

El concepto de persona discapacitada o dependiente en España y Europa durante el covid-19: un breve estudio jurídico

Salvador Morales Ferrer*

RESUMEN:

Desde los inicios de la humanidad, siempre han existido un grupo de personas vulnerables como las personas con discapacidad o dependientes, que han sido asistidas a partir del Siglo XX por diversas Constituciones y legislación para su protección así, como la figura jurídica del tutor, o entidades públicas que ejercen de tutor o privadas en las residencias tanto públicas, concertadas o privadas. Por otra parte, el orden mundial ha cambiado la forma de vida de este colectivo mediante el Covid-19, afectándolos por ser personas mayores y con diversas patologías lo que los llevaba a ser polimedcados, puesto que en España ha sido el mayor colectivo afectado, sea por la falta de medios como las pruebas serológicas y las distintas medidas que tenían que haber tomado tanto el Gobierno Español como las Comunidades Autónomas, para paliar estos efectos devastadores. Por otro lado, hay que mencionar que la figura del tutor como persona particular tiene relevancia, pero no respecto a su responsabilidad

* Doctor en Derecho por el programa de Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia, con la calificación Apto Cum Laude. Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores de México (UNAM). Certificado-Diploma de Estudios Avanzados TERCER CICLO - DOCTORADO por la Universidad Cardenal Herrera CEU de Valencia. Certificado de Aptitud Profesional realizado en la Escuela de Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de abogados de Alzira. Máster Propio en Mediación y Gestión Eficiente de Conflictos por la Universidad Cardenal Herrera-Ceu (Valencia). Certificado de Aptitud Pedagógica por la Universidad de Valencia. Miembro del ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALZIRA. Tel.: +34619588016; salvadormorales@icaalzira.com

de las personas discapacitadas o dependientes en las residencias de personas mayores, por lo que en este momento se iniciaran las demandas pertinentes hacia las entidades públicas o privadas por su negligencia de sus actuaciones y sus responsabilidades respecto al colectivo vulnerable.

PALABRAS CLAVES:

discapacidad, dependencia, tutores, Constituciones, Covid-19

ABSTRACT:

Since the beginning of humanity, there have always been a group of vulnerable people such as people with disabilities or, dependents, who have been assisted since the 20th century, by various Constitutions and legislation for their protection, as well as the legal figure of the tutor, or public entities that act as tutor or, private in both public, concerted or private residences. On the other hand, the world order has changed the way of life of this group through the Covid-19, affecting them because they are older people, and, with various pathologies which led them to be polymedicated, since in Spain it has been the largest group affected, either by the lack of means such as serological tests and the different measures that the Spanish Government, Autonomous Communities, had to have taken to alleviate these devastating effects. On the other hand, it should be

mentioned that the figure of the guardian as a private person is relevant but not with respect to his responsibility for disabled people or, dependents in the residences of older people, so that at this moment the pertinent demands towards public or private entities for their negligence of their actions and their responsibilities regarding the vulnerable group.

Keywords:

disability, dependency, guardians, constitutions, Covid19.

INTRODUCCIÓN

A causa de la pandemia del Covid-19, muchas personas mayores han fallecido en las Residencias Españolas, por ser un sector muy vulnerable y con distintas patologías, además son personas dependientes por su edad, en que las familias de ellos, ya por condiciones laborales y por ser familias monoparentales les fue imposible atenderlas en casa o en su propio domicilio de las personas ancianas. A todo esto, cabe citar al autor Minué¹ que menciona: “estos factores son la edad y la existencia de enfermedades concomitantes (comorbilidades) especialmente enfermedades cardiocirculatorias, respiratorias o metabólicas. En España el 87,6% de las personas muertas tenían más de 70 años”, por lo que gran parte de estas personas han fallecido en las residencias a causa del coronavirus en España, aunque habiendo tenido experiencia el Gobierno Español, con el país vecino Italiano, tendría que haber intervenido todas las residencias de ancianos tanto públicas, concertadas o privadas; por tanto, como manifiesta la Constitución Española de 1978 en su artículo 15, párrafo 1^o: “Todos tienen derecho a la vida”, por tanto, es un Derecho Fundamental y debe tener constancia por si surgen nuevos rebrotes del Covi-19 en España. Con el presente artículo

se pretende realizar un análisis descriptivo en los efectos jurídicos de las personas discapacitadas o dependientes que han fallecido tanto en las residencias públicas, concertadas o privadas. El artículo tiene la siguiente estructura: el primero esboza el significado de persona dependiente en España; el segundo presenta la situación de las residencias públicas de las personas dependientes y la pandemia; el tercero muestra los distintos cuidadores; el cuarto atiende la tutela de los entes públicos en España; el quinto aborda el concepto de dependiente en las distintas Constituciones Europeas y sus legislaciones; el sexto analiza las descentralización de algunos países de Europa; el séptimo aclara los responsables por el fallecimiento de las personas discapacitadas por el Covid-19, tanto en Alemania y España.

I. EL CONCEPTO DE PERSONA DEPENDIENTE EN ESPAÑA

La dependencia tiene la atención principal respecto a las necesidades básicas de la vida diaria de una persona, así cabe mencionar al autor Rodríguez³ que la define de esta forma: “Aquel estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria como actividades relativas al cuidado personal, movilidad en el hogar; tareas domésticas; recoger objetos y personas así como ejecutar órdenes sencillas, si bien no existe un completo acuerdo en la extensión del contenido de la misma”, de esta forma se manifiesta la jurisprudencia del Tribunal Superior de Navarra⁴ en sus Fundamentos Jurídicos Segundo al señalar: “la dependencia como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que por razones derivadas de la edad,

1. Minué Lorenzo, Sergio “La pandemia Covid-19: lo que hemos aprendido hasta ahora en España”. Revista da Rede da Pesquisa em Atenção Primária à Saúde Editorial APS em Revista.apsemprevista.org. (2020) (Vol. 2) (n. 1) Brasil.p.29.

2. Constitución Española. Cortes Generales. Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 311, p. 5 BOE-A-1978-31229 (Legislación Consolidada). www.boe.es/pdf/BOE-A-1978-31229-consolidado

3. Rodríguez Carrero, Gregorio. “Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales”, en A.A.V.V. “Comentarios sistemáticos a la Dependencia Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal en situación de dependencia y normas autonómicas Editorial Aranzadi (Navarra) (2008) España. p.27

4. Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1^a) Sentencia núm.48/2013 de 22 enero. JUR 2014\44311

la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria, o en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía persona”, del mismo modo se expresa el Diccionario de La Real Academia Española de la Lengua, dependencia⁵, en su acepción jurídica la define: “Situación de una persona que no puede valerse por sí misma”, al hilo el autor Eamon O’Shea⁶ manifiesta: “Dependencia es un estado en que las personas, debido a la falta o la pérdida de autonomía física, psicológica o mental, necesitan de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos económicos adecuados para la vida de las personas mayores”. Por otra parte, la dependencia no se refiere sólo a criterios funcionales o clínicos, sino también incluyen criterios físicos, mentales o económicos, en este último sentido manifiesta el autor Sempere⁷: “baste pensar que quienes más dependencia real tienen son las personas que suman a sus limitaciones psicofísicas un entorno económicamente débil”, por lo que muchas familias han deseado siempre el ingreso de estas personas mayores en Residencias tanto Públicas, Concertadas así como Residencias Privadas.

2. LAS RESIDENCIAS PÚBLICAS CON RELACIÓN AL COVID-19 EN LAS PERSONAS DEPENDIENTES

5. Diccionario de La Real Academia Española de la Lengua Española. Vigésima Edición. Real Academia Española. Ed.: Espasa Calpe S.A. Vigésima Edición. Real Academia Española. Ed.: Espasa Calpe. S.A. Pozuelo de Alarcón. (2001). (Madrid) España. p.748.

6. Eamon O’Shea.” *La mejora de la calidad de vida de las personas dependientes*”. Editorial Council of Europe on publication in English and French envejecimiento.csic.es/documentos/oshea-mejora-01.pdf. (2003) Universidad Nacional de Irlanda. Galway Irlanda.p.10

7. Sempere Navarro Antonio Vicente. “*Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre <<de Dependencia>>*” Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 17/2006 parte Tribuna Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (2006) España. p 255

Ante esta situación, muchas personas mayores han sido tuteladas por Residencias Públicas por causa de no tener familiares, de esta forma cabe mencionar este concepto de tutela ejercida por las personas jurídicas, es importante la función desarrollada por las fundaciones tutelares, en relación a sus principios que deben garantizar la independencia, en la forma de no prestar otros servicios no tutelados, que puedan dar conflicto de intereses, así como en la prestación de servicios residenciales, con el establecimiento de protocolos de actuación con asociaciones y centros residenciales, con la profesionalización de los servicios debiendo ser ágiles y cercanos a las personas con discapacidad. Por lo que puede ser excesivamente gravoso el ejercicio del cargo de tutor, en las personas jurídicas siempre cuando carezcan de medios suficientes para el ejercicio de su cargo o demostrando ineptitud en el ejercicio, como indica el artículo 256, párrafo 1 del Código Civil Español⁸ al señalar: “Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que ha haya propuesto estará obligado a ejercer la función”, por tanto ¿quién es tutor de las Residencias Públicas en la época de la pandemia del Covid-19? Al respecto, cabe citar el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁹, en su artículo 4. Párrafos 1º, 2º y apartado d), señala: “A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno. Para el ejercicio de las funciones a que se hace referencia en este real decreto, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad: El Ministro de Sanidad”, delegando las competencias a los Presidentes Autonómicos, excepto las Ciudades de Ceuta y Melilla que serán competente el Ministerio de Sanidad, por lo cual tanto el Ministerio de Sanidad así como los Presidentes Autonómicos serán responsables de

8. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, p 65. BOE-A-1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763.consolidado

9. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 67. p.25391. BOE-A-2020-3692. <https://www.boe.es/BOE/Calendario/14/03/2020>

no haber tomado las medidas en las Residencias Públicas. Por lo que se tendrán que resolver ciertos procedimientos judiciales tanto penales o de responsabilidad civil; serán también culpables subsidiariamente el director, el encargado que dirija estas residencias públicas o concertadas o privadas; estos casos quienes deben de realizar las acciones judiciales pertinentes son los familiares o tutores. Como enuncia rtve¹⁰ de España: “El número de víctimas mortales que el coronavirus ha dejado en aproximadamente 5.457 residencias de ancianos españolas con covid o síntomas similares se sitúan en 19.196”; al hilo cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo Español¹¹ en sus Fundamentos de Derecho Segundo menciona: “siguiendo la tendencia expuesta las últimas resoluciones del Tribunal Supremo declarando que la acción y omisión determinante del hecho indemnizable se presume siempre culposa, a no ser que el agente pruebe haber procedido con la diligencia debida, sin limitarse al mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias (sentencia de 11 de marzo de 1971), que existe culpa aunque se hayan cumplido las disposiciones reglamentarias, cuando se exige diligencia posible y socialmente adecuada (sentencia de 13 de diciembre de 1971), inspirada en el principio de solidaridad social”. Por tanto, en la situación post pandemia, los familiares iniciarán las demandas pertinentes.

3. LOS DISTINTOS CUIDADORES EN ESPAÑA

El Capítulo III de la Constitución Española que recoge los principios rectores de la política social y económica, establece en su artículo 39, 1º.¹² “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”, al mismo tiempo cabe mencionar analógicamente el precepto y, se ha de tener en cuenta la realidad socio-económica y las necesidades de las familias que han cambiado sustancial-

10. RTVE. [rtve.es/noticias/20200530/radiograffas-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml](https://www.rtve.es/noticias/20200530/radiograffas-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml).p1. España (visto30/05/2020)

11. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Sentencia 22-12-1986) (Ponente: Albácar López, José Luis) EDJ 1986

12. Constitución Española. Cortes Generales. Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 311 p. 10. BOE-A-1978-31229 (Legislación Consolidada). www.boe.es/pdf/BOE-A-1978-31229-consolidado

mente. Por tanto, se entiende la influencia en las personas comprende a las personas discapacitadas, así como dependientes, que por medio de sus cuidadores o familiares cuidadores han sido ingresados antes de la pandemia del Covid-19, por lo que se analizará quienes son los cuidadores en España.

3.1 El cuidador de derecho

Respecto a los antecedentes históricos de los cuidadores de derecho, el autor Xavier O´Callaghan¹³ menciona: “El sistema de cuidador de derecho o de tutela de familia fue propio del Derecho romano, inspirándose más tarde en los Códigos Civiles de los países latinos. Este sistema de cuidador de derecho o tutela de autoridad se extendió por los códigos germánicos: B.G.B, el Código Suizo, Austriaco junto con las legislaciones escandinavas, anglosajonas y entrando en el Siglo XX el Código Civil Italiano de 1942 y la reforma del Código Civil Francés mediante la Ley de 14 de diciembre de 1964, finalmente el Código Civil Español, con la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela”. Por lo cual, en sí se podría definir, la figura del cuidador de derecho es la persona física o jurídica que tutela a un discapacitado o dependiente, tanto para la representación legal, como para cuidarlo y atender a su patrimonio y otros asuntos de índole económico, siempre que exista una declaración judicial.

3.2. La figura Jurídica del tutor en España

Dentro de las medidas de protección de la persona dependiente, la institución tutelar ocupa un lugar destacado, por lo que, si la persona que está en situación de dependencia adolece de un grado de discapacidad civil suficientemente que le impida el autogobierno, su incapacidad y la consiguiente constitución de tutela suele ser la vía más adecuada como garante de su bienestar y el ejercicio de sus de-

13. O´Callaghan Xavier (Dir. Javier Laorden) (Coord.: José Luis Terreros) “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”, en AA, VV, “Los Derechos de las Personas con Discapacidad Aspectos jurídicos”, Editorial Consejo General del Poder Judicial Madrid. (2007). (V.1) España.pps 296-298.

rechos, existiendo un amparo tutorial como señala el artículo 222¹⁴ párrafo 2º: “los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido”. Por lo que, es necesario el nombramiento de un tutor que le represente, supliéndole jurídicamente en todos aquellos actos que su incapacidad le impide realizar por sí solo, será la única forma de actuar en él tráfico jurídico. Esta actuación representativa, característica o definitoria del tutor, se encuentra mencionado en el artículo 215 párrafo 1º¹⁵ del Código Civil Español al señalar: “La guarda y la protección de la persona y bienes de los... incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1º La tutela” y que, al hilo acompañada además de otras importantes funciones tutelares, como el cuidado de la persona del discapacitado civil y la administración de sus bienes.

4. LA TUTELA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Bajo este concepto, la tutela es ejercida por las personas jurídicas, por tanto es importante la función desarrollada por las fundaciones tutelares, en relación a sus principios que deben garantizar la independencia, en la forma de no prestar otros servicios no tutelados, que puedan dar conflicto de intereses, así como en la prestación de servicios residenciales, mediante el establecimiento de protocolos de actuación en las asociaciones y centros residenciales estando apoyado en un patrimonio suficiente para el desarrollo de los fines que persiguen, con la profesionalización de los servicios debiendo ser ágiles y cercanos a las personas con discapacidad. Así mismo, cabe matizar la obligación de ejercer los cargos tutelares por las edades, ocupaciones personales o profesionales, aunque no existan vínculos de cualquier clase entre tutor y el tutelado.

Por lo que, puede ser excesivamente gravoso el ejercicio del cargo de tutor, con la excusa de las personas jurídicas siempre cuando carez-

can de medios suficientes para el ejercicio de su cargo o demostrando ineptitud en el ejercicio o con problemas de convivencia graves y continuados, como menciona el artículo del Código Civil Español¹⁶ 251, párrafo 2º: “Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela” con la posibilidad de nombrarse en la tramitación un defensor judicial como menciona el Código Civil en su artículo 256¹⁷, párrafo 2º: “No haciéndolo así el Juez nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada”. Por lo que, serán responsables de las personas discapacitadas o dependientes generalmente que residen en las residencias y son personas ancianas.

4.1. La Tutela a cargo de las personas jurídicas en España

De acuerdo con el párrafo 3º del artículo 239 bis del Código Civil Español¹⁸ que señala: “La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.”, por lo que se asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz, siempre que se tenga en cuenta alguna de las situaciones en las que sea imposible designarle tutor. Otra opción, sería para constituir la tutela institucional pública, que se encuentre el discapacitado en la hipótesis del artículo 239 bis¹⁹ in fine del Código Civil Español que menciona: “Se considera

16. Real Decreto 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, p.65. BOE-A-1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763-consolidado . .

17. Real Decreto 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, p.65. BOE-A-1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763-consolidado . .

18. Real Decreto 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, p.63. BOE-A-1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763-consolidado . .

19. Real Decreto 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, p.63. BOE-A-1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763-consolidado . .

como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor”. Por tanto, de lo desprendido de la norma, se aprecia en el desamparo, por un lado, el incumplimiento de los deberes esenciales, por otro lado, que este incumplimiento provoca una situación en el incapaz, tales como la asistencia moral y material que necesita. Así, en tal caso para que tenga una situación grave de desamparo y, de lugar a la asunción de tutela pública será preciso, que se trate de una situación grave de desprotección del incapacitado y que no sea susceptible de la adopción de otras medidas y que sea la privación de asistencia moral y material del discapacitado civil, por tanto que no pueda recibir una asistencia mínima, y por último, tras recabar toda la información que sea precisa, se llegue a la conclusión de que esa tutela institucional se constituye en beneficio del discapacitado civil y se constate que se trata de una medida proporcionada a la situación real que el incapaz desamparado padece. Por tanto, la primera pregunta que surge de esta situación es que el legislador español hace referencia a la tutela del “incapaz” sin precisar que es una persona incapacitada judicialmente, o solo basta que sufra una de las incapacidades naturales, al hilo como menciona la autora Heras²⁰: “No habiendo una opinión doctrinal unánime que alude a la norma, hay que referirse al incapacitado judicialmente, por lo que la tutela de la entidad pública exige la previa declaración de incapacidad en sentencia firme”, en esta línea parecida se manifiesta el autor Serrano²¹: “debe entenderse que el beneficiario de este mecanismo de protección lo será exclusivamente el incapacitado judicialmente que se encuentre en cualquiera de las situaciones descritas por la

norma: que carezca de un núcleo familiar cercano que pueda o quiera desempeñar el cargo de tutor, o aquella persona mayor, incapacitada judicialmente, que está en situación de desprotección o riesgo evidente de estarlo”. Por otra parte, la otra opción es la posible automaticidad de la tutela al margen del procedimiento judicial, el legislador expresa textualmente que la entidad pública, como menciona el Código Civil Español en su artículo 239 bis, 1²²:

“La entidad pública a la que, ésta el respectivo territorio”, por tanto, interpretando este texto la entidad pública asume automáticamente sin necesidad de pronunciamiento judicial. Por lo que, se entiende que esta última opción es la que se defiende, a pesar de la letra de la norma, la tutela del incapaz no tiene carácter automático, ni es de constitución administrativa, al hilo manifiesta la autora Heras²³: “El automatismo, al que parece referirse la ley debe interpretarse más bien como encargo inapelable o un imperativo para la entidad pública que debe asumirla el Juez” Por lo que, en sí, se trata de una tutela ordinaria, de constitución judicial, como no podría ser menos, pues por el contrario eliminaría las garantías exigidas por la ley para eliminar la capacidad de obrar de las personas, por tanto las Comunidades Autónomas serán las responsables de las personas ancianas fallecidas por el Covid-19, que estaban en las Residencias de Mayores.

5. LA REGULACIÓN LEGISLATIVA O CONSTITUCIONAL DE LA DISCAPACIDAD O DEPENDENCIA EN LOS PAÍSES EUROPEOS

En este estudio comparativo sobre la legislación en materia de discapacidad o dependencia, solamente se pueden indicar que existen cuarenta y cinco países que cuentan con leyes contra la discriminación y otro tipo de normas. Por lo que las definiciones son muy diversas, mientras unas siguen el concepto médico, en otras primas más el entorno social. Así se pue-

20. Heras Hernández, María del Mar “La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados” Revista Actualidad civil, Ed.: La Ley. (2006) (Nº20) (Las Rozas) Madrid. España. p.2042

21. Serrano García, Ignacio. “discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, Revista Jurídica del Notariado, octubre-diciembre. Editorial Consejo General del Notariado. Madrid (2004). España. p.269.

22. Real Decreto 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm. 206, p.63. BOE-A-1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763-consolidado . .

23. Heras Hernández María del Mar “La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados”. Op. Cit., pp. .2046 -2404.

de analizar que en Alemania el noveno libro del Código Social (Sozialgesetzbuch IX), de 2001 al que el autor Ortega²⁴ manifiesta: “en el que se establece que una persona está discapacitada cuando su función física, su capacidad mental o su salud psicológica difiere de las personas de su edad, con grandes probabilidades de que su situación se mantenga durante más de seis meses, y como consecuencia de esto se vea afectada de forma negativa su participación en la vida social”. Por tanto, se puede mencionar que se utiliza el criterio de normalidad, estando la persona alejada de las condiciones de salud, mental o psicológica de la población de su edad, al mismo tiempo, la ley europea que está en la misma línea por lo que cabe resaltar la Ley United Kingdom Disability Discrimination Act 95, que manifiesta: “la persona tiene discapacidad física o mental cuando le afecta prácticamente en toda su vida especialmente a las actividades normales de la vida”. Por tanto, la definición de discapacidad que tiene cada país influye de una forma importante en las Administraciones que consideran y tratan a las personas discapacitadas. Así en el ámbito legislativo comunitario en la Recomendación 9, del 18 de septiembre de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa²⁵ que señala: “el estado en que se encuentran las personas, que, por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o mental, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria”. Del mismo modo, se debe recordar el Tratado de Niza de 7 de diciembre de 2000²⁶ se convirtió en una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como menciona en su artículo 137 j: “la lucha contra la exclusión social”, así

24. Calvo Ortega Rafael. (Coord.: García Calvete Yolanda) “Situaciones dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas” en AA.VV.” Tratamiento jurídico de la discapacidad y dependencia en el derecho comparado”. Editorial Aranzadi. S.A. (2007) Pamplona España, p..57.

25. Recomendación 9, del 18 de septiembre de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641 g reunión de Delegados de Ministros) p.2. Bruselas Bélgica sid.usal.es>i-docs>LYN10476

26. Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. p. C 80/17. Editorial Diario de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX-12001C/TXT&from=ES>

y siguiendo los mismos pasos se expresa la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007²⁷, prácticamente en el mismo contenido que la anterior norma protegiendo a las personas discapacitadas que manifiestan en sus artículos 1: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”, 21 manifiesta: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida discapacidad”, y finalmente siguiendo con la misma norma señala en su artículo 26 señala: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”. Por lo que, Unión Europea se ajusta a las necesidades de las personas discapacitadas o, dependientes.

6. LOS PAÍSES NÓRDICOS

6.1 Suecia

En este país, la legislación para los discapacitados tiene por finalidad posibilitar a cualquier ciudadano o ciudadana la participación plena y en igualdad de condiciones en la vida social. Por lo que la gran mayoría de la ayuda que necesitan las personas discapacitadas las proporcionan las autoridades estatales y locales, empleando a un asistente personal que le ayude, además de los subsidios que sirven para adaptar las viviendas. Ante todo, hay que mencionar que Suecia tiene un Defensor del Discapacitado, nombrado por el mismo Gobierno, vigilando los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Por otro lado, Suecia carece de una legislación general que se pronuncie sobre los de-

27. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 184. pps.1,10,10 BOE-A-2008-13033. (Legislación consolidada) www.boe.es/pd-f/BOE-A-2008-13033-consolidado

rechos civiles de los minusválidos: así respecto a la Constitución Sueca de 1974 con sus reformas los autores De Lorenzo y Palacios²⁸ mencionan: Fue un texto de gran contenido social y tradicional en los países nórdicos, no contemplando a las personas con discapacidad especial en su artículo 2 el propósito es la plena participación de todos los ciudadanos con igualdad”.

En la Constitución Sueca, con las reformas de 1974, definió un texto de gran contenido social y tradicional en los países nórdicos, no contemplando a las personas con discapacidad especial en su artículo 2; el propósito es la plena participación de todos los ciudadanos con igualdad. Por otro lado, en la Constitución de 1976 de Suecia, no existe una clara referencia a la discapacidad, la integración solo queda recogida en textos específicos y en párrafos que contienen disposiciones legales. A modo de conclusión Suecia tiende a la atención que se señala en la Ley de Discriminación, procurando hacer una legislación antidiscriminatoria dentro del mercado laboral.

6.2. Finlandia

La Constitución Finlandesa es la más reciente dentro del marco de la Unión Europea entrando en vigor el 1 de marzo de 2000; así, en su artículo 6, bajo la rúbrica “igualdad”, ensalza el principio según el cual ninguna persona debe estar en situación de desventaja por razones de discapacidad; al hilo mencionan los autores De Lorenzo y Palacios²⁹: “ya se contenía en el anterior texto constitucional desde 1955. El Código Penal Finlandés se implicó por las penas por discriminación”. Por lo que, el sistema de protección legal de los minusválidos o discapacitados está basado en el principio de integración social y de igualdad de oportunidades, con imposición de objetivos políticos. En sí la política social elaboró una legislación sobre los

28. De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina (Dir. Laorden J. Coord.: Terreros J. L.) “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional” en AA.VV., “Los Derechos de las Personas con Discapacidad Vol. I. Aspectos jurídicos”. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Lerko Print, S.A (2007). Madrid. España pps.91 - 92.

29. De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina (2007) (Dir. Laorden J. Coord.: Terreros J. L.). “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional”. Op. Cit., p.86

derechos de las personas con discapacidad y los servicios que competen a su rehabilitación.

El concepto de discapacidad en Finlandia viene de la definición del Convenio número 159 de la Organización Internacional de Trabajo de 1983, por tanto, ligada a la rehabilitación profesional,³⁰ como manifiesta su artículo 1 párrafo 1: “A los efectos del presente Convenio, se entiende por «persona inválida» toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden substancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”. Por lo cual, se entiende el concepto de discapacidad en Finlandia en aquella persona cuya capacidad para asegurarse y conservar un empleo se ve reducida a causa de una deficiencia física o mental debidamente reconocida, siempre con un examen médico.

6.3. Dinamarca

La Constitución Danesa entró en vigor el 5 de junio de 1953 y establece la base legal de la política de este país en materia de discapacidad. El principio Constitucional danés en materia de discapacidad esta constatado en el artículo 75, 2º de la Constitución establece: “Quien no esté en condiciones de cubrir su propia subsistencia y la de su familia y cuyo mantenimiento no esté a cargo de otra persona, tendrá derecho a la asistencia pública a condición de someterse a las obligaciones previstas por la ley en esta materia”. Por lo que, se establece que toda persona incapaz de mantenerse o mantener a las personas que dependen de ella tiene derecho a recibir asistencia pública, siempre que no haya ninguna otra persona responsable de la manutención; al respecto el autor Ortega³¹ manifiesta: “Ley de Asistencia Social de 1974 abolió la legislación especial sobre los servicios para minusválidos, los situó en la forma en la posición de igualdad con los otros grupos de personas

30. INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (número 159 de la OIT). adoptado en Ginebra el 20 de junio de 1983. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 281. p. 34879. BOE-A-1990-28179. BOE.es <https://www.boe.es>> Calendario>23/11/1990

31. Calvo Ortega Rafael (Cood.: García Calvete Yolanda) “Situaciones dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas” Op. Cit., p.61.

y por medio de la Ley de Asistencia Social de 1974 abolió la legislación especial sobre los servicios para minusválidos, los situó en la forma en la posición de igualdad con los otros grupos de personas”. Por otra parte, en abril de 1993, el Parlamento adoptó la decisión sobre la igualdad de estatuto y de trato a las personas discapacitadas. Por tanto, se tiene que pensar en el modelo de bienestar social danés denominado modelo de bienestar escandinavo, tienen el derecho todos los ciudadanos a una seguridad social, teniendo una serie de servicios gratuitos tanto en sanidad, financiado por el estado lo que supone una presión fiscal de Dinamarca encontrándose en las más altas del mundo.

7. LOS PAÍSES ANGLOSAJONES EUROPEOS

7.1 Gran Bretaña

La primera legislación con relación al empleo de minusválidos en Inglaterra fue la Ley de 1944 Disabled Persons Act 1944, que fue adoptada para responder a las carencias de los inválidos de la Segunda Guerra mundial. Así, durante el año 1955 se aprobó la Ley Disability Discrimination Act 1995, donde se plasmaba un sistema antidiscriminatorio global que tenía la tendencia a suprimir el sistema de cuotas y, daba una definición de discapacidad colocando a los minusválidos en una igualdad para competir en el mercado laboral. Por tanto, en este momento se definen la discapacidad como una deficiencia física o mental que tiene efecto sustancial siendo de larga duración y negativa para la aptitud de la persona para ejercer actividades cotidianas corrientes. Asimismo, después de diez años entró en vigor la Ley Disability Discrimination Act 2005, que introdujo en el tratamiento de la discapacidad la obligación del sector público para promover el derecho a la igualdad de los discapacitados. Además, en el año 2006, en diciembre entró en vigor la Ley The Disability Equality Duty, en la que implica a todos los organismos públicos a garantizar que las personas discapacitadas tengan que ser tratadas como el resto de personas. Por tanto, el régimen constitucional inglés se caracteriza porque carece de una constitución escrita. Por

lo cual, como mencionan los autores Lorenzo y Palacios³²: “El régimen constitucional inglés se caracteriza porque carece de una constitución escrita. Por lo que, no existen normas constitucionales que favorezcan las personas con discapacidad”.

7.2 Irlanda

La vigente Constitución de Irlanda entro en vigor en 1937, y desde la promulgación han pasado más de 20 enmiendas de diversas consideraciones. En su capítulo de Derechos Personales, el artículo 40 proclama la igualdad ante la Ley, pero con atención especial del Estado a las personas con discapacidad, desarrollándose mediante el artículo 45.5³³ de la Constitución Irlandesa sobre los principios rectores de la política social mediante la expresión: “cuando sea necesario, a contribuir al sostenimiento de los inválidos y los ancianos”. Respecto, al concepto inválido de la Constitución Irlandesa el legislador de este país debería modificarlo por la expresión “discapacitado o dependiente”, aunque está muy bien la expresión ancianos pues la mayoría de los discapacitados o, dependientes son ancianos.

8. LOS PAÍSES CONTINENTALES

8.1 Alemania

La Constitución es la Ley Fundamental para la República Federal Alemana (conocida tradicionalmente como Ley Fundamental de Bonn), de 23 de mayo de 1949; está dotada de gran rigidez constitucional, para su reforma, aunque se haya reformado varias veces. En 1994 tuvo lugar una ampliación de la Constitución Alemana en lo concerniente a la discapacidad, tal como lo señala el artículo 3.3,³⁴ párrafo 4, menciona: “Nadie podrá ser perjudicado a causa de

32. De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina (2007) (Dir. Laorden J. Coord.: Terreros J. L.). “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional”. Op. Cit., p.91

33. República de Irlanda. Constitución de Irlanda. p.43 https://www.constituteproject.org/Ireland_2015.pdf?lang=es

34. Ley Fundamental de la República de Alemania p16. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

un impedimento físico” y, por último, se debe destacar que el Tribunal Constitucional Alemán, en reiterada jurisprudencia, ha considerado que es un mandato del principio de Estado social que se tiene que ocupar de la asistencia a los necesitados, lo que comprende la ayuda social para los ciudadanos que, por causa de defectos físicos o psíquicos, se encuentran obstaculizados en su desarrollo personal y social, por lo cual son incapaces de mantenerse por sí mismos, al hilo, los autores Lorenzo y Palacios³⁵ manifiestan: “es un deber constitucional el asegurar a los minusválidos así como promover los cuidados adecuados a las familias tanto por sí mismas como por terceras personas, con la consecuencia de una necesaria organización para su asistencia”. Por lo que, estas personas discapacitadas o, dependientes estarán en residencias, asistidas por personas profesionales o, en su caso, en casa con los familiares.

8.2 Austria

En este país no existe una legislación general sobre la discapacidad de las personas; su legislación se caracteriza por la fragmentación de normas, por lo que existen más de noventa leyes federales y regionales. Por tanto, la competencia en Austria es compartida entre los nueve *länder* y, el Estado federal.

El sistema político de empleo de los minusválidos nació en los años 20, para los inválidos de guerra que en su normativa establecía un sistema de cuotas. A partir de los años cuarenta esta normativa se extiende al resto de los inválidos civiles y, en el año 1973 se aplica a todos los minusválidos con la independencia de la discapacidad originada.

Por tanto, la Ley Federal sobre discapacidad de 1990 intenta mejorar su situación imponiendo normas de coordinación y creando el Consejo Federal en el que participan todas las asociaciones de minusválidos, adoptando medidas de carácter general. Por lo que se debe mencionar, por último, que no hay ninguna Ley en Austria que dé una definición de disca-

pacidad. Cada ley adopta sus propios criterios. Es hasta el año 1993 que el gobierno propuso una definición de discapacidad basada en la prevención, la integración, la normalización, la independencia y las necesidades de los discapacitados.

8.3 Bélgica

El texto de la Constitución de Bélgica data de 1831, pasando por varias reformas. En 1994 se publicó la denominada “Constitución refundida”, que unifica y sistematiza las anteriores reformas del texto constitucional. Al mismo tiempo, la normativa sobre la discapacidad está fragmentada en Bélgica por territorios y comunidades, habiendo una interacción con la ley federal tanto comunitaria como regional. En la Constitución de 1920 de Bélgica³⁶, así el autor Ortega manifiesta: “no existe ninguna referencia que enuncie la discapacidad, aunque se recoge en su artículo 10 el derecho a la igualdad entre todos los belgas y siguiendo en la Constitución de Bélgica en su artículo 11 habla sobre la prohibición de la discriminación”. De esta forma, la legislación nacional es responsable en la adopción de leyes y decretos reales, y su competencia incluye el derecho laboral y la seguridad social. Asimismo, sobre el concepto de comunidad, las comunidades tienen competencia en materia de formación profesional y de reciclaje de trabajadores minusválidos. En concreto las regiones de Flandes, Valonia y Bruselas adoptan decretos en el límite de sus territorios, son responsables de su propia política socioeconómica, incluida la vivienda, el empleo, así las regiones tienen competencia en materia de los programas de incorporación al trabajo.

Por otro lado, desde el año 1990, cada comunidad cuenta con un Fondo para un instrumento de integración social y profesional de minusválidos. El Fondo de Bruselas considera discapacitadas a las personas para su integración social y profesional que se ve limitada significativamente a causa de una deficiencia o, una disminución de las capacidades físicas o mentales. El concepto en Valonia tiene la de-

35. De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina (2007) (Dir. Laorden J. Coord.: Terreros J. L.). “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional”. Op. Cit., p.83

36. Calvo Ortega Rafael (Coord.: García Calvete Yolanda) “Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas”. Op Cit., p.60.

finición de discapacidad como una alteración de las facultades mentales, físicas o sensoriales que requiere una intervención social. Así cabe mencionar que el Fondo Flamenco distingue en su definición tres aspectos diferentes: una limitación de las posibilidades “a largo plazo”, una referencia exclusiva a “la integración social” y la enumeración de las facultades “mentales, psicológicas, físicas o sensoriales”.

8.4. Francia

La Constitución Francesa de la Quinta República adoptada por referéndum en 1958 y modificada en el año 2003³⁷ en su artículo 1, expresa: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada”. Por tanto, en el texto no expresa nada sobre la discapacidad. Así, fueron generándose distintas leyes como la Ley número 2004-2005 del 30 de junio de 2004, relativa a la solidaridad para la autonomía de las personas mayores y las personas discapacitadas; también la Ley número 2005-102 del 11 de febrero de 2005 (Disposición derogada) para la igualdad de derechos y de suertes, la participación de la ciudadanía y de las personas discapacitadas expresando en su artículo 2: “Constituye un discapacitado, al sentido de la presente ley, toda limitación de la actividad o de la restricción de participación a la vida en la sociedad, soportar en su alrededor para una persona por la razón de una alteración sustancial, duradera o definitiva de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, con multitud de problemas o siendo difícil la salud para el invalido”. Por lo que, supuso un gran avance en la materia de discapacidad en Francia.

8.5. Grecia

Según la Constitución Griega de 1975, entienden que la responsabilidad del Estado depende

del concepto de empleo de los minusválidos. Por otro lado, la Constitución Griega³⁸ garantiza la seguridad de las personas discapacitadas en su artículo 25, párrafo 2º, que menciona: “El reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre por el Estado tienen por objeto la realización del progreso social en la libertad y la justicia”, por lo cual las personas dependientes o discapacitadas y la mayoría de las residencias de ancianos dependerán del Estado.

8.6. Países Bajos

La Constitución holandesa de 1983³⁹, en su artículo 1 expresa: “Todos aquellos que se hallen en los Países Bajos serán tratados de manera igual en las mismas circunstancias. No se permitirá ninguna discriminación fundada sobre la religión, las convicciones personales, las opiniones políticas, la raza, el sexo o cualquier otro motivo”. Por lo cual, no contiene normas aplicables a las personas con discapacidad. En los años noventa la legislación holandesa realizó cambios fundamentales, por lo que se adoptaron numerosas leyes encaminadas a la responsabilidad individual con la libertad de elección con tendencia a limitar la dependencia de las prestaciones de invalidez. Por tanto, no existe una definición general de discapacidad, empleándola en cada norma como subsidios, empleo etc., observando cada una su propia noción. Por lo que, la noción de persona discapacitada está con relación con la capacidad de generar ingresos y no con la gravedad de la discapacidad. Puesto, después del diagnóstico médico, el grado de discapacidad se evalúa por medio de procedimientos técnicos a través de un sistema informatizado con comparación de las capacidades de la persona y con las condiciones de empleos. Así mismo, la discapacidad total y parcial depende del hecho que el beneficiario del subsidio por discapacidad que no tenga derecho a percibir ingresos mínimos de trabajo.

37. Constitución de la República Francesa. p.4 https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008pdf

38. Constitución de la República Griega. p.2 http://www.teinteresa.es/mundo/constitucion_de_grecia-reforma_0_1040297081html

39. Reino de Países Bajos. Constitución del Reino de los Países Bajos de 1983. p.5. www.government.nl/documents/reports/2019/02/28

8.7. Italia

La Constitución italiana de 1947⁴⁰, en su artículo 3 expresa: “Todos los ciudadanos tienen derecho a la dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de las condiciones personales y sociales. Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana”. En consecuencia, el artículo 38⁴¹ de la Constitución italiana de 1947 que manifiesta: “Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y la asistencia social. Los incapaces para el trabajo y los inválidos parciales tendrán derecho a la educación y a la formación profesional. Las tareas previstas en el presente artículo serán asumidas por órganos e instituciones constituidas o complementarias por el Estado. Será libre la asistencia privada”. Por otra parte, la ley cuatro para la asistencia, la integración social y el derecho de las personas discapacitadas, da un nuevo concepto de discapacidad teniendo como objetivo la eliminación de barreras, mejoras en la accesibilidad y participación de las personas discapacitadas. Al respecto, el concepto de discapacidad en el modelo italiano es el siguiente: persona discapacitada es la afectada de una deficiencia física, mental o sensorial, estable o progresiva, que comporta dificultades para la formación profesional, la vida social o la integración profesional, colocándola en una situación desfavorable o provocando la exclusión social.

8.8. Luxemburgo

En la Constitución de Luxemburgo de 1868 no hace ninguna referencia a los discapacitados explícitamente, por lo que, no existe una legislación de carácter general. Por tanto, las respectivas leyes que se han ido aprobando se

40. República de Italia. Constitución de la República Italiana de 1947.p.1 www.ub.edu/hipertexto>evolucion>textos

41. República de Italia. Constitución de la República Italiana de 1947.p.7 www.ub.edu/hipertexto>evolucion>textos

aplican a elementos concretos de la situación de minusválidos, especialmente relacionados por las guerras y los accidentes laborales.

8.9. Portugal

La Constitución Portuguesa de 1976⁴², en su artículo 13 expresa:” Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica y condición social”. Pero, además, se matiza más en su artículo 71⁴³ al establecer: “los ciudadanos con deficiencia física o mental gozan plenamente de los derechos. El Estado deberá de realizar una política nacional de integración de los ciudadanos con deficiencia, apoyando a sus familias o tutores”. Por tanto, la definición de discapacidad en la legislación portuguesa es la siguiente: discapacitada es la persona que, a causa de la pérdida o deficiencia, congénita o adquirida, de su estructura o de sus funciones físicas, intelectuales, fisiológicas o anatómicas que pueda limitar sus facultades, se halle en situación de desventaja para llevar a cabo las actividades normales, teniendo en cuenta la edad, el sexo y los principales factores sociales y culturales.

8.10 Suiza

La constitución Federal República Helvética aprobada en 1999, en su texto expresa una enumeración de derechos fundamentales con respecto a la dignidad humana como enuncia su artículo 7⁴⁴: “La dignidad humana debe ser respetada y protegida”, por tanto, con la

42. La Constitución Portuguesa. Constitución de la República Portuguesa de 1976. Decreto de aprobación de la Constitución Portuguesa. Diario da República N.º 86/1976, Serie I de 1976-04-10. p2. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

43. La Constitución Portuguesa. Constitución de la República Portuguesa de 1976. Decreto de aprobación de la Constitución Portuguesa. Diario da República N.º 86/1976, Serie I de 1976-04-10. p9. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

44. Constitución Federal República Helvética. 2.<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf>

prohibición de cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad tanto física, mental o psíquica de la persona.

6. LOS PAÍSES DECENTRALIZADOS DE LA UNIÓN EUROPEA

Como muy bien menciona el autor Costa⁴⁵: “En este sentido, cabe diferenciar entre lo que podría llamarse federalismo formal (o jurídico) respecto al federalismo informal, este último sería el caso español o británico donde existen relaciones interjurisdiccionales independientemente de la existencia de un estado federal”, por lo que España es un estado federal informal como manifiesta la Constitución Española de 1978⁴⁶ en su artículo 137: “ El Estado se organiza territorialmente en Comunidades Autónomas”, por lo cual , simularía el federalismo como el caso de Alemania como menciona el autor Michael⁴⁷: “Alemania es un Estado federal y en términos conceptuales el Estado federal se halla a medio camino entre la confederación y el Estado central. Este planteamiento trata de superar fecundamente la tensión entre la diversidad y la unidad mediante la distribución (territorial) de las funciones estatales entre dos sujetos políticos autónomos, a saber, los Estados miembros y el Estado central (llamados en Alemania “Lander” y “Bund”) “, de la misma forma esta compuesta Austria y Suiza mediante sus Estado Cantonales, muy diferentes a las demás Constituciones europeas que se han mencionado, al hilo el autor Costa⁴⁸ manifiesta: “En cambio, en aquellos países que adoptan la forma constitucional de Estados unitarios, el Estado central puede ejercer una actividad invasora de competencias y fácilmente puede li-

mitar la autonomía a través de la promulgación de leyes marco o sistemas de financiación que restringen la actividad innovadora y con ello la diversidad del sistema sanitario. Este último es el caso de España e Italia”, por lo cual, estos dos últimos países han sido muy golpeados por la pandemia del Covid-19, especialmente en las personas mayores discapacitadas o, dependientes que han estado ingresadas en residencias.

7. ¿QUIÉN TIENE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN ESPAÑA Y ALEMANIA POR EL FALLECIMIENTO DE LAS PERSONAS MAYORES DISCAPACITADAS O DEPENDIENTES INGRESADAS EN LAS RESIDENCIAS DE MAYORES?

De esta forma, cabe citar en la Ley de protección de la población en el caso de pandemia de alcance nacional en Alemania que mediante su artículo 6, 2,⁴⁹ manifiesta: “En la medida en que las instalaciones de asistencia sanitaria para las personas que hayan estado o puedan haber sido infectadas con el coronavirus del SARS-CoV-2 no puedan ponerse a disposición o no puedan ser puestas a disposición a tiempo en el término municipal del municipio en el que vayan a crearse mediante la construcción, modificación o cambio de uso de las instalaciones de construcción, la autorización de dichas instalaciones podrá completarse hasta el final del 31 de diciembre de 2020, en la medida en que sea necesario y, en su caso, por un período de tiempo limitado, establecer excepciones a las disposiciones del presente Código o a las disposiciones adoptadas sobre la base de este Código, siempre que el promotor del proyecto sea el Gobierno federal, un Land”. Por lo que, indirectamente será responsable de las residencias de ancianos el Gobierno federal o el Land, si tiene atribuidas las competencias como persona jurídica pública y, al mismo tiempo es tutor de las personas mayores que son más vulnerables a la pandemia y están polimedicados. Por otra parte, en España han fallecido muchas personas discapacitadas o, dependientes que han estado en residencias,

45. Costa i Font, Joan “Descentralización de los sistemas sanitarios europeos: ¿entre la innovación y la eficacia? Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía. Editorial Gobierno Vasco (2012) (Nº81). España p.133

46. Constitución Española. Cortes Generales. Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 311.p. 28. BOE-A-1978-31229 (Legislación Consolidada). www.boe.es/boe/BOE-A-1978-31229-consolidado

47. Michael Miebach, Klaus “El federalismo en la República Federal de Alemania”. Editorial Política Interior. (2001). Alemania.p.3.

48. Costa i Font, Joan (2012) (Nº81). “Descentralización de los sistemas sanitarios europeos: ¿entre la innovación y la eficacia? Op. Cit., p.133.

49. Códigos electrónicos. Crisis Sanitaria Covid-19. Normativa alemana. Edición actualizada a 15 de abril de 2020. Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.p.186.boe.es>biblioteca_juridica>códigos>normativa_alemana

así lo afirma el periódico digital Tododisca⁵⁰: “España supera las 17.000 muertes de mayores usuarios de residencias en la pandemia del Covid-19”. Por lo cual ¿quiénes serán los responsables de las personas fallecidas discapacitadas o dependientes en las residencias en situación de vulnerabilidad? Respecto a la pregunta hay que mencionar la Constitución Española de 1978 en su artículo 148,1º, párrafo 20º⁵¹ que menciona: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: “Asistencia social”, por lo cual las residencias de mayores que dependen de las Comunidades Autónomas serán responsables civiles o penales como entidades públicas que tutelan a las personas mayores discapacitadas o dependientes los Gobiernos Autonómicos, excepto Ceuta y Melilla que dependen del Gobierno Central. Así mismo cabe mencionar que también serán responsables en las residencias concertadas y, privadas las entidades gestoras o, en su caso los directores o, encargados de las personas mayores vulnerables que gestionan estas entidades.

8. CONCLUSIONES

Primera. Las personas discapacitadas o dependientes, están reconocidas en Europa mediante las diversas Constituciones o legislaciones, como grupo de vulnerabilidad. Por otro lado, existen cuidadores formales como la figura jurídica del tutor que puede ser privada o pública.

Segunda. Aunque es Gobierno Español decretó el estado de alarma las medidas tomadas por el mismo fueron insuficientes respecto al sistema de residencias de personas discapacitadas o dependientes por lo que, en ese momento dependían las residencias públicas del Ministerio de Sanidad.

Tercera. Las responsabilidades civiles o penales dependen ahora de las Comunidades Autónomas si son públicas las residencias de mayores excepto, Ceuta y Melilla que dependen del Gobierno Central. Por otra parte, las residencias

concertadas o privadas dependían del órgano gestor que las administraba en su momento.

Cuarta. Las medidas más adecuadas para no contagiar del Covid-19, hubiera sido acertado haber comprado material sanitario adecuado para sus cuidadores, y realizar los Pcrs, (pruebas serológicas) convenientes e incluso, si algún director o directora del Centro de las residencias de personas discapacitadas o dependientes, si no acatase las normas de sanidad que los trabajadores del centro tenían la obligación de comunicarlo a las autoridades competentes.

Quinta. Una vez vuelta a la normalidad en España, las autoridades sanitarias estatales, así como las autoridades autonómicas deben de tener el material sanitario, o poder aislar a este grupo vulnerable en caso de presuntos brotes de la enfermedad una vez llegado el invierno.

9. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliográficas

- Calvo Ortega Rafael. (Coord.: García Calvete Yolanda) “Situaciones dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas” en AA.VV.” Tratamiento jurídico de la discapacidad y dependencia en el derecho comparado”. Editorial Aranzadi. S.A. (2007) Pamplona España.
- Costa i Font, Joan “Descentralización de los sistemas sanitarios europeos: ¿entre la innovación y la eficacia? Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía. Editorial Gobierno Vasco (2012) (Nº81). España
- De Lorenzo Rafael y Palacios Agustina (Dir. Laorden J. Coord.: Terreros J. L.) “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección Constitucional” en AA.VV., “Los Derechos de las Personas con Discapacidad Vol. I. Aspectos jurídicos”. Consejo General del Poder Judicial. Editorial Lerko Print, S.A (2007). Madrid. España
- Eamon O’Shea.” La mejora de la calidad de vida de las personas dependientes”. Editorial Council of Europe on publication in English and French envejecimiento.csic.es/documentos/oshea-mejora-01.pdf. (2003) Universidad Nacional de Irlanda. Galway Irlanda.
- Heras Hernández, María del Mar “La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados”. Revista Actualidad civil, Ed.: La Ley. (2006) (Nº20) (Las Rozas) Madrid. España.
- Michael Miebach, Klaus “El federalismo en la República Federal de Alemania”. Editorial Política Interior. (2001). Alemania
- Minué Lorenzo, Sergio. “La pandemia Covid-19: lo que hemos aprendido hasta ahora en España”. Revista da Rede da Pesquisa em Atenção Primária à Saúde Editorial APS em Revista.apsemprevista.org. (2020) (Vol. 2) (n. 1) Brasil. p.29.

50. periódico digital Tododisca p.1. www.tododisca.com>espana-supera-las-17-000-muert... (visto 21/06/2020)

51. Constitución Española. Cortes Generales. Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 311.pps. 30-31. BOE-A-1978-31229 (Legislación Consolidada). www.boe.es>pdf>BOE-A-1978-31229-consolidado

O'Callaghan Xavier. (2007). (V.I) (Dir. Javier Laorden) (Coord.: José Luis Terreros) "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho", en AA, VV, "Los Derechos de las Personas con Discapacidad Aspectos jurídicos", Editorial Consejo General del Poder Judicial (2007). (V.I) Madrid España

Rodríguez Carrero, Gregorio. "Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales", en A.A.VV. "Comentarios sistemáticos a la Dependencia Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal en situación de dependencia y normas autonómicas Editorial Aranzadi (2008) (Navarra) España.

Sempere Navarro Antonio Vicente. "Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre <<de Dependencia>>" Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 17/2006 parte Tribuna Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (2006) España

Serrano García, Ignacio. "discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", Revista Jurídica del Notariado, octubre-diciembre. Ed.: Consejo General del Notariado. Madrid (2004). España

2. Jurisprudencia

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) (Sentencia 22-12-1986) (Ponente: Albácar López, José Luis) EDJ 1986

Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm.48/2013 de 22 enero. JUR 2014\44311

3. Constitución Española Códigos españoles y, tratados europeos

Constitución Española. Cortes Generales. Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 311. BOE-A-1978-31229 (Legislación Consolidada). www.boe.es/pdf/BOE-A-1978-31229-consolidado

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Ministerio de Gracia y Justicia. <<Gaceta de Madrid>> núm.206. BOE-A- 1889-4763. www.boe.es/pdf/BOE-A-1889-4763-consolidado.

Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 184. BOE-A-2008-13033. (Legislación consolidada) www.boe.es/pdf/BOE-A-2008-13033-consolidado

Tratado de Niza, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. p. C 80/17. Editorial Diario de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX-12001C/TXT&from=ES>

4 legislación española y extranjera comunitaria

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situa-

ción de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 67 BOE-A-2020-3692. <https://www.boe.es/BOE/Calendario/14/03/2020>

INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (número 159 de la OIT). adoptado en Ginebra el 20 de junio de 1983. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado (BOE) Madrid. N. Boletín 281. BOE-A-1990-28179. BOE.es <https://www.boe.es/Calendario/23/11/1990>

Recomendación 9, del 18 de septiembre de 1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641 g reunión de Delegados de Ministros) Bruselas Bélgica sid.usal.es/idsoc/LYN10476

Códigos electrónicos. Crisis Sanitaria Covid-19. Normativa alemana. Edición actualizada a 15 de abril de 2020. Editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. boe.es/biblioteca/juridica/codigos/normativa_alemana

5. Constituciones Europeas

República de Irlanda. Constitución de Irlanda. https://www.constituteproject.org/Ireland_2015.pdf?lang=es

Ley Fundamental de la República de Alemania. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

Constitución de la República Francesa. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008pdf

Constitución de la República Griega. http://www.teinteresa.es/mundo/constitucion_de_grecia-reforma_0_1040297081html

Reino de Países Bajos. Constitución del Reino de los Países Bajos de 1983. www.government.nl/documents/reports/2019/02/28

República de Italia. Constitución de la República Italiana de 1947. www.ub.edu/hipertexto/evolution/textos

La Constitución Portuguesa. Constitución de la República Portuguesa de 1976. Decreto de aprobación de la Constitución Portuguesa. Diario da República nº 86/1976, Serie I de 1976-04-10. <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>

Constitución Federal República Helvética p.. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ch/ch191es.pdf>.

6. Diccionarios y periódicos

Diccionario de La Real Academia Española de la Lengua Española. Vigésima Edición. Real Academia Española. Ed.: Espasa Calpe S.A. Vigésima Edición. Real Academia Española. Ed.: Espasa Calpe. S.A. Pozuelo de Alarcón. (2001). (Madrid) España.

RTVE. rtve.es/noticias/20200530/radiografias-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml España (visto30/05/2020)

periódico digital Tododisca p.1. www.tododisca.com/espana-supera-las-17-000-muert... (visto 21/06/2020)