DISCAPACIDAD

MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO
CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
JACQUES COMBRET
MARÍA PILAR FERRER VANRELL
M^a ESPERANÇA GINEBRA MOLINS
MICHEL GRIMALDI
CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ
MARÍA ISABEL MONDÉJAR PEÑA
MARC PICHARD
M^a ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA

Coordinación y Prólogo

SILVIA DÍAZ ALABART

Catedrática de Derecho Civil

Presidenta del Grupo español de la Asociación Henri Capitant



CEU
*Universidad
San Pablo*

Madrid, 2010

© Editorial Reus, S. A.
Preciados, 23 - 28013 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 - (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 531 24 08
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2010)
ISBN: 978-84-290-1595-9
Depósito Legal: Z. 1189-10
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S. A.
Ctra. Castellón, Km. 3,400 - 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

PRÓLOGO

La Asociación Henri Capitant tiene ya una larga tradición y una implantación a nivel mundial. Desde su creación en París en el año 1935 hasta nuestros días ha llevado a cabo una importantísima labor en el ámbito del Derecho comparado. Ha propiciado y organizado numerosas jornadas internacionales de estudio sobre muy diversas cuestiones jurídicas. Fruto de ellas son los más de sesenta tomos que recogen los trabajos de la Asociación. Además de estas publicaciones se han hecho otras de distinto tipo.

Entre ellas destacaré por su rigor y utilidad un diccionario jurídico que ya va por la 8ª edición (dirigido por G. Cornu), y por su oportunidad un informe sobre «Les Droits de tradition civiliste en question». En él se respondía de forma, contundente a los informes «Doing Business de la Banque Mondial» en los que sin ningún argumento medianamente serio, se trataba de poner en cuestión el valor de los Derechos codificados para el buen desarrollo económico de los países, mientras que, por el contrario, se ponderaban las virtudes en este sentido del «Common Law». Si bien, como he señalado, el informe carecía de cualquier rigor su gran divulgación hacía imprescindible una respuesta seria, rápida y que también tuviera una amplia difusión. Esos tres requisitos los cubrió perfectamente la respuesta elaborada por la «Henri Capitant».

Después de un paréntesis en el tiempo el grupo español de la Asociación se ha vuelto a incorporar desde hace ya unos años a las tareas de la misma, participando en las distintas Jornadas Internacionales que se han celebrado por todo el mundo con la elaboración de los informes sobre el Derecho español correspondientes a cada una de ellas.

En el año 2007 el actual presidente de la «Henri Capitant», el profesor de la Universidad Pantheon-Assas de París Michel Grimaldi, y su equipo nos animaron a organizar unas Jornadas Hispano-Francesas. Gracias a la especial colaboración de algunos catedráticos y titulares como Juan José Marín López, Pedro Robles Latorre y Elena Lauroba Lacasa así como a la generosa ayuda que nos prestaron la Universidad San Pablo CEU y la de Castilla-La Mancha, se pudieron celebrar a fines de 2007, en las instalaciones de dichas universidades en Madrid y Toledo.

En las jornadas optamos por tratar temas de dos grandes sectores: familia y discapacitados. Ambos temas compartían cualidades que determinaron su elección, la necesidad de reflexionar profundamente sobre algunas de las cuestiones que los vertebran y que entendimos que hacían preciso un replanteamiento sobre ellos y el que se hubieran producido modificaciones recientes en los Derechos de los dos países.

En este momento esas cuestiones no sólo no han perdido un ápice de su actualidad sino que ésta es aún mayor. Obviamente no es este el lugar para entrar en todas, pero si de hacer referencia a algunas, a las que más me preocupan.

En relación con la discapacidad, tema sobre el que desde 2003 hasta este mismo año 2009 se ha legislado profusamente (la Ley 1/2009 de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la de Protección Patrimonial de los Discapacitados es la más reciente), sigue manteniéndose el mismo problema que se planteó desde el primer momento; la absoluta falta de coordinación entre la regulación de la incapacitación (CC y LEC) y la nueva normativa sobre discapacidad.

La situación del incapacitado judicialmente, con todos sus inconvenientes, supone un procedimiento garantista para el posible incapacitado y un ejercicio de las funciones tutelares controlado por el Juez y el Ministerio Fiscal. En cambio, respecto de la protección de los discapacitados y de, algún modo, pensando en ella como alternativa válida a la incapacitación, se establecen nuevas figuras protectoras. De una parte el denominado por nuestra doctrina «apoderamiento preventivo» (art 1732 CC último párrafo, con la redacción dada por la LPPD). En el mismo, el mandato se da «para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste», o bien se trata de un mandato normal en el que se establece que continuará pese a la incapacitación sobrevenida del mandante. La interpretación del 1732 CC «in fine» admite distintas posiciones, pero lo que es seguro es que para algo

tan trascendente como es la situación de quien no puede gobernarse por sí mismo no ofrece un control similar al de las instituciones tutelares, en detrimento de las garantías precisas para el «sujeto vulnerable».

De otra parte, con las nuevas leyes el guardador de hecho, tan escasamente regulado en el CC, y que para nuestro legislador al reformar la tutela en 1983, dejaba de tener virtualidad prácticamente desde que salía a la luz su existencia, ahora parece ser que puede funcionar como si se tratase de un cargo tutelar más. El problema es similar al del apoderamiento preventivo o de protección: la falta de una regulación que deje clara su naturaleza y sus facultades y deberes, y también la carencia de un control externo de su actuación.

Ciertamente que la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil, y de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, introduce alguna regla tendente a paliar la falta de control que he subrayado (por ej. establece la obligación del notario que autorice un poder de protección de notificarlo al Registro Civil donde conste inscrito el nacimiento del mandante), pero no es un «parche» más lo que se necesita, sino el emprender una reforma del conjunto de las instituciones de guarda, en la línea de otros países europeos (Francia, Italia y Alemania, por ejemplo), de forma que tenga la coherencia interna necesaria y que, con la flexibilidad que pide nuestro tiempo, se mantenga el control externo que garantiza una efectiva protección para la persona y los derechos de la persona vulnerable.

Dentro del ámbito de la familia un sector importante es la filiación. La reforma del CC de 1981, en desarrollo del art 39,2 CE, abrió la puerta a la investigación de la paternidad biológica, y lo hizo sin olvidar que la posibilidad de esa investigación tal como la recoge nuestra Constitución, no por casualidad, está en el mismo párrafo en el que se habla de la protección integral de los hijos y de las madres. Aún subrayándose en la regulación de la filiación la trascendencia del principio de que ésta debe corresponderse con la verdad biológica, dicho principio nunca fue absoluto. No sólo porque la posibilidad de investigación de la paternidad estaba limitada y porque la presunción de paternidad del marido de la madre seguía teniendo una gran entidad, sino porque al lado del principio de paternidad biológica convivía, y convive la filiación adoptiva, cuya esencia es la voluntad declarada de querer ser padre. Una adopción que, conforme al CC, supone la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior,

creándolos no sólo con el adoptante sino con su familia. E igualmente sucede con la filiación asistida que permite establecer filiaciones inimpugnables (art 8 Ley 14/2006), que no se corresponden con la verdad biológica.

Hace algún tiempo el Tribunal Supremo comenzó a hacer una interpretación muy amplia, y en mi opinión contraria al espíritu del precepto, del artículo 133 CC, admitiendo la legitimación del padre no matrimonial durante toda su vida para reclamar la filiación sin posesión de estado. Es decir, se daba igual legitimación al hijo que al padre. El Tribunal Constitucional consagró ese criterio al estimar que era inconstitucional impedir la reclamación de filiación del progenitor (STC 273/2005, de 27 de octubre y la STC 52/2006, de 16 de febrero). Es evidente que estas decisiones del TC no toman en cuenta el «interés del menor» que puede ver rota una pacífica vida de familia, viendo como quien venía actuando como su padre dejaba de serlo cambiándose por un perfecto extraño

Pero las cosas no han parado aquí. La promulgación de la Ley 13/2005 que posibilita el matrimonio entre personas del mismo sexo ha dado lugar posteriormente a que en la filiación asistida se permita que, cuando la mujer que se somete a esas técnicas estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido (Disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo que añade un apartado 3 al art 7 de la Ley de técnicas de reproducción asistida de 2006). Obviamente esa filiación no es ya que no se compadezca con la verdad biológica, sino que es imposible biológicamente. Recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 18 de febrero de 2009, en un expediente de inscripción de nacimiento examina el caso de dos hombres españoles casados en 2005 que celebran de un contrato de «gestación de sustitución» o «vientre de alquiler» en California (donde la ley lo permite). Del parto nacen dos hijos que los dos españoles solicitan inscribir como hijos biológicos en el Registro civil Consular. Allí se deniega la inscripción puesto que la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción asistida (art 10.2) prohíbe categóricamente la «gestación de sustitución», y dispone que la filiación materna se determinará por el parto. Recurrida la denegación ante la DGRN, ésta accede a la inscripción con unos argumentos imposibles de compartir en los que se niega que

se vulnere con ello el orden público internacional español, ya que se dice que en el Derecho español —como acabo de mencionar más arriba—, se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por esta razón —continúa diciendo—, «no permitir que la filiación de los nacidos conste a favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art 14 de la CE de 1978». El argumento es falaz porque, independientemente de la opinión que merezca el permitir la inscripción de la filiación a favor de dos mujeres, los supuestos no son los mismos pues en el caso de ellas, una de las mujeres, la que dio a luz, es legal y biológicamente la madre.

Otro de los argumentos que merece destacarse es que «no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley», lo que vistos los antecedentes de hecho no precisa de comentario alguno. En cuanto que la prohibición legal expresa y tajante de los contratos de «gestación de sustitución» y sus consecuencias legales en cuanto a la determinación de la filiación, tampoco es un obstáculo para la DGRN, pues el precepto que lo dice, según ella, «no es aplicable en el presente caso», porque no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino tan sólo de «precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación extranjera puede acceder al Registro Civil español».

Está claro que aquí, además de bendecir un claro fraude de Ley, la verdad biológica no se toma en cuenta para nada.

Mientras se toman estas decisiones que chocan frontalmente con la verdad biológica el TS se ha pronunciado últimamente en varias ocasiones sobre los «reconocimientos de complacencia» permitiendo la impugnación de la filiación que con ellos se determinó sin que haya concurrido error, violencia o intimidación (supuestos que son los que prevé para tal impugnación el art 141 CC). La principal razón que el TS esgrime para permitir esa impugnación es, ni mas ni menos, que la filiación así determinada no se corresponde con la biológica. No importa que el «reconocedor complaciente» conociera perfectamente esa circunstancia, ni que su voluntad se hubiera formado sin vicios. «De facto» se le permite revocar una declaración de voluntad bien formada, cuando tal posibilidad no está contemplada en la Ley (por más que se fundamente en el art 140 CC, allí no tiene cabida), choca con la doctrina de los actos propios y no considera el interés del menor que, de tener

un progenitor pasa a verse privado de él. Aquí la verdad biológica se manifiesta tan esencial, casi sacralizada, que en la STS de 5-12-2008 se dice que la impugnación de la filiación basada en un reconocimiento de complacencia supone proteger el interés de los menores para no incidir «en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor (F de D tercero)». Estos mismos argumentos se repiten en la más reciente STS de 31-3-2009.

Ciertamente el reconocimiento de complacencia no coincide con la filiación biológica, como no coincide tampoco en la adopción. En ambos casos se conoce que no se es padre biológico, y en los dos se hace una declaración formal de querer serlo. Pero en la aplicación que del CC hace el TS, el reconocimiento de complacencia es revocable, mientras que no lo es el que se da en la adopción.

Después de todo lo dicho creo que se puede comprender la preocupación por no seguir por estos caminos, sino replantearse toda la filiación (adoptiva y biológica, y dentro de ésta la que emplea técnicas de reproducción asistida), para dejar claro cual es el papel del principio de verdad biológica, en beneficio de qué y de quien se aplica y hasta donde ha de llegar.

Pues bien los trabajos que componen este libro pivotan sobre uno u otro de los dos grandes temas señalados.

El notario francés Jacques Combret nos ofrece, con su trabajo sobre «Las personas vulnerables», una magnífica panorámica de los cambios experimentados en este sector por el Derecho de Familia en Francia de 1999 a 2007, y que como él mismo señala ha supuesto «un viento de reforma de fuerza sobrecogedora», viento que con toda probabilidad —como ha ocurrido en otras ocasiones—, dejará sentir su influencia en el Derecho español de familia.

«El matrimonio y las uniones de hecho» es el tema elegido por el Prof. Prichard, que no olvida hacer referencia al «pacto civil de solidaridad» introducido en el Derecho francés en 1999. Marc Prichard pone sobre la mesa los cambios que se han venido produciendo en el Derecho francés respecto del concubinato, matrimonio y pacto civil de solidaridad. Entre las cuestiones que toca está, la del gran número de consecuencias jurídicas que va teniendo el concubinato (aunque entre ellas no esté la de un régimen económico paralelo al del matrimonio). La elevación de la edad para contraer matrimonio a los 18 años (aunque se admite dispensa de edad), con lo que se facilita la lucha contra

los matrimonios forzosos (hoy todavía se pueden dar con relativa frecuencia entre personas de raíces culturales en las que es habitual la imposición familiar a la mujer de un matrimonio determinado). Como complemento para esa lucha, se facilita la posibilidad de anularlos. La reforma que se introdujo en el pacto civil de solidaridad en el año 2006, que entre otras variantes lo abre a personas del mismo sexo, han permitido disipar sus ambigüedades originales y dejar claro que es una unión de derecho.

El profesor Michel Grimaldi, actual presidente de la Henri Capitant, aporta sus atinadas «Observaciones sobre la verdad, la filiación y la reproducción médica asistida». Grimaldi pone de manifiesto las dificultades para cohonestar en la regulación de la filiación la verdad biológica y la sociológica.

Los trabajos de autores españoles tocan puntos concretos de los temas generales mencionados. Así Zurilla Cariñana toca «La influencia de las reformas legislativas sobre reproducción asistida y en el Derecho matrimonial en el ámbito de la filiación». Esta autora incide en un tema tan actual como la filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida viendo los diferentes supuestos de filiación matrimonial o no, y de que se trate de parejas heterosexuales u homosexuales, así como de las dudas que pueden suscitarse cuando la fecundación se hace «post mortem».

G. Cerdeira Bravo de Mansilla trabaja sobre «Matrimonio homosexual y filiación» (muy reciente la ley de 2005 que abrió la puerta a ese matrimonio ya escribió sobre él). En el presente trabajo examina en particular las consecuencias y disfunciones respecto de la filiación de la admisión del matrimonio homosexual.

M^a Esperança Ginebra Molins se ocupa de una asignatura aún pendiente para el legislador español, tanto por no existir una ley nacional al respecto, como por la incidencia en el tema del reconocimiento del matrimonio homosexual; «Matrimonio y las uniones de hecho».

Carmen Hernández Ibáñez ha escrito «Algunas reflexiones sobre los sujetos pasivos y la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida», poniendo de relieve en este ámbito los aciertos y desaciertos de la Ley de 2006. A título de ejemplo se puede señalar la crítica por la carencia de un claro tope legal en la edad de las mujeres que pueden someterse a esas técnicas. Por su parte Pilar Ferrer Vanrell en «La finalidad de la regulación de las parejas estables en España»,

se plantea una visión nueva de la legislación autonómica existente tras la promulgación de la ley de 2005 que permite el matrimonio homosexual, defendiendo que quienes no deseen contraer matrimonio sino una convivencia libre no se encuentren aherrojados por la imposición de una serie de consecuencias jurídicas no queridas.

Mondejar Peña aporta un trabajo sobre «La figura del cuidador no profesional en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Su encuadre dentro de las instituciones de guarda». El estudio versa sobre los derechos y obligaciones del cuidado no profesional, tocando en particular su posible remuneración. El estudio de Cristina de Amunátegui Rodríguez recae sobre un tema que conoce en profundidad, «Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los Códigos civiles francés y español». En el trabajo se examina la legislación española —junto a las reformas en este tema de otras legislaciones europeas (en particular la francesa)—, y se propugna el establecimiento de medidas de salvaguarda flexibles y adecuadas a la situación particular de cada sujeto. Para que estas medidas sean las adecuadas es preciso que la reducción en las facultades de los interesados sólo sean las mínimas indispensables.

Finalmente M^a.T. Álvarez Moreno trata una cuestión que también conoce perfectamente, «La protección de los discapacitados en el Derecho español». En su trabajo aborda el concepto de discapacitado y las herramientas legales para su protección tanto en la esfera personal como en la patrimonial.

Se trata de un conjunto de trabajos de calidad sobre temas discutidos y discutibles que afectan muy directamente a las personas y que, sin duda, serán útiles no sólo para los estudiosos de los mismos, sino para cualquiera que se interese por ellos.

Con su publicación perseguimos también hacer visible en nuestro país la labor del grupo español de la Henri Capitant que está decidido a seguir teniendo presencia en todas las actividades de la asociación, y que en consecuencia abre los brazos a todos los juristas españoles que se interesen por ellas.

SILVIA DÍAZ ALABART
Catedrática de Derecho Civil
Presidenta del Grupo español de la asociación Henri Capitant

LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO*

Profesora T.U. Derecho Civil UCM

Sumario: I. EL SUJETO DIGNO DE PROTECCIÓN: EL DISCAPACITADO.–
II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DISCAPACITADOS: 1. La protección de la esfera personal de los discapacitados.– 2. La protección de la esfera patrimonial de los discapacitados

Si uno intenta ofrecer una panorámica general de la protección de los discapacitados en el ordenamiento español, surgen inmediatamente tres preguntas: quién, cómo y por qué, es decir: ¿a quién se protege?, ¿cómo se lleva a cabo dicha protección? y ¿cuál es el motivo de esta protección?

I. EL SUJETO DIGNO DE PROTECCIÓN: EL DISCAPACITADO

A diferencia del concepto de incapaz e incapacitado, no existe en nuestro Ordenamiento una noción perfectamente definida de lo que deba entenderse por discapacitado.

* Miembro integrante del Grupo de Investigación del BSCH-UCM 931499-933, «Sujetos protegidos y contratación», dirigido por la profesora Dra. D^a Silvia Díaz Alabart.

El propio término de «discapacitado» o de «persona con discapacidad» es de reciente acuñación, puesto que hasta hace 20 años se hablaba de minusválido. Con este cambio terminológico y sobre todo con la mayor atención que se presta a este colectivo y las acciones que se han ido emprendiendo en este campo, se aprecia una mayor sensibilización de la sociedad con respecto a los problemas y dificultades que son propios y específicos de las personas con discapacidad (así por ejemplo, desde la supresión de barreras físicas, hasta la institución de ayudas para favorecer la asistencia o movilidad de los discapacitados).

En nuestro Derecho vigente, el primer concepto de discapacitado se ofrece en el art. 7 de la **Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos** (en adelante LISMI)¹. En dicha norma se entiende por minusválido, a quien padece una deficiencia permanente en su capacidad física, psíquica o sensorial, que le provoca una disminución de sus posibilidades de integración en cualquier ámbito, ya sea educativo, laboral o social.

Con respecto a dicha noción, el concepto de discapacitado se centra en la existencia de una minusvalía en la capacidad física, psíquica o sensorial. La definición no comprende en sí misma ningún grado de discapacidad necesaria para ser considerado minusválido, si bien es cierto que para disfrutar de los servicios, derechos y prestaciones que la Ley concede, es preciso demostrar el grado de minusvalía exigido en cada caso, sea por la propia norma o por la legislación que la desarrolla².

La LISMI comprende también en el marco de los minusválidos a quienes sin ser discapacitados en la actualidad, evolucionarán hacia dicho estado en un momento posterior. El concepto de discapacitado se amplía, incluyendo en él a los minusválidos futuros, es decir, la ley

¹ El artículo 7.1 Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos establece que: «A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

² Véase al respecto especialmente el Título V de la LISMI, arts. 12 y ss. En ellos, se precisan las prestaciones sociales y económicas a las que pueden acceder los minusválidos, y aunque para algunas no es preciso probar un determinado grado de minusvalía, para otras se reenvía a lo que se disponga reglamentariamente. Así, por ejemplo, puede verse lo dispuesto en el art. 14 de dicha Ley en relación con el subsidio de garantía de ingresos mínimos.

ampara con carácter preventivo a los minusválidos en potencia, a quienes serán minusválidos en un futuro más o menos próximo (por la evolución de la enfermedad o deficiencia que padece). Pero dicha ampliación del concepto sólo es aplicable para que estas personas tengan derecho a los servicios orientados a prevenir dicha minusvalía³.

En la **Ley 41/2003 de 18 de noviembre, «de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la LEC y de la normativa tributaria con esta finalidad»**, se aborda la definición de discapacitado en el art. 2.2: «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 treinta y tres por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento».

En general, podemos observar que la ley, al igual que en aquellos anteriormente señalados, ofrece un concepto de discapacitado de carácter administrativo, limitándose a determinar los porcentajes certificados que marcan el reconocimiento de la discapacidad, y estableciendo parámetros diferentes en función de la causa que provoca la discapacidad (65% para la física y 33% para la psíquica).

Con efectos fiscales, también se recoge el concepto de discapacitado en el art. 60.3, de la **Ley 35/2006 de 28 de noviembre, sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas**, si bien se contemplaba dicho concepto desde la ley de 1998⁴. Esta Ley toma como

³ Dice el art. 7.3 de la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos que: «A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios que tiendan a prevenir la aparición de la minusvalía, se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una minusvalía residual».

⁴ Dicho precepto es heredero del art. 47 quinquies, párrafo 6º de la Ley 40/1998 de 9 de diciembre sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas. Disponía este artículo que: «A los efectos de este impuesto tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten en las condiciones que reglamentariamente se establezcan un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

En particular se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33% en caso de pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de pensionistas

referencia la capacidad del sujeto para desempeñar un trabajo, porque como consecuencia de la retribución de éste, se originará la obligación de tributar por el impuesto. Aún teniendo constancia de la finalidad de la norma, se concibe el discapacitado en términos amplios, pues entra en tal categoría quien ostente una minusvalía igual o superior al 33 % (con independencia de cuál sea su causa).

Con carácter general, se introduce el concepto de discapacitado en el art. 1.2 de la **Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**⁵. En cierto modo, se trata de una definición que recoge la noción ya establecida por la Ley del IRPF pero dotándola ahora de un carácter general⁶, y por tanto exportándola más allá del campo fiscal, al ámbito del Derecho privado. Esta Ley establece un concepto amplio de discapacitado (el que padece una discapacidad igual o superior al 33%), pero no considera que se trate de una persona especial, sino de persona con especial dificultad para satisfacer las necesidades normales⁷.

El desarrollo reglamentario de la LIONDAD, efectuado mediante el **RD 1414/2006 de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de**

de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 % cuando se trate de una minusvalía cuya incapacidad sea declarada judicialmente aunque no alcance dicho grado.

⁵ Establece el art. 1.2 Ley 51/2003 de 2 de diciembre que: «A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

⁶ Habría que cuestionarse por qué este nuevo concepto de discapacitado no recoge la referencia que la Ley del IRPF hace a la equiparación de la incapacitación judicial con una minusvalía igual o superior al 65 %. No porque sea precisa ésta para la aplicación de la Ley 41/2003, que prevé expresamente el reconocimiento de la discapacidad por resolución judicial y por tanto podrá beneficiarse de la aplicación de esta Ley sino por mantener una unidad de criterio con respecto al concepto de discapacitado.

⁷ DÍAZ ALABART, S.; HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, M^a. D.; ÁLVAREZ MORENO, M^a. T. y REPRESA POLO, M^a. P.: «La protección jurídica de las personas con discapacidad», Ibermutuamur, y Nabíú, 2004, p. 24.

ÍNDICE

PRÓLOGO	5
LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS EN EL DERECHO ESPAÑOL. MARÍA TERESA ÁLVAREZ MORENO	13
I. EL SUJETO DIGNO DE PROTECCIÓN: EL DISCAPACI- TADO	13
II. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DISCAPACITADOS ..	23
1. La protección de la esfera personal de los discapacitados	25
2. La protección de la esfera patrimonial de los discapacitados	31
LOS PODERES PREVENTIVOS: UN APUNTE SOBRE SU RECIENTE REGULACIÓN EN LOS CÓDIGOS CIVILES ESPA- ÑOL Y FRANCÉS. CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ	39
MATRIMONIO «HOMOSEXUAL» Y FILIACION. GUILLERMO CER- DEIRA BRAVO DE MANSILLA	53
I. LA LEY 13/2005 DEL MATRIMONIO «HOMOSEXUAL» Y LA OMNIPRESENCIA INTERPRETATIVA E INTEGRA- DORA DE SU DISPOSICIÓN ADICIONAL 1ª Y DEL NUEVO ART. 44.II CC: EL NUEVO MATRIMONIO, INDEPEN- DIENTE DEL SEXO DE LOS CÓNYUGES	53
II. LA FILIACIÓN: <i>PUNCTUM DOLENS</i> EXPRESIVO DEL CARÁCTER EXTREMADAMENTE FICTICIO DEL MATRI- MONIO «HOMOSEXUAL»	57
1. Matrimonio «homosexual» y adopción	57
2. Matrimonio «homosexual» ¿y filiación natural?	61
3. Matrimonio «homosexual» y técnicas de reproducción asistida ..	63
LAS «PERSONNES VULNÉRABLES» EN EL DERECHO FRANCÉS. JACQUES COMBRET	71
I. LAS ADECUACIONES APORTADAS A LA LEGISLACIÓN ACTUALMENTE VIGENTE	77
1. Adecuación de las medidas judiciales de protección	77
1.1. Salvaguarda de justicia	77

1.2. Curatela y Tutela.....	78
2. Adecuación del estatuto de la persona protegida.....	79
2.1. Las disposiciones especiales.....	79
A) La vida de pareja.....	79
B) La salud.....	80
C) La vivienda.....	80
D) Las cuentas bancarias.....	80
E) El Derecho de voto.....	81
F) Las diligencias penales.....	81
2.2. Las disposiciones generales.....	81
A) La libertad.....	81
B) La información.....	82
3. Adecuación de la protección del patrimonio.....	82
3.1. Algunos principios generales.....	83
A) Seguridad y responsabilidad.....	83
B) Modernización de las normas de diligencia de un buen padre de familia.....	83
C) Mejorar el control de cuentas y la gestión.....	83
3.2. La distinción entre actos de disposición y actos de adminis- tración.....	84
3.3. Algunas precisiones.....	84
A) El seguro de vida.....	84
B) Testamento y donación.....	84
C) De algunos actos de administración o de disposición....	85
II. LOS NUEVOS INSTRUMENTOS.....	85
1. El mandato de protección futura.....	86
1.1. Las reglas generales.....	87
A) Los supuestos de mandato de protección futura.....	87
B) El alcance y la duración de los supuestos del mandato de protección futura.....	87
C) Las partes en el mandato de protección futura.....	88
D) Las obligaciones y responsabilidad del mandatario.....	88
E) La aplicación del mandato de protección futura.....	88
F) El fin del mandato de protección futura.....	89
1.2. El acto jurídico del mandato.....	89
A) La forma del mandato de protección futura.....	89
B) El contenido del mandato de protección futura.....	90
C) Los instrumentos anejos: El inventario y las cuentas de gestión.....	91
2. Las medidas de acompañamiento social personalizado.....	92
3. La medida de acompañamiento judicial.....	93
4. Una nueva profesión.....	93
Conclusión.....	94

LA FINALIDAD DE LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS ESTABLES EN ESPAÑA. LA NECESARIA MODIFICACIÓN A PARTIR DE LA LEY 13/2005. EL MODELO FRANCÉS. MARÍA PILAR FERRER VANRELL.....	95
IDEAS PREVIAS	95
I. LA REGULACIÓN DE LOS DISTINTOS MODELOS CONVIVENCIALES EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA AL MATRIMONIO Y A LA PAREJA ESTABLE.....	98
A) El matrimonio	99
B) La pareja estable.....	101
1. La doble finalidad de las leyes autonómicas de parejas estables ..	102
2. El modelo español a partir de la Ley 13/2005. La necesaria repercusión en las leyes reguladoras de las parejas estables	103
II. EL PANORAMA EUROPEO. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO FRANCÉS.	107
EL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO. UN REPASO DESDE EL DERECHO ESPAÑOL. M. ESPERANÇA GINEBRA MOLINS	113
I. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO Y LAS UNIONES DE HECHO EN EL ESTADO ESPAÑOL ..	114
II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA DE LAS PAREJAS DE HECHO: LA SUPERACIÓN DE LA «ANOMIA»	121
1. La regulación de las parejas de hecho como institución	121
2. La regulación civil: aspectos competenciales	126
3. Encuadramiento sistemático de la nueva institución: de su protección como a «grupo» (art. 9.2 CE) a su consideración como «grupo familiar» (art. 9.2 y 39 CE)	133
4. Algunos aspectos de la regulación autonómica	137
4.1. Constitución	138
A) Capacidad e impedimentos	139
B) Modelos de constitución	140
4.2. Un apunte sobre su contenido y efectos, por contraste con el matrimonio	142
4.3. Extinción	143
III. LA NUEVA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO: LA LEY 13/2005, DE 1 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CC EN MATERIA DE DERECHO A CONTRAER MATRIMONIO, Y LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICAN EL CC Y LA LEC EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.....	145
1. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio	145

1.1. Título competencial	145
1.2. La nueva regulación	146
A) La justificación de la opción elegida por el legislador español	146
B) La aplicación de la nueva regulación en caso de conflicto de leyes: algunas notas a propósito de la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005.....	153
C) Adopción y matrimonio entre personas del mismo sexo ..	155
IV. LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO, POR LA QUE SE MODIFICA EL CC Y LA LEC EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO	158
1. La nueva regulación de la separación y el divorcio	158
2. El mantenimiento de la idea de culpabilidad en otros ámbitos	161
V. CONCLUSIÓN	163
OBSERVACIONES SOBRE LA VERDAD, LA FILIACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN MÉDICA ASISTIDA. MICHEL GRIMALDI.....	165
I. DIFICULTAD EN LA RELACIÓN ENTRE VERDAD Y FILIACIÓN	166
II. HOY EN DÍA ESTÁ PROBLEMÁTICA SE HA HECHO MÁS COMPLEJA, COMO CONSECUENCIA DE UNA DOBLE EVOLUCIÓN	167
III. FINALMENTE UNA ÚLTIMA EVOLUCIÓN QUE, INDIRECTAMENTE, AFECTA TAMBIÉN A LA FILIACIÓN.	171
ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LOS SUJETOS PASIVOS Y LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ....	181
I. CONSIDERACIONES PREVIAS	181
II. SUJETOS PASIVOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	183
III. DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	188
LA FIGURA DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL EN LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y SU ENCUADRE DENTRO DE LAS INSTITUCIONES DE GUARDA. MARÍA ISABEL MONDÉJAR PEÑA	197
I. INTRODUCCIÓN	198
II. LA RETRIBUCIÓN DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL. DERECHO DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL A SER INDEMNIZADO POR LOS DAÑOS SUFRIDOS	203

III. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y APOYO A CUIDADORES NO PROFESIONALES.....	207
1. El pretendido carácter excepcional de esta prestación.....	207
2. El cuidador no profesional como posible destinatario de la prestación prevista en el art 18 LD.....	209
3. Cuantía de la prestación.....	209
4. Requisitos para tener la condición de cuidador no profesional a efectos de la ley.....	214
IV. DERECHOS DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL EX ART 19 LD: SU INCLUSIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL. PARTICIPACIÓN EN ACTIVIDADES, FORMACIÓN Y MEDIDAS PARA ATENDER LOS PERÍODOS DE DESCANSO.....	214
V. CONCLUSIONES.....	217
MATRIMONIO Y «UNIONS DE FAIT» EN EL DERECHO FRANCÉS. MARC PICHARD.....	219
I. INTRODUCCIÓN.....	219
II. EL TEMA: LOS MODOS CLÁSICOS DE UNIÓN.....	220
1. El concubinato.....	221
2. El matrimonio.....	224
III. EL TEMA FUERA DEL PROGRAMA: EL PACTO CIVIL DE SOLIDARIDAD, UN NUEVO MODO DE UNIÓN.....	233
1. La ambigüedad disipada.....	234
2. Las ambigüedades persistentes.....	239
LA INFLUENCIA DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS SOBRE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y EN EL DERECHO MATRIMONIAL EN EL ÁMBITO DE LA FILIACIÓN. M ^a ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA.....	245
I. INTRODUCCIÓN.....	245
II. REQUISITOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	246
III. LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS MEDIANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	251
1. Parejas heterosexuales.....	252
1.1. Existiendo matrimonio.....	252
1.2. Inexistencia de matrimonio (uniones estables de pareja)....	256
2. Parejas homosexuales.....	258
IV. FECUNDACIÓN <i>POST MORTEM</i>	262

