

**ACTAS  
DE LOS TRIGÉSIMOS ENCUENTROS  
DEL FORO DE DERECHO  
ARAGONÉS**



**VOLUMEN I**

## TRIGÉSIMOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

### ORGANIZADO POR:

- El Justicia de Aragón
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón
- Fiscalía de la C.A. de Aragón
- Cámara de Cuentas de Aragón
- Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación
- Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
- Universidad San Jorge
- Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
- Ilustre Colegio de Abogados de Huesca
- Ilustre Colegio de Abogados de Teruel
- Ilustre Colegio Notarial de Aragón
- Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato Autonómico de Aragón)
- Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza

### COMISIÓN DE COORDINACIÓN:

- D. Ángel Dolado Pérez (Justicia de Aragón)
- D. Manuel Bellido Aspás (Presidente del TSJA)
- D<sup>a</sup>. María Asunción Losada Sabater (Fiscal Superior de Aragón)
- D. Alfonso Peña Ochoa (Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón)
- D. Javier Hernández García (Lugarteniente del Justicia)
- D. José Luis Merino Hernández (Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación)
- D. Alfonso Casas Ologaray (Decano Colegio de Abogados de Teruel)
- D. Pablo Luis Marín Nebra (Decano Colegio de Procuradores de Zaragoza)
- D. José Antonio Serrano García (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza)
- D. Rafael Bernad Mainar (Director del Grado de Derecho. Universidad San Jorge)
- D. Fermín Moreno Ayguadé (Presidente Comisión de Cultura del Colegio Notarial de Aragón)
- D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina (Letrado. Colegio de de Abogados de Huesca)
- D. Luis Montes Bel (Letrado. Colegio de Abogados de Zaragoza)
- D. Miguel Temprado Aguado (Registrador de la Propiedad)

### SECRETARÍA TÉCNICA:

- D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Jesús Lite Martín (Secretaria General del Justicia de Aragón)
- D. Javier Oliván del Cacho (Asesor del Justicia de Aragón)

Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN

© De la edición El Justicia de Aragón

© De cada una de las partes de los respectivos autores

ISBN obra completa: 978-84-92606-49-8

ISBN obra Volumen I: 978-84-92606-50-4

Depósito Legal: Z-629-2022

Maquetación e impresión: Tipolínea, S.A. Grupo Edelvives

Ctra. de Madrid, N-II, km 315,70. 50012 Zaragoza

# ÍNDICE

## **SESIÓN I. Reforma de la discapacidad y su incidencia en el Derecho Aragonés**

### **Coponentes**

<i>D<sup>a</sup> Aurora López Azcona</i> .....	7
<i>D. Adolfo Calatayud Sierra</i> .....	27
<i>D. Armando Barreda Hernández</i> .....	63

## **SESIÓN II. Legislación y respuesta judicial ante la pandemia en Aragón**

### **Coponentes**

<i>D. Javier Albar García</i> .....	99
<i>D<sup>a</sup> Eva Sáenz Royo</i> .....	119
<i>D. Julio Tejedor Bielsa</i> .....	131



**Sesión I**

**REFORMA DE LA DISCAPACIDAD  
Y SU INCIDENCIA  
EN EL DERECHO ARAGONÉS**

**Coponentes**

*D<sup>a</sup> Aurora López Azcona*

PÁG. 7

*D. Adolfo Calatayud Sierra*

PÁG. 27

*D. Armando Barreda Hernández*

PÁG. 63



**LA NECESARIA REFORMA  
DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN  
A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS  
SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS  
CON DISCAPACIDAD**

AURORA LÓPEZ AZCONA  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN. II. ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN QUE SE PLANTEA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN TRAS LA APROBACIÓN Y ULTERIOR ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ESTATAL 8/2021? III. ¿ES ACORDE EL ACTUAL RÉGIMEN DEL CDFA A LA CONVENCIÓN UN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD? IV. ¿CUÁL PODRÍA SER EL FUTURO SISTEMA DE APOYOS DEL CDFA?

## **I. PRESENTACIÓN**

Respetadas autoridades. Señoras y señores.

Mis primeras palabras deben ser de agradecimiento a los organizadores de este Foro tan especializado por haberme invitado a participar en sus trigésimos Encuentros.

En particular, en esta sesión me corresponde abordar, junto a mis colegas de ponencia, el complejo tema relativo a la adecuación del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 (en adelante, CDFA) a la Convención UN de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Se retoma así un tema que fue abordado con maestría por la Dra. Mayor del Hoyo y demás coponentes en los últimos Encuentros celebrados en tiempos de prepandemia. Si en aquel momento (2019) se trataron los posibles problemas de armonización entre el entonces Anteproyecto de reforma estatal en materia de

discapacidad y el CDFA, corresponde ahora plantearnos si el régimen aragonés vigente debe reformarse (o no) para adaptarlo al tratamiento de la discapacidad que postula la Convención UN 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad. Mi respuesta -ya adelanto- es afirmativa, pero no tanto porque nos arrastre la reforma estatal -en vigor desde 3 septiembre 2021-, sino fundamentalmente porque, pese a la indudable calidad técnica y numerosos aciertos del texto legislativo aragonés, responde a un modelo de la discapacidad –el modelo médico en exclusiva– ya superado por la Convención, lo que exige una relectura del mismo a la luz de sus principios.

De este modo, los aquí presentes hemos optado por estructurar nuestra intervención en tres partes. En la primera, a mi cargo, se acometerá el examen del vigente CDFA a la luz de la Convención, para concluir -sin duda, fruto de mi osadía- con algunas propuestas *de lege ferenda* que quizá puedan ser mínimamente útiles para una futura reforma de nuestro sistema tuitivo de las personas con discapacidad. En la segunda, A. Calatayud, en su condición de Notario y, además, profundo estudioso del Derecho civil aragonés, se ocupará de la compleja cuestión atinente a las medidas voluntarias de apoyo. Por último, A. Barreda, en su condición de experimentado Magistrado de familia muy implicado en el tema que nos ocupa, abordará la confusa situación procesal generada en nuestra C.A. por la profunda modificación de que han sido objeto la Ley de Enjuiciamiento civil de 2002 y la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 por parte de la Ley estatal 8/2015, sustituyendo el proceso de incapacitación por el de provisión de medidas judiciales de apoyo.

Por mi parte, espero responder mínimamente a sus expectativas, pero también que esta sesión derive en un foro de debate entre los aquí presentes, habida cuenta ya no solo de la relevancia jurídica, sino de la especial sensibilidad, si me permiten la expresión, del tema que nos ocupa. Es más, a mi entender, una reforma de tal calado, en cuanto incide directamente en la capacidad de la persona, quizá requeriría dar entrada a los diversos agentes implicados. En este sentido, me parece muy sugerente la opción catalana de impulsar un proceso participativo vinculado a la previa presentación de unas bases de reforma del Código Civil de Cataluña (de cuyo contenido, sin embargo, discrepo en gran parte, por cuanto acoge la ortodoxa lectura de Convención que postula el Comité UN sobre los derechos de las personas con discapacidad) como paso previo a la redacción de un anteproyecto de reforma.

En cualquier caso, a la hora de abordar este tema conviene aclarar que estamos pensando fundamentalmente en la discapacidad psíquica (comprensiva de la discapacidad intelectual y la discapacidad por enfermedad mental); esto es, en la que afecta a la toma de decisiones tanto de índole personal como patrimonial, cualquiera que sea su causa (nacimiento, enfermedad, adicciones, deterioro cognitivo, etc).

Tras este preámbulo, inicio ya mi intervención que he optado por articular en torno a tres grandes interrogantes:

1º.- ¿Cuál es la situación que se plantea en nuestra Comunidad Autónoma tras la aprobación y ulterior entrada en vigor de la Ley estatal 8/2021?

2ª.- ¿Es acorde el actual régimen del CDFA a la Convención UN sobre los derechos de las personas con discapacidad?

3ª. ¿Cuál podría ser el futuro sistema de apoyos del CDFA?

## II. ¿CUÁL ES LA SITUACIÓN QUE SE PLANTEA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN TRAS LA APROBACIÓN Y ULTERIOR ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ESTATAL 8/2021?

Por lo que hace a la primera cuestión, no resulta ocioso, sino más bien lo contrario, recordar en este Foro el confuso panorama generado en nuestra Comunidad Autónoma, especialmente para los prácticos o aplicadores del Derecho, por la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Parece así que, cuando el legislador estatal acometió la reforma de la discapacidad “olvidó” que una de las singularidades del Estado español viene dada por la existencia de una pluralidad de Derechos civiles y que, además, ésta se encuentra avalada por el art. 149.1.8 CE; precepto que ciertamente es mencionado por la Disposición Final 2ª de la Ley 8/2021 a la hora de especificar los títulos competenciales en que se ampara, pero sin dejar a salvo, a diferencia de lo sucedido con otras leyes civiles (p.e. LAR 2003), la competencia en materia de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Entre ellas, como es sabido, se encuentra Aragón que en 2006 (Ley de Derecho de la persona, en adelante, LDp), al amparo dicho precepto constitucional y de su Estatuto de Autonomía y en línea con su tradición jurídica, decidió dotarse de un régimen completo sobre medidas de protección/apoyo a las personas con discapacidad, cumplimentado por un régimen específico sobre capacidad por razón de discapacidad.

Sucede, además, que la reforma estatal ha sido muy ambiciosa, por cuanto no se ha limitado a reformar el sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad contemplado en el cc, sino que ha revisado el tratamiento que dicho cuerpo legal dispensaba a la discapacidad en sus restantes sedes normativas. Por añadidura, ha modificado otras leyes civiles, entre ellas, principalmente la LEC y la LJV a fin de sustituir el anterior proceso de incapacitación por el de provisión de medidas judiciales de apoyo.

Mayor confusión si cabe viene dada por la falta de coordinación existente en el Código Civil estatal a la hora de determinar la ley aplicable a esta materia. Así, mientras su art. 9.6 ha sido reformado por la Ley 8/2021 para fijar como punto de conexión el de la residencia habitual a efectos de las medidas de apoyo para personas con discapacidad, su art. 9.1 mantiene como punto de conexión en materia de capacidad el de la nacionalidad (o vecindad civil por remisión del art. 18.1) y su art. 10.11, a efectos de representación, el lugar del donde se ejerciten las facultades representativas.

Pues bien, ante esta situación es inevitable formularse la siguiente pregunta: ¿Qué Derecho civil y, por extensión, qué Derecho procesal civil es aplicable en Aragón en el momento presente en materia de discapacidad?

Obviamente, dado el amplio alcance de la reforma estatal al que nos hemos referido, la respuesta no es uniforme, sino que va a depender de la concreta materia civil modificada en virtud de la Ley 8/2021 y de las competencias que al respecto tiene atribuidas nuestra Comunidad Autónoma por la Constitución española y el Estatuto de Autonomía de Aragón.

1º.- Empezando por el sistema de apoyos, no cabe duda que el actualmente vigente en Aragón sigue siendo el contenido en el Título III del Libro I del CDFa (que no la Compilación de 1967, como he podido leer en algún lugar, ya que está derogada íntegramente desde 2011), bajo la rúbrica “De las relaciones tutelares”, a completar con lo dispuesto en los arts. 41 a 45 sobre prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda. Por tanto, no es aplicable en nuestra Comunidad Autónoma el nuevo sistema de apoyos diseñado e incorporado al Cc estatal por la Ley 8/2021, por cuanto, como establece el art. 1.2 CDFa, el Derecho civil general del Estado sólo se aplicará supletoriamente en defecto de normas aragonesas, lo que no es el caso. De ello resulta, por consiguiente, que, a fecha de hoy, el sistema de apoyos a que se refiere la Convención UN 2006 está integrado en Derecho aragonés por la tutela y la curatela (asistencial y/o representativa) o, en su caso, autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, junto a otras medidas complementarias como la guarda de hecho, los mandatos de autoprotección y el defensor judicial.

Lo mismo puede afirmarse respecto a la capacidad de las personas con discapacidad, toda vez que el legislador aragonés optó por incorporar, asimismo, esta materia en la LDp 2006, dando entrada en el Ordenamiento jurídico aragonés a previsiones tan relevantes como las relativas a la presunción de capacidad (art. 31) y al régimen de invalidez de los actos llevados a cabo sin suficiente aptitud de querer y entender (art. 34), a la intromisión en los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad (art. 32) y al internamiento forzoso en un centro no necesariamente sanitario (art. 33). Ello aparte de reproducir el régimen entonces vigente de los arts. 199 a 201 Cc estatal en materia de incapacitación (art. 35) y remitirse a la legislación especial sobre patrimonio protegido de las personas con discapacidad (art. 37). En 2011 tales previsiones, al igual que las relativas a las relaciones tutelares, fueron refundidas en el CDFa (arts. 34 a 40), sin que en el momento presente puedan entenderse derogadas y sustituidas por las nuevas previsiones del Cc estatal fruto de la reforma 2021.

2º. Cuestión distinta es que el régimen aragonés, pese a estar articulado de modo más flexible y acorde a la autonomía de la voluntad que el anterior régimen estatal, no resulte plenamente acorde a la Convención UN 2006 y, por ende, mientras no se proceda a su revisión, deba ser interpretado y aplicado por los

operadores jurídicos de modo coherente con aquella, dado que dicho texto internacional forma parte del Ordenamiento jurídico aragonés desde el 3 mayo 2008, según consta en su Instrumento de ratificación por el Estado español de 23 noviembre 2007. Ciertamente, esta labor hermenéutica ha sido acometida paulatinamente en los últimos años por los tribunales aragoneses –unos con mayor empeño que otros–, pero resulta innegable que la supresión en la legislación procesal –que no se olvide, como regla, es competencia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.6 CE* y, por tanto, de aplicación directa en Aragón– del procedimiento de incapacitación y su sustitución por el de adopción de medidas judiciales de apoyos ha marcado un punto de inflexión en el tratamiento de la discapacidad en nuestra Comunidad Autónoma.

De este modo, desde el momento en que los preceptos relativos al proceso de incapacitación han sido derogados sin salvedad alguna por la Ley 8/2021 (Disposición derogatoria única) y, por ende, han perdido su vigencia, no creo que pueda sostenerse que en nuestra Comunidad Autónoma sigue siendo posible incapacitar a una persona con base en el art. 38 CDFA y, a falta de un proceso *ad hoc* como era el anteriormente regulado en los arts. 756 ss. LEC, por la vía del procedimiento ordinario de los arts. 399 ss. LEC. Ello por varios motivos: primero, porque me parece algo forzado considerar que dicho procedimiento guarde “conexión directa con una particularidad del Derecho civil sustantivo aragonés” como exige el Tribunal Constitucional (por todas, STC 132/2019, de 13 noviembre) a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio para incorporar singularidades procesales en su Ordenamiento jurídico al amparo del art. 149.1.6<sup>a</sup> *in fine* CE; segundo, porque dicho procedimiento se rige por unas normas de funcionamiento totalmente ajenas a las que inspiran los procesos especiales por razón de discapacidad; y, tercero, porque, aunque se admitiese teóricamente tal posibilidad, dudo mucho que en el momento presente una resolución de tal calado pueda tener mucho recorrido en la práctica, por cuanto no deja de estar expuesta a un eventual recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales (arts. 41 y 44 LO 2/1979 del Tribunal Constitucional).

En su lugar, entiendo que procede acudir en nuestra Comunidad Autónoma al vigente procedimiento de provisión de apoyos articulado por la Ley estatal 8/2021; proceso que, como clarifica en su Preámbulo, no puede conducir en ningún caso a la declaración de incapacitación ni a la privación de derechos, sino exclusivamente a adoptar las concretas medidas judiciales de apoyo que necesite la persona con discapacidad, pero ello “de conformidad a lo dispuesto en las normas de Derecho civil que resulten aplicables”, según especifican el art. 760 LEC y el art. 42 bis.c.1 LJV, previsión esta que parece haber pasado desapercibida entre los operadores jurídicos.

Por todo ello, en mi opinión ya no se puede incapacitar a una persona en Aragón como, por lo demás, en ninguna parte del territorio español, si bien, como matiza la propia legislación procesal, los apoyos judiciales de que se dote en adelante a una persona con discapacidad dependerán de la concreta legislación sustantiva aplicable, que aquí no otra que el CDFA.

Ahora bien, y aquí retomo la idea inicialmente apuntada, en el momento presente la aplicación del sistema aragonés de protección/apoyos de las personas con discapacidad requiere un esfuerzo adicional por parte de los operadores jurídicos dirigido a su necesaria armonización con el nuevo tratamiento de la discapacidad basado en los derechos humanos que adopta la Convención. Ello pasa fundamentalmente por acudir a la tutela o, en su caso, a la curatela patrimonial representativa cuando sea estrictamente necesario. Por añadidura, haciéndome eco de la certera doctrina acuñada por la STS de 1 julio 2014 sobre el “traje a medida”, en este ínterin se intensifica la necesidad de adecuar en cada caso la concreta medida adoptada a la específica necesidad de protección/apoyo de la persona con discapacidad, eludiendo así la rigidez resultante del art. 39 CDFa. Me consta que así se está haciendo, en particular en los Juzgados de familia con sede en Zaragoza, directamente afectados por la reforma.

3º.- Las afirmaciones hasta aquí vertidas son extrapolables a aquellas reglas propias que contiene el CDFa sobre discapacidad en otras sedes normativas. En particular, estoy pensando en sus preceptos sobre los efectos de la ruptura de la convivencia con hijos a cargo (arts. 75 a 84), el ejercicio y suspensión de la autoridad familiar (arts. 73 y 91.1.c), régimen económico matrimonial (arts. 1991.b, 242, 245.1.a y 260), las causas de indignidad sucesoria (art. 328.c), la aceptación y repudiación de la herencia (art. 346), los gastos no colacionables ni computables a efectos de la legítima (arts. 369 y 489.2), la partición de la herencia con personas con discapacidad (arts. 14 y 366 a 368), la capacidad para testar (art. 408), la invalidez de los testamentos (art. 423) y las prohibiciones de adquirir por causa de muerte (art. 475).

Ciertamente, sus preceptos concordantes en el Cc estatal han sido modificados por la Ley 8/2021, pero ello no significa que sean de aplicación en nuestra Comunidad Autónoma, aunque no resulten coincidentes con los del cuerpo legal aragonés en el momento presente ni, por lo demás, deban serlo en un futuro cuando éstos últimos sean revisados para adecuarlos a la Convención, toda vez que, como señala la STC 132/2019, de 13 noviembre, la “unidad” a que se refiere la Constitución no significa “uniformidad”, habida cuenta de la configuración del Estado español como un Estado plurilegislativo, de tal modo que las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio tienen capacidad para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias en el marco de la Constitución y de su correspondiente Estatuto. Ahora bien, entre tanto no se modifique el CDFa, resulta indudable los problemas interpretativos que pueden plantear tales preceptos en la práctica, especialmente aquellos referidos a los “incapacitados”.

4º.- Hasta aquí mi opinión sobre la aplicabilidad actual -con matices- del actual régimen del CDFa en materia de capacidad de las personas con discapacidad y consiguiente sistema de protección o apoyos, así como sobre la incidencia de la

discapacidad en otros ámbitos regulados por el cuerpo legal aragonés. Queda ahora por resolver la espinosa cuestión relativa a la aplicabilidad de la reforma estatal respecto a aquellas materias civiles que o bien son de competencia aragonesa, pero carecen a fecha de hoy de legislación propia, o bien son competencia exclusiva del Estado.

Empezando por las materias civiles competencia aragonesa no desarrolladas por la Comunidad Autónoma aquí considero incluidos exclusivamente los preceptos del Cc en materia de filiación (arts. 112.2, 121.1, 123.2, 124, 125, 133.1.2 y 137.1 y 2), capacidad para ejercer la posesión (art. 443.2 Cc), capacidad para testar notarialmente (art. 695, 697, 706, 708 y 709 Cc), contratos en particular (art. 1459, art. 1548, art. 1700.3, art. 1732, arts. 1764, 1765 y 1773, y art. 1811) y responsabilidad civil extracontractual (arts. 299 y 1903.4), así como el suprimido art. 776 relativo a la sustitución ejemplar. A partir de ahí, coincido con la Dra. Bayod en que tales preceptos se aplicarán de forma supletoria y conforme a los principios que informan el Ordenamiento civil aragonés *ex* art. 1.2 CDFA, entre los cuales, en lo que aquí interesa, se encuentra el de autonomía de la voluntad debidamente conjugado con el del interés o beneficio de la persona con discapacidad. Obsérvese, además, que la nueva redacción que se han dado a estos preceptos no plantea especiales problemas de armonización, al menos en mi modesta opinión, si interpretamos la referencia a las “medidas de apoyo” presente en todos ellos de modo acorde con el sistema de apoyos que rige en nuestra Comunidad, eso sí debidamente modalizado a la luz de la Convención, entre tanto no se modifique.

Por lo que hace a las materias civiles competencia exclusiva del Estado objeto de reforma por la ley 8/2021, aquí entiendo comprendidos únicamente los artículos del Cc relativos a resolución de conflictos de leyes (arts. 15, 21.3.d y 22.2.c), formas del matrimonio (arts. 56, 81.1 y art. 82.1) y bases de las obligaciones contractuales (arts. 1163, 1263, 1291.1, 1299, 1301, 1302, 1304 y 1314), así como los preceptos de la Ley del Registro Civil y de la Ley Hipotecaria. A partir de ahí, resulta obvio que tales preceptos son de aplicación directa en nuestra Comunidad Autónoma, pero creo que puede defenderse una interpretación integradora de los mismos con el sistema aragonés presente y futuro, de tal manera que la referencia que dichos preceptos hacen a los “apoyos” se entienda referida, por lo que hace a nuestra Comunidad Autónoma, a las concretas medidas de apoyo contempladas en el CDFA, eso sí, por lo que lo que hace a las actuales, debidamente interpretadas conforme a la Convención.

Con todo, y a modo de conclusión, más allá de estas reflexiones personales, no parece prudente alargar más de lo necesario este periodo de interinidad en nuestra Comunidad Autónoma, so riesgo de inseguridad jurídica y que, ante las mismas circunstancias, se adopten soluciones diferentes por los aplicadores del Derecho.

### III. ¿ES ACORDE EL ACTUAL RÉGIMEN DEL CDFA A LA CONVENCIÓN UN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD?

Para dar respuesta a la segunda cuestión formulada, interesa hacer un recordatorio de las líneas maestras del régimen aragonés en materia de discapacidad actualmente vigente, para identificar sus aciertos y déficits a la luz de la Convención UN 2006.

Como ya se ha apuntado, este sistema se encuentra recogido esencialmente en el Libro I del CDFA dedicado a Derecho de la persona, de una parte, en sus arts. 34 a 45 bajo la rúbrica *incapacidad e incapacitación* y, de otra, en sus arts. 100 a 169 bajo la rúbrica *relaciones tutelares*. Ello sin olvidar otros preceptos del mismo cuerpo legal que abordan el tema de la discapacidad a ciertos efectos familiares y sucesorios, así como los confusos preceptos de la legislación sanitaria aragonesa dedicados al consentimiento informado y a la declaración de voluntades anticipadas (art. 15 de la Ley 6/2002 de Salud de Aragón y art. 10 Ley 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte).

1º. En primer lugar, nos encontramos ante un sistema que gira, al igual que el estatal hasta la reforma operada por la Ley 8/2021, en torno a la tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Tal distinción subyace en los arts. 34 a 39 CDFA relativos a la capacidad de las personas con discapacidad, en función de que haya sido o no “incapacitadas”, pero también en aquellos preceptos, contenidos en otras sedes normativas, referidos a la específica capacidad para llevar a cabo ciertos actos jurídicos, tales como ejercer la autoridad familiar (arts. 73 y 91), ser miembro de la Junta de Parientes (arts. 172 y 173), otorgar capítulos matrimoniales (art. 199), gestionar el consorcio conyugal (art. 242), solicitar la disolución del consorcio conyugal (art. 245.a) aceptar o repudiar la herencia (art. 346), solicitar e intervenir en la partición de herencia (art. 367), otorgar un pacto sucesorio (art. 378), hacer testamento (arts. 408 y 423), ser testigo en los testamentos (art. 415) y nombrar fiduciario (art. 440).

Dicho esto, la cuestión a resolver radica en determinar si esta distinción que todavía rige en el Ordenamiento jurídico aragonés resulta coherente con los postulados de la Convención 2006 y, en particular, con su art. 12 que es el que fija las nuevas pautas del tratamiento jurídico a dispensar a la discapacidad, partiendo del derecho de las personas con discapacidad a ser reconocidas como personas ante la ley.

Sucede, sin embargo, que esta cuestión no resulta fácil de resolver, dados los términos tan intencionadamente ambiguos en que se expresa dicho precepto y, en particular, sus aptdos. 2º y 3º, fruto de su accidentado proceso de redacción con dos posiciones abiertamente enfrentadas: la de aquellos países que abogaban por el pleno reconocimiento a las personas con discapacidad tanto de la capacidad jurídica como de obrar; y la de aquellos otros partidarios de referirse

exclusivamente a la capacidad jurídica, sin mención alguna de la capacidad de obrar.

De este modo, en su redacción definitivamente aprobada el art. 12.2 impone a los Estados parte la obligación de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Por su parte, el art. 12.3 les impone el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Ciertamente la cuestión ha sido y sigue siendo muy debatida y, de hecho, en el proceso de ratificación de la Convención fueron numerosos los países que formularon reservas y declaraciones interpretativas. España, sin embargo, la ratificó sin hacer reserva ni aclaración alguna, quizá algo imprudentemente.

No obstante, personalmente considero que la Convención no ha eliminado sustantivamente la distinción, sino que más bien la ha matizado en coherencia con el modelo social de la discapacidad en que se inspira. Así, parece que, cuando el art. 12 en su 2º aptdo. utiliza el término capacidad jurídica se está refiriendo únicamente a la “aptitud de toda persona con discapacidad para ser titular de derechos y obligaciones”; afirmación que ratifica en el aptdo. 5º, reconociéndoles ciertos derechos de índole patrimonial –en particular, a ser propietarios y a heredar bienes, a tener acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero y a controlar sus asuntos económicos– en iguales condiciones con los demás. Pero distinta de esta titularidad es su ejercicio al que se refiere en su aptdo. 3º para imponer a los Estados parte la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las medidas de apoyo que “puedan necesitar” en el mismo. de este modo, la Convención está reconociendo implícitamente que las personas con ciertas discapacidades pueden tener dificultades en el ejercicio de esa capacidad jurídica (lo que tradicionalmente se ha denominado capacidad de obrar) y, por ende, que pueden necesitar apoyo. Ahora bien, ya no se trata (y aquí viene, a mi entender, el cambio de enfoque) de privar a una persona con discapacidad de su capacidad como se venía haciendo hasta ahora, por cuanto ello constituye una flagrante infracción de los principios que rigen la Convención y, entre ellos, el de respeto a la dignidad de la persona y el de no discriminación (art. 3.1.a y b), sino de concretar los apoyos que permitan el ejercicio de su aptitud cuando *de facto* se encuentre limitada.

Otra lectura muy discutible, sin embargo, ofrece el Comité UN sobre los derechos de las personas con discapacidad en sus observaciones formuladas con carácter general a los países que han ratificado la Convención (en especial, en su Observación núm. 1/2014 sobre igual reconocimiento como persona ante la ley) como las dirigidas específicamente a España (Observaciones finales 2011 y 2019). Así, el Comité interpreta el aptdo. 2º del art. 12 Convención (que, recuérdese, distingue entre “capacidad jurídica” y “ejercicio de la capacidad jurídica”) en el sentido que la “capacidad jurídica” incluye la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (que identifica como “capacidad legal”) y la

de ejercer esos derechos u obligaciones o de actuar en derecho (que denomina “legitimación para actuar”), acudiendo para ello al aptdo. 5º del mismo art. 12, donde ciertamente se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a controlar sus asuntos económicos, pero obviando cualquier referencia al aptdo. 3º que contempla la necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. Con todo, en línea con una consolidada doctrina, considero que tales Observaciones formuladas por el Comité, como se desprende de su propia denominación, son meras recomendaciones y, por tanto, no tienen carácter vinculante.

2º.- De acuerdo con el art. 38.1 CDFA (coincidente con el antiguo art. 199 Cc), si en la persona con discapacidad concurre causa legal podrá ser incapacitada judicialmente, en el sentido de serle privada o limitada su capacidad de obrar en virtud de sentencia. Pues bien, como ya he apuntado, considero que esta previsión no resulta acorde a los postulados de la Convención que, a mi entender, impiden toda privación total o parcial de la capacidad del discapacitado y, por ende, su cambio de estado civil por resultar contraria a los derechos humanos para, en su lugar, introducir el concepto de “apoyo” en el ejercicio de la capacidad jurídica. Es más, como ya he apuntado *ab initio*, me aventuro a afirmar que en el momento presente se impone una relectura de dicho precepto a la luz del vigente proceso de provisión de medidas judiciales de apoyo, sin que encuentre argumentos suficientes para sustentar que en Aragón todavía es posible la incapacitación.

La noción legal de causas de incapacitación se encuentra formulada en el art. 38.2 CDFA, que, de modo coincidente con el antiguo art. 200 Cc, requiere la concurrencia de dos presupuestos:

- Padecer una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico.
- Que impida a la persona gobernarse por sí misma.

Sucede, sin embargo, que tradicionalmente la mayoría de las resoluciones judiciales se han centrado en la primera parte del precepto, poniendo el acento de la existencia de la enfermedad/o deficiencia que proporciona un dictamen médico que contiene el correspondiente diagnóstico, olvidando su segunda parte, esto es, las posibilidades reales de autogobierno de la persona que pueden ser mayores o menores en función de sus circunstancias personales, pero también de su entorno familiar y social. Sólo la jurisprudencia aragonesa más reciente (a partir de 2019) con buen criterio sostiene, en línea con el Tribunal Supremo (STS de 1 julio 2014), que lo verdaderamente relevante a efectos de calificar una enfermedad o deficiencia como posible causa de incapacitación “es la limitación, total o parcial, de la capacidad de autogobierno para atender a su persona y sus bienes”.

Con todo, y pese a esta acertada relectura del precepto que ofrece en los últimos años el TSJ de Aragón y las Audiencias Provinciales con sede en Aragón tal noción legal quizá no resulte totalmente acorde con la Convención UN 2006,

por cuanto se inspira exclusivamente en el modelo médico de la discapacidad, centrandolo su atención en los factores personales (la discapacidad como un problema exclusivamente personal, causado por una enfermedad o deficiencia) y omitiendo los factores sociales o externos (la discapacidad como producto social, resultado de las interacciones entre un individuo y un entorno *a priori* no concebido para él).

Dicho modelo ha sido sustituido en la Convención, no sin algún matiz, por el modelo social de la discapacidad, según el cual su tratamiento viene dado por la necesaria integración social de las personas con discapacidad. Así, en su Preámbulo declara que “la discapacidad es un concepto (...) que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Por añadidura, el Preámbulo aboga por reconocer “el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades”. De igual modo, la lectura de su art. 3 revela una total coincidencia entre los principios generales de la Convención y los postulados básicos del modelo social: respeto a la dignidad y autonomía, participación en la sociedad y accesibilidad y respeto a la diversidad. Por añadidura son numerosos sus preceptos que se inspiran en dicho modelo, tales como los arts. 9, 19, 21, 24, 26, 27, 29 y 30.

Ahora bien, los redactores de la Convención introdujeron, a mi juicio con buen criterio, ciertas modulaciones a este modelo social, prescindiendo de la versión más extrema u ortodoxa del mismo que considera la sociedad como único causante de la discapacidad, sin reconocer que hay otros factores personales determinantes sí tomados en consideración, sin embargo, por el modelo médico; versión que, sin embargo, ha acogido el Comité UN sobre los derechos de las personas con discapacidad, en particular en su Observación núm. 1/2014. Así resulta de la noción de las personas con discapacidad que ofrece el art. 1.1 Convención donde se aúnan los factores personales con los factores externos o sociales de la discapacidad. E igualmente del art. 12.3 que impone a los Estados parte el deber de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, ello con las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos desde la perspectiva de los derechos humanos. Otro concepto fundamental presente en la Convención que, entiendo, va en la línea apuntada es el de los ajustes razonables (arts. 13.1, 24.2.c y 27.1.i).

3º.- En el sistema aragonés vigente la incapacitación de una persona conlleva su sujeción a las instituciones tutelares previstas en CDFA, a las que su art. 100 atribuye como finalidad la guarda y protección de la persona y bienes del “incapacitado”.

Pues bien, esta visión protectora de la discapacidad también se ha visto igualmente superada por la Convención UN 2006 en coherencia con el modelo

social que acoge. Así, de modo muy significativo ha desaparecido el término “protección” para sustituirse por el de “apoyo”, a la par que se omite, de modo muy discutible, entre sus principios rectores el del interés de la persona con discapacidad que hasta ahora presidía la materia (y que, de hecho, se encuentra formulado expresamente en el art. 101.2 CDFR). De este modo, ya no se trata de proteger a la persona con discapacidad, sino de prestarse apoyo y, es más, este apoyo no se va a prestar en interés de la persona con discapacidad, sino atendiendo exclusivamente a su voluntad y preferencias (art. 3.a, puesto en relación con el art. 12.4 Convención).

Un problema añadido viene dado porque la Convención, de nuevo, incurre en una intencionada ambigüedad, renunciando a clarificar el significado que ha de darse al término “apoyo”. No obstante, si atendemos a la propia filosofía que inspira la Convención (modelo social con matices, como he señalado anteriormente) parece resultar que *a priori* este apoyo será meramente asistencial en aras a la necesaria potenciación de la autonomía de las personas con discapacidad y sólo en casos excepcionales podrá ser representativo; esto es, podrá consistir en decidir por la persona con discapacidad (esto es, sustituir su voluntad) y no con ella. En definitiva, a mi juicio, la Convención no excluye el sistema de sustitución de toma de decisiones, pero ciertamente lo contempla como último recurso al que acudir cuando sea necesario.

Otra interpretación, de nuevo, muy cuestionable ofrecen del término “apoyo” las Observaciones del Comité UN, en coherencia con el modelo social que acoge sin fisuras. De este modo, el Comité interpreta el art. 12.3 Convención (relativo a la posible necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica) en el sentido de descartar en todo caso el apoyo sustitutivo/representativo de las personas con discapacidad, cuando realmente esto no dice el precepto. Así, aunque el Comité no deja de reconocer que el término apoyo acuñado por la Convención es “un término amplio que engloba arreglos oficiales oficiosos de distintos tipos e intensidades”, entiende que “nunca debe consistir en decidir por ellas”, ya que “en todo momento, incluso en las situaciones de crisis debe respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” (Obs. núm. 1/2014). Sin duda, esta afirmación es muy bien intencionada, pero, a mi entender, peca de poco realista si atendemos a las graves alteraciones psíquicas/mentales que padecen algunas personas y, por ende, anulan su facultades volitivas e intelectivas.

4º.- Por lo que hace a las concretas medidas de protección (o apoyo, conforme a la terminología de Convención) con las que cuenta una persona con discapacidad en Derecho civil aragonés, el sistema vigente puede calificarse de mixto, por cuanto combina el modelo de sustitución de toma de decisiones con el modelo de asistencia en la toma de decisiones.

De este modo, por un lado, se contempla la tutela (arts. 130 a 147 CDFR), mecanismo de sustitución absoluta en que el tutor representa a la persona con

capacidad modificada judicialmente (art. 12 CDFA, por remisión del art. 39 que equipara el incapacitado sujeto a tutela al menor de menos de catorce años); administra su patrimonio, salvo que se haya designado administrador voluntario, conforme a lo dispuesto en los arts. 107, 94.2.b y 3 y 135 CDFA (arts. 135 y 139 CDFA); y cuida de su persona, lo que incluye procurarle la atención especializada y promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor inserción en la sociedad (arts. 136.2 y 138 CDFA).

Y, por otro lado, se regula la curatela, mecanismo tuitivo en el que el curador, en principio, se limita a asistir al incapacitado en aquellos actos que el Juez decida o, en su defecto, la ley determine (art. 150.1 CDFA). Digo en principio, porque el legislador aragonés ya en 2006 con la LDp configuró, con gran acierto, una curatela muy flexible, en cuanto faculta al juez a atribuir al curador la representación para determinados actos de gestión del patrimonio del discapacitado, así como a circunscribirla al ámbito personal (art. 150.2 CDFA). Precisamente, esta modalidad de curatela mixta (asistencial/representativa) es la que ha acogido el legislador estatal en la reciente reforma de 2021.

Ello sin olvidar la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada de los arts. 41 y 42 CDFA, cuyo concreto alcance será asistencial o representativo, según la persona con discapacidad, una vez alcanzada la mayoría de edad y en el oportuno proceso (antes de incapacitación y ahora de provisión de medidas judiciales de apoyo), sea equiparada por el Juez al menor de edad mayor o menor de catorce años.

Así las cosas, *a priori* cabe entender que este modelo mixto de sustitución/asistencia en toma de decisiones resulta acorde con la Convención UN 2006, aunque el Comité abogó en su Obs. núm. 1 (2014) por la supresión de las medidas de sustitución en la toma de decisiones. Ahora bien, sucede que en el CDFA –al igual que en el régimen estatal anterior a la reforma 2021– existe una importante asimetría normativa entre ambas figuras (en el CDFA hay 17 preceptos dedicados a la tutela y solo 5 preceptos dedicados a la curatela), lo que permite presumir el carácter meramente residual de la curatela. Ello a la inversa de lo que, a mi juicio, propugna la Convención cuando impone a los Estados parte en su art. 12.4 la obligación de establecer “medidas proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de las personas”.

Sucede, además, que esta impresión se ve confirmada en buena medida con la lectura de la jurisprudencia, al menos la vertida hasta bien entrado 2019. En efecto, la consulta de las sentencias de las Audiencias Provinciales con sede en Aragón hasta 2019 revela que la tutela es el resultado mayoritario de los procesos de incapacitación, cuando, no se olvide, el Convenio UN es aplicable directamente en España desde mayo de 2008 y desde entonces el propio Tribunal Supremo (p.e. STS de 16 mayo 2017) se manifestó sobre el carácter excepcional de esta medida de apoyo. Nos encontramos así, durante este lapso temporal, con 36 sentencias referidas a la tutela frente a 17 sentencias sobre curatela. Sólo a partir de la segunda mitad de 2019 se observa una cierta flexibilización de esta

jurisprudencia que se traduce en un incremento de las incapacidades parciales –en vez de totales– y, por ende, de las curatelas que alcanzan así el número de tutelas constituidas (11 sentencias referidas a curatela y 11 a tutelas), aunque ciertamente la mayor parte de las sentencias consultadas atribuyen a los curadores amplias facultades representativas.

5º.- Junto a la tutela y curatela, el CDFA –al igual que el Cc estatal– contempla dos medidas de protección/apoyo complementarias o adicionales que, en principio, no plantean especiales reparos a la luz de la Convención UN 2006: el defensor judicial y la guarda de hecho.

El defensor judicial se configura en el CDFA (art. 153, en relación con el art. 100.1.c), de modo coincidente con el Cc, como una figura tuitiva dirigida a prestar protección o apoyo puntual a las personas con discapacidad en suplencia de las personas que la ejercen habitualmente, ya sean los titulares de la autoridad familiar, el tutor o el curador.

En particular, el art. 153 CDFA le da entrada fundamentalmente en dos supuestos muy concretos, que, en lo que aquí interesa, ponen de manifiesto la adecuación de esta figura a los postulados de la Convención y, en particular, a la obligación de los Estados partes de proporcionar en las medidas de apoyo las salvaguardas adecuadas para evitar conflictos de intereses y para que se apliquen en el plazo más breve posible (art. 12.4).

Así, en primer lugar, el CDFA prevé su nombramiento cuando exista oposición de intereses en algún asunto concreto entre la persona con discapacidad y los titulares de la autoridad familiar –entiéndase, ambos dos– o el cargo tutelar. Y, en segundo lugar, cuando los titulares de la autoridad familiar o el cargo tutelar no puedan transitoriamente prestar apoyo a la persona con discapacidad, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

Por su parte, la guarda de hecho se configura como una medida de protección de carácter fáctico, a diferencia de las instituciones hasta ahora examinadas. En concreto, según dispone el art. 156 CDFA, hay guarda de hecho cuando una persona física o jurídica) por su propia iniciativa y, por tanto, sin previo nombramiento ni habilitación legal, se ocupa del cuidado, en lo que aquí interesa, de una persona con discapacidad.

A partir de ahí, dicho precepto engloba bajo la figura de la guarda de hecho dos situaciones diversas que, sin duda, habrán de revisarse a la luz de la reforma de legislación procesal, por cuanto se vinculan a la incapacitación, bien como estado previo (cuando una persona se ocupa de hecho del cuidado de una persona “que podría ser incapacitada”) o simultáneo a la misma (cuando una persona, sin estar obligada legalmente, se hace cargo de las funciones de protección/apoyo de una persona “incapacitada” en situación de desamparo –cuya noción formula el art. 118 CDFA– no declarado por la Administración).

En cualquier caso, en el régimen aragonés vigente la guarda de hecho se contempla como una situación, en principio, transitoria. Así lo dice expresamente el art. 156 CDFA. Complementariamente, el art. 157 CDFA impone al guardador de hecho la obligación de notificar su existencia al Juez o Ministerio Fiscal y el art. 131.1 la de promover la oportuna institución tutelar, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños causados a la persona con discapacidad.

Con todo, pese al carácter fáctico y transitorio de esta figura, es de destacar el esfuerzo desplegado por el legislador aragonés a fin de dotarle de un cierto régimen jurídico dirigido, tanto a articular un mecanismo de control adecuado de la actuación del guardador como a delimitar sus funciones y legitimar su actuación frente a terceros.

De este modo, el CDFA no deja la guarda de hecho al margen del control judicial. Así, su art. 158.1, impone al Juez la obligación de requerir al guardador –entiéndase, siempre que conozca de su existencia– para que le informe de la situación personal y patrimonial del sujeto a su guarda, así como de su concreta actuación al respecto. Por añadidura, su aptdo. 2º faculta al Juez a establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas (p.e. la prestación de una garantía o formalización de un inventario del patrimonio del guardado) mientras se prolongue en el tiempo esta situación fáctica.

Del ámbito de actuación del guardador de hecho se ocupa el art. 159 CDFA para circunscribirlo, con buen criterio a mi entender, al cuidado de la persona del guardador y los actos necesarios de administración de su patrimonio; No así, en cambio, respecto a los actos de administración extraordinarios ni de disposición del patrimonio de quien se encuentre bajo esta modalidad de guarda. Dentro de este ámbito de actuación, el CDFA le atribuye la representación legal y, es más, le permite acreditar tal condición mediante declaración de la Junta de Parientes constituida a tal efecto (art. 159.1 y 2) y, por tanto, sin necesidad de la intervención judicial a la que ha dado entrada el nuevo art. 264 Cc estatal. Complementariamente, el art. 159.3 reconoce la validez de los actos declarados “necesarios” por la Junta. Los demás actos realizados por el guardador serán anulables, salvo que redunden en beneficio del guardado.

6º.- Por último, muy brevemente, dado que este tema será abordado en profundidad por un gran conocedor de la materia como es A. Calatayud, interesa reparar en el importante papel reservado en el CDFA a la autonomía de la voluntad en el diseño del sistema de protección/apoyos. De este modo, en aplicación del principio *standum est chartae* que inspira el Ordenamiento aragonés (art. 3 CDFA), nuestro cuerpo legal articula dos instrumentos autorregulatorios como son la delación voluntaria hecha por uno mismo (art. 107 CDFA) y el mandato de apoyo (arts. 109 y 114.2 CDFA). Es más, el legislador aragonés ha optado por atribuirles –con matices– carácter preferente. Tal solución –que posteriormente ha adoptado el legislador estatal en la reforma de 2021-, sin duda, resulta totalmente acorde con uno de los principios rectores de la Convención como es el de respeto a la

autonomía individual y, por extensión, a la voluntad y preferencias (art. 3.a, puesto en relación con el art. 12.4).

7º. A modo de conclusión final y dando ya respuesta a la segunda pregunta formulada *ab initio*, considero el vigente régimen aragonés en materia de discapacidad no resulta del todo acorde a la Convención UN 2006 y, por ello, requiere su revisión, tanto a nivel terminológico como en orden a su contenido. Pero también, como habrán podido deducir de mis palabras, creo que el legislador aragonés cuenta con un buen punto de partida para acometer esta tarea.

#### IV. ¿CUÁL PODRÍA SER EL FUTURO SISTEMA DE APOYOS DEL CDFA?

A partir de lo hasta ahora expuesto y ya tratando de responder a la tercera y última pregunta, me permito compartir con ustedes una serie de reflexiones personales acerca de lo que podría ser el futuro sistema tuitivo de las personas con discapacidad en Derecho aragonés, así como respecto al complejo tema atinente a la capacidad de las personas con discapacidad para actuar en el tráfico jurídico que, como he indicado, se aborda con carácter general en los arts. 34 a 39 CDFA, pero también en otras sedes normativas referidas a instituciones concretas tales como los capítulos matrimoniales, el testamento o la fiducia sucesoria. Tales consideraciones son, muy sucintamente, las siguientes:

1ª. Convendría modificar el art. 38 CDFA, ya no sólo porque no resulta acorde con las nuevas previsiones de índole procesal contenidas en la LEC y LJV, sino porque, además, a la hora de referirse a las causas determinantes de la extinta incapacitación y actual provisión judicial de apoyos contempla la discapacidad exclusivamente desde el prisma del modelo médico, cuando, coincido con la Convención UN 2006, que la discapacidad no es problema exclusivamente personal, sino más propiamente el resultado de la interacción entre la deficiencia o enfermedad que padece una persona y las barreras que le dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad.

No obstante lo anterior, en todo caso me parece necesario delimitar debidamente el ámbito subjetivo del nuevo sistema tuitivo de las personas con discapacidad, a lo que, sin embargo, ha renunciado la Ley estatal 8/2021. Sugiero así la incorporación en el CDFA de una nueva noción de la discapacidad que combine sus factores individuales y sociales en línea con el art. 1.1 Convención UN 2006, pero también, a ser posible, que clarifique qué personas y cómo son consideradas con discapacidad a los efectos del CDFA.

2ª. Quizá habría de revisarse, asimismo, el tenor del art. 39 CDFA relativo a la capacidad del “incapacitado”. Dicho artículo –recuérdese– equipara la situación

jurídica del “incapacitado” sujeto a tutela a la del menor que no haya cumplido 14 años y la del “incapacitado” sujeto a curatela a la del menor mayor de 14 años, con un planteamiento que actualmente, a mi entender, se revela muy rígido a la luz del principio de proporcionalidad y debida adecuación de las medidas de apoyo a las circunstancias de la persona con discapacidad que consagra el art. 12.4 Convención UN 2006. Por ello, quizá resulte oportuno reformularlo para dar entrada a la noción del “traje a medida”, como ha hecho la Ley 8/2021 en el art. 268.1 Cc estatal.

3ª. Sí mantendría la acertada presunción de capacidad que sienta el art. 34 CDFa y, en particular, su 2ª parte relativa a la aptitud de querer y entender, así como la sanción de invalidez que prevé, en su defecto, el art. 37 CDFa.

Complementariamente, y sin ánimo de profundizar en el tema, quizá sería oportuno revisar el tenor de aquellos preceptos que vinculan la capacidad para realizar determinados actos jurídicos a la ausencia de incapacitación para, en su lugar, supeditar la validez de los mismos a la necesaria concurrencia de aptitud de querer y entender en el interesado, salvo que esté sujeto a una medida sustitutiva, en cuyo caso habrá de actuar en su nombre quien tenga atribuidas las funciones representativas.

4ª. Por lo que hace al futuro sistema jurídico de apoyos en general, no suprimiría –como ha hecho el legislador estatal–, el principio del mejor interés de la persona con discapacidad presente en el art. 101 CDFa y tradicionalmente inspirador de la materia, aunque sí lo conjugaría con el principio de respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, por considerar que ambos son compatibles, so riesgo se me tache de paternalista.

5ª. A partir de ahí, me parece fundamental mantener la prioridad que reconoce el CDFa a las medidas voluntarias de apoyo, en coherencia con la amplitud con que se configura en el Ordenamiento aragonés el principio de autonomía de la voluntad, en un planteamiento, por lo demás, coincidente con la Convención UN 2006.

No alteraría, sin embargo, como ha hecho el legislador estatal, su carácter anticipatorio. De este modo, y por lo que hace al Derecho aragonés, seguiría contemplando exclusivamente su posible otorgamiento en previsión a una eventual discapacidad futura, sin dar entrada a las medidas voluntarias de apoyo actuales, esto es, a otorgar por el interesado cuando ya necesite apoyo por carecer de discernimiento suficiente; posibilidad ésta, sin embargo, que parecen contemplar los arts. 255.1 y 271.1 Cc en su redacción dada en fase de enmiendas. En conexión con lo anterior, tampoco prescindiría del requisito de la capacidad de discernimiento suficiente para su otorgamiento, pero quizá rebajaría la edad para su otorgamiento a los catorce años, por aplicación del régimen general del art. 23 CDFa.

Pero, eso sí, considero que habría que dotar de un régimen jurídico más detallado a los mandatos de apoyo, al objeto de poner fin a la incertidumbre y los importantes problemas que viene planteando su aplicación práctica desde su incorporación al Ordenamiento jurídico aragonés en 2006 (LDp). Interesaría así delimitar su específica naturaleza jurídica (mandato y/o poder) y sus posibles modalidades, pero también clarificar algunas cuestiones muy complejas, derivadas de su debida caracterización por el legislador aragonés –anticipándose al estatal– como una medida de protección/apoyo, que –no se olvide– lo separa de los mecanismos ordinarios de gestión de asuntos ajenos. Piénsese p.e. en cuestiones tales como en qué momento exacto concurre la necesidad de apoyo que condiciona su eficacia, si el mandatario tiene o no obligación de prestar apoyo al mandante cuando lo necesite o si esta medida de apoyo debe sujeta algún tipo de control obligatorio.

No creo, sin embargo, que el art. 108 CDFA relativo a la delación hecha por uno mismo merezca una revisión de su contenido, ya de por sí muy detallado, más allá de supuesto de hecho determinante de su otorgamiento (la “incapacitación”). Mantendría, además, su carácter anticipatorio, discrepando así de la solución adoptada en último momento en la reforma estatal, favorable a la autotutela de presente (art. 271.1 CC).

Más dudas me plantea, sin embargo, la delación hecha por los titulares de la autoridad familiar, al menos vinculada a la autoridad familiar o rehabilitada y admitida por el art. 109 CDFA en términos tan amplios, esto es, prescindiendo de la mayor o menor capacidad de discernimiento de la persona con discapacidad. Por ello, quizá podría hacerse extensivo el régimen general en materia de capacidad del mayor de catorce años del art. 23 CDFA a este concreto acto jurídico, así como, en general, a las medidas voluntarias de apoyo de que se puede dotar el propio interesado.

Por último, en la línea de potenciar la autonomía de la voluntad que propugna la Convención, me aventuro a sugerir la posibilidad de dar entrada a la posibilidad de articular por el propio interesado otras medidas de apoyo de menos intensidad como las aquí descritas y aun instrucciones dirigidas a organizar *ad futurum* aspectos de su vida personal para cuando ya no pueda darlas.

6ª. Por lo que hace a las medidas judiciales de apoyo, aunque sea muy discutido, personalmente comparto la opción del legislador estatal de suprimir la tutela tanto ordinaria como administrativa de las personas con discapacidad, por resultar, como dice el propio Preámbulo de la Ley 8/2021, figuras demasiado rígidas y poco adoptadas al sistema de apoyos que propugna la Convención UN 2006 y, además, para evitar el peligro de que se recurra, como regla, a estas medidas de sustitución absoluta en la toma de decisiones.

7ª. Las mismas razones me llevan a defender, no tanto la supresión de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada como ha hecho la Ley 8/2021, sino la

revisión de su régimen jurídico contenido en los arts. 41 a 45 CDFA en orden a dotarlo de una mayor flexibilidad. De este modo, quizá podría darse entrada al Juez, no tanto para sustituirla por una medida judicial de apoyo como prevé el art. 43 CDFA, sino para que module su contenido en atención a las concretas circunstancias de ese hijo con discapacidad cuyos progenitores –fundamentalmente– quieren seguir asumiendo voluntariamente, a la par que formalmente, su apoyo.

8ª. Me parece oportuno, sin embargo, el mantenimiento de la curatela como medida de apoyo continuado y más en los términos tan flexibles en que se regula en el art. 150 CDFA.

A partir de ahí, la configuraría, en coherencia con los postulados de la Convención UN 2006, como medida a adoptar como último recurso, preferentemente asistencial y, sólo cuando sea estrictamente necesario, representativa. No obstante, sí permitiría una curatela representativa general para casos extremos, en los que la persona con discapacidad tenga total y permanentemente anulada su capacidad de autogobierno.

En cualquier caso, de ser asistencial quizá debería concretarse el concreto significado que ha de darse al término “asistencia”. La cuestión no resulta baladí, dada la confusión que, a mi entender, ha generado al respecto la Ley estatal 8/2021 cuando en su Preámbulo (§ III) cuando identifica la finalidad primordial de la curatela con la ambigua expresión “asistencia, apoyo, ayuda en ejercicio de la capacidad jurídica” que la alejan del tradicional significado atribuido a esta palabra desde una perspectiva jurídica como sinónimo de “asentimiento” y que, de hecho, se recoge expresamente en el art. 27 CDFA en relación a los menores mayores de 14 años.

De ser representativa extendería al curador la exigencia de autorización judicial o de la Junta de parientes para aquellos casos en que los necesita el tutor, conforme a los arts. 14 a 19 CDFA.

Por lo demás, incluiría expresamente la exigencia –recogida en el art. 269.2 y 3 Cc estatal– relativa a que el juez en cada caso determine los actos que requieran la intervención de curador (la noción del “traje a medida”) en atención a las concretas circunstancias personales, familiares y sociales de la persona con discapacidad.

9ª. Igualmente, mantendría la figura del defensor judicial como medida de apoyo puntual y supletorio, circunscrita a los supuestos de oposición de intereses e imposibilidad de apoyo por quien “deba prestarlo de continuo”, extremo este que, por lo demás, quizá habría que especificar a la luz del nuevo sistema de apoyos resultante de la reforma, a fin de evitar problemas interpretativos.

Pero no extendería su ámbito de aplicación, como ha hecho el legislador estatal (arts. 250.3 y 295-5º Cc) a todas aquellas situaciones en que sea necesario apoyo

ocasional, aun “recurrente”. En su lugar, articularía alguna figura complementaria, similar a la administración de apoyo italiana (arts. 404 a 412 Cc italiano) o a la salvaguarda de justicia y habilitación familiar francesas (arts. 433 a 439 y 494-1 y 494-12 Cc francés), como medida de apoyo menos invasiva que la curatela, cuando la persona con discapacidad requiera apoyos puntuales y periódicos.

10ª. Por último, me permito formular alguna reserva acerca de la potenciación de que ha sido objeto la guarda de hecho en el Cc estatal. Ciertamente que esta medida de apoyo fáctico constituye una realidad habitual en nuestro país y, además, permite eludir un proceso a la persona con discapacidad con las disfunciones que, en su caso, puede ocasionarle. Pero también son muchos reparos los que me plantea el nuevo régimen previsto en los arts. 263 a 267 Cc estatal desde la perspectiva de los principios rectores de la Convención UN 2006, por cuanto se le atribuye la misma eficacia que la nueva curatela, pero sin dotarla de sus mismas garantías. Por ello, y tras muchas dudas, por lo que hace a la Comunidad Autónoma de Aragón, me inclino a mantener su régimen jurídico en los términos en que está formulado actualmente en el CDFA. Así, no alteraría su carácter provisional ni tampoco ampliaría el ámbito de actuación del guardador, ello sin perjuicio de que pueda complementarse con un poder para los actos que excedan del mismo, particularmente los de índole patrimonial. Ahora bien, me atrevo a sugerir la posibilidad de articular algún tipo de mecanismo dirigido a acreditar su existencia frente a terceros (como es sabido, una de las principales reticencias que plantea esta figura), así como de incrementar las cautelas al objeto de garantizar el apoyo desinteresado y leal que propugna la Convención.

# LA REFORMA DE LA DISCAPACIDAD Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO ARAGONÉS

ADOLFO CALATAYUD SIERRA  
Notario

## MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

### INTRODUCCIÓN

Desde el Justicia de Aragón se había titulado inicialmente mi intervención como “*El notariado ante la reforma: el caso aragonés*”. En realidad, de lo que voy a hablar, conforme al reparto de materias que hicimos los ponentes cuando se nos encomendó esta ponencia, es de lo que, en la terminología de la Convención de Nueva York y de la nueva legislación estatal, se denominan medidas voluntarias de apoyo. En realidad, no hay incoherencia entre ambas cosas, puesto que esas medidas deben adoptarse ante Notario, de modo que es en ellas donde se pone de manifiesto la actuación notarial en materia de discapacidad.

En realidad, hay otro ámbito en el que existe una importante intervención del Notario que tiene que ver con los discapacitados intelectuales, mentales o psíquicos, como se prefiere denominarlos ahora que se pretende evitar la palabra *incapaz*, que, al parecer se considera (no sé muy bien por qué) peyorativa, que es a los que nos estamos refiriendo. Adelanto que, desde luego, a mí la palabra *incapaz* no me parece peyorativa y que creo que define bien de qué estamos hablando, mientras que la palabra *discapacitado* todavía suscita dudas sobre su alcance; por ello, me referiré con frecuencia, en esta ponencia, al *incapaz*, partiendo de la base de que estamos hablando de los que ahora se prefiere denominar *discapacitados intelectuales*. Pues bien, este otro ámbito de actuación notarial consiste en el juicio que el Notario debe emitir de la capacidad suficiente de quienes intervienen en los documentos que autoriza, como establece el artículo 19 bis de la Ley del Notariado, en cuyo desarrollo, el artículo 156.8º del Reglamento Notarial establece, como dato ineludible en el documento, la afirmación de que los otorgantes, a

juicio del notario, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera. Esto se complementa con la afirmación del artículo 147 del mismo Reglamento de que el Notario prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

Ésta es una de las tareas más difíciles que tenemos los Notarios, pero llevamos toda la vida enfrentándonos a ella y, aunque podemos equivocarnos, somos muy cuidadosos y nos encargamos de comprobar que las personas que actúan ante nosotros comprenden bien lo que hacen y firman el documento porque tienen la decisión de hacerlo. Para ello, con frecuencia tenemos que hacer un esfuerzo especial con determinadas personas, dedicarles mucho tiempo, y, en casos dudosos, obtener la ayuda de expertos, a los que pedimos informe. Es decir, ya venimos actuando en este ámbito desde hace mucho con todo el rigor que podemos. En la nueva redacción que se ha dado en la Ley 8/2021 al artículo 665 CC se establece que el Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Pues bien, esta forma de actuar, que sí que es aplicable en Aragón, por vía supletoria, y que puede entenderse válida, en general, para todos los documentos notariales, es la que venimos siguiendo los Notarios desde siempre; de hecho, forma parte de lo más básico de la esencia de la función notarial. De modo que, en este punto, entiendo que no existe ninguna modificación en la actuación de los Notarios.

Así pues, el objeto de mi intervención se va a centrar en las denominadas medidas voluntarias de apoyo. Se trata de examinar la regulación vigente en Aragón y qué adaptaciones podría precisar para su mejora y ajuste a la Convención.

### **CRÍTICA A LA LEY 8/2021**

El objeto de mi intervención lo constituye el Derecho civil aragonés, que no se ha visto afectado, en lo esencial, por la modificación que se ha llevado a cabo del Código Civil por la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. No hay que dejar de insistir en que la reforma que esta Ley hace del Código Civil no ha derogado las normas del Código del Derecho Foral de Aragón, que tiene una regulación muy completa sobre la incapacidad e instituciones tutelares y de guarda y protección de incapaces. Lo que sí que ha hecho es entorpecer la aplicación de las normas del Código del Derecho Foral de Aragón, al privarle de mecanismos procesales y modificar el Registro Civil, sin tener en cuenta otras posibles regulaciones de esta materia, aparte de que también se han modificado otras materias relacionadas en las que el Código Civil sí que resulta aplicable en Aragón por vía supletoria, al carecer nuestro Derecho de normativa específica.

Me parece honesto comenzar poniendo de manifiesto mi profunda discrepancia con los criterios que ha seguido la Ley 8/2021 y, sobre todo, con la necesidad de realizar una reforma tan radical para adaptar el Código Civil a la Convención de Nueva York, por las razones que voy a explicar a continuación. Por supuesto, lo que viene son afirmaciones que hago en mi nombre, no pretendo erigirme en portavoz del Notariado aragonés, aunque sí me consta que muchos Notarios aragoneses comparten en lo esencial estos razonamientos. De hecho, considero que esto es lo más importante de mi intervención. Porque, a la hora de plantearnos una futura modificación de nuestro Derecho civil, es inevitable mirarse en la regulación del CC, que no estamos obligados a seguir, y decidir si es un buen modelo por el que guiarse. Adelanto que, en mi opinión, no lo es.

La Convención, como es frecuente en este tipo de instrumentos jurídicos internacionales, es ambigua, por lo que plantea dudas de interpretación y, por la misma razón, su cumplimiento puede hacerse de varias formas. En cuanto al tema que nos ocupa, es el artículo 12 de la Convención el que se refiere fundamentalmente a los discapacitados intelectuales, psíquicos o mentales, de todas estas formas se les denomina, los que hemos venido denominando incapaces y a los que se dirige esta ponencia.

La propia Convención crea un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad encargado de hacer sugerencias, recomendaciones y observaciones sobre el cumplimiento de la Convención, si bien existe un acuerdo bastante generalizado acerca del carácter no vinculante de las observaciones de este tipo de Comités de las Naciones Unidas. Así lo han declarado el Tribunal Constitucional y el TS para los Comités de esta naturaleza de otras Convenciones y Pactos (STC 38/1981 y 115/2006, STS 141/2005, estas dos últimas para el Comité de Derechos Humanos, relativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos).

Y este Comité ha realizado observaciones generales sobre la interpretación del artículo 12, en particular, la Observación General N° 1 (2014), que da una interpretación que puede calificarse de radical de la Convención, que, en mi opinión, se aleja de la realidad del fenómeno de la discapacidad. Esta Observación, entre otras muchas cosas, dice que no es posible ningún sistema de sustitución, es decir, de representación, del discapacitado, en ningún caso, nunca, aunque carezca de toda consciencia; que el único principio que debe regir toda esta materia es el respeto a la voluntad y preferencias del discapacitado, nada del principio del interés superior del discapacitado, que se ha considerado hasta ahora el fundamental y que queda abolido, porque afecta a su dignidad; defiende el derecho del discapacitado a asumir riesgos y a equivocarse y, si así sucede, mala suerte; e, incluso, afirma que el discapacitado puede rechazar y renunciar a cualquier medida de apoyo, incluso las que establezca el Juez. Con esto quiero poner de manifiesto el escaso rigor con que ha sido elaborada esta Observación y su enorme ignorancia de la realidad a la que se enfrenta. Por ello, creo que esta Observación merece poco crédito.

Y, desgraciadamente, resulta que el legislador estatal, en la Ley 8/2021, sigue casi a pies juntillas la indicada Observación.

El TS había dicho en múltiples ocasiones que la legislación que se ha derogado, si era interpretada a la vista de la Convención, era perfectamente compatible con ésta (STS 29-4-2009, 15-7-2015, 16-5-2017, 27-9-2017, 8-11-2017, 7-2-2018, 6-3-2018, 7-3-2018, 3-12-2020, 6-5-2021) y que las medidas de apoyo de la Convención podían ser perfectamente la tutela, la curatela, la guarda de hecho, el defensor judicial y otras figuras establecidas en el Derecho español, interpretadas conforme a los principios de la Convención, y en función del grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución que cada caso requiera, bajo el control judicial. Lo mismo vale para la regulación del Código del Derecho Foral de Aragón, que, de hecho, parte ya de unos principios similares a los de la Convención.

Habría sido suficiente realizar una modificación que mantuviera las instituciones y mecanismos legales existentes, que ya ponían el acento en la protección de los discapacitados y el respeto hacia sus derechos, así como en la necesaria graduación de la discapacidad y en que las medidas que se adoptaran fueran siempre adecuadas y proporcionadas, haciendo una reforma que ajustara mejor esta normativa a los principios que establece el artículo 12 de la Convención, para reforzar el respeto a su voluntad y preferencias y a la autonomía del discapacitado, siempre que ello no contraviniera sus derechos e intereses esenciales. Pero, como hemos dicho, se ha optado por una reforma radical, que, a mi juicio, es muy perjudicial y que, si se aplica conforme a su letra, no va a favorecer ni a los discapacitados, ni a sus familiares y encargados de su cuidado.

Muy resumidamente, los puntos esenciales que me parecen reprochables de esta Ley son los siguientes:

**1. Incapaces totales y parciales.** La perspectiva que ha adoptado el legislador en la regulación de toda esta materia, a la vista de la realidad de la discapacidad, entiendo que está desenfocada. El *a priori* loable objetivo de que el discapacitado adopte sus propias decisiones como principio absoluto, o casi, de modo que sólo excepcionalmente se adopte un sistema de sustitución-representación vale para un porcentaje reducido de discapacitados. La realidad muestra una situación en la que la mayor parte de los discapacitados intelectuales son personas sin ninguna aptitud para tomar sus propias decisiones, ni siquiera con todos los apoyos que se le busquen. Son personas con deterioro cognitivo por la edad avanzada o enfermedad o personas con defectos congénitos en su capacidad de entendimiento.

Es decir, que lo que el legislador considera la excepción, en el mundo real es la regla general.

**2. Capacidad jurídica y capacidad de obrar.** Una de las rotundas afirmaciones de los defensores de la Ley 8/2021 consiste en que ha desaparecido la diferencia entre capacidad jurídica (ser titular de derechos) y capacidad de obrar (poder ejercitarlos por sí). No creo que esto sea así. Las categorías jurídicas existen más allá de la opinión que podamos tener, incluso de un pronunciamiento del

legislador. Desde luego, la Convención no dice tal cosa, sino que se trata de una interpretación que se ha hecho de lo que establece, a mi juicio sin base.

En mi opinión, la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar persiste, porque, se le vista como se quiera y se le denomine como se prefiera, el establecimiento de apoyos obligatorios supone una limitación a la libre actuación en el ámbito jurídico del discapacitado y, por tanto, de su capacidad de obrar.

No es posible analizar aquí con detenimiento el concepto de la capacidad de obrar, pero sí que procede decir alguna cosa, para que sepamos de qué estamos hablando, porque, al parecer, en los últimos tiempos, a veces, la corrección política lleva a que no se pueda llamar a las cosas por su nombre. Para tener capacidad de obrar hace falta aptitud para comprender y retener los hechos y circunstancias relevantes en la decisión que se tiene que adoptar y sus consecuencias más importantes. Como dice Lacruz, para tener capacidad de obrar hace falta que la persona no precise, para la realización de actos válidos, la intervención en lugar suyo de un representante legal ni de la cooperación de otras personas.

Por tanto, siguiendo la terminología de nuestro Derecho, no tiene capacidad de obrar y, por tanto, no puede realizar actos válidos, quien carece de la suficiente aptitud para entenderlos y quererlos (artículo 37 CDFR).

Con arreglo a lo dicho y centrándonos en los mayores de edad y en los supuestos que regula la Ley 8/2021:

- Desde luego, carece de capacidad de obrar, quien debe ser representado por el guardador de hecho, en los casos previstos en la Ley (artículo 264 CC).

- También la persona a quien se le ha nombrado un curador representativo (artículo 269).

- Quien, no estando sujeto a esas medidas, porque no tiene guardador de hecho ni curador, carece de esa aptitud de gobernarse por sí y tampoco quien quede sujeto a curatela no representativa, porque, en la medida en que, al menos para ciertos actos, precisa un requisito adicional (llámesele apoyo o como se quiera) para su válida realización, su capacidad de obrar está limitada.

Los juristas tenemos que categorizar la realidad para determinar la naturaleza jurídica de los mecanismos e instituciones que crea el Derecho para hacer frente a ella y esa realidad está más allá de una enfática proclama legal.

Los intérpretes favorables a la Ley sí que dicen que para la actuación del discapacitado es preciso que tenga "capacidad natural", es decir la capacidad de comprender y tomar decisiones. Pues bien, hemos descubierto el Mediterráneo, pues no otra cosa es la capacidad de obrar, como acabamos de decir.

Lo que sí que es cierto es la pérdida del carácter absoluto o unitario del concepto de capacidad de obrar, de modo que la exigencia no es la misma para la realización de todos los actos jurídicos. No es lo mismo aceptar una donación o una herencia en Aragón, donde, además, no hay responsabilidad personal

por las deudas hereditarias, que vender un inmueble o constituir una sociedad. Conforme a ello, el legislador, o el Juez, pueden limitar o ampliar la capacidad de obrar para la realización sólo de determinados actos. Por ello, se puede carecer de capacidad de obrar para todo tipo de actos o sólo para algunos, pero el caso es que, aunque sólo sea para esos actos, esa persona no tiene capacidad de obrar.

Por otra parte, hay un ámbito, estrictamente relacionado con la persona, en el que habría que reconocer capacidad de decisión propia del discapacitado intelectual, si tiene un mínimo de aptitud para entender sobre esas cuestiones. Se trata de materias íntimas, muy directamente ligadas a la persona y los derechos de la personalidad. Estamos hablando de actos como el matrimonio, el divorcio y la separación, la paternidad, el reconocimiento de hijos, voluntades anticipadas, eutanasia, la prestación del consentimiento informado para tratamientos médicos, para la interrupción del embarazo, para trasplantes y transfusiones, donación de órganos, destino del propio cuerpo... No son materias fáciles y las legislaciones no siempre coinciden sobre cuándo es únicamente el discapacitado el que debe decidir por sí solo, o si para hacerlo ha de precisar algún tipo de consejo o ayuda, o si requiere consentimiento de los familiares o personas encargadas de su cuidado. En España, algunas de estas materias están en legislación dispersa, estatal, autonómica, no siempre clara y coincidente. En Aragón habría que tener en cuenta la Ley 6/2002, de Salud, en lo relativo al consentimiento informado y a las voluntades anticipadas, y la Ley 10/2011, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso a morir susceptibles. Son materias en las que no podemos detenernos aquí, aunque quizá habría que plantearse incluirlas en el CDFA, dado que lo que se refiere a la prestación de consentimientos es materia civil, relacionada directamente con la capacidad de las personas.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que en determinados actos sólo cabe la intervención personal de la persona, es decir, que nadie puede llevar a cabo en su nombre, por su carácter estrictamente personal, algunos de los mencionados en el párrafo anterior y otros (como el testamento). En esos casos, la ausencia de capacidad del discapacitado imposibilita su realización. Por mucho que se pretenda que el discapacitado tiene la misma capacidad jurídica que cualquier otra persona, estos actos no se van a poder realizar por persona que carece de entendimiento, ni personalmente ni a través de otra. Por cierto, los supuestos en que se da esta situación tampoco están completamente claros en nuestro Derecho.

**3. Supresión de la incapacitación.** La Ley 8/2021 ha suprimido la incapacitación judicial, como estado civil, porque se considera atentatoria a la dignidad del discapacitado. Pero esto es más aparente que real, porque lo cierto es que, para el establecimiento de medidas de apoyo, será preciso que el juez se pronuncie sobre la existencia de limitaciones en la capacidad de obrar de la persona, porque, sin ese pronunciamiento, no podrá adoptar las medidas. Da igual que se le llame incapacitación, discapacidad intelectual, o constatación de que la persona precisa de medidas de apoyo y que el Juez no haga una declaración formal de modificación de la capacidad (que es lo que pretende la

nueva normativa procesal), pero lo cierto es que el Juez tendrá que pronunciarse, con carácter previo, sobre la concurrencia de esa situación.

La ley 8/2021 ha evitado, de modo premeditado, que se produzca ese pronunciamiento. Los procedimientos que regula se refieren a la provisión o adopción de medidas de apoyo (artículos 748 y ss. LEC y 41 bis a y ss. JJV) o “ajustes para personas con discapacidad” (artículo 7 bis LJV). En ninguno de estos procedimientos se establece la previa declaración de la discapacidad, siendo que, para establecer estas medidas de apoyo, primero deberá quedar acreditada su necesidad, o sea, la existencia de una situación de discapacidad, declaración que deberá ser realizada por el Juez. Porque las medidas de apoyo son el efecto, que no se produce si no existe la causa, la situación de discapacidad intelectual. La regulación que se ha aprobado, en su obcecación, deja un vacío desconcertante en la lógica jurídica, vacío que, sin duda, los jueces suplirán: no puede establecer una consecuencia sin que, previamente, se declara la existencia de la causa.

Podría, incluso, dudarse si un procedimiento de jurisdicción voluntaria es el cauce idóneo para una declaración de esta naturaleza. Pero así lo ha decidido el legislador, aunque la oposición llevará al procedimiento judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que esa declaración la tiene que hacer el Juez creo que es claro, dado que afecta a la capacidad de las personas. Así se infiere, en la regulación de los procedimientos de jurisdicción voluntaria, de lo que claramente dice el Preámbulo de la LJV y aparece establecido en el artículo 2.3 de la misma: el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (retocado, en este punto, por la Ley 8/2021).

Lo curioso es que la única vez que el legislador se refiere expresamente a la declaración formal de “necesidad de apoyo”, es decir, de ausencia de capacidad suficiente, es en sede de poderes preventivos y se la atribuye al Notario, mediante acta notarial, destinada a garantizar las previsiones del poderdante que sirvan para acreditar que “*se ha producido la situación de necesidad de apoyo*”. La redacción de la norma es confusa. A ello se hará referencia después.

Por otra parte, nos encontramos con un problema importante añadido, consecuencia de toda esta configuración, y es que no existe ningún procedimiento judicial para declarar la situación de necesidad de medidas apoyos con el fin de que se apliquen las establecidas voluntariamente, ya que toda la regulación que se hace de los procedimientos judiciales, como se ha dicho, no contempla la declaración de discapacidad intelectual como tal y, además, se limita a los casos en que sea pertinente la provisión de alguna “medida judicial” de apoyo de carácter estable (artículo 42 bis a LJV y artículo 748.1º LEC). Es decir, que no está prevista la intervención de la autoridad judicial para determinar que una

persona se encuentra en situación de necesitar medidas de apoyo a fin de que se apliquen las voluntarias que ella misma haya previsto: el juez sólo interviene para fijar medidas de apoyo judiciales.

Tampoco en el caso de la guarda de hecho, para los casos en que es precisa la autorización judicial para la actuación representativa del guardador, se ha previsto un trámite previo de declaración de la situación de discapacidad (artículo 52 LJV), ni la forma de hacerlo, aunque, está claro que los Jueces tendrán que suplir esta omisión legal, ya que no podrán autorizar la realización del acto sin esa declaración.

La incapacitación, o como se la quiera denominar, va a seguir existiendo, escondida detrás de la adopción y el funcionamiento de las medidas de apoyo, porque, al parecer, la corrección política impide que se llamen a las cosas por su nombre. Pero está claro: si alguien tiene adoptadas y en funcionamiento medidas de apoyo es porque no tiene plena capacidad. En la medida en que estas medidas estén inscritas en el Registro Civil y estén en funcionamiento, el Registro Civil estará publicando, aunque por vía implícita, la falta de capacidad.

Aquí nos encontramos un problema añadido que ha creado la Ley 8/2018 y que afecta gravemente a la seguridad del tráfico jurídico y que tiene que ver con la publicidad que da el Registro Civil, ya que, por una parte, el contrato otorgado por el incapaz sujeto a medidas de apoyo sin el cumplimiento de dichas medidas es anulable (artículo 1301 CC) desde que las medidas se inscriben en el Registro Civil (artículo 73 LRC), pero resulta que se consideran datos de publicidad restringida, como especialmente protegidos, la discapacidad y las medidas de apoyo (artículo 83.1.b), de modo que sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de dichos datos. De modo que al tercero que contrata con el incapaz, sus limitaciones le son oponibles desde que están inscritas, pero no se le permite conocerlas sin autorización especial. Ciertamente, la ley añade que las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a estos datos cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo y ahí se encuentran incluidos los Notarios, a los que, al menos, parece que se nos va a permitir dar seguridad jurídica en este punto a los que contraten con personas que puedan estar sometidas a medidas de apoyo como incapaces.

**4. Supresión de la tutela de los mayores de edad.** La Ley 8/2021 ha suprimido la tutela de los mayores de edad y ha dejado como única medida de apoyo judicial la curatela, aunque es posible dotar al curador, excepcionalmente, se dice, de facultades representativas respecto del discapacitado, si no es posible determinar su voluntad, deseos y preferencias (artículos 249 y 269), debiendo el Juez, en resolución motivada, determinar los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Como vemos, la Ley insiste en considerar excepcional lo que, desgraciadamente, es lo más frecuente

y, además, ignora el caso habitual de incapacidad total, en el que no tiene sentido hacer una lista de actos concretos en los que se va representar al incapaz.

Puede pensarse que la eliminación de la tutela es más efectista que real: se unifican las dos instituciones de protección, tutela y curatela, en una, que se ha preferido denominar curatela, y luego se diversifica distinguiendo entre curatela asistencial y curatela representativa. Se trataría de un mero cambio de denominación y no habría que darle más importancia.

Lo que sucede es que los nombres también importan y lo cierto es que la curatela es una institución creada y pensada para incapaces parciales que necesitan apoyo puntual e intermitente, que no es el caso de los incapaces totales, para los que hace falta una medida de apoyo permanente, muy diferente a la curatela, y eso es lo que siempre se ha venido denominando tutela.

Es cierto que el Derecho aragonés ya admite que se conceda al curador la representación para determinados actos de administración y disposición de bienes (artículo 150.2), pero esto es muy diferente a que se concluya que son la misma institución.

Por ello, tampoco aquí ha acertado la Ley 8/2021 y el error se deriva de su erróneo planteamiento general, que venimos criticando, empeñada, además, en no llamar a las cosas por su nombre. Como ha escrito la Letrada de este Colegio Marta Gil Galindo, el término “*tutela*” se entendía bien y nunca se ha considerado peyorativo.

**5. Supresión de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad.** Creo que es un grave error. El establecimiento de la prórroga de la patria potestad (en Aragón la potestad de guarda) fue un gran acierto y ha tenido un magnífico resultado práctico. No se puede entender en qué cambia la situación de una persona con parálisis cerebral o síndrome profundo de down o enfermedades similares, incapaz de regirse por sí, por alcanzar los 18 años de edad. Mantener al discapacitado en las mismas condiciones, bajo la guarda de sus padres, es de una sensatez tal que no se puede entender la afirmación de que atenta contra su dignidad.

Esta solución está muy extendida y no me consta que haya habido ningún caso de abusos y perjuicios para los intereses del discapacitado.

La supresión de esta figura creo que carece de justificación y genera unos problemas añadidos a los padres, para los que supone una declaración de desconfianza y un agravio injustificado, que no pueden entender. De repente, se ven sometidos a un cambio de régimen jurídico sin sentido. Y genera también una complicación innecesaria al Juez.

Claro que puede haber casos en los que, por el tipo de discapacidad, o por la situación de los padres, la prórroga o rehabilitación de la patria potestad no sea la solución idónea. Por ejemplo, si no se trata de una incapacidad originaria, sino que se ha producido siendo el hijo ya mayor de edad. Tal vez en esos casos no sea procedente rehabilitar la potestad de guarda.

Para los casos en que la discapacidad es originaria, podría suceder también que, en el caso concreto, no sea la solución idónea. Pero esto ya lo decidirá el Juez. Habría que haberse limitado a aumentar el margen del Juez para decidir si procede otra institución de protección, como, de hecho, ya contempla el artículo 43 CDFA.

Además, en Aragón, el Juez tiene ya margen para optar entre los dos regímenes del menor que regula nuestro Derecho: el de la representación legal de los menores de 14 años y el de asistencia de los mayores de 14 años. En función de la situación del discapacitado que alcanza la mayoría de edad, podrá elegir uno u otro.

Esta desconfianza injustificada hacia los padres también se pone de manifiesto en la supresión de la posibilidad de que los padres nombren tutor, que ahora sería curador, para más allá de la minoría de edad de sus hijos.

E, igualmente, es notoria en la modificación que se ha hecho del régimen de los patrimonios protegidos y que va a dificultar enormemente su funcionamiento. Aunque éste es un tema en el que no nos es posible entrar aquí.

**6. Necesidad absoluta de respetar la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado como principio básico y esencial.** Ley 8/2021 insiste obsesivamente, a lo largo de toda ella, como un mantra, en el mandato imperativo de respetar a toda costa la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado. Sólo excepcionalmente, si no fuera posible determinar esa voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo pueden incluir funciones representativas y, aun en este caso, dice que se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona, sus creencias, valores y los factores que ella hubiera tomado en consideración para tomar la decisión (artículo 249 CC).

Lo primero que me parece es que los supuestos en que se establecen las funciones representativas están incorrectamente configurados. En efecto, se dice que tal cosa sucederá *“en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”*. Pero creo que lo que ha de determinar el establecimiento de funciones representativas es la ausencia de aptitud para gobernarse a sí mismo, tal y como la doctrina jurídica lleva interpretándolo desde hace muchos años, y por mucho que puedan conocerse su voluntad, deseos y preferencias como datos subjetivos.

Por otra parte, es cierto que el artículo 12.4 de la Convención exige que se respeten *“la voluntad y las preferencias”* del discapacitado. Pero este apartado de la Convención también dice otras muchas cosas y, justo antes que la voluntad y preferencias, dice que deben respetarse los *“derechos”* del discapacitado; y también se habla de que las medidas deben ser proporcionadas y adaptadas a las circunstancias de la persona y que las salvaguardas que se establezcan deben ser proporcionales al grado en que las medidas afecten a los derechos e intereses de la persona. Todo lo cual puede llevar a apartarse de la voluntad y preferencias del discapacitado. En realidad, ese apartado de la Convención tiene una redacción que recoge muchas cosas diversas y que debería ser interpretado en interés del discapacitado.

Pero, además, la Ley 8/2021, a la obligación de respetar la voluntad y las preferencias de los discapacitados, añade “los deseos”, cuya inclusión produce perplejidad. Es curioso que el Preámbulo no los menciona, repita el texto de la Convención y se refiera a la “voluntad y preferencias”, pero, luego, el texto de la Ley se refiere a los tres conceptos conjuntamente en todos los casos que los menciona, que son muchos. Cuántos deseos insatisfechos tenemos todas las personas y somos conscientes de que no podemos cumplirlos, por razones diversísimas. Pues bien, entendida esta Ley en su literalidad, el discapacitado, que seguramente no podrá valorar los inconvenientes que su cumplimiento conlleva, al parecer, tiene derecho a que se cumplan todos sus deseos.

El mandato del respeto de la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado está repetido hasta la extenuación y dirigido a todos los actores, Juez, Ministerio Fiscal, Notario y personas encargadas de llevar a cabo las medidas de apoyo: en el artículo 249 (3 veces) y 250 (2 veces), en el capítulo de las disposiciones generales sobre medidas de apoyo (3 veces); artículos 254 y 255, en las disposiciones generales sobre medidas voluntarias de apoyo, el 258, sobre poderes preventivos; 264, sobre guarda de hecho; 268, 276, 282, 283 y 288, sobre curatela; 295 y 297 sobre defensor judicial; artículo 665, sobre el testamento; todos ellos del Código Civil; artículo 748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos sobre adopción de medidas de apoyo, artículo 3 de la Ley 41/2003, relativo al patrimonio protegido; disposición transitoria tercera, sobre modificación de los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Ninguna referencia se hace al principio prioritario del interés superior del discapacitado en la protección de su persona y patrimonio, que es el principio esencial que ha venido presidiendo la regulación de la materia, principio que se considera paternalista, contrario a la Convención.

Es decir, debe hacerse lo que quiera el discapacitado, aunque su conciencia no le permita elegir debidamente y lo que pretende le perjudique, incluso gravemente, a él y a los que le cuidan y rodean. Esto es un disparate. Creo que la Convención no exige tal cosa. ¿Se ha consultado sobre este particular a los cuidadores e instituciones encargadas de atender a los discapacitados?

Incluso hay quien apunta a que la Ley 8/2021 se ha quedado corta y que la supresión de la tutela y el obligado respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe extenderse a los menores de edad, al menos desde los 12 años, en que ya tienen madurez suficiente para tomar sus propias decisiones. Otro disparate, aunque, de seguir estos planteamientos buenistas, desconocedores de la realidad a que se tienen que enfrentar las personas que deben cuidar a los discapacitados y a los menores, a lo mejor lo acabamos viendo en el Boletín Oficial del Estado.

Pero es que, además, la “voluntad, deseos y preferencias” del discapacitado, como concepto jurídico, es tremendamente indeterminado y, por tanto, una fuente enorme de inseguridad jurídica. Todos hemos cambiado a lo largo del tiempo de voluntad, aficiones, preferencias y gustos, sobre todo cuando

tenemos determinadas experiencias que nos marcan. Y, desde luego, cambiarían nuestras preferencias en una situación de discapacidad; el problema es que el discapacitado puede no estar en condiciones de comprender su situación real y, de hecho, esto es lo que sucede en la mayoría de los casos. Es más, puede suceder que precisamente la discapacidad le haga cambiar de voluntad y preferencias en términos caóticos, piénsese en un esquizofrénico paranoico, con cualquier obsesión irreal y tremendamente perjudicial: ¿tiene algún sentido anteponer estas obsesiones a las verdaderas necesidades del discapacitado?

Y corremos el riesgo de que cualquier actuación del representante del discapacitado o, incluso la autorización que haya dado el Juez, cuando proceda, se considere que puede ser impugnada sobre la base de que no respeta la “*voluntad, deseos y preferencias*” del discapacitado o no se ajusta a sus creencias y valores y que, con ello, el apoyo (sea del tipo que sea) no ha sido prestado correctamente, por lo que el acto realizado es anulable, con grave perjuicio del tercero que haya contratado con el discapacitado.

Entiéndaseme bien. No pretendo decir que no se deban tener en cuenta la voluntad y las preferencias del incapaz. Lo que creo que es que el respeto que pide el convenio para la voluntad y preferencias del discapacitado debe hacerse compatible con el interés superior a la protección de su persona y patrimonio y que, si chocan aquéllas con éste, me parece evidente que es el interés superior del discapacitado el que ha de prevalecer. Y esta solución puede considerarse incluida en el apartado 4 del artículo 12, como se ha indicado.

Así lo ha interpretado el TS. Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en la acertada Sentencia de 6 de mayo de 2021 (ponente José Luis Seoane Spiegelberg), que resume los criterios que deben regir la aplicación de la Convención de Nueva York y que me parece muy oportuno reproducir, aunque el texto sea un poco extenso, porque el rigor y la sensatez que contiene son modélicos, muy superiores a los que resultan de la Ley 8/2021:

*«3.- Principios jurisprudenciales derivados de la suscripción del Convenio.*

*El nuevo panorama normativo, fruto además de la nueva concepción social sobre la discapacidad y la protección de los derechos fundamentales, que se encuentran bajo la tutela efectiva de esta Sala, motivó un sólido cuerpo jurisprudencial asentado en los principios que podemos sistematizar de la forma siguiente:*

*A) Principio de presunción de capacidad de las personas.*

*Conforme a tal regla a toda persona se le debe presumir capaz para autogobernarse, en tanto en cuanto no se demuestre, cumplidamente, que carece de las facultades para determinarse de forma autónoma (sentencias 421/2013, de 24 de junio; 235/2015, de 29 de abril; 557/2015, de 20 de octubre y 145/2018, de 15 de marzo).*

*En cualquier caso, hemos de partir de la indiscutible base de que una conducta extravagante, inusual o desviada no es sinónima de enajenación (STEDH dictada en el caso Winterwerp, de 24 de octubre de 1979).*

*B) Principio de flexibilidad.*

*El sistema de protección no ha de ser rígido, ni estándar, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y, además, constituir una situación revisable (sentencia 282/2009, de 29 de abril). “Debe ser un traje a medida” (sentencias 341/2014, de 1 de julio y 244/2015, de 13 de mayo). Responder a una “valoración concreta y particularizada de cada persona” (sentencias 557/2015, de 20 de octubre y 373/2016, de 3 de junio). En definitiva, a situaciones diversas medidas individualizadas diferentes.*

*En este sentido, se expresa más recientemente la sentencia 458/2018, de 18 de julio, cuando señala:*

*“El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida (sentencias 341/2014, de 1 de julio; 552/2017, de 11 de octubre; 124/2018, de 7 de marzo; 118/2018, de 6 de marzo) que es a lo que debe conducir el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona”.*

*C) Principio de aplicación restrictiva.*

*La incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta (sentencias 421/2013, de 24 de junio y 544/2014, de 20 de octubre). La privación de derechos sólo es factible como sistema de protección (sentencias 341/2014, 1 de julio y 716/2015, de 17 de diciembre). La pérdida del sufragio no es una consecuencia necesaria de la declaración de modificación de la capacidad (sentencias 421/2013, de 24 de junio; 181/2016, de 17 de marzo y 373/2016, de 3 de junio).*

*D) Principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales.*

*La modificación de la capacidad, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio (sentencias 617/2012, de 11 de octubre; 421/2013, de 24 de junio; 341/2014, 1 de julio, 544/2014, de 20 de octubre; 244/2015, de 13 de mayo; 216/2017, de 4 de abril y 118/2018, de 6 de marzo).*

*En el preámbulo de la Convención se hace referencia a que la misma se pacta “reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”; y, en su art. 1.1, podemos leer que “el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente”.*

*E) Principio del interés superior de la persona con discapacidad.*

*El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas.*

*Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros.*

*A dicho principio se refiere la sentencia 458/2018, de 18 de julio, cuando señala:*

*“El interés superior del discapaz - sentencias 635/2015, 19 de noviembre 2015; 403/2018, de 27 de junio-, es rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York sobre derecho de las personas con discapacidad. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado”.*

*El juicio de modificación de la capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona con discapacidad mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica (sentencias 341/2014, de 1 de julio, 244/2015 de 13 mayo, 557/2015 de 20 octubre, 597/2017, de 8 de noviembre y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras).*

*F) Principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad.*

*No deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetado, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos.*

*La sentencia 487/2014, de 30 de septiembre, respeta la voluntad de la discapacitada sobre la elección de curador en la persona de su hijo, frente al nombramiento de la hija, acordado en la sentencia de la Audiencia Provincial, que se casa, tomando en consideración los arts. 223 y 234 CC, Real Decreto Ley 1/2013, y también el art. 3 del Convenio, relativo a la necesidad de respetar “la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”.*

*Después de la Convención y en su mismo sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3. a) como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.*

G) Principio de fijación de apoyos.

*Es resultado de la evolución del sistema de sustitución en la adopción de decisiones por otro basado en la determinación de apoyos para tomarlas, que puede abarcar todos los ámbitos de la vida tanto personales, económicos y patrimoniales, que recibe una consagración normativa en la Convención de Nueva York (sentencias 698/2014, de 27 de noviembre; 553/2015, de 14 de octubre y 373/2016, de 3 de junio).*

*En este sentido, la sentencia 298/2017, de 16 de mayo, cuya doctrina cita y reproduce la ulterior sentencia 597/2017, de 8 de noviembre, sintetizando la jurisprudencia de la sala, señala que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de “apoyos” para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).*

*La jurisprudencia se ha pronunciado también en el sentido de que el sistema de apoyos está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos (sentencias 298/2017, de 16 de mayo y 654/2020, de 3 de diciembre, entre otras), los cuales deben interpretarse además conforme a los principios de la Convención, según el grado de intensidad de la intervención, la entidad del apoyo o la necesidad de la sustitución se adoptará el mecanismo tuitivo correspondiente».*

Toda esta doctrina jurisprudencial, de innegable sentido común, ha sido eludida por el legislador, que, como se decía, ha optado por una solución cuya aplicación en sus estrictos términos, que difícilmente podrá realizarse, llevaría a resultados desastrosos.

Afortunadamente, el TS, ya después de la entrada en vigor la Ley 8/2021, ha puesto en cuestión esa prioridad absoluta que se pretende de la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 8 de septiembre de 2021, que, ante una persona con síndrome de Diógenes, que rechazaba que se le pusiera ningún tipo de medida que le limitara, dispone lo siguiente:

*“5. En realidad, el principal escollo que presenta la validación de estas medidas a la luz del nuevo régimen de provisión judicial de apoyos, es la directriz legal de que en la provisión de las medidas y en su ejecución se cuente en todo caso con la voluntad, deseos y preferencias del interesado.*

*En un caso como el presente en que la oposición del interesado a la adopción de las medidas de apoyo es clara y terminante, cabe cuestionarse si pueden acordarse en estas condiciones. Esto es, si en algún caso es posible proveer un apoyo judicial en contra de la voluntad manifestada del interesado.*

*La propia ley da respuesta a esta cuestión. Al regular como procedimiento común para la provisión judicial de apoyos un expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 42*

bis a], 42bis b] y 42 bis c] LJV), dispone que cuando, tras la comparecencia del fiscal, la persona con discapacidad y su cónyuge y parientes más próximos, surja oposición sobre la medida de apoyo, se ponga fin al expediente y haya que acudir a un procedimiento contradictorio, un juicio verbal especial (art. 42 bis b]. 5 LJV). Es muy significativo que «la oposición de la persona con discapacidad a cualquier tipo de apoyo», además de provocar la terminación del expediente, no impida que las medidas puedan ser solicitadas por un juicio contradictorio, lo que presupone que ese juicio pueda concluir con la adopción de las medidas, aun en contra de la voluntad del interesado.

En realidad, el art. 268 CC lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido de «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias, pero no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato».

Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.

No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”.

Menos mal que, al menos, el TS es más sensato que el legislador o, al menos, que los propagandistas de esta interpretación radical de la Convención, que, por supuesto, rápidamente han criticado la sentencia.

**7. Prohibiciones.** - Por otra parte, la Ley 8/2021, a la hora de buscar salvaguardas para evitar conflictos de intereses y la influencia indebida en las medidas de apoyo, ha optado por establecer algunas prohibiciones, que, paradójicamente, contradicen la voluntad del discapacitado, que se pretende que se tiene respetar a toda costa y, creo que no se ha acertado a establecerlas correctamente. Tienen especial relevancia para las medidas voluntarias, razón de más para que les prestemos atención.

a) El artículo 250 prohíbe, sin excepciones, ejercer ninguna medida de apoyo a quienes, en virtud de relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo, que, en realidad, es una prohibición dirigida al discapacitado que quiere que determinada persona le preste el apoyo y no se permite que éste la exceptúe. A mi juicio, carece de justificación. Téngase en cuenta que esta medida puede afectar a parientes, incluso cónyuge o hijos, que presten este tipo de servicios.

b) El artículo 251 prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:

1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor.

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Aquí, en cambio, se dice que, en los poderes preventivos, estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas. A lo mejor, es un criterio demasiado laxo, porque una actuación en situación de conflicto de intereses, cuando una persona está discapacitada, entraña un enorme riesgo para ésta. En mi opinión, la solución adecuada no es ni prohibirlas completamente, ni autorizar al discapacitado a autorizarlas indiscriminadamente, sino someter la actuación de quien preste la medida de apoyo a la decisión del defensor judicial (artículo 295).

c) El artículo 753 introduce varias prohibiciones de suceder por causa de muerte, verdaderamente duras, mal redactadas y que creo que, en su mayor parte carecen de justificación, además de que contradicen ese respeto que se pretende, por encima de todo, de la voluntad del discapacitado:

- No surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. Obsérvese que no se exige, para que rija esta prohibición, que, al tiempo del otorgamiento del testamento, el testador esté en situación de incapacidad. Es un *castigo* que carece de sentido para quien asume la carga de ser tutor o curador representativo.

- Será nula la disposición hecha, por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Obsérvese el alcance tan genérico de la prohibición, que se aplica a la sucesión de todas las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, es decir, con independencia de la dolencia que tengan, es decir, en su literalidad podría abarcar a cualquier persona, aunque no fuera discapacitado intelectual. Aunque, seguramente, por aplicación de la Disposición Adicional Cuarta del CC, debería entenderse limitada a las personas que precisan la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica. En cualquier caso, los términos genéricos referidos a las personas que incurren en la prohibición resultan excesivos: igual que antes, incluiría a familiares que trabajen o sean titulares o administradores de esos centros, que, precisamente, han llevado allí al discapacitado por esa razón. Y parece que dé igual que el internamiento sea puntual, en la enfermedad terminal, que a lo mejor se alarga durante un tiempo, o sea un internamiento permanente.

- Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto. Tampoco se dice que se trata del testamento otorgado estando ya en situación de incapacidad.

Al final se añade que serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato. Pero puede suceder que quien haya asumido la carga de cuidar al incapaz sea un familiar que no sea sucesor abintestato, porque los que sí lo son no han querido saber o no han podido hacer nada. Pensemos en el cónyuge, que habiendo hijos, no es heredero abintestato.

Menuda forma de cumplir la exigencia de la Convención de poner salvaguardas para evitar los conflictos de intereses y la influencia indebida en las medidas de apoyo.

Me atrevo a calificar estas prohibiciones de desproporcionadas y carentes de sentido. Desde luego no se aplican a las sucesiones por causa de muerte que se rigen por el Derecho aragonés.

Creo que es una muestra de lo desnortada que está la Ley 8/2021: por un lado, pide que se respete a toda costa la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, aunque sean un disparate, y, para contrarrestar, crea unas limitaciones y prohibiciones disparatadas.

**Conclusión.** Como conclusión a todo lo dicho, expreso mi opinión de lo desacertado de los planteamientos que ha seguido la reforma que ha llevado a cabo la Ley 8/2021, que no deberían ser los que guíen al legislador aragonés para reformar el Código del Derecho Foral de Aragón. Aunque es cierto que será necesario asegurar que no haya colisiones y que las instituciones de protección

del incapaz del Derecho aragonés encuentren acomodo tanto en las normas procesales y como en las del Registro Civil.

Nos puede seguir como buena guía la doctrina del TS, que, como hemos visto, pone de manifiesto que hay otras formas menos radicales y acordes con los intereses generales de cumplir con la Convención de Nueva York.

## LAS LLAMADAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

**Introducción.** Ya he indicado que lo que voy a hacer es examinar la regulación aragonesa sobre lo que, conforme a la Convención de Nueva York, se denominan medidas de apoyo y, en particular, las llamadas voluntarias, es decir, las previsiones establecidas por la propia persona para el caso de devenir incapaz, que es lo que, en el Derecho aragonés, se denomina *delación voluntaria* de las instituciones tutelares. Aunque, como veremos, en realidad, no todo lo que va a tratarse forma parte de las llamadas medidas voluntarias de apoyo de la Ley 8/2021.

Uno de los principales objetivos de la Convención de Nueva York es reforzar la autonomía de la voluntad de las personas para organizar su propia discapacidad. Realmente esto es a lo que fundamentalmente se refiere la necesidad de respetar *“la voluntad y las preferencias de la persona”* que recoge su artículo 12. En ello ha insistido de forma especial la Ley 8/2021, a la que iremos haciendo referencia, conforme a la cual las medidas judiciales son sólo subsidiarias de las voluntarias, hasta el punto de que, habiendo medidas voluntarias *“suficientes”*, o una situación de guarda de hecho que se considere también suficiente, el Juez no puede entrar a conocer sobre el incapaz, ni siquiera sobre si realmente lo es, lo cual plantea dificultades para que puedan operar estas medidas voluntarias, como veremos.

Centrándonos en el Derecho aragonés, el respeto a la voluntad de la persona sobre esta materia ya viene impuesto desde la aprobación de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, cuya regulación hoy se encuentra en el CDFA.

De hecho, existen otras normas sobre autorregulación de la persona para el caso de no poder decidir por sí, en la legislación sanitaria, también de mucha importancia, pero en la que, por razón de tiempo y por el carácter general exigido a esta ponencia, no me puedo detener.

También hay referencias a la protección jurídica de los discapacitados en la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón. Sin embargo, no me detendré en ella, por ser muy genéricas, reproducción casi literal de los términos de la Convención, más que nada una declaración de intenciones y, además, fundamentalmente dirigida a las instituciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón. Donde se encuentra el núcleo de la materia es en el Derecho civil aragonés y, por ello, es en él en el que me voy a centrar.

**Derecho civil aragonés: aspectos generales.** Está materia aparece regulada fundamentalmente en los artículos 108 y 109 del Código del Derecho Foral de Aragón (complementados por los que les siguen):

*“Artículo 108 Delación hecha por uno mismo*

1. *Conforme al principio standum est chartae, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.*

2. *La entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados no podrá ser objeto de designación o exclusión voluntaria”.*

*“Artículo 109 Mandato que no se extingue por la incapacidad o incapacitación*

*Igualmente, cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente podrá, en escritura pública, otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”.*

Aparte de esto, el artículo 110 establece la posibilidad de establecer las mismas disposiciones por los padres respecto de sus hijos incapacitados sujetos a su autoridad familiar, incluso prorrogada o rehabilitada:

*“Artículo 110 Delación hecha por titulares de la autoridad familiar*

1. *Las mismas disposiciones, excepto el otorgamiento de mandato, podrán adoptar en instrumento público notarial, sea o no testamento, los titulares del ejercicio de la autoridad familiar, incluso prorrogada o rehabilitada, respecto de la persona o bienes de los menores o incapacitados que sigan bajo su autoridad cuando llegue el día en el que ya no puedan ocuparse de ellos.*

2. *La delación testamentaria será eficaz al fallecimiento del testador salvo que entonces se hallara privado por su culpa del ejercicio de la autoridad familiar; la hecha en escritura pública, lo será además en caso de que el disponente sea incapacitado o por otra causa no culpable no pueda desempeñar él mismo el cargo tutelar”.*

No voy a detenerme en las disposiciones realizadas para los hijos, por las limitaciones de tiempo que impone el formato de este Foro y porque es preciso centrarse en las disposiciones establecidas para uno mismo, que es el cuerpo esencial de las llamadas medidas voluntarias. Únicamente señalar que, en Aragón, estas disposiciones siguen siendo válidas tras la mayoría de edad del hijo, mientras que, en el ámbito del Código Civil, después de la reforma de la Ley 8/2021, esta posibilidad se limita a la tutela de los hijos menores de edad (artículos 201 y siguientes y 213), ya que las designaciones de tutor de los padres vinculan al Juez al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa y lo ordene mediante resolución motivada; pero dejan de surtir

efectos una vez que sean mayores de edad, para los que no puede haber tutela. Llegada la mayoría de edad, la tutela finaliza (artículo 231 CC); con lo que el incapaz necesitará otras medidas de apoyo: si hay una guarda de hecho y es suficiente, no tendrá que intervenir el Juez, en otro caso, habrá que nombrarle un curador. En tal caso, las disposiciones de los padres pierden el valor reforzado; el nombramiento y las disposiciones ordenadas por ellos tendrán la misma preferencia para la designación de curador que la que se hubieran hecho para el cónyuge o pareja conviviente del discapacitado (artículo 276), que consiste en ocupar el 4º lugar de preferencia en el orden por el que el Juez nombra al curador.

Por cierto, téngase en cuenta que, en Aragón, la curatela también puede aplicarse a los menores emancipados, para complementar su capacidad, en los casos en que las personas llamadas a prestarles la asistencia prevenida por la ley fallezcan o queden impedidas para hacerlo (artículo 148.a CDFA), mientras que, en el Código Civil, tras la Ley 8/2021, para esta función se acude al defensor judicial (artículo 235.3º). Creo más adecuada la regulación del CDFA, ya que el defensor judicial es una figura para actos puntuales y, además, puede variar de un acto a otro; más lógico es que exista un curador permanente, aunque su intervención se limite a los casos en que sea preciso.

Tampoco voy a ocuparme del régimen de administración de bienes que puede establecer quien hace disposiciones a título gratuito a favor de un incapaz sobre los bienes objeto de dicho acto, regulado en el artículo 107 CDFA, por la misma razón.

Centrándonos ya en la regulación civil aragonesa de las medidas de autoprotección, lo primero que destaca es la amplitud que se da a la autonomía de la voluntad para regular la propia incapacidad, en línea con los principios de la Convención de Nueva York y demás instrumentos internacionales sobre la materia.

En el texto del artículo 108 puede entrar todo tipo de disposiciones relativas a la persona o bienes de la persona para el caso de que resulte incapaz, pero lo fundamental es lo que se ha venido llamando autotutela o autocuratela. Por otra parte, el artículo 109 regula el otorgamiento de poder que no se extingue por incapacidad o incapacitación.

Por ello, el contenido esencial de esta parte de la ponencia lo constituyen la autotutela o autocuratela y los poderes preventivos. Aunque también se hará referencia a otro tipo de medidas voluntarias de autoprotección.

## **AUTOTUTELA/AUTOCURATELA**

El artículo 108 Código del Derecho Foral de Aragón, como hemos dicho, permite designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares. Por tanto, aquí se incluyen todos los posibles cargos tutelares que regula el propio Código: tutor, curador y defensor judicial, aunque, dada la intervención de éste

sólo en casos puntuales, es más difícil hacer designaciones. También se añade la posibilidad de adopción de cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes y establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos.

Por su parte, el Código Civil, tras la Ley 8/2021, ha regulado la *autocuratela*, la posibilidad de que la persona, en previsión de encontrarse en situación de no poder ejercitar su capacidad por sí, proponga a una o varias personas para el ejercicio de la función de curador, además de establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (artículo 271)

Como hemos dicho, la Ley 8/2021 ha suprimido la tutela de los mayores de edad, estableciendo, como institución de protección, exclusivamente la curatela, aunque luego admite la posibilidad de una curatela representativa, que, si bien se pretende excepcional, la realidad de la discapacidad intelectual llevará seguramente a que sea la regla general, aunque pueda limitarse a determinados aspectos. En realidad, como indicábamos, lo que la Ley 8/2021 ha hecho ha sido fusionar la tutela y la curatela en una sola institución, con el nombre de esta última, pero manteniendo, en el fondo, la dualidad. Y ya hemos criticado esta solución, por tratarse de dos instituciones muy diferentes.

En cualquier caso, si se optara, en la futura reforma del CDFa, por seguir este paso de unificar ambas instituciones de protección, creo que no plantea dudas que los nombramientos de tutor producidos con anterioridad se entienden realizados como nombramientos de curador, como ha venido a establecer la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021. De hecho, creo que esto ya es así, es decir, que quien ha hecho un nombramiento de tutor, si luego resulta que lo que necesita es un curador, hay que entender que dicho nombramiento tiene implícito el de éste, salvo que, teniendo capacidad para ello, lo revoque, como se infiere del artículo 150.3.

Vamos a hacer un examen de la regulación aragonesa y compararla con la que resulta de la modificación del CC.

Una aclaración previa. Hay cierta vacilación en la doctrina, en el régimen de la autocuratela (ya no hay posibilidad de autotutela) del Código Civil tras la Ley 8/2021, acerca de si se considera una medida de apoyo voluntaria o judicial. Algunos autores la encuadran en la primera categoría y así la estamos tratando en este apartado, pero lo cierto es que la ley califica como "*propuesta*" la disposición que hace el interesado y el nombramiento del curador corresponde al Juez, que, aunque, en principio está vinculado por la propuesta, puede prescindir de ella excepcionalmente (artículo 272). Además, si fuera una medida voluntaria, nos encontraríamos que no hay procedimiento de nombramiento, puesto que las regulaciones de la LJV y de la LEC se limitan a las medidas de apoyo *judiciales*.

Veamos, a continuación, las principales dudas que plantea la autotutela/autocuratela y, en su caso, las mejoras que procederían.

**1. Sujeto.** En cuando a quién puede nombrar curador para sí mismo y establecer todas las disposiciones complementarias que menciona el artículo 108 CDFA, este precepto es claro: debe tratarse de una persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada. Es decir, que, en el momento de establecer estas disposiciones debe tener capacidad de obrar suficiente: sólo el que está en condiciones de decidir con conocimiento pueda realizar estas disposiciones, que tan importantes pueden resultar. Quien no tiene plena capacidad de obrar no puede hacerlo, porque su voluntad no reunirá los requisitos precisos para el acto, además de que podrá ser fácilmente influenciable, lo cual puede ser muy difícil de demostrar y, mucho menos, que el Notario lo conozca *a priori*.

En la nueva regulación del CC hay algunas reglas que merecen comentario:

- Se faculta también al menor emancipado para nombrar curador para sí mismo (artículo 271). Tal vez el CDFA podría adoptar el mismo criterio, pero es dudoso que pueda establecer las mismas previsiones que el mayor de edad en cuanto al régimen de los bienes, particularmente sobre la enajenación de aquellos bienes que el emancipado no puede hacer por sí solo. A lo mejor, también podría plantearse dar la misma facultad al menor de edad mayor de catorce años, con la debida asistencia, conforme al criterio general de actuación de dichos menores que establece el CDFA.

- El artículo 255, que contiene una disposición general sobre las medidas voluntarias de apoyo, dispone que las medidas voluntarias pueden establecerse tanto en previsión como "*en apreciación*" de la discapacidad. Es decir, que también quien ya está discapacitado intelectualmente podría realizar estas disposiciones vinculantes para el Juez. Se dice que esto respeta mejor la Convención de Nueva York. Y, aunque el artículo 271, que es el que regula la autocuratela, dice sólo "*en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás*", los autores defensores de los planteamientos de la Ley 8/2021, afirman que la regla del artículo 255 es también válida aquí, máxime cuando en la tramitación se ha suprimido el adjetivo "*futura*" que aparecía en el proyecto y, desde luego, ha desaparecido también la exigencia de capacidad de obrar (como en toda la Ley). Aunque, luego, estos autores dicen que, claro, sí que hará falta *capacidad natural*, que, como hemos indicado, es precisamente la capacidad de obrar; en fin, en opinión de quien suscribe, un despropósito. Entiendo que una reforma del CDFA no debería imitar, en este punto, al Código Civil. En cualquier caso, será el Notario el que deberá determinar si la persona que pretende otorgar el acto tiene capacidad suficiente para ello y, en este punto, no creo que los criterios de los Notarios para apreciar la capacidad de los otorgantes hayan variado.

- Se admite la delegación en el cónyuge o en otra persona la elección de curador de entre los relacionados por el interesado (artículo 274). Es una

posibilidad que podría plantearse, pero téngase en cuenta que se limita a la designación o propuesta de la persona, sin poder extenderse la delegación al resto de previsiones que pueden acompañar la autotutela/autocuratela.

**2. Forma.** El CDFa exige escritura pública. Aquí hay plena coincidencia. Ya la había antes de la Ley 8/2021.

**3. Contenido: designación.** El contenido principal de la escritura pública de autotutela/autocuratela es la designación del tutor/curador.

En Derecho aragonés se habla de “*designar*”, en el CC de “*proponer*”. En ambos casos, de lo que se trata es de que el nombramiento corresponde al Juez, que podría apartarse en determinadas situaciones de esa previsión, como veremos.

En sentido opuesto, también podrá excluir a determinadas personas del cargo, prohibiendo que sean nombrados.

Igualmente, podrá exigir determinados requisitos que deban reunir los que sean nombrados por el Juez.

En el Derecho aragonés, se puede designar a una o dos personas, para que actúen conjunta o solidariamente. En el CC, no se pone límite al número de curadores propuestos (artículo 277), pero la limitación aragonesa parece razonable. También es posible nombrar sustitutos, con la misma limitación numérica.

También hay reglas sobre varias designaciones sucesivas: prevalece la posterior en cuanto fueran incompatibles (artículo 113.1 CDFa). El CC sólo regula la pluralidad de propuestas para los sustitutos (artículo 273), estableciendo también la prevalencia de la propuesta posterior y si están en el mismo documento se dice que se prefiere al designado en primer lugar.

El Derecho aragonés permite, además, con independencia de los órganos tutelares designados, encomendar la administración de los bienes a otras personas y aquí no hay limitación de número. Obsérvese que estas personas no serán tutores o curadores y que las reglas de administración serán las que determine el otorgante, aunque, en defecto de previsiones, parece razonable aplicarles las reglas de la institución de protección que proceda.

**Otras previsiones.** Pero, además, en la escritura pueden establecerse otras muchas previsiones sobre el régimen de la autotutela/autocuratela.

El problema principal que se plantea es hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad en este ámbito, es decir, que reglas del régimen de la tutela/curatela puede cambiar el otorgante.

Aquí el texto del artículo 108 CDFa y el del artículo 271 CC son distintos, pero creo que el espíritu es el mismo y no parece que deban llevar a consecuencias diferentes, salvo que se lleve hasta el último extremo el principio del imperativo respeto de la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, y se considerara que cualquier previsión que haga debe ser respetada. Ya me he expresado en contra de ese principio y considero que hay determinadas normas en el régimen

de la curatela que se deben considerar imperativas y que, por tanto, no pueden excluirse voluntariamente.

Podemos distinguir aquí dos grupos, las que imponen mayores requisitos y exigencias de las legales al régimen de la tutela/curatela y las que, por el contrario, los reducen o suprimen.

En cuanto al primer grupo, parece que podrán preverse instrumentos de control adicionales, como exigir el asesoramiento o, incluso, el consentimiento de determinadas personas distintas del tutor/curador para llevar a cabo determinados actos, sobre todo de enajenación de bienes. O exigir determinados requisitos, por ejemplo, de precio, para la enajenación de bienes. O imponer que la enajenación se haga mediante subasta. Aunque probablemente no sería posible prohibir la enajenación de bienes si existe necesidad de ello, se le justifica al Juez y éste lo autoriza. También podrá establecer la obligación de rendir cuentas de lo realizado a determinadas personas. Y establecer causas adicionales a las legales de remoción del cargo de tutor/curador.

En el segundo grupo, el otorgante podrá eximir al tutor/curador de la autorización judicial o de la Junta de Parientes para los casos en que está prevista o para alguno de ellos. Más dudoso es que se pueda elegir entre una curatela de asistencia o de representación, esto parece que corresponderá al Juez, en función de las circunstancias del caso. También creo que es dudoso que, con carácter general, se pueda permitir actuar cuando hay conflicto de interés, salvo que haya un defensor judicial, o que se le pueda eximir de la obligación de hacer el inventario, cuando procede, o de prestar fianza si el Juez lo considera necesario. Lo que, desde luego, no es posible es excluir las funciones de vigilancia y supervisión atribuidas al Juez y al Ministerio Fiscal, ni eximirle de rendir cuentas.

La norma aragonesa admite la dispensa de las causas de inhabilidad legales. Pero determinadas causas de inhabilidad no se pueden dispensar, como establece el artículo 125.2: las de las letras a), b), c), e) y f) del apartado 1 de dicho precepto. Podría, incluso, excluirse la posibilidad de dispensar alguna otra, como alguno de los supuestos incluidos en la letra h), que incluye las que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida, mantengan con ella pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o las que le adeuden sumas de consideración.

Tampoco creo que pueda excluirse la remoción derivada del hecho de que el tutor/curador se conduzca mal en el desempeño de la función tutelar, por incumplimiento de los deberes propios de la misma o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados, que regula el artículo 127 CDFA, similar al artículo 278 CC.

Un ámbito especialmente difícil es el de los actos que afectan a la esfera de la persona, dada su conexión con los derechos fundamentales y la libertad personal, donde es dudoso que la propia voluntad pueda delegarse anticipadamente en otro sin ningún tipo de control y, por ello, producida, la delegación, en última

instancia, hay que admitir la posibilidad de la intervención judicial si se observa vulnerabilidad de la persona con discapacidad (María Ángeles Parra).

**4. Nombramiento judicial.** Como veíamos, el nombramiento del tutor/curador es competencia del Juez, que, en determinados casos, puede apartarse de la designación o propuesta hecha por el incapaz.

Concretamente, el artículo 114.1 CDFFA dispone que las designaciones, exclusiones y demás disposiciones propias de la delación voluntaria vincularán al Juez al constituir la institución tutelar, salvo que, de oficio o a instancia de las personas mencionadas en el artículo 116 (las personas que pueden ser designadas órgano tutelar) o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante decisión motivada, considere que, por alteración sustancial de las circunstancias, el interés del incapacitado exige otra cosa.

El artículo 272 CC, por su parte, establece que el Juez puede prescindir, total o parcialmente, de estas disposiciones voluntarias de oficio o a instancias de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.

Obsérvese la importancia de estas disposiciones voluntarias, ya que el Juez queda muy constreñido por ellas. El solo hecho de que el Juez considere que las disposiciones son perjudiciales para el incapaz, incluso muy perjudiciales, no le permite apartarse de ellas si no se dan las circunstancias que hemos indicado.

La norma del CC da un mayor ámbito de actuación al Juez. Creo que, en general, no sólo puede haber una alteración sustancial de las circunstancias, sino que seguramente el otorgante no previó todas las situaciones que pueden darse y resultar que sus previsiones son muy negativas para sus intereses. Por ello, me parece conveniente ampliar las funciones del Juez para poder modificar las previsiones establecidas por el otorgante si se demuestra que le están causando graves perjuicios por razones que no pensó al establecerlas. Es decir, que todavía debería ampliarse más la facultad del Juez para modificar las previsiones.

En cualquier caso, la vinculación que establece la Ley hace que el otorgamiento de la escritura pública deba ser objeto de especial cuidado. Resulta desaconsejable la inclusión de reglas que puedan suscitar dudas de aplicación. Es preferible, si no se tienen las ideas muy claras, concretar el otorgamiento a la designación del tutor/curador, de modo que su actuación quedé sujeta a la regulación legal, que es cuidadosa y respetuosa con los derechos del incapaz.

**5. Conclusión.** La regulación aragonesa sobre delación voluntaria de las instituciones tutelares puede considerarse, en términos generales, acertada, aunque podría aprovecharse la modificación que va a afrontarse para introducir alguna novedad, aclarar alguna cuestión que puede suscitar dudas y aumentar el ámbito de las facultades del Juez.

## PODERES PREVENTIVOS

El artículo 109 CDFA permite a cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente otorgar, en escritura pública, un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación.

En materia de poderes preventivos suelen distinguirse dos tipos: el poder preventivo propiamente dicho, es decir, el otorgado para el caso de incapacidad, y el poder con eficacia inmediata pero con cláusula de subsistencia en caso de incapacidad.

El CC regula expresamente ambas modalidades, en los artículos 256 a 262. El artículo 109 CDFA sólo incluye expresamente la segunda, pero no hay duda de que permite también la primera, puesto quien puede lo más puede lo menos.

El poder preventivo puro plantea la dificultad de determinar el comienzo de su eficacia; probablemente por eso es poco frecuente. A ello nos referiremos después.

En cambio, el poder de subsistencia no sólo no tiene ese problema, sino que, además, refuerza la legitimación del apoderado para actuar frente a terceros. Téngase en cuenta que el tránsito de una situación de capacidad a otra en que se carece de ella la mayor parte de las veces es gradual y puede resultar difícil determinar el momento exacto. Por lo dicho, puede afirmarse que este poder es la figura estrella de las medidas voluntarias que pueden adoptarse para caso de incapacidad. Su otorgamiento es frecuentísimo.

La Ley 8/2021 encuadra todos estos poderes, sin excepción, dentro de las “*medidas voluntarias de apoyo*”. Esto supone que les son de aplicación todas las reglas sobre medidas de apoyo, incluyendo las prohibiciones y limitaciones que hemos visto. Esto puede ser excesivo, sobre todo cuando se trata de poderes sin contrato de mandato. Recuérdese que un poder es un acto de atribución de facultades representativas, que otorga unilateralmente el poderdante y que no genera, por sí mismo, ninguna obligación al apoderado de ejercerlo, es más puede que el apoderado ni siquiera lo conozca.

Por otra parte, la Ley 8/2021, en el epígrafe de esta Sección, habla de “*poderes y mandatos preventivos*”, pero, en la regulación, sólo se refiere a poderes y la única referencia que hace al mandato es un extraño precepto que dice que lo dispuesto en el capítulo de las medidas preventivas se aplica igualmente al caso de mandato sin poder (artículo 262).

Hay quien defiende que los poderes preventivos deben tener necesariamente como soporte un contrato de mandato, de modo que deben formalizarse simultáneamente el mandato y el poder, con intervención del apoderado, que queda obligado a su ejercicio. Me parece excesivo, porque la libertad de contratación permite otorgar unos poderes en los términos que se decida. El régimen de las medidas de apoyo comenzará cuando el apoderado acepte el poder, lo que se pondrá de manifiesto cuando lo ejercite; pero el ejercicio del

poder no lo convierte en un contrato de mandato y en ningún caso le impone la obligación de ejercitar el poder, a diferencia de lo que sucede con el tutor o el curador. Si el otorgante quiere que sea así, deberá optar por nombrar un tutor o curador. Además, en lo que el ejercicio del poder no cubra, podría existir un guardador de hecho, a lo mejor el mismo apoderado.

También se ha defendido, para los poderes de subsistencia, la obligación del apoderado de manifestar expresamente, cada vez que lo ejercite, si el poderdante mantiene su capacidad o si ya se encuentra en situación de precisar apoyos, es decir, si ha devenido incapaz. Y de comunicar al Juzgado la situación de incapacidad. Pero lo cierto es que ni el CDFA ni la Ley 8/2021 exigen tal cosa. En las escrituras otorgadas por un apoderado sí que se incluye siempre la manifestación del apoderado sobre la vigencia del poder, pero no hay norma que imponga llegar más lejos. Habría que reflexionar acerca de la posibilidad de incluir este deber, que puede tener sus ventajas, pero también sus inconvenientes.

En general, podemos decir que los poderes preventivos plantean la misma problemática general de todos los poderes, pero aquí incrementada. Por un lado, son muy útiles porque evitan judicializar la situación de la persona incapaz, todos sabemos la de problemas que han resuelto en situaciones en las que es preciso acometer la venta de bienes para obtener recursos con los que hacer frente a los enormes gastos que conlleva el cuidado del incapaz, lo que puede ser urgente. Por otro, existe un innegable riesgo de que, a través de ellos, se comentan abusos, sin que, al menos por sí mismo, el incapaz pueda defenderse. Éste es el tema clave y más difícil de los poderes preventivos. De hecho, ha habido una cierta demanda doctrinal de una regulación más completa, que sirva para hacer efectivo el mandato de la Convención de Nueva York de proporcionar salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Pero no es sencillo.

Hay que tener en cuenta que un poder es un título de legitimación para actuar en el tráfico jurídico y, para que cumpla su función, el tercero que contrate con el apoderado debe tener la seguridad de que éste se encuentra legitimado para actuar. Por ello, su ejercicio no puede estar sujeto requisitos externos que sean difíciles de acreditar, ya que, en ese caso, el tercero no querrá contratar con el apoderado, con lo que el poder no servirá para nada. De ahí la dificultad de poner medios y salvaguardas para evitar o reducir los riesgos que conlleva.

Veamos los aspectos más relevantes de su régimen jurídico:

**1. Sujeto.** También aquí el Código del Derecho Foral de Aragón exige mayoría de edad y capacidad de obrar suficiente.

La nueva regulación del CC aquí sí que establece que este poder puede otorgarse para que subsista o para el supuesto de que en el *futuro* el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. No se permite otorgarlo cuando ya se es incapaz.

**2. Forma.** El CDFA exige escritura pública. Aquí hay plena coincidencia, ya que, aunque antes de la Ley 8/2021, el CC no la exigía, se ha impuesto este requisito (artículo 260).

**3. Comienzo de la eficacia del poder preventivo puro.** Como apuntábamos antes, el poder estrictamente preventivo tiene la dificultad añadida de la determinación del momento en el que el poder es operativo, es decir, cuándo ha llegado la situación de incapacidad. Téngase en cuenta que es fundamental que esto quede bien claro para que el apoderado pueda actuar; si hay dudas, difícilmente el tercero querrá contratar con él.

Nada dice el Derecho aragonés, que, como hemos dicho, no incluye expresamente esta modalidad.

El artículo 257 CC, tras la Ley 8/2021, sí que se refiere a esta cuestión y, dice dos cosas: que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante y que, para garantizar el cumplimiento de estas previsiones, se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido. En cambio, no cabe acudir al Juez para que sea él quien determine la situación de incapacidad y, por tanto, el comienzo de efectos del poder preventivo, porque no se ha previsto ningún procedimiento para ello: el Juez sólo interviene para adoptar medidas judiciales, pero no en las voluntarias.

La regulación del CC en mi opinión es insatisfactoria y no contribuye a la seguridad jurídica. Para empezar, puede suceder que el poderdante nada haya previsto o que lo previsto sea insuficiente ¿Sería suficiente que el poderdante lo dejara al libre criterio del apoderado o de uno o varios familiares? ¿Bastaría con el certificado administrativo de un determinado grado de discapacidad psíquica? ¿Es suficiente a todos los efectos un acta notarial con un informe pericial? ¿Qué debe hacer exactamente el Notario? El juicio del Notario, por mucho que esté apoyado en un informe pericial, podría impugnarse.

Personalmente, creo que las decisiones sobre la determinación de la capacidad de las personas, sobre todo si de lo que se trata es de la entrada de una medida de apoyo que va a surtir efectos permanentes, deben corresponder al Juez.

Por ello, creo que el sistema más indicado es el que regula el Derecho francés, que es judicial: el poderdante debe presentar al Juzgado el documento de mandato y un certificado médico expedido por un médico elegido dentro de una lista de profesionales establecida por el Ministerio Fiscal; una vez que el Secretario Judicial comprueba los documentos, establece la fecha en que comienza su vigencia y devuelve el documento de mandato (artículo 481 del Código Civil francés). Este sistema, además, puede facilitar el posterior control judicial de la actuación del apoderado.

**4. Contenido.** El poder puede otorgarse a favor de cualquier persona, también de varias y con carácter solidario o mancomunado, y puede tener el ámbito y amplitud que el apoderado considere oportuno y será válido y podrá ejercitarse dentro de este alcance.

No puede pretenderse que, tras la Ley 8/2021, y, puesto que esta ley califica estos poderes de medidas de apoyo y se establece que las medidas de

apoyo sólo pueden incluir funciones representativas excepcionalmente si no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, sólo pueden ejercitarse si se demuestra que el poderdante ha devenido incapaz. Esto sólo puede defenderse para los llamados poderes preventivos puros, pero no para los de subsistencia, porque así lo ha dispuesto expresamente el poderdante.

Tampoco puede pretenderse que las facultades del apoderado están limitadas, más allá de las establecidas en el propio poder, por la voluntad, deseos y preferencias del poderdante, de modo que, si no se cumplen éstos, aunque el apoderado haya actuado dentro del ámbito del poder, lo realizado no es válido. Si así se entendiera, quebraría la seguridad jurídica y el poder sería inútil, porque nadie querría contratar con el apoderado.

En el contenido de este tipo de poderes, pueden incluirse facultades relativas, no sólo a los bienes, contratación y tramitaciones administrativas o judiciales, sino también a aspectos de carácter personal, como lo relativo a su cuidado personal, consentimientos para los tratamientos médicos o lugar de residencia.

**5. Compatibilidad con las medidas de apoyo judiciales.** El Derecho aragonés prevé la compatibilidad del poder preventivo con las medidas judiciales, de hecho, el nombramiento de tutor o curador no deja, sin más, sin efecto los poderes. Si bien el Juez, en resolución motivada, podrá declararlos extinguidos, tanto al constituir la institución tutelar, como posteriormente, a instancia del tutor o curador (artículo 114.2). Y, en muchos casos, puede ser razonable que no haya dos medidas de apoyo diferentes y sujetas a reglas distintas, medidas que, a lo mejor, están constituidas a favor de la misma persona. Obsérvese que no se ha previsto que el poderdante pueda prohibir esta decisión judicial.

En el CC, tras la reforma de la Ley 8/2021, tenemos que, por una parte, las medidas judiciales sólo se adoptan si no existe otra medida de apoyo *suficiente* (artículo 269), sean las voluntarias o la guarda de hecho, y, por otra parte, se establece que los poderes preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado (artículo 257).

Si bien, añade que cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (párrafo cuarto del artículo 258).

Creo que la solución del artículo 114.2 del CDFA es más razonable con las garantías del discapacitado, al atribuir al Juez la posibilidad de declarar, mediante resolución motivada, extinguido el poder a instancias del tutor o curador sin necesidad de que concurra causa de remoción, porque lo entienda más conveniente para el discapacitado.

**6. Controles y salvaguardas voluntarias.** El tema clave es el establecimiento de medidas de control, que, como hemos dicho, es lo más difícil.

Sobre este particular, el Derecho aragonés nada dice, aunque, indudablemente, el poderdante podrá establecer las que le parezca.

El párrafo tercero del artículo 258 CC, tras la Ley 8/2021, por su parte, establece que el poderdante podrá establecer medidas u órganos de control, condiciones e instrucciones para su ejercicio, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses e influencia indebida y mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, para garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias, así como prever formas específicas de extinción del poder. No deja de ser un batiburrillo de medidas, algunas de las cuales son mera pose y otras pueden plantear dudas.

Así, no se entiende bien a qué se refiere con las *instrucciones* que se mencionan para el ejercicio: o forman parte de las facultades mismas conferidas o son de eficacia puramente interna y no afectan a aquéllas, por lo que no deberían incluirse en el poder. Por otra parte, tampoco se comprende qué papel ocupa aquí la "*influencia indebida*", que, en su caso, podría haber concurrido en el acto de concesión de los poderes, pero no después. Además, la nueva referencia al respeto de la voluntad, deseos y preferencias del poderdante vuelve a suscitar la duda de si afecta a la forma en que deben ejercitarse las facultades representativas y, por tanto, si la falta de respeto supondría excederse de esas facultades y, por tanto, lo realizado sería inválido.

En realidad, sobre las medidas que pueden establecerse para el control de este tipo de poderes, podríamos distinguir dos grupos.

El primero, que podríamos llamar interno, se refiere a la delimitación del ámbito de actuación del apoderado y los requisitos para su ejercicio. En este punto, como apuntaba, si se quiere que el poder sea útil no deben establecerse limitaciones que no puedan acreditarse de forma clara y fácil. Creo que, en este punto, las más idóneas son limitar las facultades que se conceden al apoderado a lo que realmente sea necesario y establecer varios apoderados mancomunados, que deban actuar conjuntamente, al menos para determinados actos. También es posible establecer otro tipo de limitaciones, como condicionar el ejercicio de todas o algunas facultades a que se cumplan determinados requisitos, en particular el consentimiento de un tercero o una tasación o que se tengan que dar ciertas circunstancias, limitar su duración o establecer causas especiales de extinción del poder, si se producen determinados hechos, pero, en cualquier caso, como decía, será preciso que esas condiciones y requisitos puedan ser apreciados con claridad en el momento de ejercicio de las facultades por parte del apoderado.

Sin embargo, hay una tendencia muy generalizada en los poderes de esta naturaleza a hacerlos generales, para todo tipo de actos, y, además, que se concedan a una sola persona o, si son varias, de modo solidario. El caso típico es la persona mayor con problemas de movilidad o que es previsible que en no

mucho tiempo pueda tener dificultades cognitivas y en quien confía es en el hijo o hija que le atiende, a lo mejor sólo tiene uno, o, si tiene varios, prefiere hacerlo solidario a favor todos o algunos de ellos para no dificultar su ejercicio. Esta persona no concibe ponerles limitaciones o condiciones a sus hijos, porque les parece que sería desconfiar de ellos, por mucho que se lo advierta el Notario. Ésta es la realidad y no es fácil cambiarla. Si se trata de personas con un patrimonio importante, pueden permitirse el lujo de organizar un sistema de protección, formado por varias personas, familiares o profesionales, abogados, gestores, economistas. Pero, como digo, lo normal es encontrarse con personas que no tienen forma de organizar semejante sistema de protección.

El segundo grupo de controles son los externos, es decir, no afectan a lo hecho, sino que sirven para que se revise lo realizado y, en su caso, se exija responsabilidad por lo mal hecho, pero sin poder afectar a su validez, salvo que el tercero con el que ha contratado el apoderado haya actuado de mala fe y en connivencia con el apoderado. Se trata de designar un supervisor, al que el apoderado debe rendir cuentas, periódicamente o acto por acto, y al que, incluso, se le pueden atribuir facultades para revocar el poder.

El nombramiento de un tercero al que deba rendir cuentas el apoderado tampoco es frecuente, ya que, como se indicaba, el poderdante concede el poder a la persona o personas de su máxima confianza y no suelen disponer de otra persona a la que consideren conveniente que el apoderado le rinda cuentas. En cualquier caso, creo que, si se decide así, es preferible hacerlo en un documento separado del poder, para no enturbiar y hacer dudar sobre la suficiencia de la legitimación para actuar del apoderado.

En fin, aquí los Notarios tenemos que esforzarnos en poner de manifiesto al poderdante el riesgo en que incurre al conceder el poder y la conveniencia de que lo limite lo máximo posible, establezca, siempre que sea posible, varios apoderados mancomunados y regule sistemas adicionales de control, en la línea de lo que se ha indicado.

**7. Controles y salvaguardas legales.** Ante la insuficiencia que pueden tener los controles y salvaguardas voluntarios, la ley puede establecer algunos.

El Derecho aragonés no contiene ninguno, fuera de la posibilidad del Juez de dejarlo sin efecto al constituir la institución tutelar o después (artículo 114.2 CDFA) y las reglas generales del poder que establece el CC.

En cambio, para el régimen del CC, la Ley 8/2021 sí que ha establecido algunos:

- Se añade una causa de extinción especial: si el poder se hubiere otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este (artículo 258, párrafo segundo). Téngase en cuenta que, así como el poder se inscribe en el Registro Civil, no se prevé la inscripción del cese de convivencia

que determina la extinción del poder. De modo que nos encontramos con un supuesto de extinción del poder por una situación de hecho, que el tercero que contrate con el apoderado, incluso este mismo, puede desconocer. Habrá que acostumbrarse a añadir en las escrituras en que intervenga un apoderado su manifestación de que el poder no ha quedado extinguido por esta causa. Aunque es dudoso que esa manifestación sirva para proteger al tercero de buena fe que contrata si la manifestación es falsa, al no haber una declaración legal en tal sentido (a diferencia de lo que sucede en el artículo 1320 CC). La posibilidad de excluir expresamente en el poder esta causa de extinción puede acabar imponiéndose.

- Una novedad llamativa es que, si el poder comprende todos los negocios del otorgante, el apoderado quedará sujeto a las reglas de la curatela en lo no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa (artículo 259). Esta regla que algunos autores venían pidiendo, basándose en el carácter *cuasitutelatario* de este poder, está suscitando mucha polémica. La primera que se entiende por poder que comprende todos los negocios del otorgante, porque ningún poder se redacta utilizando esa expresión al fijar las facultades conferidas. Pero parece que, si se le denomina *poder general* o tiene el clausulado propio de un poder general, se aplicaría esta regla. Y la solución misma que contiene esta norma ha sido también muy controvertida, porque puede dar lugar a problemas. En los poderes de subsistencia, impondría manifestar al apoderado en todo caso la situación de capacidad del poderdante; y, como vimos antes, también sería dudoso que la mera manifestación, si no refleja la realidad, sirva para proteger al tercero de buena fe. Por ello, es muy posible, ya está sucediendo, que en los poderes preventivos, con carácter general, se incluya una cláusula que excluya la aplicación de las reglas de la curatela, como la propia norma permite.

- Se establece que el ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas y que aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables (artículo 261). Esta regla parece razonable (en Aragón hay una similar en el artículo 191 CDFA para los poderes generales entre cónyuges), pero surge la duda de si el poderdante puede autorizar la sustitución: si de lo que se trata, en primer término, es de respetar la voluntad y preferencias del discapacitado, no debería haber obstáculo.

**Conclusión.** La regulación aragonesa probablemente necesita añadir algunas reglas que precisen algunos aspectos del poder preventivo para que, sin perder su eficacia, ni poner en riesgo la seguridad jurídica, contribuya a proteger al poderdante de posibles abusos. En particular, regular el poder preventivo puro y la forma de fijar el comienzo de sus efectos, plantearse la posibilidad de establecer algún control legal de base judicial, en ausencia de otros, y aclarar la forma de resolver las situaciones de conflicto de intereses entre poderdante y apoderado.

## OTRAS MEDIDAS VOLUNTARIAS DE APOYO

Aparte de la autotutela/autocuratela y del poder preventivo, pueden establecerse otras medidas e instrucciones muy variadas para el caso de la discapacidad intelectual.

La amplitud de la redacción del artículo 108 CDFR les da cabida, siempre que se otorguen en escritura pública y por persona mayor de edad y con plena capacidad de obrar.

En el CC tienen acogida en el artículo 255, que también exige escritura pública y que incluso permite que se establezcan cuando la persona ya es incapaz, es decir, cuando aprecia la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Aunque, como decíamos antes, debe tener, para ello, capacidad natural de entender y decidir. No vamos a insistir en que precisamente eso implica lo que conocemos como capacidad general de obrar y que deberá ser así comprobado por el Notario.

Este precepto, además, prevé que la persona pueda *acordar* las medidas de apoyo, es decir, que podrían no ser unilaterales, sino pactadas con las personas que se van a encargar de hacer efectivas las medidas de apoyo. La principal duda que plantea este acuerdo es la posibilidad de que el futuro o actual discapacitado pueda revocarlo por sí solo o si precisaría el acuerdo de la otra parte. Parece obvio que sí que podrá dejar sin efecto esas medidas; por tanto, la bilateralidad a quien vincula es únicamente a la otra parte.

Entre estas medidas, podemos destacar dos grupos.

El primero estaría compuesto por instrucciones que la persona da para que se cumplan cuando ella no esté en condiciones de decidir. Pueden abarcar ámbitos muy variados. De una parte, aspectos personales, como el lugar donde quiere residir o con quién quiere o no quiere vivir, qué hacer con su correspondencia, archivos electrónicos, uso de las claves digitales, la prestación de consentimientos para la asistencia médica, la determinación de la residencia geriátrica donde, en caso necesario, quiere ser ingresado o los requisitos que debe reunir. El problema que puede plantear este tipo de instrucciones es que no existan recursos económicos o personales para que puedan cumplirse. Si surgen discrepancias sobre la posibilidad de cumplimiento de estas instrucciones, será preciso iniciar un procedimiento judicial para resolverlo.

También pueden establecerse instrucciones sobre aspectos patrimoniales muy diversos: cómo gestionar derechos de propiedad intelectual o industrial o determinados bienes, aunque en este caso será preferible que consten en el poder o el nombramiento de curador.

En cualquier caso, es recomendable que se separen con nitidez, documentalmente, lo que son instrucciones y lo que son facultades de los poderes, salvo que se quiera condicionar la eficacia de éstos.

En el segundo grupo en que quiero fijarme estaría el documento por el que la persona que percibe que empieza a tener problemas para regir su persona decide imponerse autolimitaciones. Algunas legislaciones han regulado figuras basadas en esta idea, como el *asistente* catalán. Por ejemplo, la persona dispone que no podrá enajenar sus bienes sin la asistencia o sin el consentimiento de otra persona o que no podrá realizar actos de determinada naturaleza, para los cuales deberá ser representado por determinada persona; podrían hablarse de tres tipos de asistencia: de acompañamiento, colaborativa o de complemento y representativa.

Aquí también surge la cuestión de la posibilidad de revocación si la persona tiene capacidad para conocer y decidir. Y creo que está claro que tiene esa posibilidad. Y la siguiente pregunta es qué sucede si, pese a haber otorgado una disposición o pacto de esas características, y teniendo capacidad natural de conocer y decidir, realiza un acto para el que había previsto que precisaría de esa asistencia. Parece razonable entender que, si tiene capacidad, podrá realizar el acto, pese a haberse autolimitado; sería como una revocación de la autolimitación.

Si esto es así, no veo clara la utilidad de la figura. La autotutela/autocuratela o el poder preventivo, con las instrucciones y reglas que quiera establecer y que será efectiva una vez que se produzca la incapacidad, creo que cubre mejor y de manera más segura estos supuestos.

Lo cual no es obstáculo para que voluntariamente puedan establecerse, eso sí con las limitaciones y la falta de vinculación que hemos explicado.

**Conclusión.** La amplitud de la habilitación que el Derecho aragonés contiene para establecer previsiones para el caso de incapacidad hace innecesario introducir la regulación de figuras nuevas de autoprotección.



**EFFECTOS PROCESALES EN ARAGÓN  
TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ESTATAL 8/2021,  
EN RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD**

ARMANDO BARREDA HERNÁNDEZ  
Magistrado

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.- II. LA FALTA DE PREVISIÓN DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DE UNA NUEVA LEY ESTATAL SOBRE LA DISCAPACIDAD.- III. IMPRESCINDIBLE DELIMITACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL TEMA DE LA DISCAPACIDAD, POR SU CARÁCTER SIEMPRE SUBSIDIARIO/COMPLEMENTARIO.- IV. EL VIGENTE SISTEMA DE INCAPACIDAD/PROVISIÓN DE APOYOS EN ARAGÓN Y LOS FACTORES QUE DELIMITAN SU PRÁCTICA DIARIA.- V. EL CÓMO SE ESTÁ AFRONTANDO EL DERECHO TRANSITORIO, ARMONIZANDO LOS DOS SISTEMAS DE INCAPACIDAD/PROVISIÓN DE APOYOS EN ARAGÓN.- A/ En cuanto al derecho sustantivo.- B/ Con relación al ámbito procesal.- C/ Con relación al ineludible juicio de capacidad.- D/ Con relación a las medidas de apoyo.- D.a/ Tipos de medidas de guarda: D.a.1/ La prórroga/rehabilitación de la autoridad familiar. D.a.2/ La curatela asistencial o representativa.- D.b/ Contenido y salvaguardas.- VI PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA LA ARMONIZACIÓN PROCESAL DEL DERECHO ARAGONÉS.

*“No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir...”*

*Elogio de los jueces escrito por un abogado. Del sentimiento y de la lógica en las sentencias.  
PIERO CALAMANDREI (Florencia 1889-1956).*

## **I. INTRODUCCIÓN**

**EXCMOS. SRES. JUSTICIA DE ARAGÓN, PRESIDENTE Y FISCAL JEFA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS, SEÑORAS Y SEÑORES LETRADOS, COMPAÑEROS, AMIGOS Y DEMÁS INTERESADOS POR CUALQUIER SITUACIÓN O CIRCUNSTANCIA EN ESTA MATERIA.**

**Una vez más agradezco la invitación de El Justicia de Aragón**, al que me resultó complicado negarme, cuando me brindara esta oportunidad de abordar este tema que tanto me apasiona, sin duda un reto, y ya lo creo, ante la caótica situación creada tras entrada en vigor de la casi desapercibida ley estatal sobre la Discapacidad, salvo entre especialistas<sup>1</sup>.

Con ese afán me hallo ante ustedes, sintiendo que no estoy a la altura de las expectativas generadas para estas Jornadas, donde aspiro a dignificar la Justicia de los aragoneses, aportando otra visión, desde las **posibilidades que brinda su Derecho Foral Civil**.

Además de razones personales, por la amistad que me une con el actual Justicia de Aragón, me llena de orgullo el estar ante este Foro y, la necesidad de afrontar decididamente esta ponencia desde una óptica eminentemente práctica.

También, justifico la aceptación de compartir este magnífico proyecto con la posibilidad de rendir públicamente un sincero **homenaje** a esos héroes cotidianos, abnegados y silenciosos, que no son otros que mis colaboradores más estrechos: **LOS LETRADOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, FISCALES, MÉDICOS FORENSES Y FUNCIONARIOS, ADEMÁS DE LOS TRABAJADORES DE LOS SERVICIOS SOCIALES/FUNDACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS O MOVIMIENTOS SOCIALES A TAL FIN**, porque ellos son la luz en la oscuridad, el bálsamo que me supone sentirme seguro y capaz de plasmar mis inquietudes al respecto, ya que si logro explicar sobre cuál es mi trabajo podrán saber a qué me refiero.

Aunque siento decepcionarles, puesto que mi ponencia viene referida a esas variadas situaciones que subyacen a diario en esa atípica labor que se desarrolla en el **Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Zaragoza, especializado en materia de Incapacidades, Tutelas e Internamientos involuntarios**, donde soy desde hace no más de doce años su titular.

Desde esta experiencia trataré de aportar una simple guía o pautas sobre qué tipo de individuos versa nuestro trabajo cotidiano, y qué dificultades y problemas surgen en nuestras actuaciones, cuyas decisiones se ven mediatizadas por infinidad de factores, como son la continua evolución y transformación de los mismos, a veces, por **la lógica de las necesidades, además de los recursos y el contexto donde reside cada afectado**, pues detrás de unos síntomas comunes y unas secuelas compartidas, cada caso merece una atención exclusiva.

La idea de compartir este proyecto resulta necesario, aunque en sí mismo supera a todos los operadores jurídicos implicados, actualmente bloqueados con el derecho procesal, derivado del derecho sustantivo, preciso para encauzar el mundo judicial en Aragón, al no tener una suficiente cobertura legal, por mucho que **aspiremos a desplegar los actuales mecanismos legales y también**,

---

1. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica («BOE» núm. 132, de 03 de junio de 2021).

porqué no, **reclamar otros**, con la idea de ofrecer otras vías, alternativas, más humanas y respetuosas de cara a ir dando soluciones a esos problemas cotidianos que se van planteando en este sector de personas tan vulnerables, pues *“no es una opción con la que podamos estar más o menos de acuerdo, es, simplemente, una cuestión de derechos humanos que ostentan todos los ciudadanos”*<sup>2</sup>.

Asumo, pues, lo complicado que resulta exponer y redactar en estos momentos el contenido de esta materia, y por ello ruego la máxima comprensión al respecto, cuando verdaderamente la **finalidad de este trabajo es dirigirme a los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho Civil**, ilustrándoles de primera mano: 1º A quiénes y en qué circunstancias concurren determinadas personas que acuden a los juzgados, por motivo de su discapacidad, y los factores que delimitan su práctica diaria. 2º Cómo se afronta el derecho transitorio tras la reforma. 3º Las razones de acometer una urgente reforma legislativa foral que armonice o modifique la caótica situación actual.

## II. LA FALTA DE PREVISIÓN DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DE UNA NUEVA LEY ESTATAL SOBRE LA DISCAPACIDAD.

Como ya se viene reconociendo, nuestro Derecho civil aragonés, además de ser calificado de complejo, rico,... presenta importantes especialidades respecto al Derecho civil común, entre las que destacan un amplio reconocimiento de la libertad civil, a través del principio *Standum est chartae*, proclamado en el artículo 3 del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA), que permite que los ciudadanos regulen sus relaciones con los demás mediante las normas que con tal fin se dan, ya sean contratos, capitulaciones matrimoniales, testamento, autotutela, etc., y que podíamos traducir como *“hay que estar a lo pactado”*, que en modo alguno a fecha de hoy se ha visto afectado por la Ley estatal 8/2021, al menos desde el punto de vista sustantivo.

Estamos **orgullosos del histórico pragmatismo del legislador aragonés**, cuando en la actual redacción del artículo 34 CDFA **continúa declarando la presunción de capacidad referida a toda persona mayor de catorce años no incapacitada judicialmente**, establecido ello de una manera coherente con la ausencia de representación legal a partir de esta edad y la posibilidad de realizar por sí (*con la necesaria asistencia según los casos*) toda clase de actos y contratos, **pero nos hallamos perplejos cómo ahora se rompe la cadena de esa que siempre fue esa afanada vocación de acomodarse a esos continuos cambios sociales, meras deficiencias o dudas al aplicar este Código**, pese a voces que reclaman una urgente adaptación.

---

2. MORO ALMARAZ, portavoz de Universidades y diputada/portavoz adjunta en la Comisión Constitucional del Grupo Popular del Congreso de los Diputados. “Capacidad jurídica y personas con discapacidad: Relato de una reforma legal que no debe pasar desapercibida”, EL CONFIDENCIAL, 25 de marzo de 2021.

No puede el legislador aragonés desentenderse de este ámbito, y lo siento, le ha cogido con el pie cambiado, a ellos me dirijo con toda humildad, respeto y con voz fuerte, para que sepan de qué ciudadanos hablamos -en Zaragoza solo, no más de tres mil quinientos tutelados-, sobre la situación creada tras la promulgación de esta ley estatal y la imperiosa razón del porqué reclamamos una rápida respuesta<sup>3</sup>.

Es cierto, el legislador aragonés asumió el concepto amplio de discapacidad de la Convención al promulgar la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad<sup>4</sup>, pero en ella se trata de las actuaciones a seguir por las Administraciones públicas de Aragón, en ejercicio de la competencia sobre acción social, respecto a quienes se hallen en esta comunidad autónoma, con independencia de su vecindad civil, pero nada regula sobre adaptación de las normas procesales a los cambios sustantivos que no previno, lo que hace que a fecha de hoy constituya un importante problema, al no pronunciarse, ni antes ni ahora mismo, sobre la armonización o conexión del Código del Derecho Foral de Aragón, principalmente con relación a las consecuencias de mantener el actual régimen, especialmente, porque desaparece el proceso de incapacitación.

Aun así, el legislador se queda rezagado, por cuanto ahora mismo, publicada la ley estatal, los operadores jurídicos estamos atónitos por esta inicial pasividad hacia el Derecho Foral Aragonés tras esas importantes consecuencias que ha traído la entrada en vigor de este nuevo marco jurídico estatal, porque la Justicia no debe, ni puede, dejar de responder a las necesidades de este gran colectivo al que está destinado.

La actual desesperación se puso en evidencia cuando, frente al inicial impulso de la Vicepresidencia del Gobierno de Aragón, con fecha 17 de junio de 2021, solicitando a su órgano consultivo, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, desde el momento que corresponde a ese organismo el de asesorar, entre otras competencias, sobre la conservación, la modificación o el desarrollo de nuestro Derecho civil, se respondiera que no haría falta el adaptar precepto

---

3. BELLIDO ASPAS, Presidente del TSJA y Director del trabajo "DERECHO CIVIL ARAGONÉS", CGPJ, CUADERNOS DIGITALES DE FORMACIÓN núm. 48-2015, Pág. 1-2.

4. Todo el contenido de esa Ley aragonesa 5/2019, descrito en grandes trazos mediante la presentación de sus títulos, es aplicable a toda discapacidad, sin distinción alguna. Esa Ley autonómica utiliza la técnica de la remisión para definir a quién se considera como «persona con discapacidad» a los efectos de la ley. El artículo 2.2 remite, en concreto, a los apartados 1 y 2 del artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013. El primer apartado del mencionado artículo 4 reproduce el concepto de persona con discapacidad del artículo 1 de la Convención: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Y el segundo párrafo añade que, además, y a todos los efectos, «tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», entre quienes se encuentran «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez» y «los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

alguno, siquiera frente a la nueva realidad del derecho procesal estatal, de cara a determinar la compatibilidad con la del derecho material.

Baste recalcar el calado de esta disposición normativa cuando modifica ciento cincuenta y seis artículos del Código Civil, así como distintas normas con rango de ley, como la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley Hipotecaria, la Ley del Registro Civil, la Ley del Notariado, el Código de Comercio e incluso el Código Penal, en materias relativas a la tutela, la curatela, la guarda de hecho o las ampliación de competencias de la Entidad Pública, así como la supresión de otras instituciones como la prórroga o institución de la patria potestad.

La inacción se ve agravada por una **total falta de previsión en el que fuera un lento proceso legislativo estatal, con obvia incidencia en el derecho procesal que precisa la aplicación del Código Foral aragonés**, cuya adaptación no resulta en modo alguno una mera cuestión teórica, siquiera semántica, por ello deberá de afrontarse con decisión.

Este reproche de todos los juristas aragoneses hacia sus organismos públicos no admite más dilación, ya que **la actual legislación estatal no se ha aprobado de manera sorpresiva**, no olvidemos que **arranca desde el año 2006**, con la de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y en vigor de forma general desde el 3 de mayo de 2008, hasta hoy<sup>5</sup>.

---

5. Al respecto, entre otros, estos tres momentos claves de esa desidia del Gobierno Aragonés, destacamos:

La primera, cuando a nivel nacional hubo un largo y público debate al respecto, iniciado formalmente por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y después por la aprobación mediante el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, regulando la Memoria extensa del Análisis de Impacto Normativo de del anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, consecuencia de las previsiones del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, sino luego la importancia de este precepto que determinara que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su 11º período de sesiones de 31 de marzo a 11 de abril de 2014 en el que formulara una Observación general al citado artículo 12 de la Convención, y después toda la tramitación parlamentaria que diera fruto a la aprobación, casi por unanimidad, y publicación en el BOE de la Ley 8/2021, de 2 de junio, aportando una importante reforma en nuestra legislación en materia tan sensible como la correspondiente al ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, y, para más concreción, en la referida Memoria de 2020 ya se advertía la singularidad de Aragón, e instaba para que en el ejercicio de sus competencias hiciera las reformas pertinentes, en su caso, Autonomía, siéndole de aplicación esa ley con carácter supletorio, conforme a la regla general del artículo 13.2 del Código Civil.

La segunda, cuando a nivel autonómico, y justo en este FORO, en el año 2019, hubo un estudio, debate y posterior publicación, sobre esta específica materia, donde la ponente, MAYOR DEL HOYO, Profesora Titular de Derecho civil Universidad de Zaragoza, advertía con todo lujo de detalles en su último apartado "... la pendiente adaptación del Derecho civil aragonés a la Convención", destacando el apartado dedicado a los "... problemas derivados de los Derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo", máximo cuando desde el punto de vista estrictamente administrativo si se legislara, a través de Ley aragonesa 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad.

¿Cómo se imaginaba el legislador que iba a resultar la entrada en vigor de esa normativa, el pasado 3 de septiembre? Esa es la gran pregunta, cuando apenas hubo publicidad al respecto, salvo entre los especialistas, con unos simples mensajes sesgados de lo que se avecinaba en la fecha de su aprobación del texto definitivo en las Cortes, tales como los titulares de El País<sup>6</sup>: “Una ley para ayudar a las personas con discapacidad a ser dueñas de sus decisiones”, o el mismo Periódico de Aragón<sup>7</sup>: “Derogación de la incapacitación judicial de las personas con discapacidad”, y no digamos al tiempo de la entrada en vigor, sin repercusión alguna en los medios.

Y es que ¿no se pudo prever cómo detrás de cada uno de los expedientes de incapacidad en trámite o de cuantos continúan ejecutándose, como son los expedientes de tutelas o curatelas, hay historias de personas tan sensibles, y/o sus propias familias?

Tal vez creyeron que todo se arreglaría mediante la operación didáctica de la “lectura fácil” (artículo 7bis.2.a/ LEC), que en la práctica no conduce a nada, dependiendo del “alma” del funcionario de turno.

De verdad, nuestros gobernantes tienen certeza de los efectos perversos del síndrome de las “ventanillas giratorias”<sup>8</sup> (el trámite previo al judicial, como lo es la incapacidad laboral, la Discapacidad o la Dependencia administrativa, en su caso) previa a la actividad judicial.

Por esas causas, y otras tantas, el estudio del contenido de este trabajo es fruto de un esfuerzo por ilustrar qué hay detrás de cada procedimiento judicial y el

---

Y, tercero, cuando a dos meses vista de la entrada en vigor, la Sugerencia de El Justicia del mes de julio de 2021 a las más altas administraciones autonómicas sobre el impacto de esta nueva legislación estatal en el ordenamiento jurídico foral, como se ha venido haciendo por parte de Cataluña y Navarra, respondiendo lisa y llanamente que ya se resolvería sobre ello en su momento, acentuando aún más la presión al Ejecutivo, desde la Tribuna del periódico oscense, El Diario del ALTOARAGÓN, titulado “Necesaria actualización del Derecho Foral Aragonés”, publicado el 15 de septiembre de 2021, o la entrevista al Lugarteniente de El Justicia.

También se aprecia desgana del Gobierno de España por esta reforma sobre la Discapacidad cuando deja desguarnecida a toda la justicia, no ya por el irreal plazo de la *vacatio legis*, esos escasos tres meses, perfectos sabedores que en nuestro país, no ya el mes de junio, sino los de julio y agosto la administración se ralentiza de manera alarmante, al no contar completas las plantillas de todos los organismos públicos, por razón de las vacaciones anuales, y ser el inhábil el mes de agosto (artículo 130.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y hasta de los mismos ciudadanos afectados, disfrutando de sus vacaciones estivales, sino por la previa y osada declaración efectuada en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia, la de su Subdirección General de Política Legislativa de fecha 29 de junio de 2020, la cual llega a considerar, entre otras consideraciones, que la puesta en marcha de esta ley “...no deriva repercusión apreciable en la economía, ni en la competencia en el mercado, ni supone incremento de dotaciones de persona, ni retribuciones, ni de otros gastos del sector público, ni afecta a cargas administrativas, ...”.

6. <https://elpais.com/sociedad/2021-05-20/una-ley-para-ayudar-a-las-personas-con-discapacidad-a-ser-duenas-de-sus-decisiones.html>

7. <https://www.elperiodicodearagon.com/integracion/2021/06/10/derogacion-incapacitacion-judicial-personas-discapacidad-52830098.html>

8. BARREDA HERNÁNDEZ, XXVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza 2016. Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN, su SESIÓN III. “EL DERECHO FORAL ARAGONÉS ANTE EL ALZHEIMER”, páginas 149 a 198.

porqué de la desazón entre los operadores jurídicos de cuantas dudas surgen por la entrada en vigor de esta importante reforma estatal del Derecho Privado, de ahí que reclamemos de un serio y constructivo **debate sobre la que debiera ser la mejor protección y asistencia de las personas con discapacidad**, muchas veces caracterizada por su alta vulnerabilidad.

No obstante, reine la paz, ya antes, y desde el pasado mes de septiembre, la actividad judicial, al menos en el partido de Zaragoza, se viene prestando a través de la que se entiende ser la respuesta “provisional”, espero, más adecuada y respetuosa con la legislación vigente, como no podía ser de otra forma, reinterpremando materias tan candentes como es el conjugar la legislación autonómica con ese nuevo sistema estatal que afecta de manera transversal a toda la regulación civil.

### III. IMPRESCINDIBLE DELIMITACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL TEMA DE LA DISCAPACIDAD, POR SU CARÁCTER SIEMPRE SUBSIDIARIO/COMPLEMENTARIO

Partimos de un hecho cierto, aunque aparentemente nadie lo ve fuera de este estrecho ámbito procesal, en el que **la labor de la Justicia sobre la discapacidad tiene un carácter eminentemente residual**.

La subsidiaridad queda patente al potenciarse de manera importante toda medida voluntaria de protección de los derechos de esas personas con discapacidad, en donde de lo que se trata es de evitar, siempre que ello sea posible, su judicialización.

Este nuevo marco legal estatal parece pivotar sobre un único criterio de actuación que verse la respuesta judicial con el máximo respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad en los apoyos, procurando, por un lado, que *“la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”* y, por otro, *“fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro”*, tal como se infiere de los artículos 268, párrafo primero, y 284.4º CC.

De ahí que pueda afirmarse cómo, en general, el colectivo de las personas con discapacidad queda a extramuros del sistema judicial, teniendo su acomodo en el ámbito familiar, en la mayoría de los supuestos, pero eso ya ocurría antes de la reforma.

Los datos estadísticos del IASS así lo revelan; es decir, a fecha de 31 diciembre de 2020, solo en Zaragoza capital, el número de expedientes de este tipo de personas que no están archivadas como fallecidas con grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % eran 72.624 -en la provincia de Zaragoza 94.570-, y a día 30 de septiembre de 2021, los Grados resueltos de Dependencia en el mismo territorio, aun siendo menores, también son altos, unos 28.915 expedientes.

Es evidente que por la actividad judicial solo llega una minoría de personas con discapacidad, sirvan otra vez la estadística, cuando, a fecha 30 de septiembre de 2021, entre los dos juzgados especializados de Zaragoza no se llegan a las **3.500 tutelas en tramitación**, con una media anual de asuntos incoados y resueltos muy bajos con relación al alto número de discapacitados y dentro de ellos un poco menos los que obtienen una ayuda económica tras otro expediente administrativo de Dependencia sobre unos 1.300 en el núm. 13 y unos 400 en el núm. 22 (éste comparte funciones con Familia, solo un tercio de *incapacidades*).

Ahondando en ello, respecto a los flecos que conllevan esos previos procedimientos judiciales de modificación de capacidad con sentencia firme, destaco cómo de esos expedientes de jurisdicción voluntaria abiertos de tutela y curatela fueron designadas con funciones de guarda legal:

-11,28% a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón como tutora o curadora legal, y que, a fecha de 30 de marzo de 2021, existe una actuación protectora a nivel provincial sobre 977 personas (516 hombres y 461 mujeres), con 635 expedientes de TUTELA, 174 de CURATELA y 168 otros (*administrador de bienes, defensor judicial y otras medidas cautelares*);

-14,84% a sus padres/madres;

-71,64% resto de parientes, en principio, el cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, su descendiente, ascendiente o hermano;

-y, 2,24% organismos tutelares sin ánimo de lucro, lo cual refleja esa mínima intervención judicial respecto a ese abultado número de discapacitados administrativamente<sup>9</sup>.

Es más, otro dato revelador sobre en el que nos hallamos en un ámbito residual que deviene de una falta de urgente necesidad de gestión de su vida en las áreas sanitarias o económicas, donde aproximadamente tres de cada cuatro personas sobre las que se vine instando una medida de apoyo judicial ser refiere a hecho traumático o simplemente, ante la falta de previsión del individuo en sus facultades de autogobierno, como las muy normales dolencias o afecciones provocadas por las más variadas demencias (*seniles, vasculares, mixtas, frontotemporal, Alzheimer, Párkinson, neurodegenerativas, demencias mentales congénitas, de Cuerpos de Lewy...*) que comportan graves deterioros cognitivos y otras circunstancias, causando en ellas un daño cerebral de consideración (*accidente cerebrovascular, traumatismo craneoencefálico, ataxia...*), de donde se extrae un amplísimo porcentaje de las antiguas incapacitaciones totales/tutelas-86,24%-/autoridad familiar-6,72%-frente a las incapacitaciones parciales/curatelas -7,03%-.

9. LÓPEZ-MELÚS MARZO, XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza 2019. Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN, su SESIÓN III. "LA DISCAPACIDAD FRENTE AL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD TRAS LA CONVENCION DE NUEVA YORK. PLANTEAMIENTOS ACTUALES Y DE FUTURO INMEDIATO", páginas 246 a 248.

Por tanto, la previsión legislativa estatal es justo la contraria, habida cuenta que prima la situación excepcional a la ordinaria, no dando importancia alguna a estos supuestos en la actividad judicial, respecto a la cual, en la práctica, el legislador se ha olvidado de ese tipo de personas, minoritario, sin duda, no más de un 3% del total de discapacitados.

Ahondando más en ello, ese porcentaje refleja, volviendo a la terminología clásica, de ese mínimo estrato social, que **del total de asuntos casi el 93% equivaldrían a esas incapacitaciones totales**, con apenas un 7% parciales, con un residual número de autotutela, no más de cinco al año de media.

Queda pues meridianamente clara la actuación limitada y excepcional de la Justicia civil, bajo el principio de intervención mínima que siempre hubo, y aun ahora se pretende ampliar, cuando en términos imperativos dispone en el párrafo final del citado artículo 255 CC, que “... *solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*”.

Y eso es realmente lo que ocurre en la práctica, baste un ejemplo, bien actual, a fecha de septiembre de este 2021, con motivo de la inoculación de la tercera dosis de la vacuna COVID-19 a los residentes de centros geriátricos en Aragón, se fijaba que ellos son unas 15.550 personas<sup>10</sup>, distribuidos en 237 residencias de ancianos en la provincia de Zaragoza, entre las de titularidad pública y privadas, de las que 175 son del partido judicial de la capital aragonesa<sup>11</sup>.

Todos ellos superan en número a los asuntos que se conoce en los Juzgados de Instancia, porque se resuelven pacíficamente por parte de las familias y los mismos servicios sociales de base<sup>12</sup>.

#### IV. EL VIGENTE SISTEMA DE INCAPACIDAD/PROVISIÓN DE APOYOS EN ARAGÓN, Y LOS FACTORES QUE DELIMITAN SU PRÁCTICA DIARIA

Como se viniera advirtiendo por el propio autor<sup>13</sup>, **la actividad judicial actual** conforme a la regulación aragonesa (*igual que la estatal*) sobre la modificación o no de la capacidad, en su diaria aplicación, pese al tremendo esfuerzo de las distintas administraciones implicadas, **se muestra como obsoleta, impersonal y, para colmo, lenta**, una triste realidad.

Una vez iniciado el periplo judicial la obtención de una resolución favorable o no, la constitución de apoyos y salvaguardas, con el consiguiente nombramiento

10. <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/teruel/2021/09/17/los-mayores-de-las-residencias-aragonesas-empezaran-a-recibir-la-tercera-dosis-de-la-vacuna-este-lunes-1519960.html>

11. [https://www.infoelder.com/residencias-de-ancianos\\_zaragoza-r50](https://www.infoelder.com/residencias-de-ancianos_zaragoza-r50)

12. 20210621 Memoria Judicial Anual TSJAragón 2020 .pdf, página 31.

13. BARREDA HERNÁNDEZ, XXVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza 2016. Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN, su SESIÓN III. “EL DERECHO FORAL ARAGONÉS ANTE EL ALZHEIMER”, páginas 149 a 198.

de la institución de guarda legal más conveniente, en el mejor de los casos, dura entre seis meses y un año, un dislate, y no va más allá de unos cánones sobre el que será el control y vigilancia meramente formal y puntual de jueces y fiscales, pero nunca sobre los padecimientos o factores desencadenantes que tanto atormenta al discapaz, y/o a su entorno.

Tal como dibuja nuestro vigente marco legal, el mundo de la discapacidad, y Aragón no se encuentra ajena, los procedimientos puramente administrativos, y, por lo que ahora interesa, los civiles resultan insatisfactorios para la gran mayoría de la ciudadanía.

La apuesta por la desjudicialización de esta nueva ley estatal es encomiable, pero para un sector poblacional, recordemos ese 3%, resulta irreal, al pretender que ello se consigue a través de poderes preventivos y el contar con la voluntad, deseos y preferencias del discapacitado, por mucho que el marco legal insista en ello.

Un reciente estudio promovido por Fundación ONCE, ILUNION Seguros, Laboral Kutxa, Fundación Aequitas y Fundación Edad & Vida refleja unos indicadores muy interesantes, donde, tras la correspondiente encuesta, únicamente se habían suscritos poderes preventivos por parte de un 2,4% de la población, una cifra muy inferior a la relativa del documento de voluntades anticipadas, firmado por un 5,9%, e infinitamente menor al otorgamiento de testamento 25%, pese a que se trata del instrumento que conoce más del 90% de la ciudadanía y lo valora muy positivamente, por cuanto aporta una gran seguridad jurídica y evita conflictos familiares<sup>14</sup>.

En cualquier caso, no descartemos esa necesaria pedagogía para que se lleven a cabo esos poderes preventivos, donde poco a poco vayamos cambiando de mentalidad y miremos al futuro, al igual que concertamos con total naturalidad un plan pensiones, una póliza de vida o de decesos.

Pero no todo es tan sencillo en la vida corriente, no siempre lleva a este tipo de personas a la consabida visita al notario, a veces, por simple pereza, una falta de conciencia de enfermedad, la misma soledad que desencadena una merma en el que debiera ser una normalizado arraigo social y de esas mínimas habilidades económico-jurídico-administrativas, bien ante la carencia o distanciamiento familiar buscada de propósito o sobrevenida por cualquier razón, la ignorancia o la habitual cabezonería de nuestros mayores.

Además, ocurren situaciones sobrevenidas que conllevan la solicitud de medidas de apoyos, impensable tiempo atrás, pero justo en un momento dado o circunstancia como la visita al médico o banco detectamos ese que ya es un importante deterioro mental o grave situación de vulnerabilidad, como es el caso del "*anciano frágil*"<sup>15</sup>.

---

14. [HTTPS://WWW.FUNDACIONONCE.ES/ES/COMUNICACION/NOTICIAS/SOLO-UNO-DE-CADA-CUATRO-ESPANOLES-HACE-TESTAMENTO](https://www.fundaciononce.es/es/comunicacion/noticias/so-lo-uno-de-cada-cuatro-espanoles-hace-testamento), Autores: Manuel Alfaro & Ismael Vallés, 29 de octubre de 2021.

15. [HTTPS://WWW.ELMUNDO.ES/ESPAÑA/2021/04/07/606DB15121EFA0B8458B4678.HTML](https://www.elmundo.es/ESPAÑA/2021/04/07/606DB15121EFA0B8458B4678.HTML) Así lo reflejan los datos de la Estadística continua de hogares de 2020 elaborada por el Instituto Nacio-

Ante tal situación se incoan con cierta frecuencia este tipo de procedimientos, antojándose como un recurso *in extremis*, abogándose pues para que, en todo caso, sea subsidiaria, proporcional y, siempre, necesaria en caso de conflictividad.

A hecho consumado, falto de posibilidades de autogobierno, por mucho que se escudriñe en la voluntad de la persona afectada, ahora mismo inadecuada, la mayor de las veces fuera de la realidad por el propio curso de la enfermedad que se padece, fuente de la necesidad de apoyos surge la intervención institucional, que de no contar con sus deseos o ser materialmente imposible, a partir de colocar la etiqueta, ese valioso diagnóstico, pone en marcha la maquinaria judicial.

El inicio de cualquier tipo de procedimiento tiene un alta emotividad para los propios afectados, y sus propias familias, porque la actual situación viene de lejos, salvo en situaciones traumáticas (*ictus o accidentes*), donde el progresivo deterioro y en ocasiones no es tan fácil detectarlo como parece, a veces el propio cónyuge se lo oculta o enmascara a sus propios hijos, por ello, se echa de menos la falta de ese líder familiar, no necesariamente el cuidador, cuando en no pocas ocasiones quien pulsa el botón es un estamento institucional (*el médico de familia, el trabajador social, el notario, ...*).

Y ello resulta tan importante, que ese justo instante de especificar la calificación de la enfermedad o de determinar los factores de riesgo (*soledad, extrema pobreza, ...*), ante la falta de previsión alguna de apoyos, lo que condicionada el cuándo, dónde y cómo se responderá a las necesidades advertidas, siendo el estadio en que se fije la piedra de toque para afrontar ese largo y tortuoso camino en la sede judicial competente.

No es tan fácil actuar como parece, tanto por la protección de datos, como las trabas propias de la administración, la banca o la presencia de ese familiar que esté dispuesto a remover todo este cúmulo de obstáculos, el camino judicial se presenta para la ciudadanía en general como algo sombrío/impersonal, donde en no pocos casos la normal actuación ilustrativa de un trabajador social es muy reconfortante, ya fuera informando de manera clara, didáctica y cierta, no solo del estricto punto de vista sanitario que corresponda, sino de los recursos reales con que se cuenta en su zona, las posibilidades de acceder a ellos y, llegado el caso, las consecuencias que comportará la provisión de medidas de apoyo voluntarias o judiciales referidas al propio afectado en cuanto a su vida familiar, social, laboral y patrimonial, entre otras cuestiones.

Dejamos claro que en el supuesto de que no exista ese entorno familiar, o no puedan ni quieran asumir esa responsabilidad, deberán ser los Servicios Sociales quienes promoverán tal iniciativa o luego hacerse cargo de la situación, que en nuestra Comunidad Autónoma correspondería en su caso a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales

---

nal de Estadística (INE) y que señala que el pasado año un total de 4.849.900 personas vivían solas (el 10,4 % de la población residente en viviendas familiares), de manera que los hogares compuestos por un solo miembro suponen ya el 26,1 % del total, el segundo más frecuente por detrás de los compuestos por dos personas (30,4 %).

de la Diputación General de Aragón<sup>16</sup> u otra fundación tutelar privada, sin ánimo de lucro.

Y sin entrar en un tema nada pacífico como son la medias cautelares que la nueva ley no modifica, ante la renuencia del afectado a que se adopten medida alguna de apoyo la **actuación judicial forzosa** ha quedado avalada por la más reciente doctrina del Tribunal Supremo tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021<sup>17</sup>, al afirmar en un supuesto nada inusual que, pese a la existencia de una voluntad contraria a cualquier intervención firmemente manifestada, “...*existiendo una clara necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no sólo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda.*”

*No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal, ...”.*

Asumido lo anterior, siendo realistas, esa excesiva regulación y el síndrome de la *ventanilla giratoria* genera un coste personal excesivo en familiares-cuidadores, con altos niveles de alteraciones emocionales como depresión, ansiedad, irritabilidad,... provocando un inmenso estrés a veces por simples problemas asistenciales, propia de su baja autoestima y la restricción de sus relaciones sociales, que por preestablecidos medios adecuados se hubieran podido amortiguar o eliminar, como son las estrategias de afrontamiento y el conveniente apoyo social.

La idílica visión del legislador de entablar una entrevista del afectado con el juez, una vez iniciado el proceso, para constatar su voluntad, siquiera informal (artículos 7bis.2 y 42bis.3 LJV), de cara a preservar su derecho a tomar sus propias decisiones, como se reconoce en el artículo 3 de la Convención de Nueva York de 2006, se frustra ante el hecho nada desdeñable de las tremendas afecciones principalmente mentales, intelectuales o sensoriales, por lo cual resulta imposible desgranar su voluntad, deseos y preferencias, ante ya una situación demasiado

---

16. Artículo 148 CDFA y Decreto núm. 168/1998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos

17. STS núm. 589/2.021, del Pleno de la Sala de lo Civil, de fecha 9 de septiembre sobre Discapacidad después de la Ley 8/2.021, FJ 4ª, punto 5º.

avanzada de inicio insidioso, caracterizada por una serie de rasgos clínicos como alteraciones cognitivas, funcionales, psicológicas y comportamentales<sup>18</sup>.

Si lo anterior parece una exageración, baste exponer unos datos estadísticos sacados de la propia experiencia profesional y referentes a las sentencias de modificación de la capacidad dictadas en la ciudad de Zaragoza en los años 2017 y 2018, sobre la causas diagnosticadas derivadas de los preceptivos informes de los respectivos médicos forenses y el examen personal realizado previamente por el Juzgador de instancia<sup>19</sup>, y que son:

-DEMENCIAS/DETERIOROS COGNITIVOS	969	74,08%
-RETRASO MENTAL	113	8,64%
-ESQUIZOFRENIAS/TTNOS- PSICÓTICOS DIVERSOS	68	5,20%
-TEA (Autismo)	17	1,30%
-DISCAPACIDAD FÍSICA	19	1,45%
-SÍNDROME DOWN	16	1,22%
-OTROS SINDROMES	18	1,38%
-DETERIORO POR CONSUMOS	18	1,38%
<b>-PATOLOGÍAS</b>		
NEUROMUSCULARES	16	1,22%
-TRASTORNOS DIVERSOS	26	1,99%
-DEPRESIÓN GRAVE	9	0,69%
-EPILEPSIA	5	0,38%
-DESESTIMATORIAS	14	1,07%
<b>TOTAL</b>	<b>1.308</b>	<b>100,00%</b>

18. Principalmente por todo tipo de demencia, que junto a la de la enfermedad de Alzhéimer, la más común, se encuentra la demencia vascular (de infartos múltiples): la cual muchas veces es el resultado de un derrame cerebral. Cuando esto ocurre, áreas pequeñas del cerebro se dañan irreversiblemente. La aparición de demencia vascular es repentina. Los síntomas dependen de que área del cerebro está afectada, pero la memoria y otras funciones cognitivas, como la habilidad de tomar decisiones, están dañadas; la demencia con cuerpos de Lewy: la cual causa las alucinaciones, el delirio, problemas con el movimiento, y una disminución de la habilidad cognitiva; la demencia frontal-temporal: que afecta a la personalidad y al habla, pero no afecta a la memoria. También existen otra variedad de demencias, menos comunes y varían en la edad de aparición, como lo son, entre muchas, las demencias de la enfermedad de Parkinson, de Huntington, de Creutzfeldt-Jakob y otras enfermedades de los priones, además de las derivadas del VIH/SIDA, de lesiones cerebrales traumáticas o el síndrome de Wernicke-Korsakoff (incluye demencia provocada por el abuso del alcohol), y la derivada de la Leuco-distrofia. <https://www.dementiacarecentral.com/caregiverinfo/tipos-de-demencia/>

19. LÓPEZ-MELÚS MARZO, XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza 2019. Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN, su SESIÓN III. "LA DISCAPACIDAD FRENTE AL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD TRAS LA CONVENCION DE NUEVA YORK. PLANTEAMIENTOS ACTUALES Y DE FUTURO INMEDIATO", páginas 233 a 252.

## V. EL CÓMO SE ESTÁ AFRONTANDO EL DERECHO TRANSITORIO, ARMONIZANDO LOS DOS SISTEMAS DE INCAPACIDAD/ PROVISIÓN DE APOYOS EN ARAGÓN

A fecha de hoy, quizás lo que más pueda interesar a este FORO es la manera en cómo desde los dos Juzgados de Primera Instancia del partido judicial de Zaragoza se viene resolviendo el tema del derecho transitorio de aquellos procesos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley estatal 8/2021 y la manera en que se ha solventado la coexistencia con el derecho aragonés, siendo mucho más controvertido aun el largo periodo de coexistencia de las dos legislaciones con respecto a la revisión de todos los expedientes de jurisdicción voluntaria de hasta tres años, de no solicitarse antes, sobre tutelas, curatelas y autoridad familiar/patria potestad.

Nos referimos en este apartado, con lo mayor brevedad posible, a los procedimientos incoados antes del día 3 de septiembre de 2021, pendientes de juicio y la correspondiente sentencia en los que se promoviera en su día **la declaración de incapacidad** de una persona, en los términos que previene el artículo 38 del Libro I del vigente CDFIA, como Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado por Decreto Legislativo núm. 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, ajustados a las normas procesales encuadradas en el juicio verbal especial, regulados en el Título I del Libro IV LEC, antes llamado “*de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*”, y hoy “*de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores*”.

La situación resultaba a todas luces desconcertante, y a pocos días de la entrada en vigor, a primeros de septiembre de 2021, a falta de legislación autonómica o estatal específica, o bien cualquier tipo de resolución orientativa del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, conclusiones de seminarios o jornadas organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, o una misma Circular por parte de la Fiscalía General del Estado para Aragón, reunidos los dos jueces de instancia competentes y especializados en esta materia de Zaragoza Capital, sus correspondientes letrados de la administración de justicia y los fiscales del área civil de esta Fiscalía Provincial lograron en un acuerdo no jurisdiccional sobre los criterios que a continuación se apuntan.

Es decir, tal pronunciamiento fue referido a **la regulación aplicable**, una, **desde un aspecto del derecho sustantivo**, sobre la vigencia o no de la legislación foral aragonesa, y otra, **desde el ámbito estrictamente de derecho procesal**, a la luz de las dudas de índole jurídica que provoca la publicación de la **ley estatal núm. 8/2021, de 2 de junio**, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132/2021, de fecha 3 de junio), con esa profunda reforma de diversas normas estatales al respecto, sobretudo a la luz del silencio de las instituciones aragonesas.

De esta manera, se llegó a un amplio consenso de cara a que en todas y cada una de las sentencias que se dictaran se hiciera constar un expreso y amplio

pronunciamiento de todas estas cuestiones, como así se viene realizando, en previsión, entre otras razones, de hipotéticos recursos, de cara a que bien la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, o bien la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, tuviera ocasión de pronunciarse en esos temas.

Cual fuera la sorpresa para este autor cuando, a tenor de las sentencias dictadas en estos dos primeros meses por el Juzgado de Instancia núm. 13 de los de Zaragoza, no ya que, por aplicación de esos criterios, de las 50 sentencias estimatorias en las que dando por constatada la discapacidad y el alcance de la misma, a modo de un simple acomodo semántico de cara a la unificación de la estadística judicial estatal y su reflejo en los registros (nuevos artículos 4.11º y 83.1.b/ de la Ley del Registro Civil), se acordaron constituir distintas guardas legales, unas adaptando a las previstas en la Ley 8/2021 y otra de acorde con el Código Foral Civil aragonés, sino la total naturalidad con la que fue acogida por los interesados, una vez que previamente en la vistas orales se les iba explicando las líneas generales del nuevo marco de actuación.

Así, del total de esas sentencias, se constituyeron, en vez de la institución típica tutela aragonesa, en 44 la curatela con funciones representativas, también, en vez de la curatela convencional, en 3 la curatela con funciones asistenciales y en 3 la autoridad familiar aragonesa con funciones representativas, reflejando en cada una, además de otras prescripciones legales, no solo las medidas concretas de apoyo, sino el plazo máximo revisión de hasta seis años, según los casos, y una detallada relación de deberes y obligaciones de cada cargo de guarda.

Sirva el dato cierto de que, hasta este momento, respecto a la totalidad de estas sentencias, ninguna parte o afectado ha recurrido las mismas.

Entre las partes interesadas, no solo se halla el Ministerio Fiscal y las Sras. Letradas del Gobierno de Aragón, en representación de la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de la Diputación General de Aragón, sino un gran número de Letrados del Colegios de Abogados de Zaragoza.

Corroborando con lo anterior, reseñar el éxito de participación y el contenido mismo de las Jornadas sobre esta reforma, organizadas por la Comisión de Formación del Colegio de Abogados de Zaragoza, y celebradas en su sede los días 21 y 22 de octubre, donde con presencia de todos los sectores implicados (jueces, letrados, fiscales, profesores de universidad, abogados o trabajadores sociales, entre otros) se llegó a debatir todas estas y otras cuestiones relativa a la armonización de ambos cuerpos legales<sup>20</sup>.

Igualmente, es menester reseñar, y agradecer, el reiterado apoyo incondicional desde El Justicia de Aragón, ya sea por su titular<sup>21</sup>, ya su Lugarteniente<sup>22</sup>, ya el

20. <https://www.reicaz.org/cursosac/20212022/activida/jordis21.pdf>

21. Necesaria actualización del Derecho Foral Aragonés. El Justicia de Aragón, 15 de septiembre de 2021. Diario del Alto Aragón

22. Lugarteniente de El Justicia, entrevista en El periódico de Aragón, 6 de octubre de 2021.

mismo Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ante las Cortes de Aragón en la presentación de la Memoria Judicial del año 2020, el pasado 18 de octubre, reclamando una urgente modificación o armonización de ambas legislaciones, llegando a afirmar cómo que “...los jueces no pueden cogobernar (legislar) con la DGA, porque nuestra tarea es juzgar, ...”<sup>23</sup>.

También merece la pena traer a colación un interesante artículo de opinión sobre la derogación de la incapacitación legal por parte de la actual responsable del Área de Formación y miembro de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Zaragoza, en el que se resaltan afirmaciones tales como que “...la eliminación de tal institución de las personas con discapacidad no ha tenido en cuenta ni la heterogeneidad de estas situaciones ni a los familiares, ...” u otras, como “... que tales personas que no tienen capacidad de autogobierno no la van a adquirir a base de aprobar leyes, ...”.<sup>24</sup>

Seguidamente se describe la forma y manera de cómo se viene respondiendo a las necesidades observadas, al menos con carácter provisional, únicamente sobre aquellos asuntos pendientes de celebrar la vista oral y las consecuencias sobre la ejecución de lo acordado en esas sentencias, conforme a la Disposición transitoria sexta de la mentada Ley núm. 21/2021, sobre los procesos en tramitación, cuando se determina que “los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubieran practicado hasta ese momento”.

A/. – **En cuanto al derecho sustantivo**, pese a las cuestiones que pudiera surgir sobre esta temática sobre la discapacidad, **pese a la publicación y entrada en vigor de la Ley estatal núm. 8/2021**, siguiendo a la Sugerencia de El Justicia de Aragón de fecha 9 de julio de 2021 (Exp: Q21/1110/01), se llega a la firme convicción de que **sigue vigente la legislación civil aragonesa**, concretamente prevista en su CDEFA (artículos 34 a 45 y 100 a 159).

Tal afirmación se sustenta en el hecho que ostentando la Comunidad Autónoma Aragonesa, en el ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 71.2º del Estatuto de Autonomía de Aragón, su facultad omnímoda en esa materia, como ya se adelantara, **la nueva legislación civil no presenta afección alguna a nuestro derecho civil propio, que sigue estando vigente y directamente aplicable**, aunque ahora lo haga con unas figuras que el derecho estatal ya no contempla, en especial toda la materia que el Código aragonés en el Título III de su Libro Primero, con la rúbrica que denomina “*De las relaciones tutelares*”, frente al cambio de paradigma que implica la publicación de esa normativa

---

23. <https://www.heraldo.es/noticias/aragon/2021/10/18/bellido-sanidad-no-debe-pedir-placet-tsja-porque-nuestra-tarea-juzgar-1527320.html>

24. GIL GALINDO. Tribuna del Heraldo de Aragón del viernes 29 de octubre de 2021, titulado “La derogación de la incapacitación legal”.

estatal, modificando la denominada incapacitación anterior con la nueva rúbrica del Título XI del Libro I CC, denominada «*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica*».

A falta de una modificación legislativa por parte de las Cortes de Aragón, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9.1 CC, al regir que la ley personal en materia de capacidad y estado civil viene determinada por la nacionalidad del demandado, es decir, **la normativa autonómica se aplica a cuantas personas que ostenten la vecindad civil aragonesa**, con independencia que estuviera residiendo en Aragón u otra comunidad autónoma española, siendo supletorio el derecho común solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan, tal como previene el artículo 1.2 CDFA

B/. - **Con relación al ámbito procesal**, la situación creada es bien distinta, por la implantación de esa nueva legislación civil estatal, sobre el hecho que siendo la competencia territorial la aplicable a todos aquellos que residen en Aragón, y a cuantos ostenten la vecindad aragonesa, desde el momento que, optando por la aplicación del derecho foral civil aragonés, se revela una importante laguna legal.

Resulta, pues, difícilmente incardinar esta normativa autonómica al nuevo marco normativo adjetivo común, por mucho que tenga carácter supletorio, en los términos que determinan los artículos 2 y 3 LEC, por no tener acomodo en procedimiento alguno la constitución y desarrollo de varias instituciones jurídicas aragonesas de gran calado, y lo son los procesos de incapacidad judicial, la prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar o la tutela de menores o adultos, máximo cuando el artículo 71.3º del actual Estatuto de Autonomía de Aragón, otorga a nuestra Comunidad, la competencia exclusiva en la regulación del “*Derecho procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés*”.

**La Ley 8/2021** no solo deroga instituciones similares, como la prórroga o rehabilitación de la patria potestad o la tutela para los adultos, sino **que articula unos mecanismos procesales que a primera vista no tiene encaje con el modelo incapacidad aragonés**, al instaurarse nuevas figuras, no ya el anterior procedimiento contencioso, sino que la apuesta marco se ciñe a un expediente de jurisdicción voluntaria, y solo de existir oposición se transforma en contencioso, eso sí, siempre “...*considerando de manera esencial la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente y, donde la autoridad judicial interesará la información precisa, ajustándose siempre a los principios de necesidad y proporcionalidad...*”.

Lo trascendente es como esta reforma opta por el cauce de la jurisdicción voluntaria de manera preferente, incorporando un nuevo Capítulo III bis al Título II en esa ley específica, con la siguiente rúbrica y contenido: «*Del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad*», quedando relegado un juicio declarativo, en un específico verbal, de modo subsidiario, únicamente de existir oposición, en ese sí, en la Ley de Enjuiciamiento

Civil, regulado bajo la rúbrica del Título I del Libro IV: «*De los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores*».

Llegados a este punto, la autoridad judicial viene asumiendo el firme compromiso de dar solución al problema planteado e interpretar los cauces más apropiados y respetuosos con los valores en juego, ante este vacío legal, y la que sería la inviable situación de quedar bloqueada la respuesta que ha de darse a la aplicación de las actuales figuras de derecho civil aragonés, no afectadas por dicha reforma, y por lo tanto vigentes, buscando el mejor acomodo con arreglo a la reiterada **doctrina del Tribunal Constitucional**, en los términos que obliga el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>25</sup>, cuando en parecidas situaciones creadas por determinadas decisiones, al declarar la inconstitucionalidad de una norma, partiendo del hecho de que creándose una anómala situación normativa, oscura e inexistencia que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva, en tanto eso no suceda, **permite que sean los propios Jueces quienes habrían de llenar ese vacío producido**, de manera especial cuando de los principios de esa interpretación “pro actione”, acerca de los derechos garantizados por el artículo 24 de la Constitución Española de 1978, y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia del Ministerio Fiscal) pueden facilitar el desempeño de esa tarea en el irrenunciable derecho de acceso efectivo a la Justicia, proclamado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, toda vez que esta normativa ya forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de nuestra Norma Fundamental y 1.5 CC.

Esto implica, alude tal doctrina, la exigencia de que los órganos judiciales, al interpretar los requisitos procesales legalmente previstos, tengan presente la ratio de la norma, con el fin de evitar que los meros formalismos o entendimientos no razonables de ella impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto que vulnere las exigencias del principio de proporcionalidad<sup>26</sup>.

Por ello, se admite esa interpretación siempre y cuando sean respetados los valores y principios que la Convención obliga a los estados partes a reconocer que “*todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna*”, obligándoles a prohibir “*toda discriminación por motivos de discapacidad*” y así garantizar a “*todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo*” (artículo 5.1 y 2).

Dicho de otra forma, se llega a la firme convicción que **aplicando la vigente Ley estatal de Enjuiciamiento Civil, al tener carácter supletorio, ello resulta**

---

25. Por todas, la STC núm. 36/1991, de 14 de febrero, en su FJ 6º, in fine.

26. Entre muchas, las SSTC núm. 112/2019, de 3 de octubre, FJ 4; 80/2020, de 15 de julio, FJ 3; núm. 89/2020, de 20 de julio, FJ 3; núm. 141/2020, de 19 de octubre, FJ 3; o, núm. 63/2021, de 15 de marzo, FJ 3.

acorde con la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, desde el momento que queda patente que de su regulación en modo alguno provoca una actuación o medida judicial discriminatoria para con el presunto discapacitado, al sustentarse sobre una situación procesal merecedora de la máxima protección a tenor de sus características específicas y propias.

Se trata de fijar en este momento la mejor posición a través de este procedimiento articulado en el Libro IV LEC, dentro de los cauces de este especial juicio verbal (artículo 753), dedicados a esa materia, cuyo contenido y desarrollo se muestra muy respetuoso para adoptar o no esas salvaguardias que aseguren en su caso las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial, garantizando que sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Todo ello, con la posibilidad de impugnar las decisiones ante una segunda instancia en un Tribunal superior, permitiendo a las partes combatir cualquier resolución judicial para tratar de obtener su modificación o sustitución por otra de contenido más favorable, o su declaración de ineficacia (artículo 759 LEC), como lo pone de manifiesto la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>27</sup>.

C/. - **Con relación al ineludible juicio de capacidad**, a la hora de acceder o no de la solicitud para la provisión de medidas judiciales de apoyo a este tipo de personas con discapacidad, surge la duda existencial si debe o no el tribunal pronunciarse sobre tal cuestión.

La razón de ser de este tema resulta trascendental, cuando la nueva ley estatal parte de un hecho que proclama a los cuatro vientos la desaparición de la incapacidad civil, nada más ni menos como estado civil, defenestrando esa institución jurídica.

Y lo cierto es que ello se contradice con el propio espíritu del procedimiento, al pretenden denegar al juez un pronunciamiento previo sobre la existencia de limitaciones en la capacidad jurídica que restrinja o impida actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, pero nunca a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos, y luego pretender una individualizada y actualizada valoración de su situación personal y social, ya derivada de la propia manifestación de la persona discapacitada, ya del resto de la prueba obtenida al efecto, de cara a adoptar una “provisión” o “adopción” proporcionada de una medida de apoyo.

---

27. SSTTS, la núm. 589/2021, del Pleno de la Sala de lo Civil, de fecha 9 de septiembre, sobre Discapacidad después de la Ley 8/2021, FJ 4º, o la núm. 305/2021, de la Sala Civil de 19 de octubre, sobre autotutela, FJ 4º.

Ante esta aseveración sobre la que se pretende girar toda la reforma, lo siento, ello exactamente no es así, menos aún en nuestro derecho aragonés, donde subsiste tal proceso y declaración judicial de incapacidad, previa a la fijación del sistema de guarda legal, tutela, curatela o prórroga/rehabilitación de la autoridad familiar, en los términos exigidos taxativamente en el artículo 38 CFDA.

Al igual que antes del proceso judicial, el propio notario, conforme a las facultades que le confiere la Ley del Notariado (artículo 19 bis), desarrollado en el Reglamento Notarial (artículo 156.8º), se le obliga, como dato ineludible en el documento que extiende al efecto, la afirmación de que los otorgantes, a su juicio, tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, o cualquier médico de familia, neurólogo o psiquiatra, un psicólogo, el funcionario que tramita cualquier expediente administrativo de incapacidad laboral, discapacidad o dependencia, o un mismo juez penal (artículo 381 LECr y artículo 25 CP), sin ningún inconveniente se pronuncia al respecto, resulta de toda lógica el juez civil en este tipo de procesos pueda tener la misma facultad.

**Ante lo cual, de manera obligatoria, es preciso que el juez haga un previo juicio actual de capacidad para comprobar el grado y alcance de la discapacidad, y luego, para fijar y diseñar las medidas de apoyo y/o salvaguarda que fuera menester.**

Tal examen previo, no solo se ajusta a los principios de intervención mínima, necesidad y proporcionalidad, sino el necesario para escudriñar algo tan simple como es el cerciorarse conjuntamente con uno o varios peritos independientes, como pueden ser los médicos, psicólogos o trabajadores forenses, tanto de su grado de discernimiento, voluntad y preferencias, como su ambiente familiar o social (artículo 759.1.3º LEC).

Esta **entrevista o examen judicial del afectado con una discapacidad** es obligatoria y trascendental, justamente en el transcurso de la cual, a la vista de la situación en que se halle, directamente, ya fuera en la sede del juzgado, ya mediante video conferencia u otro elemento telemático, se podrá mantener una conversación, extrayéndose así una valiosa información, al tiempo que explicarle su situación procesal y de las distintas alternativas de cara a obtener las medidas el apoyo/salvaguarda que pudiera precisar, bien por parte de su entorno familiar, social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de otras medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, consensuadas con el mismo afectado (artículos 7bis.2, 42bis.3 LJV y 7bis.2, 752.2 y 759.1.1ª LEC).

Procesalmente la entrevista no puede calificarse propiamente de reconocimiento judicial, pues se configura con carácter general en el artículo 353 LEC, sino que se trata de una prueba directa, legal autónoma y obligada, en cuyo desarrollo de lo que se trata es facilitar el mejor ambiente posible referido a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno para con esa persona, fuera oral o escrita, en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades,

haciendo uso de medios como la lectura fácil, de cara a que no solo se le facilite el derecho a entender y ser entendidas su situación procesal, sino que a través de ello pueda conformar o expresar su voluntad en cuanto a esos de medios de apoyos/salvaguardas.

La trascendencia práctica de tal entrevista, junto con las otras pruebas a que se refiere el artículo 759 de dicha ley adjetiva, y las que luego suministran las partes, componen el material probatorio suficiente para pronunciar la decisión judicial que, en el ámbito civil de la discapacidad, se presenta como una de las más trascendentes, y que una vez constatada la situación de la persona afectada revela la necesidad de poner en funcionamiento los mecanismos de guarda y protección previstos en la vigente legislación, pues ésa y no otra es la finalidad de este proceso, la protección de quien no se halla en condiciones físicas o psíquicas para protegerse a sí misma según el grado apreciado de minusvalía y aplicar los mecanismos de apoyo más apropiados en cada caso.

La decisión de acometer esta valoración en modo alguno es arbitraria, habida cuenta que responde a esa valiosa intermediación, como método eficaz para conformar la motivación en conexión a las concretas circunstancias fácticas y jurídicas del proceso, necesariamente sustentadas en las pruebas practicadas, con especial relevancia del informe pericial elaborado por los facultativos pertinentes, siempre sujeto a ser refutados, además del resto testificales y la distinta documentación aportada.

En apoyo de lo anterior, baste leer con detalle el segundo párrafo del apartado tercero de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, cuando exige a la autoridad judicial un pronunciamiento sobre la implantación judicial de tales salvaguardas tenga o no una previa declaración administrativa sobre la discapacidad.

La pregunta sería si vincula esa conformidad del discapacitado en los términos que señala el artículo 42bis.4 LJV, cuando opta por una medida alternativa tras la información ofrecida por la autoridad judicial, donde algunos autores han visto que veda ese previo juicio de capacidad, al presentarse inicialmente con el único criterio de actuación del respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, si bien termina admitiéndose que, aunque se reconoce el derecho al apoyo, no se contempla de modo expreso la facultad de denegararlo o si éste llega a poder renunciar a él<sup>28</sup>.

Y desde esa perspectiva, conforme exige el artículo 38 CDFEA, es donde ese juicio de capacidad/discapacidad se asienta al menos en tres imperativos **requisitos** a tal fin para valorar su actual alcance y extensión:

- a) El padecimiento de una enfermedad o deficiencia psíquica o física.

---

28. GARCÍA RUBIO. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación: "Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad", Editorial Jurídica SEPIN - SP/DOCT/114070, junio 2021, página 6.

b) Que ésta sea cuanto menos persistente, progresiva y/o relativamente incurable.

Y, c) Que impida a la persona gobernarse por sí misma, bien sea total o parcialmente, una vez se descarte que fuera de estos cauces no necesite de este corsé judicial en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho –*generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables*–.

#### D/. - Con relación a las medidas de apoyo.

Llegados a este extremo, fijada la discapacidad en la extensión y límites de ésta, entonces sí puede cumplirse el mandato fijado en el artículo 760 LEC, donde se determina que *“las medidas que adopte la autoridad judicial en la sentencia deberá ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en las normas de derecho civil que resulten aplicables”*, debiendo procederse a la designación de tal cargo conforme a los artículos 100 y siguientes CDFR, el que se ejercerá en los términos de los artículos 9 y siguientes de dicha Ley y el artículo 38 de la misma, con la complementación de la legislación estatal, justamente la contenidas en el Título XI del Libro I CC.

En este mismo sentido, hay que tener en cuenta que el verdadero protagonista, objeto de esta clase de procesos, es la persona afectada, y esa respuesta ha de darse en la forma más conveniente y útil para que, como un ciudadano más, con todos sus derechos, bien asistida con determinadas medidas de apoyo, bien representada mediante sustitución, como excepción, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad.

#### D.a/ Tipos de medidas de guarda:

Cobra ahora especial interés las medidas a implantar, tanto con las que se cuenta en el derecho propio aragonés, como su complementación del derecho común, desde el momento que **se ha buscado el mejor acomodo, una mezcla de los dos ordenamientos jurídicos**, entre los que se admite los referidos a la autoridad familiar, por mucho que se haya eliminado del ámbito de la discapacidad, si bien la tutela de adultos vendrá por motivos prácticos a denominarse curatela representativa o sustitutoria, y la de siempre, igualmente curatela, pero asistencial.

Todas ellas plenamente asumibles, en principio, dentro del derecho foral, introduciendo el sistema de controles periódicos de su ejercicio, y otras importantes notas de especial interés de cara a mejorar el desenvolvimiento de tales instituciones, como la descripción de las finalidades de cada institución de guarda, así como un detallado elenco de obligaciones y prohibiciones.

Igualmente, merece la pena reseñar la amplia facultad del juzgador para la mejor vigilancia y control del tipo de guarda adoptado, en todo caso, para adaptarse a las singulares necesidades del afectado en cada momento, para la pertinente verificación del desarrollo propio de esa institución tutelar, como

permite el artículo 108.1, in fine, CDFR, y también el artículo 288 CC, al disponer, que *“la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos”*.

De este modo el artículo 249 CC, en su párrafo primero reconoce que las medidas de apoyo han de ajustarse a los principios de *“necesidad y proporcionalidad”*.

En el mismo precepto, en frase precedente, se dice que las medidas de apoyo *“tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”*; conforme al párrafo siguiente, *“las personas que presten apoyo ... procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”*. Con carácter más específico el artículo 268 CC, en su párrafo primero, establece que *“las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise... ”*, y también el propio artículo 282 CC, en su punto cuarto, al enumerar las obligaciones del curador, dispone que *“procurará”* por un lado, que *“la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones”* y, por otro, *“fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro”*.

La configuración de este sistema de apoyos, lejos de ser un fin en sí mismo, se perfila como un medio, no solo para hacer posible el ejercicio de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, sino también para promocionar la autonomía de la persona con discapacidad en cuyo caso, cuando se alcance, provocará su propia desaparición<sup>29</sup>.

Desde otro punto de vista, el mentado principio de subsidiariedad deriva que se ha de darse prioridad entre los mecanismos de apoyo los más flexibles y menos intrusivos para la persona con discapacidad, idea en la que más adelante insistiré. Además, este principio impone la eliminación, si fuera posible, de los apoyos de índole sustitutiva, se destacan los siguientes **tipos de guarda**:

#### **D.a.1/ La prórroga/rehabilitación de la autoridad familiar.**

Para su constitución no se aprecia obstáculo alguno, ya para declarar la prórroga, de ser aún menor de edad, o la rehabilitación, de haber alcanzado la

29. GARCÍA RUBIO. Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación: *“Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad”*, Editorial Jurídica SEPIN - SP/DOCT/114070, junio 2021, página 6.

mayoría de edad, y llegado el caso rechazar la misma, como permite el artículo 43 CFDA, como excepción; cuando dispone que *“ el Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela”*.

La autoridad familiar podemos definirla como aquel conjunto de deberes y derechos de los padres, e incluso de abuelos, padrastros/ madrastras o hermanos, en relación con los hijos/nietos/hermanos menores de edad no emancipados y su protección, y si bien este es el concepto utilizado en el Código de derecho Foral Aragonés, el Código Civil habla de Patria Potestad, y por mucho que su rehabilitación o prórroga han sido derogado en el derecho común, a todas luces está vigente en esta Comunidad autónoma.

Ambos conceptos, a simple vista, son similares, pues lo cierto es que la autoridad familiar recogida en nuestro Código Foral Aragonés, y vigente, reviste ciertas particularidades y señala que la crianza y educación de los hijos comprende para quienes ejercen la Autoridad Familiar en supuestos tan normales como los de hijos con parálisis cerebral o síndrome profundo de Down o de Asperger u otras enfermedades similares, muchas veces incapaces de regirse por sí desde nacimiento, de carácter permanente, por mucho que alcancen la mayoría de edad, pues por su propia idiosincrasia provocan un trastorno del desarrollo que se incluye, en muchos casos, dentro del espectro autista o no, complicados comportamientos, y que afectan la interacción social recíproca, la comunicación verbal y no verbal.

Por norma general, la autoridad familiar la ostentan ambos progenitores y solo se pierde cuando el juez estima que uno de ellos no cumple con sus deberes y obligaciones como padre, o no está capacitado para ello y desde ese pronunciamiento adquieren derechos y deberes.

Así, acreditado pues que la persona declarada discapacitada en cuestión siempre ha vivido en el domicilio de sus progenitores, bajo su cuidado y supervisión, amén de que no hubiera previsiones sobre autotutela, y la situación en que siempre se encontraría fuera el estar con ello y constar con su apoyo, cuando su estado civil es además de soltería, puesto que es el deseo de los progenitores el de seguir cuidando de él y la palpable la existencia de circunstancias aconsejan en su caso que se aplique el régimen normativo previsto en la legislación familiar aragonesa en lugar del de la tutela o curatela (artículos 41 a 45 CDFA), se acordará que la institución de guarda que debe instituirse ha de ser irremediamente **la prórroga/rehabilitación de la autoridad familiar de sus padres, con funciones representativas o asistenciales**, dependiendo el grado y alcance de su discapacidad, y ello como si de una menor se tratara, propio y diferente del establecido en su momento en el Código Civil, ahora derogado por la Ley 8/2021, en base a lo dispuesto en el artículo 42 CDFA, necesitando autorización judicial o de la Junta de Parientes para los supuestos

previstos en el artículo 14 y siguientes de la mencionada Ley, por ser ellos las personas más idóneas, quienes desempeñarán esas labores de guarda y custodia, representando y tomando las medidas más adecuadas de protección, vigilancia o representación, sustituyendo o complementando en aquella cualidad o estado de las que iba careciendo en todos los aspectos de su vida de cara a conseguir su máximo bienestar.

Se deja evidenciado, además, que la regulación de la prórroga o rehabilitación de la autoridad familiar, frente a la anterior estatal que era obligatoria, ahora derogada, como excepción, puede no constituirse, de no ser conveniente, y en su defecto se constituiría la tutela o la curatela, como el supuesto de que los padres separados o divorciados mantengan un grave conflicto con respecto a la custodia de los hijos u otras circunstancias y, de manera especial, atendiendo el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la misma (artículo 43 CFDA).

A tal fin, los progenitores u otros parientes designados, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, deberán asumir regularmente, en principio, **CADA SEIS AÑOS, junto con la obligación de informar y rendir cuentas** al Juzgado **sobre la situación personal, sanitaria, social y patrimonial** de la persona discapacitada, la de **pronunciarse sobre si procede revisar o no las medidas judiciales de apoyo acordadas**, solicitando en su caso la conveniencia de ratificar, modificar o extinguir las mismas, tal como preceptúa el artículo 103 CFDA en relación con los artículos 270 y 291 CC.

Como **contenido de la prórroga/rehabilitación autoridad familiar**, hay que atender a las singularidades de cada caso a la hora de concretar las medidas judiciales de apoyo, salvo que solo precisara un régimen asistencial, para el caso de gran intensidad ante un supuesto de grave deterioro de manera progresiva e incurable, afectando a los distintos ámbitos de su actividad personal, suprimida la consideración de permanente, en cualquier caso para ambas funciones se hace obligatorio el control y revisión temporal en los términos indicados en el párrafo anterior.

Así, a la persona designada se le hará saber las **obligaciones inherentes al cargo**, y que son:

- Procurar una atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad.
- Ostentar la representación legal o asistencial de su descendiente, en su caso, como persona discapacitada, que, si bien deben atender, siempre y en la medida que sea posible a su voluntad, deseos o preferencias manifestadas con anterioridad.

En esa **función de guarda legal**, conforme al artículo 138 CFDA y el vigente artículo 249 CC, **los padres apoyarán y asumirán de manera mancomunada e indistinta la representación o asistencia de la persona con discapacidad, al**

**menos, en los siguientes actos**, teniendo en cuenta en la medida de lo posible su trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir tal sustitución de su voluntad:

- 1) Decidir el lugar de residencia;
- 2) Otorgar consentimiento válido informado para cualquier tratamiento médico, psiquiátrico o quirúrgico, supervisando todas las cuestiones relacionadas con su salud y control de la enfermedad que padece;
- 3) Realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, incluyendo expresamente las cuentas bancarias, salvo para gastos de dinero diario de bolsillo;
- 4) Consentir válidamente contratos o cualquier negocio jurídico o acto de disposición que afecte a su persona o patrimonio.

#### **D.a.2/ La curatela asistencial o representativa.**

Al igual que hemos expuesto para el anterior tipo de guarda, ésta institución sigue siendo esencialmente graduable, a tenor de lo determinado en la sentencia.

Este específico régimen de apoyo resulta ser la medida judicial de referencia, y la más de acuerdo con los principios rectores de la Convención, la cual, a falta de prohibición expresa en nuestro derecho foral, fuera con funciones representativas o asistenciales, al ser la curatela estatal equivalente u homogénea al actual régimen de la tutela autonómica del artículo 100.1.a) CFDA, ajustada a los presupuestos de la curatela foral para incapacitados (artículo 150.2 y 4 CFA), al disponer expresamente en su apartado segundo que “la sentencia podrá conceder al curador la representación para determinados actos de administración o disposición de bienes del incapacitado. También podrá limitar la curatela al ámbito personal”, y después en su apartado cuarto que “a esta curatela le son de aplicación supletoria, con las necesarias adaptaciones, las normas relativas a la tutela de incapacitados, especialmente en materia de promoción, constitución, contenido personal y extinción”.

Es más, el propio artículo 115 CFDA permite a la autoridad judicial, con carácter supletorio, en defecto de delación voluntaria y eficaz, el determinar o complementar la institución tutelar que proceda y, en su caso, designar al titular de la guarda legal derivada al respecto, de ahí que parezca más adecuada la curatela, sobretodo, en aras al beneficioso principio de economía procesal, de cara a futuras y necesarias reformas acomodaticias, de *lege ferenda*, ante la casi segura modificación que emprenderá el legislador aragonés en esta materia, sin menoscabo alguno de los derechos fundamentales del discapacitado y la estabilidad que supondrá a corto y largo plazo el ejercicio de las funciones propias del curador designado.

Atendiendo a cada caso, con relación con la delación dativa de la curatela, de la prueba practicada y obrante en la prueba resultante de la vista oral, habrá que

instaurarse la **curatela, bien representativa o sustitutiva**, de conformidad con el artículo 100 en relación con los artículos 148.b) y 150.4 demás concordantes CFDA, bien asistencial de conformidad, a tenor con los artículos 110.1.b), 115, 148, 150 y demás concordantes CDFA, nombrando pues como curadora con las funciones propias:

Bien al pariente, u otra persona física, más idónea, quien desempeñará esas labores de guarda y custodia, representando y tomando las medidas más adecuadas de protección, vigilancia o representación, sustituyendo o complementando en aquella cualidad o estado de las que iba careciendo en todos los aspectos de su vida de cara a conseguir su máximo bienestar.

Bien a una fundación tutelar, como persona jurídica más idónea, unas veces por voluntad del propio interesado u otra razón, dadas las peculiares circunstancias concurrentes del caso concreto.

Siendo que este tipo de asociaciones se configuran como unas entidades de carácter privado, orientadas como fin primordial y genérico a la asistencia y tutela de los discapacitados intelectuales durante todo su ciclo vital, actuando sin ánimo de lucro, cuyo ámbito de actuación comprende la Comunidad Autónoma de Aragón.

Tales fundaciones se rigen por la voluntad de cada fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por las disposiciones legales vigentes, especialmente por la Ley 50/2.002, de 26 de diciembre, donde por norma tienen como fin primordial y genérico la asistencia y tutela de los discapacitados intelectuales durante todo el curso de su vida.

Y, bien la **COMISIÓN DE TUTELAS Y DEFENSA JUDICIAL DE ADULTOS DEL INSTITUTO ARAGONÉS DE SERVICIOS SOCIALES DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN**, como delación legal, siempre de manera subsidiaria, restrictiva y obligatoria, en la forma y manera que permite el artículo 118.1 CFDA, al considerársele como la persona jurídica más idónea en determinados y variados supuestos, asumiendo el cargo de curadora, con funciones representativas o asistenciales, de modo transitorio o permanente, como son los casos de carencia de familiares cercanos, la falta de arraigo bastante con sus parientes, la existencia de continuos conflictos con el afectado, la imposibilidad material de hacerse cargo,... y los casos de desamparo, disponiendo al efecto que se considera tal estado " *...la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o incapacitados, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.*"

Esta Comisión se configura como una entidad pública que se dedica en exclusividad a esos menesteres por ley para ese tipo de cargos tutelares de las personas incapacitadas judicialmente o sujetas a esos procesos cuando dichas funciones le sean encomendadas por resolución judicial cuando tal designación provenga en última instancia por el juez, y siempre que aun existiendo familiares o parientes de la persona sujeta a protección personal, asistencial y/o patrimonial,

o bien al observarse unas graves y continuas disputas entre ellos ponen en peligro ya el bienestar de la persona discapacitada o el mismo patrimonio de ella, ante lo cual esta institución vendrá obligada a asumir ese cargo por las reglas generales, tal como se dispone en el artículo 2 del Decreto núm. 168/1.998, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se creara dicha Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos.

#### **D.b/ Contenido y salvaguardas.**

Tras su designación como curadora, firme que sea la sentencia, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, en cada caso, al nuevo titular deberá dársele posesión en legal forma de su cargo, de exigírsele o no fianza, nunca a la Comisión, para lo que se les citará y comparecerá en la sede de este órgano judicial correspondiente al efecto.

Del mismo modo, cualquiera que fuera designado curador, no solo deberá hacer inventario de los bienes de la persona curatelada en el plazo de sesenta días desde su posesión del cargo, sino regularmente, dependiendo de cada supuesto, **CADA TRES o SEIS AÑOS**, junto con la obligación de informar y rendir cuentas al Juzgado sobre la situación personal, sanitaria, social y patrimonial de la persona discapacitada, se pronunciará expresamente sobre si procede revisar o no las medidas judiciales de apoyo acordadas, solicitando en su caso la conveniencia de ratificar, modificar o extinguir las mismas, tal como preceptúa el artículo 103 CFDA en relación con los artículos 270 y 291 CC.

Así, como contenido de la **curatela**, a la persona designada como curador, al igual que antes a los padres, se le hará saber las **obligaciones inherentes al cargo**, conforme al artículo 138 CFDA y el vigente artículo 249 CC, cuyo curador apoyará, **salvo que solo ostentara funciones asistenciales, y asumirá la representación de la persona con discapacidad**, al menos, en los siguientes actos, teniendo en cuenta en la medida de lo posible su trayectoria vital, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir tal sustitución de su voluntad:

- 1) Decidir el lugar de residencia;
- 2) Otorgar consentimiento válido informado para cualquier tratamiento médico, psiquiátrico o quirúrgico, supervisando todas las cuestiones relacionadas con su salud y control de la enfermedad que padece;
- 3) Realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, incluyendo expresamente las cuentas bancarias, salvo para gastos de dinero diario de bolsillo;
- 4) Consentir válidamente contratos o cualquier negocio jurídico o acto de disposición que afecte a su persona o patrimonio.

Así mismo, se le indicará que **precisará autorización judicial** o de la Junta de Parientes para las actuaciones previstas en los artículos 103.2, 136.2 y 150 en relación con los artículos 15 y demás concordantes CDFA y en concreto para:

- a) Realizar actos de disposición sobre inmuebles por naturaleza, empresas o explotaciones económicas, valores mobiliarios, bienes muebles de valor extraordinario u objetos de arte o preciosos. Se exceptúa la enajenación acciones o derechos de suscripción preferente por un precio que sea al menos el de cotización en bolsa.
- b) Realizar actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades usuales.
- c) Renunciar a derechos de crédito.
- d) Dar y tomar dinero a préstamo o crédito, avalar, afianzar o garantizar con derecho real obligaciones ajenas.
- e) Dar en arrendamiento inmuebles, empresas o explotaciones económicas, por plazo superior a seis años, computándose a estos el plazo por el que el arrendatario tenga derecho a prorrogar el contrato.
- f) Adquirir la condición de socio en sociedades que no limiten la responsabilidad de las personas que formen parte de las mismas.
- g) Transigir a allanarse.

No será necesaria la indicada autorización para tomar dinero a préstamo o crédito, incluso por vía de subrogación, para financiar la adquisición de bienes inmuebles por parte de la persona discapaz, aun con garantía real sobre los bienes adquiridos.

También será necesaria autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para:

- a) Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- b) Presentar demanda judicial o arbitral en nombre de los sujetos a curatela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantías.
- c) Ceder a terceros los créditos que la persona curatelada tenga contra él, o adquirir a título oneroso de los créditos de terceros contra la misma.
- d) Adquirir por título oneroso bienes de la persona curatelada o transmitirle por su parte bienes por igual título.

La división de un patrimonio o cosa común no necesita autorización previa, pero debe ser aprobada por la Junta de Parientes o el Juez.

Además, como complemento de lo anterior, el artículo 287 CC dispone al efecto que *“el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:*

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria”.

## **VI. PROPUESTA DE LEGE FERENDA PARA LA ARMONIZACIÓN PROCESAL DEL DERECHO ARAGONÉS**

Para terminar, resulta pues inexcusable el afrontar cuanto antes una norma en el ámbito procesal que se pronuncie sobre la coexistencia, modificación o unificación frente a ese nuevo planteamiento de las instituciones tutelares y de guarda legal.

Esta revolución procesal ha de ser atajada por nuestras Cortes Autonómicas, adaptándose a este profundo cambio estructural del sistema estatal, entre otras cuestiones, porque desaparece el estado civil del incapacitado, superando las

tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con los incapacitados —no respecto de los menores de edad que se disocia de éstos—, al reconocer a la persona con discapacidad «*capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida*»<sup>30</sup>, entendiéndose por tal aquella, justo, el de ser titular de derechos y obligaciones y la posibilidad de ejercerlos en igualdad.

Pero la actual labor jurisdiccional es desproporcionada, variada e injusta, cuando los mecanismos judiciales en que debiera asentarse el derecho foral carece una vía procesal adecuada, a tenor de la finalidad última, amparada en el derecho material, la incapacidad, entre otras, cuando el Gobierno de Aragón no puede permitir, llamémoslo prurito, prestigio o mera seguridad jurídica, que la aplicación de sus normas resulten inviables de ejercitar en cada partido judicial aragonés, y también fuera de esta Comunidad Autónoma, de ser invocada esta vecindad civil, dependiendo de cada juez la forma y manera de tramitar cada procedimiento.

Nos hallamos en un sistema judicial continental, no lo olvidemos, donde “... *los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*” (artículo 1.7 CC), en donde la actual situación tiene un complicado encaje.

La situación se enmaraña aún más cuando el sustento de las reglas de la predeterminación legal de la competencia en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil se fija en su artículo 44, al disponer taxativamente que “...*para que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate*”.

Y en ese campo, como más adelante se expondrá, sirve de apoyo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en cuya doctrina, por lo que ahora interesa, en el ámbito procesal, en situaciones parecidas, ante importantes lagunas legislativas, de manera provisional se ha llegado a permitir a los tribunales la armonización extensiva de otros procedimientos análogos, siempre y cuando fueran respetuosos con los clásicos e irrenunciables principios como los de *preclusión, contradicción, igualdad de partes, congruencia, defensa, audiencia, oralidad (inmediación y concentración) y otros genéricos como el de tutela judicial efectiva o la buena fe procesal, entre otros*<sup>31</sup>.

---

30. Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el día 13 diciembre 2006 (ratificada por España en fecha 23 noviembre 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 abril 2008), formando parte del ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de nuestra Norma Fundamental y 1.5 del Código Civil.

31. A tales efectos, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite que en esa labor jurisdiccional de interpretar y aplicar la normativa según sus preceptos y principios constitucionales podrá realizarla conforme a la Doctrina que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, por todas, las SSTC núm. 71/1.990, y sobretodo la núm. 36/1.991, de 14 de febrero, en su FJ 6º, in fine.

Y es ahí, donde en relación con los aragoneses que ostenten tal vecindad, se hallen o no en Aragón, la autoridad judicial dentro de unos limitados márgenes interpretativos puede forzar una sustitución de los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por otros, los nuevos, dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, y en ese camino es donde se viene optando por la regulación procesal del derecho común, supletoria a todas luces, en los términos que previene el artículo 2 LEC, donde *“salvo que otra cosa se establezca en disposiciones legales de Derecho transitorio, los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas”*.

Por ello, el cauce procesal que se viene aplicando por el momento es el estatal, iniciándolo mediante el correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (artículo 42bis LJV), y siempre que pueda mostrar libremente su voluntad sobre las medidas sobre lo cual pivota este procedimiento, en esa previa entrevista del juez, asistido del médico forense, y posterior comparecencia, se pondrá fin al procedimiento mediante auto, y solo, de haber oposición, o ante una situación de imposibilidad total, clara y determinante en la que no pueda conformar o concretar su voluntariedad en la toma de decisiones, dado su grave deterioro cognitivo<sup>32</sup>, o renuencia negativa a acudir al juzgado, entonces sí, se transformaría en contencioso, a través del juicio verbal especial (artículo 756 LEC), concluyendo el mismo en sentencia.

Y ¿cómo solventarlo? Dos propuestas se vienen albergando, en el seno de los dos procedimientos declarativos tipo:

1º. - Algún jurista, como el Lugarteniente del Justicia de Aragón<sup>33</sup>, aboga por el procedimiento residual previsto en la nuestra ley procesal (artículo 249.1.2.º), **el genérico juicio ordinario** y residual, previsto para aquellos supuestos del conocimiento de aquellas acciones en la que se pide la tutela judicial civil referido a cualquier derecho fundamental no contemplado en proceso alguno, ..., en los que será siempre parte el Ministerio Fiscal, cuya tramitación tendría carácter preferente (artículos 399 y ss LEC).

2º. - O bien, como apoyamos la mayoría de los operadores jurídicos, adecuar la regulación foral al **juicio verbal especial**, regulado la Ley de Enjuiciamiento

---

32. Por analogía que hace el mismo legislador al modificar el artículo 663 del Código Civil, cuando dispone que **“no pueden testar: 1.º La persona menor de catorce años. 2.º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello.”**..., y por ello ¿cómo podría tenerse por aceptada la aceptación a las medidas de apoyo/guarda en ese expediente?

33. Lugarteniente de El Justicia, entrevista en El periódico de Aragón, 6 de octubre de 2021, y en el transcurso de una charla organizada el 1 de octubre de 2021 en el Centro Joaquín Roncal de Zaragoza por Plena inclusión Aragón y la Fundación Tutelar Aragonesa Luis de Azúa para abordar la mayor reforma legal de los últimos años que afecta a las personas con discapacidad intelectual en España y las dificultades de su aplicación en la comunidad autónoma aragonesa donde actuara Inés de Araoz, coordinadora del Área Jurídica de Plena inclusión España y Javier Hernández, Lugarteniente del Justicia de Aragón. <https://www.youtube.com/watch?v=A8xiKeLmzTE>

Civil, en ese modificado Capítulo II del Título IV (artículo 756 y ss), fijado para los procesos sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, bastando meros retoques, por pura economía procesal y seguridad jurídica, evitando llegado el caso hasta la Jurisdicción Voluntaria, al menos en el inicio de la actividad judicial, tal como apuntara en su momento el informe del Consejo de Estado<sup>34</sup>, para todos aquellos supuestos en que se deba declarar incapacidad o discapacidad de aquellas personas aquejadas de un grave deterioro cognitivo, derivado su avanzada edad o cualquier tipo de enfermedad que limite su grado de entendimiento y sus facultades de autogobierno, que por otro lado, como después se dirá, son la gran mayoría<sup>35</sup>.

Es más, este tipo de procedimiento estipulado para una materia referida al ámbito de la discapacidad, distinto a otros dispositivos, responde naturalmente a los básicos principios de dualidad de partes, de contradicción y de igualdad, pues sin ellos no hay verdaderamente proceso, y, aun así, tiene unas importantes especialidades tales como<sup>36</sup>:

- A) La indisponibilidad del objeto, en el que la voluntad de las partes no puede condicionar la decisión judicial sobre el objeto planteado, lo que lleva a exclusión de los actos en que procesalmente se manifiesta la disposición y que determinan el contenido de la resolución más ajustada, el *traje a medida*, en un proceso típicamente dispositivo, donde los hechos que han de servir para conformar la decisión judicial, siempre que resulten debatidos y probados, pueden ser introducidos en cualquier momento y de manera distinta a la habitual, con lo que se está exceptuando tanto al principio de aportación de parte como a la preclusión (artículos 752 y 753 LEC).
- B) La limitación de las partes, donde en este específico proceso, naturalmente, empieza a instancia de una de las personas legitimadas, nunca de oficio por el tribunal, pero respecto de las mismas: 1.º Imponiéndose la legitimación al Ministerio Fiscal, algunas veces activa y otras sólo pasiva (artículo 749 LEC y artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). 2.º Se limita la legitimación e intervención procesal a determinadas personas, ya fuera al propio interesado, ya a unos taxativos parientes del mismo *-su cónyuge u otro en situación de hecho asimilable, padres, hijos o hermanos-*, bien de modo activo, bien de modo pasivo- (artículo 757 LEC). 3.º Es siempre necesaria la postulación por medio de abogado y procurador (artículo 750 LEC).

34. Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 11 de abril de 2019. Ref. 34/2019.

35. GARCIMARTÍN MONTERO. LA PROVISIÓN DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Edit. ARANZADI. Navarra, 2021, 1.3º LA OPCIÓN POR LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, pág. 32 a 38 y 1.4ª LOS AJUSTES EN EL PROCESO, pág. 38 a 44.

36. DÍAZ MARTÍNEZ, DERECHO PROCESAL CIVIL. PARTE ESPECIAL. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2020. Lección 3. Procesos sobre el estado civil de las personas: Disposiciones generales. Procesos sobre la capacidad de las personas, pág. 33 y siguientes.

C) La peculiaridad de la prueba, pues el interés público presente en estos procesos lleva, por un lado, al aumento de las facultades del juzgador en la prueba y, por otro, a la imposibilidad de que la regulación normal de la prueba conduzca a la disposición por las partes del objeto del proceso, y por ello existen normas especiales sobre la admisión de hechos y sobre la valoración de la prueba (artículo 752 LEC), donde prima la verdad real, procurando unos amplios poderes al tribunal en primera y segunda instancia, manifestada en que puede decretar de oficio la práctica de cuantos medios de prueba estime pertinentes.

En esa línea de actuación judicial, también: 1) La conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal (es decir, no convierte los hechos en no controvertidos), 2) No pueden darse por probados hechos con base en el silencio o las respuestas evasivas, 3) No pueden aplicarse las reglas de valoración legal de algunos medios de prueba (interrogatorio de las partes y documental), y 4) Esa preceptiva entrevista del tribunal con la persona con discapacidad, la audiencia de parientes y un dictamen pericial distinto e independiente al aportado inicialmente (artículo 759).

D) La necesaria singularidad del procedimiento, ya que, aparte de lo anterior, que afecta a los principios del proceso, se establecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil algunas disposiciones comunes que pueden calificarse de procedimentales. Se trata principalmente de que: 1.º Se dispone que estos procesos se sustanciarán por el juicio verbal, aunque existe contestación a la demanda por escrito e incluso una fase de conclusiones (artículo 753). 2.º Se permite excluir la publicidad de los actos procesales (artículo 754). 3.º Las sentencias que se dicten se inscribirán de oficio en los registros públicos (artículo 755). 4.º En general y salvo los pronunciamientos patrimoniales, las sentencias no son susceptibles de ejecución provisional (artículo 525.1, 1.ª). 5.º La llamada lectura fácil, y otros ajustes específicos para las personas con discapacidad (artículo 7bis.). 6.º La integración de la capacidad procesal mediante un defensor judicial, de carecer de persona alguna que le represente o asista para comparecer en juicio (artículo 8).

**Sesión II**  
**LEGISLACIÓN Y RESPUESTA JUDICIAL**  
**ANTE LA PANDEMIA EN ARAGÓN**

**Coponentes**

*D. Javier Albar García*  
PÁG. 99

*D<sup>a</sup> Eva Sáenz Royo*  
PÁG. 119

*D. Julio Tejedor Bielsa*  
PÁG. 131



## **LA GESTIÓN DE LA CRISIS DEL COVID-19 EN ARAGÓN Y EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**

JAVIER ALBAR GARCÍA

Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón  
3 de diciembre de 2021

Voy a tratar de exponer el tratamiento de la crisis del Covid, así como de los estados de alarma y demás normativa por parte del TSJA , en especial en relación con el ámbito propio de su competencia, la CA de Aragón.

Voy a señalar una serie de etapas, como lo son; 1) la del primer estado de alarma; 2) la de desescalada; 3) la de regulación de las restricciones con rango de ley; 4) la del segundo estado de alarma; 5) la posterior a la finalización del segundo estado de alarma; 6) la posterior a las sentencias del TC: sobre el “cierre del congreso”, Sentencia 168/2021, de 5 de octubre de 2021, recurso de amparo 2109-2020 y segundo estado de alarma, 27-10-2021.

No ha sido una relación fácil con la Comunidad Autónoma (CA), y podría incluso tildarse por algunos de conflictiva, pero creo que debemos esforzarnos por hacer un acto de empatía recíproco.

La CA se ha encontrado con un problema muy grave para el que creo que no estaba preparada, ni material, aunque hay que reconocer, y es una opinión personal, que ha actuado con bastante eficacia, ni, sobre todo, jurídicamente. Desde el TSJA hemos sido muy críticos en nuestros autos y sentencias con las soluciones adoptadas, pero debe también reconocerse que al menos se intentó armar una estructura jurídica sólida que le permitiese funcionar.

Creemos que no se han respetado los derechos constitucionales como se debiera, y de ahí que hayamos planteado diversas cuestiones ante el Tribunal Constitucional (TC), algunas de las cuales, si bien al resolver los recursos de inconstitucionalidad, han sido respaldadas por el TC. Pero hay que reconocer que, desde el punto de vista de la administración, se ha buscado la eficacia.

Esta suerte de “contienda” se ha presentado a menudo como la clásica tensión entre una Administración que pretende ser eficaz, y que considera a menudo que las normas garantistas son una rémora o un estorbo, por exponerlo con un trazo grueso, y los tribunales que se ocupan de controlar el cumplimiento de la ley y que, también por usar un trazo grueso, son ajenos, con indiferencia casi autista, a si la Administración puede cumplir sus fines, en este caso la protección sanitaria.

En realidad, es una falsa dicotomía. La Administración debe cumplir sus fines, en este caso la gestión de la crisis sanitaria, pero la gravedad del asunto no puede hacer que se relajen las exigencias en el respeto de los derechos fundamentales. Si así se hiciese, si en aras de gestión de la crisis y de la toma de medidas que se han considerado más eficaces se pudiesen infringir tales derechos, a la larga serían más los males que los bienes que pudieran derivarse, todo ello, además, considerando los numerosísimos traspiés e idas adelante y atrás que ha habido, los erróneos anuncios, primero de tranquilidad ( no iba a llegar a España o iba a haber unos pocos casos, era como una gripe, no eran necesarias más mascarillas, etc, a menudo al albur de las necesidades políticas), luego de vencimiento del virus, y las cifras globales que no dejan a España en un buen lugar en el ranking de gestión de la pandemia.

La gestión ha sido variada, según cada CA, se han tomado más o menos las mismas medidas, pero nunca a la vez, sino que cada una ha actuado como si hubiese una plena compartimentación, con escasa coordinación y atendiendo a los casos concretos de cada CA. Pese a las novedosas figuras de los confinamientos territoriales, no se ha logrado impedir las transmisiones entre Comunidades, ni entre países, pues ha habido siempre vuelos y no se ha controlado, por ejemplo, a las tripulaciones de los aviones, a las que no se ha sometido sistemáticamente a pruebas PCR.

En este contexto de dispersión de medidas, de escasa coordinación y de muchas dudas sobre la eficacia de cada concreta medida, el rigor de los tribunales resulta imprescindible, y no debe verse como una rémora al actuar de la administración, sino como un elemento de garantía de la legalidad y los derechos. Sí así se viese, estaríamos reconociendo la mayor eficacia de una dictadura en la gestión de una crisis de este tipo, en la medida en que no se ve “obstaculizada” por garantismos entorpecedores. A lo mejor ello puede ser hasta verdad, igual que puede decirse que suele serlo en la represión del crimen, pero no es la opción que ha tomado nuestra CE y, desde luego, no es la que yo comparto, pues se puede decir, textualmente, que puede ser peor el remedio que la enfermedad.

Es cierto que no nos corresponde a los Tribunales gestionar la crisis, pero sí que nos corresponde decir cómo, desde el punto de vista de la ley y de los derechos, no se debe gestionar. Es como cuando los jueces deben controlar la legalidad de las actuaciones de la policía, conceder las autorizaciones de derechos que violan la libertad o la intimidad e investigar los abusos como por ejemplo torturas. No nos corresponde decir cómo deben investigarse, cómo debe interrogarse a los detenidos, si hay o no que intervenir comunicaciones, pero sí marcar

los límites de lo que no se debe hacer, sin que la innegable eficacia que para la investigación pueda tener la posibilidad de entrar en domicilios sin autorización judicial, interrogar a sospechosos sin abogado, hacer escuchas telefónicas sin permiso judicial, etc, justifique prescindir del equilibrio esencial que impone todo sistema democrático entre la eficacia en determinadas materias y los derechos y principios constitucionales.

Aun cuando la materia de esta exposición es cambiante, y he tenido que ir añadiendo cosas o modificándolas en función de los resultados de las sentencias del Tribunal Supremo(TS) y del TC, se pueden distinguir diversas etapas en Aragón: El primer estado de alarma, la fase de desescalada, la regulación por norma con rango legal de las restricciones en Aragón; el segundo estado de alarma; el periodo posterior al estado de alarma.

He recogido los hitos más relevantes, y lo hago en orden cronológico para un más fácil seguimiento.

## **1. PRIMER ESTADO DE ALARMA, RD 463/2020 DE 14 DE MARZO (DECLARADO INCONSTITUCIONAL EL 14-7-2021). EL DERECHO DE MANIFESTACIÓN**

Inicialmente, durante lo más duro del confinamiento, no entraron asuntos en el TSJA, el primer contacto tuvo lugar con ocasión del 1 de mayo. A partir de ahí, podemos señalar varios hitos o etapas.

**El primer contacto del TSJA con el COVID tuvo lugar con ocasión del derecho de manifestación. Estaban aún vigentes las restricciones del RD 463/2020, tras la prórroga por el RD 492/2020 de 24 de abril.**

El **Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo**, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el **COVID-19** prorrogó el estado de alarma pero a partir de entonces se aplica el Plan de desescalada, con una apertura gradual, el cual, por cierto, no está publicado en BOE, pese a que contiene disposiciones normativas.

Se pidió autorización para una manifestación en coche el 1 de mayo con ocasión del Día del Trabajo, **Procedimiento de Derechos Fundamentales (PDF) 112/2020**. Fui designado ponente, y consideré que debería plantarse la cuestión de inconstitucionalidad contra el RD 463/2020.

**Mis argumentos, sucintamente expuestos, eran que en la resolución se consideraba el RD 463/2020 como motivo de denegación, por lo que era base de la resolución; que el derecho de circulación es un presupuesto fáctico del derecho de reunión y que aquél se había suspendido, lo que sólo podía tener lugar bajo el estado de excepción ; que el derecho de reunión sí se había suspendido, pues el mismo, por ejemplo para reunirte con un miembro de tu familia, no estaba permitido, pese a ser más intenso y libre que el de manifes-**

tación; que **la ley 9/1983 no prevé como causa de denegación los motivos de salud**; que los tratados internacionales, CEDH, no permiten ser más restrictivos de derechos que las leyes españolas cuando éstas conceden derechos más amplios. Para quienes puedan estar interesados en mayores detalles de la argumentación, me remito al voto particular, pues está publicada la sentencia en el CENDOJ, de libre acceso.

La mayoría de la Sala **estimó el recurso, sentencia 151/2020 de 30 de abril con base en la normativa del derecho de manifestación LO 9/1983, entendiendo que la imposibilidad de circular no afectaba al derecho de reunión y no consideró pertinente plantear la cuestión de inconstitucionalidad**. Vino a considerar, dicho también en términos genéricos, **que el estado de alarma no podía afectar al derecho de reunión, al estar regulado en una ley orgánica**, por lo que una manifestación seguía rigiéndose bajo este prisma. La **STC 14-7-2021 vino a darles la razón**, asumiendo un argumento similar. Sin embargo, a mi juicio, adolece del mismo problema, **dan un doble salto lógico**.

En primer lugar, **porque prescinden de que para poder manifestarse hay que poder circular, lo que estaba prohibido sin que se contemplase como excepción acudir a una manifestación**.

En segundo lugar, en cuanto **prescinden de que el derecho de reunión genérico, del que el de manifestación es una subespecie, estaba suspendido, pues nadie podía reunirse por motivos ordinarios que no entrasen en los supuestos previstos en el art. 7**. Nadie podía reunirse con amigos, familiares, socios, copropietarios, etc, y si eso estaba prohibido, y no se podía salir de casa, no tenía sentido decir que el de manifestación estaba incólume.

## 2. FASE DE DESESCALADA, DELEGACIÓN EN CA

Tras haber proclamado que se había vencido al virus, se estableció un **gradual Plan de desescalada** cuya aplicación vino a dejarse en manos de las CA.

Este **Plan de 28-4-2020**, al que se remite en muchos aspectos el RDL 21/2020 de 9 de junio de Transición a la Nueva Normalidad o más conocido como de **“desescalada”**, tiene a mi juicio un grave problema, como advertimos en la **sentencia del Procedimiento Ordinario (PO) 286/2020 de 7 de mayo de 2021, no ha sido publicado pese a que en el propio RDL 21/2020 se integran por remisión las “normas” que en el citado Plan se contienen, como el art. 2.2**. Éste dice *“ 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las medidas contempladas en los capítulos II, III, IV, V, VI y VII y en la disposición adicional sexta únicamente serán de aplicación en aquellas provincias, islas o unidades territoriales que hayan superado la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad, y en las que hayan quedado sin efecto todas las medidas del estado de alarma, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto, 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, a excepción de lo dispuesto en el artículo 15.2 que será de aplicación desde el momento de la entrada en vigor*

*del real decreto-ley en todo el territorio nacional*". Es decir, el RDL dice que hay que haber superado la Fase III como presupuesto de aplicación de seis capítulos del mismo, por lo que el Plan integra la norma con rango de ley, sin que el contenido de las fases esté publicado en un boletín oficial, por lo que no se sabe cuál es el contenido de la norma. Es decir, que lo que es la definición de las diversas fases viene en el Plan que no se ha publicado.

A mi juicio se ha infringido el principio de publicidad de las normas del 9.3 y el 91 de la Constitución Española (CE) que ordena la "inmediata publicación de las leyes".

Recordemos también la jurisprudencia del TS sobre la necesidad de publicar los elementos normativos de los Planes Generales de Urbanismo, SSTS 8-10-2010 y 21-9-2012.

Dicho lo anterior, podemos decir que **en esta fase empezó el baile de órdenes y otras normas de diverso rango con las que cada CA intentó pilotar por su lado la crisis**, con un vicio de origen, lo limitado de la coordinación, que dependía en gran medida de los criterios y actitudes tomados por cada CA, aunque existiese el consejo de Coordinación Interterritorial.

**Se ha hecho poco o nulo hincapié en lo que ha sufrido un principio de rango constitucional, art. 9.3 CE, la seguridad jurídica.** Creo que nunca en la historia del derecho español se ha producido tal cúmulo de normas en tan escaso tiempo, de modo que incluso los más obligados a conocerlas realmente teníamos arduas dificultades para conocer la norma vigente, con un torrente de normas que, además, a menudo sólo retocaban las anteriores con alguna ocasional refundición.

Un claro exponente de tal inseguridad jurídica son los razonamientos que hizo la STC de 14-7-2021. En concreto, cuando se refería a la libertad de culto, no la consideró violada en cuanto el art. 11 preveía la posibilidad de asistencia con unas restricciones. Así, decía *"La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro"*. El TC dice que con el art. 7.1, en concreto con el párrafo h, se permitía dicha asistencia: *"1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades(...) g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada"*.

Y frente a la alegación que consideraba que debería haberse reconocido expresamente como excepción tal asistencia y que, al no haberse previsto, lo normal sería que se sancionase a quienes asistiesen, y de hecho así fue, contestó *"Y ante el argumento de los recurrentes de que la imprevisión en este punto del artículo 7.1 podría*

*dar lugar a la sanción de quienes se desplazasen a los efectos que dice el artículo 11, no hay sino recordar, como se ha dicho ya, que “la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar su inconstitucionalidad” (SSTC 58/1982, FJ 2, y 83/2020, FJ 8)”*.

No toma como elemento interpretativo el principio de la seguridad jurídica del art. 9.3 CE, y deja a la audacia del ciudadano que quiere ejercer el culto, a su conocimiento del RD y su intuición jurídica, y a la flexibilidad y acierto interpretativo de las fuerzas del orden y la posibilidad efectiva de tal ejercicio del derecho, confiando que acierten con una sutil interpretación jurídica que el TC ha tardado casi año y medio en hacer. Entiendo que ante una lectura normal y una capacidad interpretativa media del ciudadano y de la policía, la conclusión normal es que, salvo funerales o casos expresamente autorizados, nadie se podía desplazar a una iglesia a ejercer el culto, salvo que asumiese el riesgo de ser un “mártir económico”.

**Debo decir que en Aragón se han visto pocos errores o discordancias evidentes**, lo que dice mucho de que, con independencia de que las cuestiones de fondo hayan sido cuestionadas en muchos casos, se ha elaborado con calidad técnica la normativa.

**Empezaron pronto los cuestionamientos en relación con horarios de cierre, aforos, etc, normalmente interpuestos por asociaciones hosteleras.** Y ya digo que algunos no los nombro por no parecerme relevantes o ser reiterativos y otros, con seguridad, han escapado a mi escrutinio.

1) **235/2020 Horeca. Se impugna la Orden SAN/597/2020, de 13 de julio.** Por la Sala de vacaciones se acordó el 7-8-2020 de **modo cautelarísimo la SUSPENSIÓN de la Disposición segunda a) de la Orden SAN/703/2020, de 5 de agosto, que restringe el horario** de funcionamiento de los establecimientos de hostelería y restauración de todo Aragón a la 1:00 horas, **denegándose la suspensión de las medidas concretas respecto de unas concretas comarcas, La Litera, Bajo Cinca, etc,** en donde se había iniciado el brote.

Se confirmó por auto de 13 de agosto de 2020.

2) **Asunto sobre relaciones laborales. Procedimiento de Derechos Fundamentales (PDF) 227/2020.**

Se recurre contra la desestimación presunta de solicitud de convocatoria de la Mesa General de Negociación, para la regulación de materias que, por afectar sustancialmente a las condiciones de trabajo de los empleados públicos, debieron ser objeto de negociación, habiendo sido regulados en el Capítulo IV del Decreto Ley 4/2020, de 24 de junio.

**Se suscitó cuestión de inconstitucionalidad del Capítulo IV del Decreto Ley 4/2020, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la Estrategia Aragonesa para la Recuperación Social y Económica, por posible vulneración de**

**los artículos 86.1 y 28**, ambos de la Constitución española de 1978: principio de **extraordinaria y urgente necesidad como presupuesto de aplicación y utilización del Decreto Ley, así como el derecho de la entidad recurrente a la negociación colectiva**, como parte fundamental del derecho a la libertad sindical. Se plantea respecto de artículos 10 a 13 por contrarios a los artículos 9.3, 24, 28 y 86.1 de la Constitución española de 1978. Esencialmente, por incumplimiento de la normativa sobre decretos leyes, por violación de la tutela judicial al elevar a rango legal aspectos o materias a los que corresponde una resolución administrativa, lo que hace imposible su impugnación, y por regular materias propias de derechos fundamentales, en concreto de libertad sindical. Auto de 22-4-2021.<sup>1</sup>

1. “Auto de 22/04/2021. QUINTO.– Dicho lo anterior, la Sala pone en duda, cuestiona, la constitucionalidad de los artículos 10 a 14 del Decreto Ley 4/2020, por su incompatibilidad con el instrumento normativo empleado, o, de otro modo, por extralimitación en el uso del Decreto Ley para la regulación de las materias contenidas en el mismo, y, en particular, las que constituyen objeto del presente procedimiento. Vulneración de los artículos 9.3, 24 y 86.1, todos ellos de la Constitución de 1978.

*En cuanto a la totalidad del Capítulo IV, el Decreto Ley cuestionado incurre en vulneración del artículo 86.1 de la C.e., porque el Decreto Ley queda convertido en instrumento normativo indicado para acometer situaciones de crisis –en este caso sanitaria–, en el que se presupone la situación de extraordinaria y urgente necesidad y cuya duración queda sujeta a la unilateral valoración del Ejecutivo, cuando ningún régimen excepcional está en vigor, limitativo de las facultades y potestades del Legislativo. En este caso, el presupuesto de habilitación para el ejercicio de la potestad legislativa por el Ejecutivo pierde su debida referencia en los plazos de los procedimientos legislativos.*

*En el caso de los artículos 10, 11 y 13 del Decreto Ley, porque no consta el presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad en su adopción, cuando de la pervivencia y prolongación de medidas ya adoptadas con anterioridad se trata.*

*En el caso del artículo 12 del Decreto Ley, porque se utiliza este instrumento normativo para dar rango de ley a contenidos merecedores tan sólo de acto administrativo –o, a lo sumo, disposición reglamentaria, aun cuando no exista reserva de reglamento en nuestro ordenamiento jurídico–, en extralimitación de los presupuestos de aplicación del artículo 86.1 de la C.e. de 1978, con afección de los artículos 9.3 –interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos– y artículo 24, ambos de la C.e., al limitar las vías de combate de los potenciales interesados, como es el caso, a los cauces procesales especiales y extraordinarios de protección de derechos fundamentales.*

*(...)Sobre las leyes singulares, la STC 166/1986, los principios de igualdad y seguridad jurídica constituyen límites, que igualmente deben advertirse vigentes, con mayor motivo en caso de utilización del decreto ley, añadiéndose como límite por parte del Tribunal Constitucional el artículo 24 de la C.e. en su sentencia 48/2005.*

*Efectivamente, en esta última sentencia se dice que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye un límite infranqueable al poder legislativo (ejecutivo-legislativo en caso de decretos leyes) a la hora de dictar leyes medida o singulares. Esa sentencia, la 48/2005 deja claro al legislador, como también debe tenerlo claro el ejecutivo en caso de manejo del decreto ley, que no procede sustituir, sin justificación, la actividad administrativa en supuestos en los que no es posible de otro modo, sin acudir al a jurisdicción ordinaria, controlar plenamente su decisión.*

*Es lo que ocurre aquí, en el caso del artículo 12 del Decreto Ley, en el que se contiene, como es de ver por su tenor literal reproducido antes, una regulación que habría podido ser objeto de mero acto administrativo o de disposición reglamentaria. Al haber operado por la vía de decreto ley –omitiendo la exigencia de previa negociación colectiva, pero esto es otra cuestión que luego veremos–, sustrae dicha regulación del control ordinario de legalidad de la actuación administrativa.*

(...)

*Del mismo modo, la Sala alberga dudas acerca de la constitucionalidad del Capítulo IV del Decreto Ley 4/2020 impugnado, en especial de los artículos 12 y 13 –vacaciones y teletrabajo– y, a juzgar por la regulación posterior*

3) **PO 286/2020** Se recurre la **ORDEN SAN/841/2020, de 9 de septiembre, por la que se modifica parcialmente la Orden SAN/474/2020**, de 19 de junio, por la que se adoptan medidas de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Aragón.

**Se reducen las reuniones familiares, bodas, a 50 en interior y 100 en exterior. Se concedió medida cautelarísima y cautelar en septiembre.**

Se dictaría sentencia el **20 de mayo de 2021**, que anuló la orden en los puntos impugnados al considerar que ni la LO 3/1986, art. 3 ni el resto de normativa sanitaria, artículos 26 ley 14/1986 de 25 de abril LGS, 54 de la ley 33/2011 LGSP de 4-10, 38 de la ley 6/2002 de 15 de abril de Salud de Aragón; 60.2.b de la ley 6/2002 de Salud de Aragón o la ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, art. 65 amparaban lo que consideramos una restricción del derecho de reunión.

Se ha recurrido por la DGA ante el TS.

4) **PDF 325/2020. Se pide segunda prórroga de confinamiento de Andorra.** Se había pedido y obtenido autorización en el Juzgado de Teruel, y se pidió una prórroga de siete días, también concedida.

Entre tanto, se publica la modificación de los artículos LJCA 8.6, **10.8**, 11.1.I Y 22.4.ter, ley 3/2020 de 18-9.

Se pide una segunda prórroga al Juzgado, cuando ya había entrado en vigor dicha norma, el cual se declara incompetente.

**El TSJA la denegó por cuanto, aparte de que ya había transcurrido el plazo de prórroga, se había presentado después de la entrada en vigor.**

El TS confirmaría en otra resolución este criterio del TSJA de que la autorización debe ser previa a la entrada en vigor, en concreto en STS 719/2021 de 24-5-2021. Rec. 3375/2021 apelación TSJ Canarias, sobre el 10.8. Recordemos que para entonces se había promulgado el RDL 8/2021 de 4 de mayo que introdujo el 87.1bis y 87.ter y modificó el 87.2, previendo la casación contra los autos del 10.8 y 11.3.<sup>2</sup>

---

*que ofrece el artículo 13 de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa sobre el régimen especial de atribución de funciones, que somete a negociación colectiva, del mismo modo, también el artículo 11 del Decreto Ley 4/2020, en el que se acomete regulación de idéntica materia. Entendemos que los antedichos preceptos pueden incurrir en infracción del artículo 28.1 de la C.e., derecho fundamental a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva.*

*Establece el artículo 37.1 k) y m) como materias sujetas a negociación colectiva, las que afecten a condiciones de trabajo, cuya regulación exija norma con rango de ley, así como las referidas a vacaciones”.*

2. “STS 24/05/2021:” *A la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie, entendemos que debemos resolver los recursos de casación interpuestos. Ahora bien, la novedad que entraña este procedimiento nos exige al afrontar el primero de ellos efectuar algunas precisiones sobre el sentido de la ratificación judicial, parte de las cuales ya hemos adelantado en los autos dictados el 20 de mayo de 2021 en los recursos de casación n.º 3417, n.º 3425 y n.º 3473, todos de 2021.*

**5) PDF 332/2020. Éste asunto marcaría un hito importante, por las consecuencias que tuvo.**

Se solicitó ratificación del confinamiento de La Almunia. Se **denegó por auto de 10-10-2020**, al considerar que **la normativa no amparaba a la CA para realizar una restricción del derecho de circulación de ese calibre.**

**La respuesta de la CA fue un DL, el 7/2020 de 19 de octubre**, del Gobierno de Aragón, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control, de la pandemia COVID-19 en Aragón.

Ello abre una nueva fase.

No obstante, cabe reseñar otra cuestión, y es que en este procedimiento, con el tiempo, nos planteamos también la inconstitucionalidad del art. 10.8, Auto de 3-12-2020, por constituirnos en “administración” y por no haber una situación en la que el tribunal deba velar porque la limitación de derechos fundamentales individuales y concretos sea adecuada, necesaria y proporcionada en relación con los intereses generales que protege.<sup>3</sup>

*A) La virtualidad de las medidas sometidas a ratificación judicial.*

*Una de las primeras dudas que han surgido y que se ha manifestado en el presente proceso es la de si las medidas dispuestas por las autoridades sanitarias competentes y sometidas, conforme a los indicados preceptos de la Ley de la Jurisdicción, a ratificación judicial, pueden ser aplicadas o no por la Administración antes de que la Sala de lo Contencioso Administrativo se pronuncie. Ya hemos visto que el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 10 de mayo de 2021 se ha manifestado en sentido negativo y ahora hemos de confirmar su criterio.*

*Según hemos explicado en los autos de 20 de mayo de 2021 (recursos de casación n.º 3417, 3425 y 3473/2021), los artículos 10.8 y 11.1 i) de la Ley de la Jurisdicción exigen que la medida sanitaria --disposición general o acto administrativo general, según los casos-- obtenga un visto bueno o aprobación previa por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente. Ello significa que la medida sanitaria adoptada por la Administración autonómica o estatal no puede desplegar eficacia antes de que haya sido ratificada judicialmente. En otras palabras, la ratificación prevista en esos preceptos “no es una especie de convalidación o confirmación por parte del órgano judicial de un acto de la Administración que ya reúne todas las condiciones legalmente requeridas para ser eficaz: no es un acto provisional o claudicante que pueda ser aplicado en el lapso temporal que media entre su adopción por la Administración y la resolución judicial que se pronuncia sobre su ratificación”.*

*Confirman esta conclusión, tal como hemos dicho en esos autos, no sólo la literalidad de los preceptos sino también la consideración de que no tendría ningún sentido un procedimiento como el ahora regulado por los artículos 10.8 y 11.1.i) si se pretendiera con él un control sucesivo de actuaciones de la Administración ya perfectas y plenamente eficaces. No lo tendría porque para lograr ese objetivo, ya existían las vías adecuadas en la Ley de la Jurisdicción. Además, siendo la propia Administración promotora de la medida sanitaria la que debe solicitar la ratificación, no cabe entender que acude al órgano judicial para impugnar un acto, sino que lo hace para dotarle de una eficacia que por sí sola no puede darle y que es especialmente necesaria para actuaciones restrictivas de derechos fundamentales.*

*Las consecuencias derivadas de lo anterior son, principalmente, dos. La primera es que, como ya se ha apuntado, las medidas sanitarias aún no ratificadas judicialmente no despliegan efectos, ni son aplicables. La segunda es que, si la ratificación judicial es denegada, no es preciso que la Administración acuerde “dejar sin efecto” la Orden o acuerdo sometidos a ella ya que nunca fueron legalmente eficaces, sin perjuicio de que pueda –o, incluso, deba– dar publicidad a dicha denegación, especialmente si previamente las medidas rechazadas hubieran tenido alguna clase de publicidad oficial.*

*En definitiva, como acertadamente señala el auto de la Sala de Santa Cruz de Tenerife de 10 de mayo de 2021, la ratificación es condición de eficacia de las medidas sometidas a ella”.*

*3. Auto de 3/12/2020: “La diferencia entre uno y otro tipo de medidas es que en las primeras –las del artículo 8.6 párrafo segundo–, es su destinatario quien, al no renunciar al pleno ejercicio del derecho o libertad amenazado por la ejecución del acto administrativo, al formular su negativa al cumplimiento del mismo, deja sin*

efecto la ejecutividad del acto administrativo cuestionado, requiriendo para su complemento de la correspondiente autorización judicial, o ratificación en casos de ejecución inaplazable por razón de la urgencia de la medida. En estos casos, la intervención judicial, sea por propia definición de la medida al tener que ir plasmada en un acto administrativo singular, sea por interpretación sistemática con el resto de los supuestos de autorización que el artículo 8.6 comprende, opera ex post, ante la oposición del destinatario a su ejecución

En cambio, cuando del segundo tipo de medidas –las dirigidas a una pluralidad indeterminada de personas– se trata, es el Legislador quien despoja a la Administración del privilegio de autotutela, al cuestionar la presunción de legalidad y validez del acto, lo cual hace precisamente al imponer la intervención judicial que prevé el artículo 10.8. Las autorizaciones y ratificaciones previstas en el artículo 10.8 obedecen a un esquema diferente, presentando al final una naturaleza distinta. La necesidad de autorización o ratificación judicial de las medidas a las que se refiere el precepto cuestionado ahora, opera sobre el privilegio de autotutela declarativa del acto, o sobre la validez de la propia disposición general cuando la medida se incorpore a una norma reglamentaria. Afecta en definitiva a la validez del acto administrativo necesitado de autorización –o de ratificación en caso de urgencia en la aplicación de la medida por la Administración–. Aquí no es el particular quien reacciona frente a la ejecutividad del acto, sino el Legislador quien despoja a las Administraciones de la presunción de legalidad y validez que por principio acompaña siempre a todo acto administrativo. En definitiva, en éstas se invoca la intervención judicial ex ante, de modo que la autorización judicial –o la ratificación– opera sobre la autotutela declarativa, o, lo que es lo mismo, como condición de validez del mismo acto administrativo que contiene la medida.

Ahora bien, puede asumirse que la Administración pueda actuar despojada de tal privilegio, como si de un particular se tratara, lo que no parece posible es completar la validez del acto administrativo, forzando una intervención judicial al margen de la función jurisdiccional que le es propia.

QUINTO.- Por ello, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del artículo 8.6 apartado segundo, cuando de una medida de las previstas en el artículo 10.8 se trata, no puede existir juicio de ponderación propiamente dicho, por cuanto que la intervención judicial opera en un momento previo a la reacción del ciudadano, titular por definición del derecho fundamental afectado, frente a la medida administrativa adoptada. No existe un conflicto concreto de intereses, que haga necesaria una ponderación –que justifica en este caso la intervención judicial– en garantía de un derecho fundamental concretamente amenazado por una actuación administrativa frente a la que, precisamente, el ciudadano destinatario de la misma reacciona.

En este caso, y como también decíamos en nuestro auto de 10 de octubre, el conflicto, al tener por destinatario la medida administrativa una pluralidad indeterminada de personas, se plantea en abstracto y sitúa ante el examen y decisión de la Sala el deber de avalar una decisión enteramente administrativa de restricción, más o menos intensa, de algún o algunos derechos fundamentales, porque en eso consiste en realidad la medida, como única opción para el debido cumplimiento del deber que impone el artículo 43 de la C.e. a los poderes públicos, siendo de reiterar que en esta tesitura por la Administración se plantea un falso conflicto entre el derecho a la salud y el derecho fundamental afectado por la concreta medida adoptada. Aun admitiendo como hipótesis dicho conflicto, su solución se sitúa en un momento prejudicial, debiendo ser la Administración la que decida el sacrificio de uno u otro derecho, en pos del debido cumplimiento del deber que le impone el referido precepto constitucional.

El artículo 10.8 supone la renuncia por la Administración al privilegio de autotutela declarativa –artículo 103 de la C.e.– situando en el Poder Judicial, en las Salas de lo Contencioso-Administrativo, el deber de definir el derecho en el caso concreto, como ocurre en el resto de las jurisdicciones, pero, a diferencia de lo que ocurren en las demás, sin posibilidad de fundar la decisión judicial en un juicio de contradicción. Son las Salas de lo Contencioso-Administrativo –Poder Judicial– las que asumen la responsabilidad de una decisión general y política que responde a criterios y motivaciones diferentes a las propias de una decisión netamente judicial, asumiendo, como decíamos al principio, una función consultiva vinculante que la Constitución no le confiere.

(...)Por eso, no es que dudemos ahora de la constitucionalidad de una norma que despoja a la Administración del privilegio de autotutela cuando requiere para su validez de la autorización o ratificación judicial en el caso del artículo 10.8, sino que de lo que dudamos es de que, pese a la loable y bienintencionada voluntad que habrá guiado al Legislador, de lo cual la Sala no duda, esto sea ajustado a la Constitución, cuando, correlativamente, no hay fundamento constitucional para que las Salas de lo Contencioso-Administrativo ejerzan una función consultiva vinculante, prejudicial, participando de este modo del proceso de elaboración de un acto administrativo –o de una disposición general– que contiene medidas del tipo de las enunciadas en el precepto cuestionado. No parece, al menos esta Sala no lo considera así, que sea posible hallar ese fundamento en el artículo 117.3 de la C.e., ni que la función de garantía de un derecho fundamental –artículo 117.4 de la C.e.–, cuyo titular es siempre el ciudadano individual, permita rebasar el límite de lo judicial, del ejercicio de la función jurisdiccional tal y como debe ser entendida en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

*Es parecer de esta Sala que el artículo 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo una función consultiva vinculante, prejudicial, apéndice del procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo o una disposición general que excede los límites de la función jurisdiccional que atribuye a todo órgano judicial el artículo 117.3, y que tampoco se justifica, conforme al artículo 117.4, por razón de la garantía de los derechos fundamentales.*

**SÉPTIMO.**— *La función jurisdiccional de Juzgados y Tribunales consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, artículo 117.3 de la C.e., y se traduce en lo contencioso-administrativo en un control ex post de la legalidad de la actuación administrativa –artículo 106.1 de la C.e.–, cuando la presunción iuris tantum de legalidad de la misma es puesta en cuestión por el destinatario de su actuación, el cual ejerce una pretensión frente a una actuación administrativa que le perjudica o que no resuelve en el sentido por él intentado (artículos 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre y 1 de la LJCA).*

*Que el privilegio de autotutela tenga su límite en la tutela cautelar del ciudadano (artículo 24 de la C.e.), que puede permitir suspender la ejecutividad del acto administrativo o que, ante la negativa del destinatario del acto a su ejecución fuerce la intervención judicial, mediante la preceptiva autorización correspondiente, en garantía de los derechos concretamente afectados por el acto, no transforma la fiscalización judicial de la actuación administrativa, la función jurisdiccional que se ejerce sobre la Administración, en algo distinto a lo que implica siempre la jurisdicción contenciosa, esto es, un control o una fiscalización a posteriori de la actuación de las Administraciones públicas.*

*En este sentido, cabe decir que si el artículo 106.1 de la C.e. dispone que son los Tribunales –en ejercicio de su función jurisdiccional (artículo 117.3)– los que controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, esa expresión presupone una intervención de los tribunales posterior para controlar algo que ya se ha producido antes, pues de no ser así se hablaría en otros términos. Si los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa es porque ésta ya se ha producido y se ha producido con eficacia, pues de otra forma, si la actuación administrativa no fuera eficaz, mientras no la controlen los jueces, no hablaríamos de actuación administrativa, sino de propuesta de actuación, o de actuación con eficacia diferida, que estaría a la espera del visto bueno de los jueces. Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso del artículo 10.8.*

*Por otra parte, está en la propia naturaleza del principio de separación de poderes que el Poder Ejecutivo no sea sustituido por el Poder Judicial y tal ocurriría si la actuación de la Administración quedara trabada mientras los tribunales no decidieran sobre su corrección. Tal y como ha dicho la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de la sección quinta de 30 de julio de 1992 (rec. 8396/90) “El carácter revisor de la jurisdicción contenciosa determina un control de la legalidad de los actos de la Administración Pública, y de la correspondencia de dichos actos con el fin público previsto por el ordenamiento jurídico. Pero fuera de ese examen de legalidad y adecuación teleológica de los actos administrativos, el carácter revisor no alcanza a la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales asuman, por impropia vía jerárquica, el pronunciamiento de oportunidad sobre cuantos puntos hayan sido resueltos en trámite administrativo, pues de ese modo se convertirían en una instancia correctora supra-administrativa.” Ni tampoco esa facultad revisora puede tener por objeto “prevenir o evitar agravios futuros” (STS, Sala Tercera, sec. 3ª de 15 de septiembre de 1992 (rec. 3643/1990)).*

*La renuncia, porque eso es lo que supone el artículo 10.8 de la LJCA, al privilegio de autotutela de la Administración, y que no necesariamente tiene que ser cuestionable per se, se hace por la vía de conferir simultáneamente a los tribunales una función de control previo que los introduce en el procedimiento de elaboración del acto o disposición administrativos y los convierte en Administración, lo cual sí cuestionamos por entenderlo incompatible con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le atribuye el artículo 117.3 y no se justifica por razón de la garantía de los derechos, conforme a lo que dispone el artículo 117.4.*

*De este modo, y aunque no se ha puesto de manifiesto a las partes en el trámite de alegaciones previo al planteamiento de la cuestión mediante este auto, ello no nos impide razonar que, con la reforma legislativa cuestionada, a la postre queda comprometido el derecho fundamental del ciudadano a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la C.e. Al anticipar un juicio de legalidad constitucional que opera como aval y complemento de legalidad, para la validez de un acto que el Legislador pone en duda en los casos a los que se refiere el artículo 10.8 de la LJCA, se limitan las vías procesales de reacción del ciudadano frente este tipo de actos al mero control de legalidad ordinario.*

*Tal vez porque es cosa diferente al ejercicio de la función jurisdiccional, y porque no es tutela judicial en los términos del artículo 24 de la C.e. –no puede serlo porque no es invocada por su único posible titular– no se contempla recurso alguno frente a la decisión judicial del artículo 10.8 de la LJCA, más allá del recurso de reposición que se confiere a toda resolución no susceptible de recurso de apelación o casación –artículo 79.1 de la LJCA–“.*

El TS, concedor de nuestro auto ,que había sido ya admitido, en la STS 719/2021 de 24-5-2021. Rec. 3375/2021 apelación TSJ Canarias se pronunció sobre tal cuestión.<sup>4</sup>

Actualmente, está pendiente del TC. La cuestión se llevó al mismo Pleno en el que se pronunció sobre la constitucionalidad del segundo EA, pero no dio tiempo a resolverlo. Ahora habrá cambio en la composición del tribunal, y tal vez un nuevo ponente.

### **3. REGULACIÓN DE LAS RESTRICCIONES POR NORMA CON RANGO DE LEY, DL 7/2020 de 19-10, SUSTITUIDO POR LEY 3/2020 POR LA QUE SE ESTABLECE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE ALERTA SANITARIA PARA EL CONTROL DE LA PANDEMIA COVID-19 EN ARAGÓN**

En el mismo se establecen por norma legal tres niveles de alerta, del más leve, el 1, al más agravado, el 3, estableciendo que la CA estará, si no hay modificaciones, en un nivel de partida 2.

Se regulan, creo que por primera vez en España, los confinamientos perimetrales.

Se establece el confinamiento por ministerio de la ley y el confinamiento por acuerdo de la autoridad sanitaria, todo ello con importantes peculiaridades.

Se regula la reducción de las reuniones, restringiendo su número, en función del nivel de alerta, arts. 21, 29.b y 32.b, cuando es un derecho fundamental, art 21.1 CE, ilimitado, por no haber restricción alguna en la ley orgánica 9/1983 del derecho de reunión y manifestación.

---

4. STS 24/05/2021: *“La novedad y singularidad del procedimiento lleva a preguntar por el juicio que debe efectuar la Sala competente, por el que debe llevar a cabo el Tribunal Supremo y por cuáles han de ser las consecuencias que uno y otro pueden tener sobre el derecho a la tutela judicial de los afectados por las medidas que se adopten y ratifiquen.*

*Al respecto, cabe decir que, dadas las características de la intervención judicial prevista, no puede sino ser sumamente limitada. Ante todo, debe resaltarse que no justifica por sí misma ninguna limitación de derechos. El tribunal no sustituye la imprescindible habilitación normativa en que ha de descansar la medida de que se trate. Por tanto, la primera comprobación que deberá hacer el juzgador ha de ser, precisamente, además de la competencia de la Administración, la existencia de esa habilitación. A partir de ella, su juicio ha de quedar circunscrito a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo más, a una verificación prima facie de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas. A falta de contradicción y de una prueba plena, no cabe aquí un examen a fondo.*

*Esto significa que la ratificación que llegue acordarse, si bien hará eficaces y aplicables las medidas correspondientes, no podrá condicionar de ningún modo el control de la legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo, si es que se interpone por quien tenga legitimación para ello, contra el acuerdo o resolución que las haya establecido o contra los actos que las apliquen. Este procedimiento de ratificación, tal como está concebido, ni siquiera llega al punto que se alcanza en el incidente de medidas cautelares. En él se hacen, desde luego, pronunciamientos provisionales, pero con la intervención incondicionada de las partes enfrentadas en el proceso y previa ponderación de las circunstancias y de los intereses en conflicto. Si es constante la advertencia que los tribunales hacen en esos casos de que el juicio cautelar no predetermina el de fondo al que se llegue tras el desarrollo del proceso en su totalidad, con mucha mayor fuerza hay que hacerla en este caso”.*

Así, el confinamiento por ministerio de la ley se da en función de unos criterios generales (*“indicadores relativos a la situación epidemiológica, la capacidad asistencial y la capacidad de salud pública, las características y vulnerabilidad de la población susceptible expuesta y la posibilidad de adoptar medidas de prevención y control. Además, se valorará la tendencia y rapidez en el cambio de incidencia, la densidad de población, la movilidad, y las características epidemiológicas de agrupación de los casos, entre otros indicadores cuantitativos y cualitativos”*), y se puede acordar por disposición de rango legal o reglamento, art. 34, lo que es una contradicción con que se diga que es por ministerio de la ley.

**La peculiaridad es que, habiéndole dado un rango legal al confinamiento, la autoridad sanitaria lo puede levantar anticipadamente, 34.5.** Se da la circunstancia de que, si se establece por norma de rango legal, lo puede levantar la autoridad sanitaria, pero no los tribunales, en un curioso juego con el rango normativo que provoca una asimetría entre actividad administrativa y control judicial. Recordemos también que el RD 463/2020, en su modificación por RD 465/2020, art. 10.6, que habilitaba *“al Ministro de Sanidad para **modificar, ampliar o restringir** las medidas, lugares, establecimientos y actividades enumeradas en los apartados anteriores, por razones justificadas de salud pública, con el alcance y ámbito territorial que específicamente se determine”* fue declarado inconstitucional por la sentencia de 14-7-2021.

**En cuanto al confinamiento tomado por acuerdo de la autoridad sanitaria, responde a criterios similares, pero objetivados en cifras.**

Sin embargo, lo más relevante junto al 34.5, es lo que se establece en los artículos 18 y 19.

**En el 18 se dice que el nivel general de alerta de todo Aragón es el 2, art. 18.1, y que los niveles de alerta 1 y 3 se aplicarán únicamente en los ámbitos territoriales que figuran en el anexo II, que tiene rango legal, y en aquellos en los que expresamente se establezca mediante disposición de rango legal, reglamentario o, en su caso, acuerdo de la autoridad sanitaria.** Es decir, la **CA se reserva escoger el rango normativo** que determinará una modificación de algo que se ha fijado por ley, la alerta 2.

**Y además, en el 18.3 dice que la autoridad sanitaria podrá acordar, en todo caso, la aplicación de un nivel de alerta inferior al aplicable en un ámbito territorial determinado en función de su concreta situación epidemiológica,** siempre que no se pongan en riesgo los intereses generales de intervención sanitaria contra la pandemia COVID-19 y la preservación de la capacidad asistencial del sistema de salud.

**En definitiva, se le da un rango legal, que hará imposible impugnar las decisiones que se tomen ante los Tribunales.**

**Pero es que, además, el art 19 dispone que las medidas limitativas que conforman los tres niveles de alerta podrán ser levantadas o moduladas total o parcialmente por la autoridad sanitaria en los ámbitos territoriales en los que**

resulte posible, en función de su concreta situación epidemiológica, con lo cual en la práctica la autoridad sanitaria puede hacer y deshacer a su valoración los niveles de alertas establecidos por la ley o por el propio Gobierno.

Por último, cabe reseñar que en el art. 15, tras decir que se pedirá la ratificación de las medidas con arreglo al 8.6 y 10.8 LJCA, en los párrafos siguientes establece un principio general de que en caso de urgencia entrarán en vigor inmediatamente, lo que iba contra el auto del TSJA en el PDF 325/2020 (cuyo criterio a la postre sería confirmado por el TS, según se ha dicho anteriormente), presumiéndose dicha urgencia: “2. En el supuesto establecido en el apartado anterior, cuando a juicio de la autoridad sanitaria la adecuada preservación de los intereses generales de intervención contra la pandemia COVID-19 y preservación de la capacidad asistencial del sistema de salud lo justifique, podrá acordar que las medidas adoptadas sean efectivas de inmediato y, en el caso de que se concreten mediante actos administrativos, las someterá al régimen establecido en la normativa reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Cuando las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria tengan naturaleza reglamentaria entrarán en vigor una vez publicadas en el «Boletín Oficial de Aragón» conforme a lo establecido en las mismas.

**3. En todo caso, atendida la evolución actual de la pandemia COVID-19 y la imperiosa necesidad de que las medidas para combatirla sean efectivas de inmediato para preservar la vida de las personas, garantizando la eficaz preservación de los intereses generales que exigen la intervención contra la pandemia COVID-19 y la preservación de la capacidad asistencial del sistema de salud, se presumirá, salvo prueba en contrario y siempre sin perjuicio de las medidas cautelares que pudiera acordar la autoridad judicial, que concurren circunstancias de urgencia que justifican la inmediata efectividad de las medidas de confinamiento que pudieran acordarse por la autoridad sanitaria y, consecuentemente, la aplicación del régimen de ratificación judicial de dichas medidas”. En definitiva, se contradice el art. 10.8 LJCA.**

Esto fue determinante en cuanto ya dejaron de presentarse solicitudes de ratificación, lo cual realmente fue un alivio para el TSJ, pues estas solicitudes deben resolverse en tres días naturales, pero entendimos, como luego se verá, que producía un detrimento en la tutela judicial.

**4. SEGUNDO ESTADO DE ALARMA, REAL DECRETO 926/2020, DE 25 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA CONTENER LA PROPAGACIÓN DE INFECCIONES CAUSADAS POR EL SARSCOV-2 Y REAL DECRETO 956/2020, DE 3 DE NOVIEMBRE, QUE LO PRORROGÓ POR SEIS MESES Y DELEGÓ LA GESTIÓN DE LA PANDEMIA EN LAS CA (declarado inconstitucional por STC de 27-10-2021)**

El primer recurso sobre esta materia registrado en este período fue el procedimiento ordinario 426/2020, que impugna Decreto de 27 de noviembre de 2020, del Presidente del Gobierno de Aragón en aplicación del estado de alarma.

**En primer lugar, se cuestionó la competencia, dado que el pie de recurso era ante el TS,** al considerar que es de aplicación el art. 9-4 de la ley 40/2015 de RJAP de 1 de octubre. **Lo rechazamos en auto de 16-12-2020, ratificado en reposición el 19-1-2021,** considerando que no era una delegación intraadministrativa, sino entre administraciones distintas, a la que no le es aplicable el 9.4 y entendiendo, que en un asunto tan relevante como el presente, que afecta a la competencia Jurisdiccional, además, así a como a la tutela judicial y al juez natural, el RD, de haberlo querido, habría hecho expresa referencia a ello. Se añadió, además, que el propio Gobierno Central, ante un Decreto de la Junta de CYL, no avocó la competencia, como habría sido lo propio si estuviésemos ante una delegación ordinaria, sino que lo recurrió ante el TS.

El TS, **en sendos autos de 9-6-2021, entre otros, desautorizó nuestro criterio** sobre la competencia, declarando que es competencia del TS con base en el art. 9.4 y en la naturaleza de normativa especial del estado de alarma.

**En este procedimiento nos planteamos la inconstitucionalidad del segundo estado de alarma, en auto de 9-9-2021,** en concreto por los siguientes motivos:

*“1) La eventual contradicción de lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, con el art. 116.2 de la CE y art. 7 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. (la delegación a cada Presidente de CA)*

*2) La eventual contradicción de lo dispuesto en los arts. 5 y 6 del Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 en la configuración dada por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, con el derecho a la libre circulación previsto en el art. 19 de la CE. (La limitación de la circulación durante el periodo comprendido entre las 23:00 y las 6:00 horas y los confinamientos perimetrales)*

*3) La eventual contradicción del art. 2 del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2 con lo dispuesto en el art. 116.2 de la CE y art. 6.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio”. (La limitación a 15 días y la prórroga por seis meses del día 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021).*

Es decir, por delegar la competencia en las CA; por ser contrario a la libre circulación del 19 CE al establecer los confinamientos perimetrales y los toques de queda; por incumplir los quince días de duración, al fijar seis meses.

El TC, con fecha 27 de octubre de 2021, ha declarado inconstitucional el estado de alarma por dichos motivos, aunque ha considerado constitucionales los confinamientos perimetrales.

En el mismo sentido, el PDF 456/2020 contra Decreto de 18 de diciembre de 2020, del Presidente del Gobierno de Aragón.

## **5. PERIODO DESDE FINALIZACIÓN DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA, 9 DE MAYO DE 2021**

Nos encontramos con que hubo un recrudescimiento del Covid, y lo que se había esperado como un verano más relajado, merced a los botellones, a los viajes turísticos y a las ganas de divertirse se convirtió en una nueva ola, que no ha empezado a ceder hasta septiembre de 2021.

1) **En el P 617/2021** se impugnó la Orden SAN/790/2021, de 8 de julio, de modulación de medidas del Nivel de Alerta Sanitaria 2 aplicables en las provincias de Huesca, Teruel y Zaragoza

**Se impugna algo en apariencia banal, la prohibición de consumir alimentos en las salas de cine.**

Se pidió medida cautelar, y, en el curso de la misma, a fin de cumplir con las exigencias del TC de plantear la inconstitucionalidad en cuanto surge la duda, no resolviendo antes con base en una norma que se considera inconstitucional, se planteó en providencia de 22 de julio de 2021 la cuestión de inconstitucionalidad. Se dictó auto el 29 de septiembre de 2021 por inconstitucionalidad de los artículos 15.4, 18, 19 y Anexo II de la Ley de Cortes de Aragón 3/2020, de 3 de diciembre, que establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón; así como del artículo Único. Dos. del Decreto Ley 4/2021, de 8 de julio, por el que se modifica la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, para el establecimiento del nivel de alerta sanitaria 2 en la Comunidad Autónoma de Aragón, por posible vulneración de los artículos 9.3 –interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos- 24 y 86.1.

En sustancia, se considera que la **elevación a rango legal de las normas que determinan los estados de alerta y las medidas aplicables, con deslegalización únicamente de la posibilidad de atenuarlos viola el derecho a la tutela judicial**, al eludir a los tribunales, **además de violar la normativa sobre los reales decretos leyes**, con una autorización abusiva de los mismos e incurre en arbitrariedad. Hay que pensar que ahora ya no estamos ante situaciones extraordinarias y urgentes, pues, por desgracia, estamos ya ante una situación ordinaria, además de que, como se está haciendo en otros lugares, la urgencia puede diligenciarse por medio de decretos u órdenes. De este modo, se elude el control previo, contra el que nosotros estamos por otros motivos, ya vistos, pero también el control a posteriori, por medio de recursos ordinarios y medidas cautelares. La DGA no está en contra del control previo, y de hecho se opuso al planteamiento de la cuestión,

pero lo cierto es que, como no le gustó nuestra postura contraria a determinadas medidas, lo eludió por medio del DL 7/2020 y la ley 3/2020.<sup>5</sup>

En el momento de hacer la redacción final de esta ponencia se desconoce si este planteamiento llegará al TC, pues se ha propuesto por la DGA el archivo por falta de objeto,

2) PDF 643/2021. Se impugna la ORDEN de 23 de julio de 2021, por la que se adoptan medidas de limitación de la movilidad en horario nocturno.

**Por haberse planteado ya la cuestión de inconstitucionalidad, se acordó “DENEGAR la solicitud de medidas formulada por la Letrada del Gobierno de Aragón, entre tanto el Tribunal Constitucional no resuelva la cuestión de inconstitucionalidad nº 6283/2021”. Recurrida en casación, el TS la estimó el 2-8-2021,**

---

5. Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de 20/9/2021: “El presente supuesto, a diferencia de lo anterior, tiene por objeto, la ideación de un sistema regulatorio que puede utilizar diferentes herramientas normativas, según criterio de, conviene tenerlo presente, la Autoridad sanitaria, tal y como se desprende del artículo 18 de la Ley 3/20 y no el Legislativo, ni, conviene advertirlo, el Ejecutivo, entendido como Consejo de Gobierno. No hay regulación por Ley o norma con rango de ley y potenciales desarrollos reglamentarios, sino regulaciones de marcado carácter administrativo, que pueden adoptar diversos aspectos o caras normativas. Son por tanto supuestos regulatorios distintos.

Y visto el resultado al que la Sala se enfrenta, en los términos expresados antes, no es descabellado llegar a la conclusión de que uno de sus objetivos es, precisamente, sustraer al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, todo un sector o ámbito de la actividad de la Administración sanitaria, al margen de toda situación excepcional, que, precisamente, es creada por la Administración autonómica en régimen normativo ordinario.

O lo que es lo mismo, una cosa es la detección de “situaciones concretas que por razones difíciles de prever requerían de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes” fundamento de la urgencia y excepcionalidad de la habilitación que el artículo 86 de la C.e. confiere al poder Ejecutivo, y otra diferente es, como ocurre en este caso, por el tenor de la Exposición de Motivos del Decreto así como de su Disposición Final Tercera, antes transcrita, que el Decreto Ley quede convertido en instrumento normativo indicado para acometer situaciones de crisis –sanitaria en este caso–, cuando ningún régimen excepcional está en vigor, limitativo de las facultades y potestades del Legislativo.

Y en línea con el resultado objetivo en que concluye la aplicación práctica del régimen normativo ideado por la Ley 3/20, esto es, como hemos dicho, sustraer al control de la jurisdicción contencioso-administrativo las agravaciones de régimen regulatorio que en cada momento fije la Administración, diremos que a este respecto, ese Tribunal Constitucional ha dicho en sentencia 332/2005, de 15 de diciembre, a propósito de situaciones de empleo del decreto ley para la regulación de contenidos en los que habría bastado normas de rango reglamentario, que es verdad que la Constitución no contempla reservas de reglamento y que cabe regular por decreto ley o congelar el rango regulatorio de determinadas materias anteriormente atribuidas al poder reglamentario, precisamente por tal razón. Ahora bien, siendo válido esto cuando se trata de leyes ordinarias, sin embargo en caso de decretos leyes, esta forma de actuar refleja un uso desviado de la potestad de dictar este tipo de normas. Además de tratar de resolver una situación excepcional, puede intentar, dice ese Tribunal Constitucional, bloquear las posibilidades de impugnación de estas normas y vulnerar la tutela judicial efectiva. Sobre las leyes singulares, la STC 166/1986, los principios de igualdad y seguridad jurídica constituyen límites, que igualmente deben advertirse vigentes, con mayor motivo en caso de utilización del decreto ley, añadiéndose como límite por parte del Tribunal Constitucional el artículo 24 de la C.e. en su sentencia 48/2005.

Efectivamente, en esta última sentencia se dice que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye un límite infranqueable al poder legislativo (ejecutivo-legislativo en caso de decretos leyes) a la hora de dictar leyes medida o singulares. Esa sentencia, la 48/2005 deja claro al legislador, como también debe tenerlo claro el ejecutivo en caso de manejo del decreto ley, que no procede sustituir, sin justificación, la actividad administrativa en supuestos en los que no es posible de otro modo, sin acudir a la jurisdicción ordinaria, controlar plenamente su decisión”.

considerando que con ello se había suspendido la aplicación de la norma, el 10.8 LJCA, y que otra cosa habría sido que se hubiese planteado la cuestión de inconstitucionalidad.

3) Se nos plantea, por primera vez, **la cuestión del pasaporte Covid en el PDF 753/2021**, en el que se pide autorización, conforme al 10.8 LJCA, para exigir el mismo para poder, en discotecas y bares, usar la pista de baile.

Volvimos a dar traslado para plantear la cuestión de inconstitucionalidad, atendido que en el auto de 2-8-2021 el TS había considerado que no se podía suspender la resolución de la pieza cautelar, cosa que, con carácter prejudicial, es muy habitual y que otra cosa es que se hubiera planteado tal cuestión.

Se nos pidió que se adoptase tal medida como medida cautelar, pero la inadmitimos, por no ser un trámite previsto ni ser lógico, al ser el núcleo de la petición principal.

Al final, la DGA tomó la decisión de no exigir dicho pasaporte Covid pero sugerir a los locales nocturnos que lo pidiesen para el uso de la pista. No se si influyó algo que dejamos caer en el segundo auto denegatorio de la cautelar.

Se ha desistido del procedimiento de solicitud.

Estamos ahora ante las consecuencias que pueda desatar la declaración de inconstitucionalidad del segundo estado de alarma.

4) Los PP.DD.FF. 665/2021 y 666/2021. Se impugnan, en dos recursos distintos, una orden SAN/ 861/2021 y una resolución del Secretario General Técnico de Ciudadanía y Derechos Sociales, en el primer caso, y la resolución del Secretario General Técnico en la segunda. La DFP apartado 2 de la Orden prevé “2. *Los trabajadores no vacunados o con infección por COVID en los últimos 180 días que regresen de permisos y vacaciones, así como los de nuevo ingreso en iguales circunstancias, están obligados a realizarse prueba diagnóstica de coronavirus con 72 horas de antelación, como máximo, a la incorporación al puesto de trabajo. Igualmente, una vez incorporados, están obligados a realizarse, como medida preventiva, prueba diagnóstica de coronavirus cada 72 horas*” y la resolución la desarrolla.

En el 665/2021 se dictó auto desestimando la cautelarísima, sin auto de medidas cautelares posterior, porque se pidió la misma y se dijo que se desistía de la cautelar si no se acordaba la cautelarísima.

En el 666/2021 se impugnaba sólo el apartado sexto de la Resolución del SGT, que **obligaba a los no vacunados** a asumir el coste de la prueba diagnóstica. Se suspendió cautelarmente el deber de asumir dicho coste.

5) PO 366/2021. Se recurrió por las iglesias evangélicas la prohibición de cantar dentro de las iglesias, al considerar que es una parte esencial del culto.

Se tramita actualmente el planteamiento de la cuestión.

6) 823/2021, Se recurren las restricciones en visitantes y residentes de las residencias de ancianos en función de la tenencia del pasaporte Covid.

7) Recientemente, la CA ha acordado, sin pasar por la autorización del TSJ del 10.8, cuestionada por éste, requerir el pasaporte Covid para la entrada en locales de ocio nocturno, grandes espectáculos, etc., y se han planteado diversos recursos.

Se han denegado las cautelares.

## COLOFÓN

Como colofón, vemos que es una situación abierta, que en el plano jurídico y especialmente en el judicial, acaba de empezar, y que sigue habiendo, pese a que el TC ha clarificado bastantes cuestiones, muchas dudas, entre otras cosas porque la enfermedad ahí sigue, con nuevas variantes, como la última variante sudafricana, surgiendo nuevas dudas de si debe haber tercera o sucesivas dosis de la vacuna, si el pasaporte Covid debe o no caducar, si las vacunas son realmente seguras y protegen suficientemente, etc.

Si en algo coincidimos los tres participantes en la mesa es en que ha faltado una adecuada regulación nacional de la materia, siendo incomprensible que no se haya promulgado una ley orgánica de pandemias, o bien que, al menos, se hubiese reformado y regulado con más detalle la LO 3/1986, atendiendo a las orientaciones que los tribunales, desde el TC a los TSJ, pasando por el TS, venían dando con sus resoluciones.

Para mí, uno de los principales retos va a ser lidiar con la cuestión del pasaporte Covid en los casos en los que las restricciones afecten no ya a elementos de la vida relativamente “periféricos”, como la asistencia a lugares de diversión, sino a necesidades esenciales como el transporte, el trabajo, etc, así como en materias como los seguros de vida, el trabajo en la asistencia a colectivos vulnerables, etc<sup>6</sup>.

---

6. “A fecha de la corrección de imprenta, se han dictado las sentencias de ambos procedimientos. En la 60/2022 de 8 de febrero, PDF 666/2021 se ha anulado el apartado sexto de la Instrucción contenida en la Resolución de 29 de julio de 2021, del Secretario General Técnico de Ciudadanía y Derechos Sociales.

En la 106/2022 de 1 de marzo, PDF 665/2021 se ha anulado el apartado 2 de la Disposición Final de la Orden SAN/861/2021, de 22 julio y la totalidad de la Resolución de 29 de julio de 2021, del Secretario General Técnico de Ciudadanía y Derechos Sociales”.



# PROBLEMAS CONSTITUCIONALES SURGIDOS EN ARAGÓN CON MOTIVO DE LA PANDEMIA

EVA SÁENZ

Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Zaragoza

## 1. INTRODUCCIÓN

En un momento de anormalidad como el vivido con el covid-19, ¿es necesario mantener las garantías constitucionales previstas respecto a la protección de los derechos fundamentales? ¿Es necesario respetar la Constitución?

Como recuerda la Comisión de Venecia en un documento de 26 de mayo de 2020<sup>1</sup>, existen dos formas de abordar estas crisis. Una que prioriza la eficacia y justifica que no exista el límite de lo previsto por el ordenamiento o bien se fuerce su interpretación en tal dirección. En la teoría política es la narrativa cultivada por Carl Schmitt y que se ha oído en políticos, periodistas e incluso juristas durante la pandemia al calificar de “sutilezas jurídicas” las críticas a algunas de las medidas restrictivas que se estaban realizando. Y la segunda, la propia del Estado de Derecho, en la que el Derecho, y la Constitución en particular, regula, racionaliza y limita el ejercicio del poder en las situaciones excepcionales. La Comisión de Venecia y el Tribunal Constitucional español<sup>2</sup> optan por esta segunda vía. En esta ponencia también. Desde esta perspectiva, por tanto, se denuncia que, con el argumento *necessitas non habet legem*, se han admitido claros desbordamientos constitucionales al admitir restricciones de derechos fundamentales sin las garantías constitucionales.

---

1. «Respeto por la democracia, derechos humanos y el Estado de Derechos durante los estados de emergencia. Reflexiones». Párrafo 8. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2020\)005rev-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2020)005rev-spa)

2. «Lo que importa subrayar es que ni las apelaciones a la necesidad pueden hacerse valer por encima de la legalidad, ni los intereses generales pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales al margen de la ley» (SsTC 52/1983, de 7 de julio, FJ 5; 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 183/2021, de 27 de octubre, FJ 3B).

En las líneas que siguen vamos a ver cuáles son las condiciones que establece nuestra Constitución para que el poder público pueda limitar derechos fundamentales y, a continuación, analizaremos si esas condiciones se han cumplido durante la gestión de la pandemia, con especial referencia a Aragón.

## **2. LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: CONDICIONES**

Según el Tribunal Constitucional, ningún derecho, ni aun los fundamentales, puede considerarse ilimitado. Por tanto, el Tribunal Constitucional acepta y asume la idea de que la imposición de límites por los poderes públicos al derecho fundamental es algo necesario. Pero, de acuerdo con las premisas del constitucionalismo, establece una serie de garantías para evitar el abuso del poder. Veamos cuáles son esas garantías.

### ***2.1. Previsión legal de la limitación***

Según ha determinado el Tribunal Constitucional, «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (artículo 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (artículo 53.1 CE), precisa una habilitación legal» (por todas, STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). Por tanto, en primer lugar, para que un poder público (un gobierno) limite un derecho se exige que el Parlamento, como representante de la soberanía popular, prevea esa posible limitación.

Además, se exige que esa limitación se prevea por ley orgánica cuando afecte a un «aspecto esencial» de un derecho reconocido en la Sección I del Capítulo II del Título Primero (por todas, SsTC 127/1994, de 5 de mayo; 173/1998, de 23 de julio). Entre dichos derechos encontramos la libertad de circulación (art. 19 CE) o el derecho de intimidad familiar (art. 18 CE). En definitiva, la reserva de ley orgánica se da cuando hay un «desarrollo directo de los elementos esenciales» del derecho que el Tribunal Constitucional ha equiparado al establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afecten esencialmente.

### ***2.2. El legislador debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental: la precisión de la ley***

Para que un poder público (un gobierno) limite un derecho se exige una previa habilitación legal, pero, además, en esta tarea el legislador no es libre. Tiene que respetar el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE).

Durante más de cuarenta años de jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional ha ido precisando el significado del «contenido esencial» del de-

recho que debe respetar el legislador. Muy tempranamente el Tribunal Constitucional (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8) mencionó dos caminos complementarios que pueden conducir al análisis del contenido esencial:

1) Por una parte, el Alto Tribunal define el contenido esencial de un derecho subjetivo como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose». En esta configuración ha de tenerse presente «el momento histórico de que en cada caso se trata y las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales».

2) Lo considera también como «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y específicamente protegidos». El contenido esencial del derecho queda, pues, violado, rebasado o ignorado cuando «queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

La evolución de la jurisprudencia constitucional ha llevado a precisar los límites al legislador y a concretar cuándo el derecho se hace «irreconocible» o «impracticable». En este sentido, señala el Tribunal constitucional que un derecho fundamental puede ser restringido «por medio de la ley, siempre que ello responda a un fin de interés general, y los requisitos y el alcance de la restricción estén suficientemente precisados en la ley y respeten el principio de proporcionalidad» (STC 76/2019, FJ 5). Si la ley que restringe el derecho carece de la precisión necesaria, «no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)».

Como ha explicado el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias, son dos las razones que explican la necesaria previsión legal de la limitación de derechos fundamentales. Por una parte, ha de ser el Parlamento, como sede de la pluralidad política y representante de la soberanía popular, el que fija la necesidad de estas limitaciones y sus condiciones. Por otra parte, «en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4).

### ***2.3. El respeto al principio de proporcionalidad en la injerencia estatal al derecho fundamental***

Una vez que haya precisión legal, el gobierno podrá establecer restricciones de derechos. Estas restricciones de derechos deberán, a su vez, atender al principio de «proporcionalidad» en sentido amplio (o «prohibición de exceso»). Según este principio, la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida (juicio de idoneidad), «necesaria» o «imprescindible» al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (juicio de necesidad) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). En suma, pues, la acción gubernamental limitadora debe ser *útil, necesaria y proporcionada*.

En todo caso ha de quedar claro que los tribunales no pueden entrar a juzgar la proporcionalidad de una medida gubernamental limitadora de derechos fundamentales sin el amparo previo de una ley que permita específicamente la limitación. La medida gubernamental limitadora de derechos fundamentales sin amparo específico en ley orgánica es inconstitucional, aunque supere el juicio de proporcionalidad. Así lo reconoce (en teoría) el TS en su sentencia de 24 de mayo de 2021 al señalar que «el tribunal no sustituye la imprescindible habilitación normativa en que ha de descansar la medida de que se trate». También el Tribunal Constitucional al señalar que «Con arreglo a este criterio habrá de examinarse, primero, si las medidas impugnadas resultan acordes a la legalidad; después, si no implican una suspensión de los derechos fundamentales afectados; y, por último, *y siempre que concurran las anteriores circunstancias*, si se presentan como idóneas, necesarias y proporcionadas, vistas las circunstancias que llevaron» (STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 3, el subrayado es nuestro).

## **3. LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA PANDEMIA: LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD**

A continuación hacemos un análisis somero de las distintas etapas en la gestión del covid-19 y los problemas de constitucionalidad que aparecen en cada una de ellas.

### ***3.1. Restricción de derechos fundamentales durante el estado de alarma decretado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo***

En la primera ola de la pandemia, se declaró el estado de alarma por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Esto supuso una centralización de competencias y fuertes restricciones a la libertad de circulación en el ámbito nacional, estableciéndose un confinamiento domiciliario.

Durante este período el gobierno de Aragón no fue competente en la gestión de la pandemia. Las restricciones a los derechos fundamentales se aplicaron, de acuerdo con la legislación de emergencia, de manera centralizada. También el Plan de Desescalada fue aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril y ejecutado por órdenes del Ministerio de Sanidad. A partir de la *Orden SND/387/2020, de 3 de mayo, por la que se regula el proceso de cogobernanza con las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla para la transición a una nueva normalidad*, se dio más participación a las Comunidades Autónomas. Según esta Orden, las autonomías tenían que enviar al Ministerio de Sanidad sus propuestas de avance entre fases. El Ministerio examinaba las propuestas y comprobaba que se adaptaban a los requerimientos. Se establecía una relación bilateral con cada autonomía y finalmente era una Orden del Ministerio de Sanidad la que determinaba la fase de la Comunidad Autónoma. Desde nuestro punto de vista, esta forma de proceder se adaptaba perfectamente a la legislación de emergencia, ya que es el Gobierno central la autoridad competente (art. 7 LOEAE) y es él el que tiene que rendir cuentas de la aplicación de las medidas restrictivas (art. 8 LOEAE). Es a él al que le corresponde, pues, dictar las órdenes que fijen el nivel de restricciones de cada Comunidad Autónoma. Y todo ello se hizo compatible con la participación previa de las Comunidades Autónomas.

Las dudas jurídicas en este momento se centraron en si el confinamiento domiciliario se podía considerar una limitación o era una suspensión del derecho a la libertad de circulación y, por tanto, insuficiente el estado de alarma. La STC 148/2021, de 14 de julio, considera insuficiente la habilitación legal de limitación del derecho de circulación prevista en el estado de alarma (art. 11 a LOEAE) para decretar el confinamiento domiciliario, que califica de «**suspensión**» del derecho y, por tanto, solo amparable bajo el estado de excepción o sitio (art. 55 CE). El Tribunal Constitucional por mayoría consideró que fue una suspensión por la intensidad de la restricción<sup>3</sup>. De cara a futuro significa que para decretar un confinamiento domiciliario el gobierno deberá decretar el estado de excepción con la autorización previa del Congreso de los Diputados (art. 116.3 CE; art. 55.1 CE) y ampararse en la habilitación legal del art. 20 de la LOEAE.

### *3.2. Restricción de derechos fundamentales sin el amparo del estado de alarma*

Desde el mes de junio hasta el 25 de octubre de 2020 en que se decreta de nuevo el estado de alarma las medidas para la contención de los contagios se tomaron por las Comunidades Autónomas al amparo de la legislación sanitaria, especialmente de la Ley Orgánica de Medidas Sanitarias de 1986. Además, en aplicación del art. 8.6 de la LJCA, en su redacción original, se interpretó que las

---

3. Un análisis de la sentencia puede verse en P. GARCÍA MAJADO y M. Á. PRESNO LINERA, «La sentencia del Tribunal Constitucional de España sobre el primer estado de alarma», *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*, 26 de julio de 2021. En línea: <https://www.ibericonnect.blog/2021/07/la-sentencia-del-tribunal-constitucional-de-espana-sobre-el-primer-estado-de-alarma/> (27/10/2021).

medidas restrictivas de los derechos fundamentales –generalizadas– requerían la previa autorización judicial.

Comienza entonces una etapa de gran desconcierto ya que cada Comunidad Autónoma, mediante órdenes autonómicas, utiliza criterios diferentes para establecer confinamientos perimetrales o restricciones al derecho de reunión en su relación con la intimidad familiar. Además, sometidas estas órdenes autonómicas a previa autorización judicial, los criterios judiciales fueron también muy dispares. En Aragón, el 10 de octubre se hace público el auto del TSJA que considera que el confinamiento perimetral de La Almunia de Doña Godina «carece de cobertura legal» porque las medidas «no encajan» con el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública. A la vista de la no ratificación judicial se aprobará un Decreto-ley autonómico. A través del Decreto-ley 7/2020, de 19 de octubre<sup>4</sup>, se establecen confinamientos perimetrales o restricciones al derecho de reunión en su relación a la intimidad familiar sin necesidad de autorización judicial previa. Este decreto-ley se transformaría en la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia Covid-19 en Aragón.

En este momento el debate jurídico gira sobre si las Comunidades Autónomas pueden establecer confinamientos perimetrales o limitaciones a las reuniones familiares durante la no vigencia del estado de alarma<sup>5</sup>. Para responder a esta cuestión son tres las preguntas que deben dilucidarse. En primer lugar, el tipo de norma que tiene que prever estas limitaciones. En segundo lugar, si en la legislación sanitaria están previstas estas limitaciones con la precisión que exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En tercer lugar, la constitucionalidad del sistema de ratificación judicial para restricciones generalizadas de derechos fundamentales.

### 3.2.1 *La necesaria habilitación legal: ley orgánica o ley ordinaria*

Tal y como hemos señalado más arriba, para que un gobierno (estatal o autonómico) pueda establecer una restricción de un derecho fundamental (por ejemplo, pueda establecer un toque de queda, un confinamiento perimetral o limitar el derecho de reunión familiar) debe preverse dicha limitación en una ley. Pero, ¿es suficiente la ley ordinaria o sería necesaria una ley orgánica? Al vincularse la reserva de ley orgánica al concepto de «intensidad» de la restricción, se ha discu-

---

4. Modificado por Decreto-ley 8/2020, de 21 de octubre, del Gobierno de Aragón, y Decreto-ley 9/2020, de 4 de noviembre.

5. Este mismo debate se reproduce una vez finalizado el segundo estado de alarma en mayo de 2021. A partir de ese momento también son las Comunidades Autónomas las que toman medidas como los confinamientos perimetrales, restricciones al derecho de reunión, toques de queda u obligación de certificado de vacunación para la entrada a determinados establecimientos. Igualmente en este momento serán dispares las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque el Tribunal Supremo en casación unificará los criterios. En Aragón, en aplicación de la ley 3/2020, los confinamientos perimetrales o las restricciones al derecho de reunión no requerirán autorización judicial, a diferencia del resto de las Comunidades Autónomas.

tido si los toques de queda o los confinamientos perimetrales pueden considerarse una restricción «puntual» del derecho no reservada a ley orgánica o más bien se trata de una regulación frontal del derecho que no puede considerarse sino «desarrollo» del mismo y reservada a ley orgánica.

Señala que pueden considerarse «puntuales» los confinamientos perimetrales la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021, que resuelve el recurso de casación 3375/2021. Por tanto, este tipo de restricciones puede realizarse «tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas»<sup>6</sup>. En cambio, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2021, considera que el toque de queda nocturno y las limitaciones al derecho de reunión, por su «intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales)», «requieren de una ley orgánica que les proporcione la cobertura constitucionalmente exigible».

Mucho más contundente en la calificación de estas restricciones es la sentencia del Tribunal Constitucional que analiza el segundo estado de alarma. De hecho, el Tribunal Constitucional califica los toques de queda, los confinamientos perimetrales y la restricción a seis personas en reuniones familiares como «limitaciones muy intensas» o «ciertamente intensas» (STC 183/2021, de 27 de octubre, FJ 4C, 5B y 6C). Al vincularse la reserva de ley orgánica al concepto de «intensidad» de la restricción en la jurisprudencia constitucional, estas afirmaciones del tribunal permiten deducir la exigencia de ley orgánica para este tipo de medidas.

Desde mi punto de vista, una previsión de restricción generalizada de derechos fundamentales en un contexto de pandemia no creo que pueda considerarse una «regulación de ejercicio», sino más bien una regulación frontal del derecho que no puede considerarse sino «desarrollo» del mismo y reservada a ley orgánica. Se trata de la afección más grave que puede establecerse a los derechos fundamentales y, además, de manera generalizada y no de manera puntual o individualizada. Sostener que este tipo de limitaciones, como son los toques de queda o los confinamientos perimetrales, son «puntuales» significa vaciar la reserva de ley orgánica. Si estas limitaciones no tienen reserva de ley orgánica, ¿qué otras limitaciones pueden tenerla? En mi opinión, una restricción generalizada a los derechos fundamentales de la Sección I requiere, por tanto, la habilitación legal del Congreso de los Diputados y no es suficiente en estos casos una habilitación por ley ordinaria (estatal o autonómica). Tampoco, por supuesto, un Decreto ley ya que este no puede “afectar” derechos, esto es, establecer una regulación o régimen general de los derechos (STC 111/1983 FJ 8<sup>o</sup>) y de sus elementos esenciales (STC 111/1983, FJ 8, y 182/1997, FJ 6 y 7).

---

6. En la misma línea que esta sentencia, F. VELASCO, «Cuestión de inconstitucionalidad contra la ratificación judicial de medidas sanitarias», *Blog de Francisco Velasco*, 15 de noviembre de 2020. En línea: <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/11/15/cuestion-de-inconstitucionalidad-contra-la-ratificacion-judicial-de-medidas-sanitarias/> (5/4/2021). Para este autor la restricción generalizada del derecho a la libertad deambulatoria requeriría solo de ley ordinaria y de ahí que considere la constitucionalidad del art. 10.8 LJCA.

### 3.2.2. *El respeto al contenido esencial:*

*¿Es la legislación sanitaria suficientemente precisa?*

La Ley Orgánica de Medidas Sanitarias de 1986 prevé en su artículo tercero que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria (...) podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

En este artículo ni se especifica el derecho fundamental que puede ser restringido por esas autoridades sanitarias. Ni, por supuesto, las condiciones y garantías de esa limitación. Por tanto, esa remisión genérica a una «medidas necesarias» en absoluto cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada.

El Tribunal Supremo admite que el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, está dotado de una «clara indeterminación final», pero dicha indeterminación quedaría suplida por los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011. Sin embargo, ninguna de estas leyes tiene el carácter de orgánica ni en ninguno de estos artículos se aprecia ninguna medida específicamente dirigida a limitar la libertad de circulación del art. 19 de la Constitución. Es decir, que aún admitiendo que una ley ordinaria pueda habilitar un confinamiento perimetral (como hace la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2021), estas leyes ordinarias tampoco cumplen los requisitos de precisión requeridos por la jurisprudencia.

En definitiva, la legislación sanitaria actual carece de la precisión necesaria para habilitar que los gobiernos (estatal o autonómicos) establezcan toques de queda, confinamientos perimetrales o restricciones al derecho de reunión. Ni un parlamento autonómico, ni menos un gobierno autonómico, pueden sustituir al Congreso de los Diputados quien, mediante ley orgánica, es el único competente para prever, con las debidas garantías, que un gobierno o un parlamento autonómico puedan restringir el derecho fundamental a la libertad de circulación y el derecho de reunión.

Por tanto, desde esta argumentación, las órdenes autonómicas que se dictaron durante el verano de 2020 o a partir de mayo de 2021 que preveían confinamientos perimetrales, límites al derecho de reunión o toques de queda no contaban con la habilitación legal precisa y serían inconstitucionales, en la línea en la que se pronunció el Tribunal Superior de Justicia en Aragón para denegar el confinamiento de La Almunia de Doña Godina. Pero tampoco podían establecerse estas limitaciones por decreto-ley o ley autonómica, ya que se requería ley orgánica. Por tanto, también las restricciones de derechos fundamentales, como el confinamiento perimetral o la restricción al derecho de reunión, establecidas en el Decreto-ley 7/2020, de 19 de octubre, del Gobierno de Aragón, y posteriormente por la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, carecían de la habilitación legal necesaria. Esta ley, sin embargo, no ha sido recurrida en inconstitucionalidad.

dad, a diferencia de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, cuyos artículos referidos a las posibles limitaciones a la movilidad o al derecho de reunión han sido recurridos por el Presidente del Gobierno, tras reunión del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2021 y después de que se aprobara el dictamen 213/2021 del Consejo de Estado en la misma línea. Este recurso se ha admitido a trámite con fecha de 20 de abril de 2021.

### 3.2.3. *El sistema de ratificación judicial para restricciones generalizadas de derechos fundamentales*

En su redacción original, el art. 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) atribuyó a los jueces de lo contencioso-administrativo la competencia para autorizar o ratificar las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en materia de salud pública. En esta fase de la pandemia se interpretó que las Comunidades Autónomas podrían limitar los derechos de manera generalizada con previa autorización judicial. No obstante, tal y como puso de manifiesto la doctrina, este artículo solo podía interpretarse en el sentido de que se exige la autorización judicial cuando se trate de una medida coactiva a una persona o grupo de personas en concreto cuando no cumplen una orden y es preciso emplear la coerción<sup>7</sup>.

Ante las dudas que suscitaba el art. 8.6 LJCA de cara a autorizar restricciones generalizadas de derechos fundamentales y ante la disparidad de resoluciones judiciales, ratificando o no las medidas restrictivas aprobadas por los gobiernos autonómicos, se dio nueva redacción del art. 10.8 LJCA (DF 2 Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid 19 en el ámbito de la Administración de Justicia), eliminando toda ambigüedad y estableciendo la autorización judicial para –ahora sí expresamente- restricciones generalizadas de derechos fundamentales<sup>8</sup>.

La nueva redacción del art. 10.8 LJCA contradice la jurisprudencia constitucional consolidada y, por tanto, en caso de aplicación por los tribunales, debería plantearse la cuestión de inconstitucionalidad (art. 5.2 LOPJ). Desde mi punto de vista, vulnera la reserva de ley para las restricciones generalizadas de derechos y la reserva del contenido esencial (arts. 81 y 53.1 CE), además del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Supone un cambio radical de modelo de garantía de derechos fundamentales: se elude la garantía legal precisa desde la Constitu-

---

7. J. M. BAÑO LEÓN, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *Almacén de derecho*, 29 de octubre de 2020. En línea: <https://almacendederecho.org/category/autor/jose-maria-bano> (consulta 6/4/2021).

8. Para tratar de solventar la situación de inseguridad jurídica provocada por la disparidad de resoluciones por parte también de los Tribunales Superiores de Justicia, por Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, se realizó una nueva modificación a la LJCA introduciendo el recurso de casación contra los autos de (o de no) autorización o ratificación de las medidas sanitarias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional.

ción y se sustituye por una garantía jurisprudencial que lo único que puede dar lugar en nuestro ordenamiento jurídico es a la inseguridad jurídica.

En esta línea, aunque con diferente argumentación, se ha situado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al plantear ante el Tribunal Constitucional varias cuestiones de inconstitucionalidad sobre el sistema de ratificación judicial para restricciones generalizadas de derechos fundamentales. Argumenta este tribunal que con este sistema se «dota a esta jurisdicción de una dimensión diferente a la que le corresponde como propia» en el sentido de que la Sala tiene una función revisora «y no de cogobierno», vulnerándose los artículos 106.1 y 117.3 y 4 CE. Así planteó la cuestión de inconstitucionalidad por auto de 4 de diciembre de 2020, admitida por el TC por providencia de 16 de febrero de 2021 (BOE de 23 de febrero). En coherencia, volvió a plantear cuestión de inconstitucionalidad el 15 de octubre de 2021 a raíz de la solicitud de autorización del Gobierno de Aragón para implantar el certificado covid.

### ***3.3. Restricción de derechos fundamentales durante el estado de alarma decretado por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre***

Por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, se declara nuevamente el estado de alarma, con una duración inicial de 15 días, pero prorrogado con autorización del Congreso de los Diputados durante 6 meses por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. En virtud de esta declaración, se establece la prohibición general de la movilidad nocturna entre las 23 horas y las 6 de la mañana, pudiendo cada Comunidad Autónoma modular su inicio entre las 22:00 y las 00:00 horas y su fin entre las 5:00 y las 7:00 de la mañana (art. 5). También se establece una limitación del derecho de reunión a un máximo de seis personas (art. 7). Los presidentes autonómicos se establecen como autoridades competentes delegadas en sus respectivos territorios (art. 2.2), y son los que deciden limitar la entrada y salida de sus territorios, para todo el perímetro de la comunidad o para un ámbito inferior (arts. 6.2 y 10) o reducir la reunión familiar a menos de seis personas (art. 7). En la prórroga también pueden decidir sobre la suspensión del toque de queda (art. 10).

La STC 183/2021, de 27 de octubre, ha considerado que tanto el toque de queda como los confinamientos perimetrales, ambas medidas restrictivas «muy intensas» del derecho a la libertad de circulación (art. 19 CE), se amparan en el art. 11 LOEAES. También podrían entenderse amparadas en dicho art. 11 LOEAES las restricciones a la reunión familiar. No obstante, tanto la prórroga de seis meses como la delegación de las restricciones de derechos a los Presidentes autonómicos los considera inconstitucionales por la falta de control político por parte del Congreso de los Diputados. Tal y como señala el Alto Tribunal, «Quedó así cancelado el régimen de control que, en garantía de los derechos de todos, corresponde al Congreso de los Diputados bajo el estado de alarma» (FJ 10D).

Efectivamente, según la legislación de emergencia, a partir de los 15 días es el Congreso de los Diputados el que debería tener el protagonismo ya que establece

«el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga» (art. 6 LOEAES). Al establecer una prórroga de 6 meses, no aprobar los criterios de restricción de los derechos fundamentales y dejar estos criterios a la discrecionalidad de los Presidentes autonómicos, se hace una clara dejación de funciones por el Congreso de los Diputados y desaparece la principal garantía política establecida en la legislación de emergencia. En esta fase ni existieron parámetros para la rendición de cuentas, ni el Gobierno del Estado podía rendirlas. La garantía política del estado de alarma desaparece ya que los Presidentes autonómicos no están sometidos a ningún tipo de control político a la hora de establecer los confinamientos o cambiar el toque de queda<sup>9</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

Los problemas de constitucionalidad en Aragón con motivo de la pandemia derivan de una dejación de funciones por parte del Congreso de los Diputados. Es el Congreso de los Diputados el que debería haber reformado la legislación sanitaria para garantizar la seguridad jurídica en la restricción de derechos fundamentales sin el amparo del estado de alarma. En este sentido, el Congreso podría haber aprobado con rango de ley orgánica una ley similar a la Ley aragonesa 3/2020, de 3 de diciembre. Es también el Congreso de los Diputados el que debería haber establecido los criterios de restricción de derechos fundamentales durante el segundo estado de alarma para poder ejercer su función de control político (art. 6 LOEAES). Y es el gobierno del Estado el que debería haber decretado, de acuerdo con esos criterios, la restricciones correspondientes, acaso con la colaboración de las Comunidades Autónomas, porque es el gobierno del Estado al que le corresponde la debida rendición de cuentas ante el Congreso (art. 8 LOEAES).

Decía Lord Acton que «entre todas las causas que degradan y envilecen a los hombres, el poder es la más constante y las más activa»; «El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente». Con el argumento de la necesidad hemos abierto una ventana al poder que no va a ser fácil de cerrar. Y muchos han estado de acuerdo.

---

9. El hecho de delegar a administraciones territoriales con autonomía política genera también muchas dudas sobre la competencia judicial: si es el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas los competentes a la hora de controlar judicialmente las medidas. Vid. F. VELASCO, «Control judicial en un estado de alarma “autonómico”», *Blog de Francisco Velasco*, 25 de octubre de 2020. En línea: <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/10/25/control-judicial-en-un-estado-de-alarma-autonomico/> (30/4/2021). El auto de 8 de septiembre de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que plantea la cuestión de inconstitucionalidad frente al Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, y al Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, declara su competencia para conocer del decreto de 27 de noviembre de 2020 del Presidente del Gobierno en Aragón ya que, según el tribunal, se trata de una delegación a otra administración con autonomía política, no siendo aplicable el art. 9.4 de la Ley 40/2015.



# LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA DE LA PANDEMIA\*

JULIO TEJEDOR BIELSA

Catedrático de Universidad de Derecho administrativo

**SUMARIO:** I. ANTES DEL 14/3/2020. UNA PANDEMIA LEJANA.- II. DEL 14 DE MARZO AL 20 DE JUNIO DE 2020. ENTRA EN JUEGO EL ESTADO: PRIMER ESTADO DE ALARMA.- II. DEL 21 DE JUNIO AL 24 DE OCTUBRE DE 2020. LA FRUSTRADA “NUEVA NORMALIDAD” Y EL RECURSO A LA NORMATIVA SANITARIA Y DE SALUD PÚBLICA.- III. DEL 25 DE OCTUBRE DE 2020 AL 8 DE MAYO DE 2021. MÁS DIFÍCIL CÓMO ADOPTAR MEDIDAS QUE QUÉ MEDIDAS ADOPTAR.- IV. V. DEL 9 DE MAYO HASTA LA FECHA. LA SEGUNDA “NUEVA NORMALIDAD”, EL DERECHO DE LA NORMALIDAD Y EL DESPERTAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.- A MODO DE CONCLUSIÓN.- NOTA BIBLIOGRÁFICA

## I. ANTES DEL 14/3/2020. UNA PANDEMIA LEJANA

La Organización Mundial de la Salud declaró en enero de 2020 la emergencia de salud pública de importancia internacional provocada por el coronavirus COVID-19. Posteriormente, elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19 a pandemia internacional el 11 de marzo de 2020. Desde ese momento la evolución de la pandemia en todo el mundo ha sido vertiginosa, incluso para la propia Organización Mundial de la Salud, que fue agravando progresivamente su valoración de la situación. Todos hemos asistido a la sucesión de olas epidémicas, que frustraban el deseado retorno a situaciones de normalidad previas a la pandemia.

En España, como en muchos otros países del mundo, inicialmente la COVID-19 se percibió lejana, con una aparente valoración de la situación no sustancialmente

---

\* El texto que sigue es, en lo esencial, la transcripción de mi intervención en la sesión celebrada el 16 de noviembre de 2021 de la trigésima edición del Foro de Derecho aragonés. Se trata, como el lector comprobará, de una exposición cronológica, desde la experiencia de un académico en funciones de gestión en la administración autonómica aragonesa, de las diversas fases de gestión de la pandemia COVID-19, y de los instrumentos y los problemas jurídicos surgidos en cada una de ellas.

diferente de la realizada anteriormente con otros coronavirus. No faltaron afirmaciones de que el impacto de la pandemia sería escaso en España y Europa. Pero hoy ya sabemos que no fue así. De hecho, la pandemia no ha concluido pese a la elevada tasa de vacunación en la Unión Europea y el futuro resulta, cuando menos, incierto. De hecho, los contagios están aumentando en muchos países, especialmente en el norte, centro y este de Europa.

Sin embargo, tras casi dos años de gestión pandémica, no deja de resultarme sorprendente, dada la gravedad de la crisis, sus muchas víctimas, sus muchos costes, que el esfuerzo y la tensión a la que se han visto sometidos los sistemas sanitarios y de salud pública y el personal que en ellos presta servicio, no se haya visto correspondido con un esfuerzo, cuando menos similar, del mundo del Derecho. Es más, tengo la percepción de que el Derecho, junto a los juristas y el propio legislador, por acción y omisión en este último caso, hemos hecho más difícil la gestión de la pandemia. Son varias las razones que me llevan a pensar lo anterior. En primer lugar, porque se ha cuestionado, probablemente con razón, y con razones, pero sin unanimidad, que nuestro ordenamiento jurídico estuviese preparado para afrontar la pandemia tanto desde una perspectiva sustantiva como competencial.

Pero también, en segundo lugar, porque el legislador, estatal especialmente, por razones competenciales, dada la naturaleza de los derechos afectados, no ha sido todo lo diligente que hubiera cabido desear, por omisión, en unos casos, y por defectuosa acción, en otros. Resulta difícil entender por qué razón no se mejoró, adecuándolo a la situación que hemos padecido, lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales de salud pública (LOMSP en adelante), en línea con lo hecho por otros Estados de la Unión y acallando de este modo a quienes achacaban a la indeterminación de esta norma la imposibilidad de gestionar la pandemia con seguridad jurídica, afectando a determinados derechos fundamentales de una pluralidad indeterminada de ciudadanos. Modificar la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, incidiendo sobre la competencia jurisdiccional para autorizar o ratificar medidas sanitarias urgentes, aun potencialmente amparado en el artículo 117.4 de la Constitución, cuando establece que “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior [el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado] y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”, no acabo con la inseguridad, y generó otros conflictos.

Finalmente, en tercer lugar, mis dudas sobre el papel jugado por el Derecho en la gestión pandémica surge porque los aplicadores, tanto en sede ejecutiva como judicial, se han visto obligados a construir las medidas y los criterios de control según iba evolucionando una pandemia provocada por un virus inicialmente desconocido, cuyas características, mecanismos de contagio y efectos sobre la salud han tenido que ser estudiados y combatidos sobre la marcha, según evolucionaba la pandemia, al igual que ha ocurrido con la respuesta más eficaz hasta la fecha, aunque según parece no definitiva, las vacunas. Ese dinamismo,

o improvisación, según se mire, no ha concluido. Sorprende comprobar que, de nuevo a diferencia de lo que están haciendo otros Estados de la Unión, en España hoy en día no se haya diseñado una respuesta jurídica clara al régimen de la vacunación, al derecho a vacunarse o a no hacerlo y a las consecuencias anudadas a tales decisiones, dado su impacto social y atendiendo al hecho de que el Estado ha reclamado su competencia al respecto al recurrir la última reforma de la legislación gallega de salud.

Mi exposición se estructura, por lo anterior, de forma temporal. No es exactamente una narración de lo ocurrido, aunque en ocasiones sea un relato. Es una relectura jurídica de los hechos, identificando problemas y soluciones adoptadas, analizando medidas y controles. Es un recorrido, lo he anticipado ya, que concluye mostrando una profunda insatisfacción, o frustración si se prefiere. En cierto modo, pudiera decirse que nuestra sociedad respondió al virus a pesar del Derecho, a pesar de sus aplicadores, a pesar de sus garantes. La pandemia parecía lejana. No lo fue. Aún no ha acabado. Y habrá otras. Deberíamos mejorar nuestra capacidad de respuesta ordenada porque, cuando el Derecho se convierte en el protagonista en medio de una pandemia mundial, algo falla en el guion.

## **II. DEL 14 DE MARZO AL 20 DE JUNIO DE 2020. ENTRA EN JUEGO EL ESTADO: PRIMER ESTADO DE ALARMA**

Ya antes de la alarma, diversas autoridades autonómicas, entre ellas Aragón, actuaron adoptando medidas de gran intensidad y afección a derechos fundamentales. Aragón lo hizo mediante sendas órdenes de la autoridad sanitaria de 13 y 14 de marzo de 2020 que, remitidas a la autoridad judicial para ratificación, se eximieron de esta, mediante sendos autos de 13 y 16 de marzo de 2020, del Juzgado de instrucción n.º 10 de Zaragoza y del Juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 1 de Zaragoza, respectivamente, por tratarse, en lo esencial, de medidas reglamentarias, excluidas por ello según los órganos judiciales de dicho trámite. Si el primer auto inadmitió “por ser prematura, la ratificación interesada, sin perjuicio de que se solicite respecto de las concretas medidas que se dicten o cuando haya oposición a la ejecución de las medidas genéricas”, el segundo desestimó la solicitud de ratificación porque “no resulta necesaria una ratificación global de un instrumento normativo de la Administración, dictado dentro de sus legítimas potestades y dirigido a la adopción de medidas preventivas adicionales de salud pública en la Comunidad Autónoma de Aragón, por la situación y evolución del COVID-19, todo ello sin perjuicio de que, en la ejecución de la misma, puedan darse situaciones que, de conformidad con lo hasta aquí expuesto y de conformidad con lo que establece el artículo 8.6 apartado 2 de la LJCA, deban ser amparadas judicialmente”. Ambas órdenes, similares a las adoptadas por otras autoridades autonómicas en condición de autoridad sanitaria, se basaron en la normativa estatal y autonómica de sanidad y salud pública, que contempla habilitaciones expresas. Se trató, en ambos casos, de reglamentos de necesidad, difíciles de enmarcar en procedimiento formalizado y que, desde

luego, difícilmente podían alcanzar sus objetivos en el marco del procedimiento, ordinario o urgente, de elaboración de disposiciones de carácter general.

Las medidas fundamentales del primer estado de alarma, declarado mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, fueron, desde una primera perspectiva sustantiva, como es bien conocido, el confinamiento domiciliario, que afectó a la libertad de circulación, entre otros derechos fundamentales, y otras medidas accesorias para hacerlo viable (transportes, abastecimiento, servicios esenciales, plazos procesales y administrativos, cierres de establecimientos públicos y actividades comerciales, entre otras). Por otra parte, en segundo lugar, desde la perspectiva competencial, la declaración del estado de alarma supuso, en este momento, la centralización del mando único en el Gobierno de España, aun otorgándose a diversos ministerios la condición de autoridades competentes delegadas.

El derecho constitucional y el derecho administrativo de excepción no son compartimentos estancos ni se excluyen sino, tanto en el ámbito sanitario como en el de salud pública, como en otros, solapados, compatibles y complementarios. El artículo 6 del Real Decreto 463/2020 vino a reconocerlo al prever que “cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 y 5”. El solapamiento competencial, la concurrencia, son habituales en nuestro marco constitucional, y están también previstos en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (en adelante LOAES). Es un hecho constatable durante la gestión de la pandemia que las autoridades de excepción y las autoridades sanitarias han podido adoptar medidas de forma simultánea, si bien las contempladas en el derecho de excepción se han canalizado a través de este, en tanto ha estado vigente el estado de alarma, otorgándose prevalencia a las decisiones adoptadas por el Estado.

El derecho constitucional y el derecho administrativo de excepción se solapan al menos desde dos puntos de vista. Pueden concurrir simultáneamente las circunstancias que habilitan la aplicación de ambos. Pueden adoptarse determinadas medidas utilizando indistintamente uno u otro, lógicamente conforme al régimen jurídico establecido en cada caso para ello. Las diferencias sustanciales, por lo demás, radican en la centralización competencial, no ilimitada, de carácter instrumental y contingente, vinculado a las necesidades de gestión de la situación que justifica el estado de excepcionalidad constitucional, y, en conexión con ello, el sistema de control, parlamentario y judicial pleno en el caso de la alarma, judicial previo, por la vía de autorización o ratificación, en las circunstancias establecidas en la normativa reguladora del contencioso-administrativo, y, por supuesto también pleno, independientemente del canon de control.

En Aragón, durante esta fase, se aprobaron diversas normas tendentes a lograr una aplicación ordenada de las previsiones del estado de alarma en unas

condiciones absolutamente críticas. Fueron el Decreto-ley 1/2020, de 25 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto generado por el COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Aragón, que estableció medidas estructurales de aplicación del estado de alarma en materia de presupuestos y gestión presupuestaria, personal, contratos, servicios sociales, economía, educación, administración electrónica y cadena alimentaria, entre otras; el Decreto-ley 2/2020, de 28 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas adicionales para responder al impacto generado por el COVID-19 en la Comunidad Autónoma de Aragón, con medidas sectoriales y de transparencia y agilización en subvenciones y contratos; y, de alcance mucho más concreto, el Decreto-ley 3/2020, de 3 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se autoriza la tramitación, por el procedimiento de concesión directa, de determinadas subvenciones para la financiación de proyectos de investigación sobre el SARS-COV-2 y la enfermedad COVID-19.

En todo caso, puede fácilmente constatarse cómo los debates y problemas jurídicos empezaron ya en esta primera fase de gestión de la pandemia. Concretamente, el debate acerca de la incidencia que determinadas medidas incluidas en el primer estado de alarma y, muy especialmente, el confinamiento domiciliario, tenía sobre derechos fundamentales surgió pronto en ámbitos jurídicos, pero, paradójicamente, se intensificó vislumbrando ya su levantamiento como consecuencia de una intensa politización de la cuestión que alumbró, por cierto, posiciones políticas escasamente coherentes, de sucesivo apoyo y cuestionamiento del estado de alarma. La polémica fue muy intensa y a racionalizarla no contribuyó el mundo del Derecho. Hubo posicionamientos diversos, desde quienes consideran que se trató de una medida que afectaba al núcleo duro del contenido esencial (que no es el parámetro utilizado por el Tribunal Constitucional, por cierto, en la Sentencia 148/2021, de 14 de julio, porque nos hallamos fuera de la normalidad constitucional), que comportó la suspensión del derecho, aun no declarada y con criterios gradualistas, hasta quienes entendieron que se trató de una limitación, ciertamente intensa, pero que no implicaba suspensión, derogación temporal del derecho. Voces cualificadas llegaron a comparar el confinamiento domiciliario, estando vigente, con un arresto domiciliario, reclamando, para hacerlo posible, la declaración del estado de excepción. Hoy, ante otra emergencia, la derivada de la erupción volcánica en la isla canaria de La Palma, el Derecho calla, aunque los derechos afectados por las medidas derivadas de la aplicación del plan de emergencias volcánicas de Canarias generen afecciones a algunos de los derechos fundamentales afectados por las medidas adoptadas en el marco del estado de alarma o, al amparo de la LOMSP, por las medidas sanitarias urgentes adoptadas por las autoridades sanitarias y de salud pública, también, como estas, respecto de destinatarios indeterminados.

Tampoco ayudó, para acallar polémicas y restaurar la seguridad jurídica, la endémica demora del Tribunal Constitucional que, a diferencia de otros órganos similares de Estados de la Unión, no resolvió de inmediato los recursos, o cuestiones, que le fueron planteados. Desde la declaración del estado de alarma

pasaron dieciséis meses. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 148/2021, de 14 de julio, sobre el primer estado de alarma, entendió que “una medida de este carácter nunca podría haberse previsto en leyes que pretendieran la regulación u ordenación general del ejercicio de esta libertad, so pena de incurrir en inconstitucionalidad (art. 53.1 CE), sin perjuicio de lo que pudiera disponer la legislación para hipótesis de emergencias coyunturales. No hay que olvidar que, ante coyunturas de «grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» (en palabras del art. 30.4 CE), la libertad de circulación, como otras, podría llegar a redefinirse y contraerse –incluso sin dar lugar a un estado de alarma– con arreglo a lo que el tribunal llamó tempranamente los «límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7)” (STC 148/2021, FJ. 5).

Con ello parece esbozar, de este modo, tres posibles niveles, el general u ordinario, el de la gestión ordinaria de situaciones excepcionales y el de los estados constitucionales de excepción. Pero ubicado en la excepción constitucional, el Tribunal analizó “si tal restricción excepcional impuesta por los apartados 1 y 3 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020 se acomoda a lo previsto en la ley orgánica a la que remite el artículo 116.1 CE (LOAES). En caso de que así sea, procederá analizar si su alcance puede ser calificado como una «suspensión» del derecho, vedada para el estado de alarma. Finalmente, y solo en el caso de que el derecho no haya quedado suspendido, cabrá analizar si la limitación respeta las exigencias de la proporcionalidad” (STC 148/2021, FJ. 5). En este contexto es donde el Tribunal calificó necesariamente como suspensión el confinamiento domiciliario configurado en el primer estado de alarma porque “la regla (general en cuanto a su alcance personal, espacial y circunstancial) es la prohibición de «circular por las vías de uso público», y la «única» salvedad admitida es la de que tal circulación responda a alguna de las finalidades (concretas, sin perjuicio de las dos cláusulas más o menos abiertas de las letras g) y h)) indicadas por la autoridad. Se configura así una restricción [...] de este derecho que es, a la vez, general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite «limitar» para el estado de alarma [«la circulación o permanencia [...] en horas y lugares determinados»: art. 11, letra a)]. Tal restricción aparece, pues, más como una «privación» o «cesación» del derecho, por más que sea temporal y admita excepciones, que como una «reducción» de un derecho o facultad a menores límites. Dicho en otros términos, la disposición no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas «las personas», y por cualquier medio. La facultad individual de circular «libremente» deja pues de existir, y solo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto”. (STC 148/2021, FJ. 5).

El Tribunal Constitucional optó, de este modo, por considerar que, aun hallándose materialmente fundado, o fuera de discusión en sede constitucional, según se mire, la medida de confinamiento domiciliario debió en todo caso

adoptarse previa declaración del estado de excepción. Con ello, lejos de suscitar consensos, ha abierto nuevos debates. Así, siguiendo a Domenech, en el trabajo que se cita en la nota bibliográfica, pueden apuntarse hasta ocho consecuencias prácticas de la opción por alarma o suspensión y los riesgos del criterio gradualista adoptado por el Tribunal Constitucional para delimitar dichos estados: el criterio gradualista de suspensión genera inseguridad jurídica; la excepción no es más tuitiva que la alarma; la autorización previa de la excepción puede resultar arriesgada o poco fundada en situación de epidemia grave; la autorización parlamentaria de prórroga de la alarma es materialmente equivalente a la autorización de la excepción; la excepción puede dar lugar a restricciones excesivas e innecesarias; el plazo máximo de la excepción resulta muy limitado, a diferencia de la alarma, lo que puede frustrar su finalidad; el uso del concepto de restricciones generalizadas y de altísima intensidad para determinar la centralización de competencia en el Estado es inseguro; y la tesis cualitativa desactiva el concepto de suspensión (pero no exime de sujetar las medidas a los principios de legalidad y proporcionalidad).

### **III. DEL 21 DE JUNIO AL 24 DE OCTUBRE DE 2020. LA FRUSTRADA “NUEVA NORMALIDAD” Y EL RECURSO A LA NORMATIVA SANITARIA Y DE SALUD PÚBLICA**

Lo característico de la segunda fase, que se pretendió inicialmente de “nueva normalidad”, rápidamente frustrada, fue el retorno pleno al derecho de la normalidad, tras un proceso de “desescalada” gestionado desde el derecho de excepción, de modo que la gestión de la pandemia se afrontó con instrumentos normativos y de gestión ordinarios estatales, como fue el caso del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, luego sustituido por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, del mismo título, y autonómicos, entre ellos, especialmente, por su proyección a lo largo de esta fase, con sucesivas modificaciones, la Orden SAN/474/2020, de 19 de junio, que dio lugar a la Orden SAN/885/2020, de 15 de septiembre, derogada por el Decreto-ley 7/2020, de 4 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, sustituido por la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, del mismo título (en adelante LCA).

Lo que caracterizó este periodo de gestión de la pandemia COVID-19, en todo caso, fue la forzada asunción del protagonismo de la gestión pandémica por las Comunidades Autónomas y los órganos judiciales competentes para autorizar o ratificar medidas sanitarias urgentes. Dicho protagonismo no decayó en fases posteriores de la pandemia, gestionada fundamentalmente por las autoridades sanitarias autonómicas, si bien durante el segundo estado de alarma nacional el protagonismo judicial fue menor, dada la innecesariedad de autorización de las medidas adoptadas por las autoridades delegadas autonómicas en el marco de dicho estado de alarma. En todo caso, en esta segunda cundió cierto desconcierto,

producto de la incomprensión ciudadana, en un contexto de gran tensión política y mediática, de la diversidad de argumentos y pronunciamientos de los órganos judiciales en cada caso competentes respecto de medidas sanitarias urgentes sustancialmente coincidentes que, además, se adoptaban por las autoridades sanitarias autonómicas en condiciones epidemiológicas igualmente semejantes.

En este contexto de diversidad de interpretaciones en la jurisdicción contencioso-administrativa, y contra el criterio de algunas Comunidades, se aprobó una primera reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) mediante Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Su objeto fue trasladar la competencia sobre autorizaciones o ratificaciones de medidas sanitarias de “limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente” a los Tribunales Superiores de Justicia y a la Audiencia Nacional, en sus respectivos ámbitos de competencia. La competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo quedó limitada a “la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada”.

La reforma, por lo demás, olvidó prever recurso frente a los autos dictados en esta materia por los Tribunales Superiores y la Audiencia Nacional, análogo al de apelación previsto frente a los autos de los juzgados ante los Tribunales Superiores de Justicia en el artículo 80.1.d) LJCA. La diversidad, por ello, continuó, aunque fue reduciéndose poco a poco y, salvo en el caso del Tribunal Superior de Aragón, los órganos judiciales no discutieron su competencia al respecto, fundamentada en el artículo 117.4 de la Constitución. Sin embargo, en Aragón germinó la semilla de la duda de constitucionalidad que, a la postre, se concretó en el planteamiento por su Tribunal Superior de Justicia de cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 10.8 de la LJCA, por auto de 3 de diciembre de 2020, en plena tercera ola pandémica aragonesa, quizá la más grave, quedando bloqueada la vía de autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes contra la pandemia prevista en la normativa sanitaria y procesal contencioso-administrativa, al plantearse el Tribunal reproducir la cuestión de inconstitucionalidad y descartar toda posibilidad de adoptar medidas cautelares, interesadas por la administración autonómica, en estos procedimientos de autorización o ratificación en auto de 19 de octubre de 2021.

El virus volvió, con virulencia, empezando a principios de verano en Aragón y Cataluña. Aragón, en particular, utilizó el ordenamiento de desescalada para reintroducir medidas que consideraba dentro de su competencia. La razón fundamental para ello fue no complicar más las cosas, acudiendo, por remisión, a la regulación estatal de la desescalada, amparándose en el bloque normativo de

la legislación sanitaria y de salud pública. De este modo, la autoridad sanitaria aragonesa restableció parcialmente el régimen jurídico de desescalada, ya conocido por los ciudadanos afectados en cada momento. El primer ejemplo fue la Orden SAN/597/2020, de 13 de julio, por la que se adoptan medidas especiales en materia de salud pública para la contención del brote epidémico de la pandemia COVID-19 en las Comarcas de La Litera, Cinca Medio, Bajo Cinca, Bajo Aragón-Caspe, Comarca Central y Municipio de Huesca. En dicha Orden, por cierto, ya se apuntaban los problemas del alcance de la competencia autonómica, al evitarse inicialmente medidas de confinamiento. Así, se advertía expresamente en su exposición de motivos que “esta Orden excepciona, por obvias razones competenciales, por el notable impacto sobre infraestructuras estatales esenciales y por la territorialidad de las competencias autonómicas, la aplicación de las restricciones a la libertad de circulación que estableció, amparado en el entonces vigente estado de alarma, el artículo 7 de la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad”. Resulta relevante que la norma autonómica apeló a razones competenciales para evitar establecer confinamientos perimetrales.

En todo caso, en este marco, la autoridad sanitaria aragonesa, una vez declarado el fin de la desescalada y decaído el estado de alarma, continuó ejerciendo sus competencias cada vez con mayor intensidad, afrontando una segunda ola epidémica desde el principio del verano, bien es cierto que, como ha quedado señalado, asumiendo inicialmente su falta de competencia para imponer medidas limitativas de la libre circulación. Conviene tener presente, a este respecto, que fue Aragón la primera Comunidad que se planteó la posibilidad de establecer tales medidas limitativas por razones sanitarias sin llegar a hacerlo. Posteriormente la práctica totalidad de las Comunidades las acordaron, autorizándolas o ratificándolas los juzgados de lo contencioso, en un primer momento, y los Tribunales Superiores de Justicia, después. Como luego explicaré, inicialmente los juzgados aragoneses también autorizaron o ratificaron confinamientos perimetrales, pero no lo hizo el Tribunal Superior de Aragón cuando asumió la competencia atribuida por la citada Ley 3/2020, de 18 de septiembre. Esta circunstancia fue determinante de la evolución normativa y de gestión de la pandemia en Aragón.

Mediante auto de 10 de octubre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón la Sala acordó “no autorizar la medida de restricción de la libertad deambulatoria en el término municipal de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza) para la contención del rebrote de COVID-19, contenidas en la Orden de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Aragón de 7 de octubre de 2020”. El pronunciamiento del Tribunal no hubiera tenido excesiva relevancia si se hubiese adoptado como resultado del juicio de proporcionalidad habitual en la práctica totalidad de autos de otorgamiento o denegación de la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes. Sin embargo, no fue así. Como he

señalado anteriormente, en la Sala había arraigado la duda de constitucionalidad sobre su propia competencia al respecto porque, a su juicio, la reforma de la legislación procesal que se la asignó, operada por la Ley 3/2020, partía de una interpretación incorrecta del artículo 3 LOMSP. Para la Sala aragonesa, por tanto, el problema era más profundo, y previo, que el mero juicio de proporcionalidad. Resulta concluyente el fundamento séptimo del citado auto de 10 de octubre de 2020, del siguiente tenor:

“En definitiva, y por todo lo anterior, la Sala no puede considerar que la medida adoptada tiene encaje en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de suerte que cabe concluir en que carece de cobertura legal, siendo ya innecesario proseguir con el examen de los presupuestos que al inicio de la fundamentación jurídica de esta resolución subrayábamos, no sin apuntar que, es igualmente dudoso y por lo mismo que ninguna Administración pueda adoptar la medida que ahora es pretendida por la Consejería de Sanidad, ni siquiera el Estado, se entiende en régimen ordinario, y sin perjuicio del encaje que en el derecho de excepción deba tener por razón de la descripción concreta de la medida adoptada, cuestión ésta también apuntada pero que, más allá del apunte, queda obligadamente fuera del debate.

No estamos diciendo que la gravedad de la crisis no pueda justificar, siquiera sea en abstracto, la adopción de esta u otra medida igualmente grave, como tampoco tenemos motivos para cuestionar, objetivamente, la oportunidad o incluso la necesidad de la medida en un momento dado –ya hemos dicho que el nuestro no es un examen de oportunidad-, sino que lo que decimos es que no entendemos que tal medida tenga acomodo en el régimen normativo ordinario de sanidad y salud públicas al día de hoy.

Lo que decimos es que es muy cuestionable que la misma entre dentro de la frase final del artículo 3 de la Ley Orgánica de medidas especiales en materia de salud pública cuando se refiere como clausula abierta –de siempre peligroso uso cuando del desarrollo de un derecho fundamental se trata- a “las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Y esa seria duda obliga a descartar la cobertura legal de la medida pretendida, como consecuencia del obligado criterio restrictivo de interpretación que la Sala debe seguir por las consideraciones ya dichas, al entender insuficiente la diferenciación introducida por un mero texto procesal en interpretación normativa de una norma de desarrollo de un derecho fundamental, y por tanto de rango superior”.

Se pone en duda, así, la posible adopción de medidas sanitarias urgentes consistentes en la “limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”, y no sólo por las autoridades autonómicas sino, al menos en régimen ordinario, por las estatales. Excedería con mucho de este trabajo analizar en profundidad la fundamentación de este relevante auto, pero sí conviene apuntar, al menos, que parece partir de la imprescindible ubicación de estas medidas en el derecho de la anormalidad constitucional y, en concreto, en el estado de excepción; descarta la aplicación del régimen de intervención pública en relación con la salud individual colectiva regulado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en lo sucesivo

LGS), presupone que la expresa exigencia de audiencia a interesados en el artículo 54.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP) se traduce en la imposición legal de que sólo caben medidas si hay interesados, es decir, si se proyectan sobre personas identificadas, obviando que incluso en tal caso el trámite es prescindible “en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población”; coteja lo establecido en la LOMSP y en la LOAES, presuponiendo que son incompatibles y excluyente la segunda de la primera; realiza una ponderación entre la libertad de circulación del artículo 19 de la Constitución y, exclusivamente, el derecho a la protección de la salud de su artículo 43, para afirmar que “debe descartarse por tanto que nos encontremos ante una ponderación de derechos fundamentales igualmente equivalentes en los que deba optarse por uno u otro”, obviando que la gestión de la pandemia, y las medidas adoptadas en su marco, lo era, lo es al tiempo de escribir estas líneas aún, para proteger el fundamental derecho entre los fundamentales, el derecho a la vida y la integridad física del artículo 15 de la Constitución; obvia, también, la colaboración del legislador autonómico en la regulación de derechos fundamentales, en su ámbito competencial, reiteradamente declarada por el Tribunal Constitucional; y realiza, en fin, una curiosa lectura e interpretación del artículo 3 LOMSP partiendo de la distinción entre el control de “enfermedades transmisibles” y “acometer situaciones de crisis sanitaria, de epidemia, o de pandemia”, para afirmar que dicho precepto sólo permite acordar medidas sobre personas determinadas, obviando su inciso final, autónomo del inicial cuando habilita para la adopción de “las [medidas] que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. El auto, obviamente, era recurrible en casación, pero, pendiente su resolución, continuarían contagios y fallecimientos que acaso podrían haberse evitado en parte de haberse autorizado, previo juicio de proporcionalidad, por supuesto, las medidas cuya autorización denegó la Sala.

El caso es que, como anteriormente he señalado, la duda de constitucionalidad de la Sala germinó en el posterior auto de 3 de diciembre de 2020, mediante el cual la Sala acordó “en el presente procedimiento no 332/2020, de autorización administrativa de medida en materia de legislación sanitaria, a instancia de la Letrada del Gobierno de Aragón, respecto de la Orden de la Consejería de Sanidad de 7 de octubre de 2020, por la que se adoptan medidas en materia de movilidad por razones de salud pública para la contención del rebrote del COVID-19 en el municipio de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), plantear cuestión al Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del artículo 10.8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, introducido por la Disposición Final Segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por posible vulneración de los artículos 106 y 117.3 y 4 de la Constitución española de 1978, con base en los motivos expresados en los fundamentos de la presente resolución”. Obviamente, conforme a la normativa de aplicación, quedó en suspenso el procedimiento, manteniéndose la denegación de la autorización acordada el 10 de octubre, dado que la cuestión se suscitó justo antes de la resolución del recurso de reposición interpuesto por la administración autonómica.

Este auto de 3 de diciembre de 2020 resulta muy ilustrativo de la tesis sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que comportó la imposibilidad de aplicar en Aragón, en tanto resuelva el Tribunal Constitucional e independientemente del curso de la pandemia, la normativa que estaba aplicándose en el resto de España. En lo esencial, la Sala considera que resulta incompatible con lo establecido en el artículo 106 y en los apartados 3 y 4 del artículo 117 de la Constitución lo previsto en el artículo 10.8 LJ porque, en el supuesto regulado en el mismo, “no existe un conflicto concreto de intereses, que haga necesaria una ponderación -que justifica en este caso la intervención judicial- en garantía de un derecho fundamental concretamente amenazado por una actuación administrativa frente a la que, precisamente, el ciudadano destinatario de la misma reacciona”, situando a la Sala “el deber de avalar una decisión enteramente administrativa de restricción, más o menos intensa, de algún o algunos derechos fundamentales, porque en eso consiste en realidad la medida, como única opción para el debido cumplimiento del deber que impone el artículo 43 de la C.e. a los poderes públicos, siendo de reiterar que en esta tesitura por la Administración se plantea un falso conflicto entre el derecho a la salud y el derecho fundamental afectado por la concreta medida adoptada”, obviando de este modo, una vez más y prejuzgando la cuestión, la afeción al derecho fundamental a la vida y la integridad física. Resume el criterio de la sala el siguiente inciso, al final del fundamento sexto del auto:

“Es parecer de esta Sala que el artículo 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo una función consultiva vinculante, prejudicial, apéndice del procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo o una disposición general que excede los límites de la función jurisdiccional que atribuye a todo órgano judicial el artículo 117.3, y que tampoco se justifica, conforme al artículo 117.4, por razón de la garantía de los derechos fundamentales”.

De nuevo excedería del objeto y alcance de este trabajo un estudio detallado de este auto. Pero ello no impide destacar la extraordinariamente restrictiva interpretación del artículo 117.4 de la Constitución, considerando “que la función de garantía de un derecho fundamental –artículo 117.4 de la C.e.–, cuyo titular es siempre el ciudadano individual, permita rebasar el límite de lo judicial, del ejercicio de la función jurisdiccional tal y como debe ser entendida en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, pese al tenor literal de dicho precepto constitucional, que establece que “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”. Acaso pesó en el ánimo de la Sala que, a su juicio, por esta vía “son las Salas de lo Contencioso-Administrativo –Poder Judicial– las que asumen la responsabilidad de una decisión general y política que responde a criterios y motivaciones diferentes a las propias de una decisión netamente judicial, asumiendo, como decíamos al principio, una función consultiva vinculante que la Constitución no le confiere”. Dejando al margen que no es decisión política, sino puramente administrativa, la sujeta al procedimiento cuestionado, lo cierto es que la Sala considera que el artículo 10.8 LJCA priva a la administración del privilegio de autotutela declarativa en relación con las medidas sanitarias urgentes forzando

una intervención judicial determinante que, a la postre, traslada al órgano judicial la responsabilidad de la decisión, o parte de ella.

En cualquier caso, la espoleta en la bomba de la inseguridad jurídica fue la ausencia en la LOMSP de criterios legales suficientemente detallados, de una mayor densidad normativa y concreción de las medidas sanitarias urgentes adoptables en el marco de la normalidad para la gestión de pandemias [aunque el bloque normativo los tenía, a mi juicio, arts. 54 LGSP y, en Aragón, 77 y 80 de la Ley aragonesa 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón (en adelante LSPA), como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo 1102/2021, de 2 de agosto], de una regulación que proporcionase un marco seguro, cierto, a las autoridades sanitarias y de salud pública para establecer medidas y a juzgados y tribunales para ratificarlas. Lo que al jurista debe preocupar, además, es el efecto inútil del Derecho, que esta inseguridad se acabase convirtiendo, o hubiese podido acabar convirtiéndose, pues pendiente está el estudio para determinarlo, en caldo de cultivo idóneo para el recrudecimiento de la pandemia o, cuando menos, para empeorar las condiciones de gestión sanitaria de la misma con efectos epidemiológicos. Esta incertidumbre no resuelta, unida a la confrontación política y a una beligerancia mediática rampante, nos hizo la sociedad soñada por el virus.

Es evidente que las autoridades sanitarias aportaban justificación, y que se vieron obligadas a hacerlo, en España y fuera de España, en un entorno científico muy dinámico e incierto, de colaboración internacional. Y también lo es que la inmensa mayoría, la práctica totalidad de los órganos judiciales tuvieron que afrontar con grandes dificultades la realización en este contexto del juicio de proporcionalidad de las medidas acordadas y sometidas a su consideración cuando afectaban a derechos fundamentales. Pero lo hicieron y, en la mayoría de las ocasiones, considerando justificado el grueso de las medidas propuestas. Hubo motivaciones administrativas del ejercicio de potestades discrecionales para adoptar medidas sanitarias urgentes, al igual que test judiciales de proporcionalidad, mejor y peor fundamentados. También, muy probablemente, han podido existir decisiones administrativas infundadas, incluso arbitrarias, al igual que podrán detectarse supuestos de ejercicio arbitrario del arbitrio judicial a la hora de afrontar el juicio de proporcionalidad. Basta examinar boletines oficial y CENDOJ. Pero el verdadero problema, en mi opinión, no fueron unas ni otros, administraciones o tribunales, el verdadero problema, al menos desde la perspectiva de los gestores autonómicos, fue la inconcreción, generadora de inseguridad jurídica, de la normativa estatal.

La controversia anterior se centró pues, a lo largo de esta segunda fase de gestión pandémica, en la cobertura que proporciona la legislación sanitaria y de salud pública estatal a los legisladores autonómicos, también competentes en la materia, y a la administración sanitaria y de salud pública, para adoptar medidas generales no susceptibles de individualización. La LOMSP permite limitar derechos, sí, pero para proteger otros, entre ellos el fundamental entre los fundamentales, la vida. Se ha generado durante la pandemia un intenso debate doctrinal, con interpretaciones amplias o estrictas, que divide en lo esencial a

administrativistas y constitucionalistas, con excepciones en ambos casos, y, en menor medida jurisprudencial. Pero, aun sin consenso doctrinal, la posición judicial abrumadoramente mayoritaria, ratificada por el Tribunal Supremo, es que el bloque normativo estatal, junto a las normas autonómicas, proporciona cobertura suficiente en un marco de normalidad a medidas sanitarias que afectan derechos fundamentales, tales como toques de queda, confinamientos perimetrales o limitaciones al derecho de reunión.

Subyace en el debate la cuestión de si la LOMSP satisface de forma adecuada la reserva de ley, que ha llegado a ser calificada de “ley de plenos poderes” por los autores más críticos. En cualquier caso, quienes consideran que la escasa densidad de esta norma no satisface las exigencias de certeza y concreción derivadas de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales, consideran, lógicamente y en general, que carecería de eficacia habilitante para cualquier acción que fuese más allá de las medidas individualizadas pues, cubierta la reserva formal, quebraría la material precisamente por carecer de una mínima densidad normativa que predetermine el alcance de las medidas restrictivas. Pero concretar la “densidad constitucionalmente exigible” en una norma como esta, anticipándose a cualesquiera circunstancias de una crisis pandémica, ha de ponderarse en función de los objetivos que la norma persigue, no puede hacerla ineficaz. No desaparecen las garantías tras la ley habilitante, subsisten, como la práctica ha demostrado. Y los errores derivados de una inadecuada determinación se pagarían, probablemente, muy caros. La indeterminación es una opción, opinable sin duda, pero no rechazable *a limine* en una norma que atiende a circunstancias como las que nos ocupan.

Hace tiempo que la indeterminación normativa se asume como algo posible y, en circunstancias como las que nos ocupan, conveniente. Decía KELSEN, en este sentido, que “...todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante, como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse. Así, la promulgación de una norma meramente general se efectúa siempre, conforme a su naturaleza, bajo el supuesto de que la norma individual que surgirá en su aplicación continuará el proceso de determinación que configura el sentido mismo de la secuencia graduada de normas jurídicas. Una ley sanitaria determina que, al estallar una epidemia, los habitantes de una ciudad tienen que adoptar, bajo ciertas penas, algunas medidas para evitar la expansión de la enfermedad. El órgano administrativo queda facultado para determinar esas medidas en forma distinta según se trate de enfermedades diferentes. La ley penal prevé para el caso de determinado delito, una pena pecuniaria o una pena de prisión, dejando al juez decidirse, en un caso concreto, por la una o la otra, fijando su medida; para esa determinación, la ley misma puede estatuir un límite superior y uno inferior”(Hans KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Universidad

Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 350. La referencia ya aparecía en la edición original de 1934).

Por lo demás, en esta fase, de forma paralela a la actuación de las autoridades autonómicas, el Estado, una vez constatado el inicio de la segunda ola epidémica nacional, tercera aragonesa, comenzó a actuar a través del Consejo Interterritorial de Salud y, previa reforma *ad hoc* mediante la disposición final segunda del Real Decreto-ley 21/2020, impulsó medidas coordinadas (la primera el 14 de agosto de 2020, incorporada en Aragón por Orden SAN/749/2020, de 17 de agosto), en torno a las cuales, cómo no, volvieron a suscitarse problemas prácticos e inseguridad, acerca de su efecto vinculante especialmente. El Estado no publicó inicialmente estas órdenes, adoptadas previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud, limitándose a comunicarlas a las Comunidades considerando que “obliga a todas las partes incluidas en ella” (art. 65.2 Ley Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en adelante LCCSNS). Hubo también, de nuevo, dudas e incertidumbre. Concretamente, aunque “los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso” (art. 73.2 Ley 16/2003), el Estado lo considera conferencia sectorial, alegando un auto del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2020, no concluyente, conforme al artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, en lo sucesivo LRJSP). Probablemente, como la doctrina ha afirmado, sea esta configuración la más adecuada a su composición y funciones, pero resulta criticable, una vez más, la inconcreción de la norma estatal, especialmente de lo establecido en el artículo 73 LCCSNS cuando prevé que los acuerdos del Consejo se plasmarán en recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso. En cualquier caso, considerado el Consejo conferencia sectorial, se aplicará el régimen de los acuerdos y recomendaciones establecido en el artículo 151.2 LRJSP con sus respectivos efectos. En el marco de los acuerdos, vinculantes, por tanto, se ubican las estrategias adoptadas a lo largo de la pandemia por el Consejo Interterritorial.

Mención específica merece, en relación con la actuación del Consejo Interterritorial, el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de octubre de 2020, que salió al paso de la utilización de las medidas coordinadas, adoptadas por orden ministerial previo acuerdo del Consejo Interterritorial conforme al artículo 65 LCCSNS, para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales que, a la postre, serían de obligado cumplimiento o adopción por las Comunidades Autónomas. Se afirmó en dicho auto categóricamente que “no aprecia la Sala en la regulación que contiene el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, habilitación legal alguna para el establecimiento de medidas limitativas del derecho fundamental a la libertad de desplazamiento y circulación por el territorio nacional (artículo 19 CE), o de cualquier otro derecho fundamental. Ninguna mención se hace en el precepto, ya sea de forma directa o indirecta, a la posible limitación de derechos fundamentales con motivo del ejercicio de las funciones legalmente encomendadas al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud”. La

respuesta del Gobierno de España a este auto, dado el efecto que producía en la Comunidad de Madrid, opuesta a la adopción de las medidas restrictivas acordadas, fue la aprobación del Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

Lo cierto es que esta segunda fase, inicialmente de una llamada “nueva normalidad”, inaugurada por grandilocuentes afirmaciones de las autoridades estatales de victoria frente al virus, se frustró rápidamente. El virus, lejos de haber sido derrotado, se impuso de nuevo. Antes de que ocurriera, sin embargo, en un contexto de ansiada recuperación de la actividad económica y de normalización de la actividad social, en Aragón se aprobó el Decreto-ley 4/2020, de 24 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la Estrategia Aragonesa para la Recuperación Social y Económica. Confiando en la recuperación tras la primera ola pandémica, en línea con la normativa estatal de la “nueva normalidad” esta norma, vigente hasta el 31 de diciembre de 2020, estableció, para la gestión de la Estrategia aragonesa de recuperación social y económica, laboriosamente construida y consensuada, una serie de medidas, provenientes en parte de los Decretos-ley 1 y 2/2020, en materia de presupuestos y gestión presupuestaria, personal, contratos, subvenciones públicas, servicios sociales, economía e industria, empleo, investigación, enseñanza universitaria, cadena alimentaria y transporte, entre otras. Algunas se incorporaron luego a la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa.

#### **IV. DEL 25 DE OCTUBRE DE 2020 AL 8 DE MAYO DE 2021. MÁS DIFÍCIL CÓMO ADOPTAR MEDIDAS QUE QUÉ MEDIDAS ADOPTAR.**

En la tercera fase de gestión pandémica volvió a declararse un estado de alarma de ámbito nacional mediante el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, modificado y prorrogado, hasta las 0 horas del 9 de mayo de 2021, por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre. Puede afirmarse que, al igual que el estado de alarma declarado por Real Decreto 900/2020, el declarado por Real Decreto 926/2020 fue, también, respuesta a decisiones judiciales enmarcadas en el contexto de inseguridad ya expuesto al analizar la segunda fase de gestión pandémica.

El tercer estado de alarma, segundo nacional, respondió, en mi opinión, a la crisis de gestión derivada, fundamentalmente, de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, Aragón, País Vasco y Castilla y León. Si el ya analizado auto del Tribunal Superior de Madrid dio lugar al segundo estado de alarma, específico para Madrid, y suponía abrir una vía que cerraba la puerta a la adopción de medidas coordinadas restrictivas de derechos

fundamentales al amparo de la LCCSNS en el contexto del derecho de la normalidad, los autos de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2020, ya analizado, y del País Vasco de 22 de octubre de 2020, que cita y asume las tesis del anterior, negando la cobertura de la LOMSP a medidas sanitarias urgentes con destinatario indeterminado, esbozaron un escenario en el que las autoridades sanitarias autonómicas, desde el derecho de la normalidad y en función de la interpretación adoptada por sus Tribunales Superiores de Justicia, podían quedarse sin herramientas para adoptar medidas sanitarias urgentes restrictivas de derechos fundamentales dirigidas a destinatario indeterminado.

También el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León se pronunció, corrigiendo en parte su doctrina, ya declarada la alarma, en autos del 25 y 28 de octubre y 6 de noviembre de 2020, considerando que la limitación temporal de la libre circulación “rebasa el presupuesto habilitante de la Ley 3/1986”. Especialmente relevante resulta el auto de 6 de noviembre de 2020, en el que matiza su posición considerando que la interpretación de la LOMSP ha de abordarse desde una perspectiva de “proporcionalidad y de intensidad de la afectación del derecho fundamental concernido y del ámbito territorial afectado”, de modo que “la fórmula abierta utilizada en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986 que se refiere a las medidas que se consideren «necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible» se ha considerado suficiente para establecer medidas que no comportaban una afectación intensa de un derecho fundamental, se circunscribían geográficamente a una parte de la población especialmente afectada por la enfermedad transmisible con una duración temporal también muy limitada, teniendo en cuenta que se daba el presupuesto legal habilitante y el fin perseguido es constitucionalmente legítimo al estar dirigido a la protección de la salud y de la vida de los ciudadanos, a lo que se venía a unir la necesidad de la autorización y ratificación judicial de las medidas, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales afectados”. Pero advierte también la Sala, antes de denegar la ratificación, que “tras la declaración del estado de alarma la crisis sanitaria provocada por el SARSCoV-2 debe gestionarse y articularse a través del marco normativo establecido por el RD 926/2020 que lo declara, marco normativo en el que se ha alterado tanto la competencia para adoptar las medidas preventivas, como su procedimiento, y que ha determinado las limitaciones de derechos fundamentales derivadas de la situación creada por la actual situación epidemiológica”. La posición de la Sala de Castilla y León, como puede observarse, es mucho más moderada que la sostenida por la del País Vasco y, por supuesto, que la de la Sala de Aragón.

En cualquier caso, la respuesta del Estado a la situación de inseguridad suscitada fue la declaración del estado de alarma, evitando mejorar la regulación establecida por la LOMSP, opción que, probablemente, hubiera reducido la conflictividad y reforzado las posiciones que permitían gestionar la crisis pandémica, incluso afectando a derechos fundamentales, desde el derecho de la normalidad. No fue esa la opción. El Estado resolvió lo ocurrido en Madrid, como he señalado, mediante el segundo estado de alarma de la pandemia COVID-19. No dio respuesta a la situación planteada en Aragón que, como veremos, la Comunidad Autónoma

tuvo inicialmente que resolver por sí misma, ante la extrema inseguridad a la que se abocaba a la actuación de la autoridad sanitaria contra la pandemia. Pero, en cambio, tardó apenas tres días en declarar el tercer estado de alarma, segundo nacional, cuando el bloqueo de las decisiones restrictivas de derechos fundamentales desde el derecho de la normalidad y, consecuentemente, la inseguridad jurídica, alcanzó al País Vasco. El estado de alarma se declaró, así, en toda España, en respuesta a tres pronunciamientos judiciales, fundamentalmente. Y los presidentes autonómicos fueron autoridad delegada.

Como acabo de afirmar, Aragón tuvo que resolver sus propios problemas, derivados del tan repetido auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2020, que luego dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por auto de 3 de diciembre de 2020. Como ha quedado expuesto, al suscitarse cuestión de inconstitucionalidad, el régimen de autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes quedó bloqueado en Aragón pues, de actuar coherentemente, el Tribunal no podía sino replantear la cuestión cada vez que la autoridad sanitaria aragonesa recabase su intervención, quedando en suspenso cualquier procedimiento del artículo 10.8 LJCA que se iniciase. Lo que no era posible, como el Tribunal Supremo tuvo oportunidad de aclarar, es que el Tribunal denegase la autorización o ratificación de medidas por la mera pendencia de la inicial cuestión de inconstitucionalidad, como hizo en el auto de 26 de julio de 2021, con voto particular que apelaba a la jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a las tesis de la Sala aragonesa, auto que el Tribunal Supremo casó en Sentencia 1102/2021, de 2 de agosto, ratificando además las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria aragonesa.

En esta situación y en uno de los momentos más duros de la crisis pandémica, se aprobó el Decreto-ley 7/2020, de 19 de octubre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, rápidamente tramitado y aprobado como Ley 3/2020, de 3 de diciembre, con el mismo título, norma contingente que continuará en vigor “hasta que el Gobierno de España declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19”, según establece su artículo 2. Esta normativa aragonesa constituye desarrollo lógico de la normativa estatal en el ámbito de competencias autonómico, también en lo que afecta a derechos fundamentales, concretando medidas restrictivas, sí, pero también descartando otras, que no reguló pese a estar potencialmente amparadas por la normativa estatal, como pudiera ser el caso del denominado toque de queda, la limitación de la libertad de circulación por tramos horarios en ámbitos territoriales determinados. Como he señalado se trata de una legislación de vigencia temporal, vinculada a la pandemia COVID19, que define estados de alerta aplicables por ministerio de la Ley y regula los confinamientos, igualmente aplicables por ministerio de la Ley, a los ámbitos incluidos en sus anexos. La administración atenúa nivel de alerta o medidas aplicables, pero, como regla general, no agrava medidas, de modo que, tal cual establece su artículo 19.2, “el establecimiento de medidas limitativas adicionales a las que conforman los regímenes de alerta sanitaria se

someterá al régimen establecido con carácter general en la legislación sanitaria y de salud pública y, cuando legalmente proceda, procesal”. De este modo, es la Ley la que ordena el proceso de gestión de la pandemia, delimitando las facultades de la administración sanitaria y concretando las medidas aplicables en función de las circunstancias. La autoridad sanitaria, establecido legalmente un determinado nivel de alerta, puede levantar o modular total o parcialmente las medidas limitativas que lo conforman, siempre en función de su concreta situación epidemiológica y preservando los intereses generales de intervención contra la pandemia COVID-19 y la capacidad asistencial del sistema de salud.

El objetivo fundamental y declarado de esta legislación aragonesa, cuyo modelo inspiró en parte la Ley vasca 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19, y el Decreto-ley canario 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias, fue proporcionar la máxima seguridad jurídica a la actuación de la autoridad sanitaria desarrollando el derecho estatal de la normalidad. Dicha norma fue una respuesta, ante la ausencia de estado de alarma y desde el derecho de la normalidad y las competencias autonómicas, a la situación resultante del auto de 10 de octubre de 2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esa respuesta se planteó, además, desde el normal y responsable ejercicio del poder ejecutivo y legislativo de la Comunidad Autónoma, ambos actuando, en una situación de conflicto, para preservar derechos fundamentales, afectando a unos, ciertamente, para proteger otros. Los problemas y debates fueron, en todo momento, estrictamente jurídicos, procesales y sanitarios. Los órganos judiciales actuaban según su criterio y argumentos. Los poderes ejecutivo y legislativo, por su parte, actuaron también según sus propios criterios, ejerciendo competencias estatutarias y abriendo cauces legales que permitiesen continuar gestionando la pandemia con medidas análogas a las que, según la evidencia científica del momento, muy dinámica, venían utilizándose con la normalidad que las circunstancias permitían en la inmensa mayoría de Comunidades y en otros países de nuestro entorno. El bloqueo no era una opción, asumir contagios sin control no era una alternativa. No había otras alternativas, una vez analizada la situación planteada, que legislar desde las competencias autonómicas, aun cuando fuese desarrollando una normativa estatal manifiestamente mejorable, según han afirmado, con toda razón, doctrina y tribunales, o renunciar a medidas sanitarias esenciales asumiendo el empeoramiento en Aragón de la crisis pandémica.

Por otra parte, la aplicación de la normativa aragonesa contra la pandemia convivió en esta tercera fase de la gestión pandémica con la aplicación del estado de alarma declarado el 25 de octubre, que pudiera decirse que fue de carácter habilitante. Ya en gran medida inicialmente, pero especialmente tras la modificación derivada de la prórroga, su objeto fue, en esencia, prever un catálogo de medidas, con un régimen jurídico sucinto, que sólo adquirirían eficacia si las activaban las autoridades delegadas, que eran los presidentes autonómicos en sus respectivos territorios.

Lo cierto, una vez más, fue que otra medida adoptada para facilitar la gestión de la pandemia fue inmediatamente cuestionada desde un punto de vista jurídico. Este tercer estado de alarma declarado durante la pandemia suscitó también varios interrogantes. En primer lugar, resultaba dudosa la simultánea delegación en todos los presidentes autonómicos, que la LOAES admitía para estados de alarma territoriales, pero no, aparentemente, para uno de ámbito nacional. No faltaron, sin embargo, quienes, frente a la literalidad de la norma, postularon una interpretación de la LOAES que tuviese en cuenta, por un lado, la realidad actual del Estado autonómico, el momento en que la norma ha de ser aplicada y, por otro, la condición constitucional y estatutaria de representantes ordinarios del Estado en sus respectivas comunidades de los presidentes autonómicos. Pero no ha sido esta última la tesis triunfante en el Tribunal Constitucional, como ya sabemos. Por otra parte, en segundo lugar, resulta también discutida la competencia jurisdiccional para conocer de los decretos dictados por los presidentes autonómicos en su condición de autoridades delegadas de la alarma que, aun considerado por el Tribunal Supremo de su competencia al menos en dos autos de 3 de febrero de 2021, fue también reclamada como propia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en auto de 14 de junio de 2021. Finalmente, en tercer lugar, suscitó dudas fundadas, también, la duración del plazo de la prórroga acordada por el Congreso de los Diputados, en sí mismo y por el impacto que generaba dicho plazo y la regulación de la alarma sobre el control por parte del Congreso sobre el Ejecutivo. La incertidumbre sobre el marco jurídico de gestión de la pandemia, una vez más, existía.

El presidente de Aragón, como autoridad delegada del estado de alarma y, según específica expresamente, en su condición de representante ordinario del Estado en Aragón, dictó veintidós Decretos delegados del 26 de octubre de 2020 al 4 de mayo de 2021 de establecimiento o levantamiento de restricciones todos ellos. No era preciso procedimiento alguno ni autorización judicial (art. 2.3 RD 926/2020). Tampoco fue pacífica su actuación. También desde esta perspectiva se produjo cierto debate, y diversos recursos contencioso-administrativos en Aragón interpuestos frente a los decretos delegados, atendiendo a la habilitación conferida, por un lado, y a la posición institucional y competencias del presidente autonómico, por otro. En cualquier caso, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre, que anuló diversos preceptos de los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020, ha de tenerse presente, en lo que respecta a los decretos delegados y una vez anulada la delegación en los presidentes autonómicos, que “no es posible desconocer que las referencias originarias o reformadas del Real Decreto 926/2020 a las autoridades competentes delegadas no tuvieron siempre un sentido jurídico unívoco, pues en unos casos se pretendió apoderar a dichas autoridades para disponer, con diverso alcance, sobre medidas generales ya previstas en el propio Real Decreto, en tanto que, en otros supuestos, aquellas referencias se contuvieron en normas que articularon, en sí mismas, nuevas y específicas medidas. Las previsiones del primer tipo son inseparables de la designación, viciada de invalidez, de estas autoridades competentes delegadas, pero no cabe predicar lo mismo, sin más, de las reglas

que introducen, propiamente, medidas de otro género; medidas que, en lo que ahora importa, pueden considerarse válidas en tanto sean disociables, lógica y jurídicamente, de aquel inconstitucional apoderamiento y siempre que no resultaran por su contenido contrarias, en sí mismas, a la Constitución". Así pues, la disposiciones de los decretos delegados amparadas en el estado de alarma deben considerarse nulas, pero no aquellas otras contenidas en estos que se amparen en competencias propias de la Comunidad Autónoma. Todo lo vinculado al derecho de excepción es declarado nulo, pero la declaración de inconstitucionalidad, en cambio, en lo que respecta las decisiones adoptadas en el marco del derecho de la normalidad, "no afecta por sí sola, de manera directa, a los actos y disposiciones dictados sobre la base de tales reglas durante su vigencia" y el Tribunal Constitucional remite a "los órganos judiciales que estuvieran conociendo o llegaran aún a conocer de pretensiones al respecto", considerando el apoderamiento inconstitucional, desde la de la nulidad de la delegación [FFJJ 10.E) y 11, segundo párrafo].

Esta fase de gestión pandémica, en definitiva, suscitó también múltiples interrogantes. Se discutió si la acción del Estado promovía la denominada cogobernanza o constituyó una pura y simple renuncia del Estado a sus competencias y, en definitiva, a sus responsabilidades; si la LOAES se adecúa al actual estado de desarrollo del Estado autonómico, su relación con el derecho de la normalidad y los límites recíprocos; en conexión con lo anterior, cual es la posición de los presidentes autonómicos como autoridades delegadas, si tal condición puede o no justificarse de su condición de representantes ordinarios del Estado y si el estado de alarma, frente a lo dispuesto en la específica normativa autonómica, puede dotar de potestad reglamentaria a quien ordinariamente no la tiene, o la tiene muy limitada, como es el caso de los presidentes autonómicos; si, asumiendo la condición de autoridad delegada de los presidentes autonómicos, el control de sus decisiones corresponde al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo; o cual es el alcance de la competencia autonómica de desarrollo del derecho de la normalidad, especialmente en relación con cuestiones que afectan a derechos fundamentales y, en relación con esta cuestión, el alcance de la reserva de ley orgánica y su potencial impacto sobre el sistema competencial.

El problema, en este contexto, no creo que fueran solo ni en lo esencial los Tribunales, como no lo fueron tampoco las autoridades sanitarias o de salud pública. Ambos actuaron ejerciendo sus funciones, jurisdiccionales o administrativas, en un marco jurídico incierto. Fue, sobre todo, la indeterminación de la legislación estatal, su falta de adecuación a una situación pandémica como la que estábamos viviendo la causa de la inseguridad. Téngase muy presente que la LOMSP, como la propia LGS, se aprobaron en un contexto en el que no se habían transferido a las Comunidades las competencias en materia de sanidad. Recuérdese, también, que la LOEAES se aprobó cuando no se habían constituido la inmensa mayoría de las Comunidades Autónomas, ni conformado en lo esencial el actual modelo, si es que como tal puede calificarse, de Estado autonómico.

## V. DEL 9 DE MAYO HASTA LA FECHA. LA SEGUNDA “NUEVA NORMALIDAD”, EL DERECHO DE LA NORMALIDAD Y EL DESPERTAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Concluido el segundo estado nacional de alarma, tercero de la pandemia, España inició de nuevo el camino para volver a la “normalidad”. El proceso de vacunación se desarrolló vigente el estado de alarma, que decayó un mes antes de alcanzarse el porcentaje objetivo para generar inmunidad de grupo. La gestión de la pandemia volvió en exclusiva al derecho de la normalidad estatal y autonómico, que hasta esa fecha venía simultaneándose con la aplicación del tercer estado de alarma.

Como cabía esperar, surgieron de nuevo pronunciamientos muy diversos, que el Gobierno trató de atajar mediante una segunda modificación de la LJCA, mediante Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Lo cierto es que, pese a que la reforma, objeto de unas interesantes *Consideraciones de urgencia sobre la reforma de la Ley jurisdiccional 29/1998 (LJCA) por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, fue criticada en el foro y fuera de él, su efecto, con la notable excepción del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, fue balsámico desde el momento en que el Tribunal Supremo empezó a emitir resoluciones en la vía de recurso que se estableció.

La primera sentencia del Tribunal Supremo fue la 719/2021, de 24 de mayo, que, en lo esencial, realizó dos afirmaciones absolutamente fundamentales, que se han mantenido ya constantes en pronunciamientos posteriores, independientemente del sentido del pronunciamiento en instancia y en la resolución del Tribunal Supremo. La primera fue que, pese a las amplias críticas de las que había sido objeto, la legislación sanitaria estatal y autonómica, con la LOMSP a la cabeza, proporcionan cobertura suficiente, mediando juicio de proporcionalidad, a las medidas limitativas de derechos fundamentales acordadas por la administración. La segunda, no menos relevante, que no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica, citando conocida jurisprudencia constitucional y admitiendo limitaciones puntuales por ley ordinaria, estatal o, dentro de sus competencias, autonómica. A esta primera sentencia siguieron otras, como por ejemplo las sentencias 788/2021, de 3 de junio, que insistió en la cobertura que proporciona la LOMSP y en la necesaria y proporcionada motivación; 920/2021, de 24 de junio, que exige que la solicitud de autorización o ratificación sea presentada por los Letrados de servicios jurídicos y no por la autoridad sanitaria que emite las medidas urgentes; 1092/2021, de 26 de julio, también muy

relevante en relación con la producción de efectos de medidas sanitarias sujetas a procedimiento de autorización o ratificación; 1102/2021, de 2 de agosto, que casó el auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 26 de julio de 2021, ya analizado, y ratificó las medidas acordadas mediante Orden aragonesa 13 de julio de 2021, que limitaba movilidad en horario nocturno en varios municipios, reconociendo expresamente que la legislación de salud y de salud pública de Aragón, en el marco de la estatal, permite la aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales; y 1112/2021, de 14 de septiembre, que aceptó la exigencia de pasaporte COVID para acceder a determinados establecimientos.

Lo cierto es que tanto en la segunda fase (21 de junio de 2020 a 24 de octubre 2020) como en la cuarta (desde el 9 de mayo de 2021 en adelante) han causado desconcierto y problemas, probablemente con consecuencias sanitarias, los criterios judiciales para ponderar el otorgamiento de tutela cautelar o la proporcionalidad de las autorizaciones que, confrontados con la justificación de la autoridad sanitaria, a veces obviada, no siempre estuvieron suficientemente motivados ni, aun siéndolo, de forma razonable, lo que determina un uso que pudiera en ocasiones llegar a calificarse como arbitrario de la potestad jurisdiccional, al igual que, en similares circunstancias, puede serlo el de la discrecionalidad administrativa. Es arbitraria la decisión que no responde a motivos racionales fundados. No han sido pocos los pronunciamientos judiciales que han obviado “la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y (...) la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la Covid-19”, en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021, y aun inaplicado en bloque legislación estatal y autonómica directamente relacionada con la materia, como pone de manifiesto el fundamento de derecho séptimo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 164/2021, de 20 de mayo.

Fueron muy diversos los criterios manejados en sede judicial, ya sea en vía cautelar, de autorización o ratificación o de control pleno, en relación con la actuación administrativa para la gestión de la pandemia y, con cierta frecuencia, para ponderar los intereses generales con los intereses particulares alegados que, a mi juicio, difícilmente permitían fundamentar un pronunciamiento fundado o correcto ejercicio de la función jurisdiccional. Los que siguen serían algunos ejemplos de ello:

a) Presunciones y prensa como fundamento de valoración epidemiológica e irrazonable ponderación de intereses en sede cautelar obviando el criterio de la autoridad sanitaria (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de septiembre de 2020): *“Con relación a si pueden causarse perjuicios graves al interés público por la suspensión, la conclusión a que se llega es que no. En primer lugar, porque no se ha acreditado o justificado en la Orden, aunque sí se diga, que los acontecimientos que se pretende restringir hayan sido realmente un factor determinante del incremento de casos, cabiendo recordar que, entre las muchas informaciones contradictorias, la que parece más segura es que el rebrote de julio-agosto en Aragón parece que se originó en el trasiego de temporeros en las zonas limítrofes de Aragón y Cataluña, afectando a ambas regiones, y cuyo factor de contagio nada*

tiene que ver con lo que ahora se limita, sino con su movilidad, hacinamiento en lugares mal acondicionados, traslado a pisos-patera, etc. Es decir, se hace una afirmación en la exposición de motivos, pero sin siquiera detallar el por qué se dice tal cosa". El uso de la prensa, también, en auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de julio de 2021.

b) Daños morales de novios e invitados a bodas, a los gastos de estos, la problemática de reducir el número de invitados o daños económicos (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 80/2020, de 24 de septiembre).

c) Valoraciones epidemiológicas judiciales sin cobertura probatoria ni pericial alguna frente al criterio de la autoridad sanitaria, o negando directamente la eficacia de sus informes (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 80/2020, de 24 de septiembre).

d) Ponderación del carácter inmediato de los daños económicos obviando el carácter inmediato de los daños al interés general (concretados en la salud y la vida de personas y daños económicos al sistema sanitario) derivados del mantenimiento del riesgo y la secuencia de contagios (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 80/2020, de 24 de septiembre).

e) Contraposición y presunción de un supuesto "relajo o comodidad de la Administración y demás poderes públicos a la hora de decidir nuevas restricciones" con unos supuestamente elevados "estándares de exigencia y calidad" de los tribunales (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 80/2020, de 24 de septiembre).

f) Valoración judicial de los tiempos o la urgencia de actuación de la autoridad sanitaria, minusvalorando las demoras en sede judicial (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 87/2020, de 5 de octubre).

g) Negación de ponderación de libertad de circulación con el derecho a la vida o a integridad física usando solo la obligación de la administración de proteger la salud, de menor rango (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de octubre de 2020).

h) Rechazo de medidas porque, de aceptarlas, podría acabar justificándose "el aislamiento de los enfermos sin atención médica con la justificación de que pueden contagiar a los sanitarios" (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 80/2020) o incluso, rechazo cautelar de medidas imaginarias, o imaginadas, como "el confinamiento obligatorio en centros de cuarentena" (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 164/2021, de 20 de mayo).

i) Exigencia del procedimiento de elaboración de reglamentos para adoptar medidas sanitarias, que, a todas luces, las hace del todo inviables e ignora el evidente estado de necesidad (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 164/2021, de 20 de mayo).

j) Negación de la evidencia científica, acreditada por la administración, obviando su criterio, para identificar criterios judiciales alternativos, sin motiva-

ción alguna, afirmando que “no consta de modo apriorístico (...) una directa relación entre la hostelería y el nacimiento de los nuevos brotes, ni se puede ver como inevitable que el mantenimiento, mientras se ventila el trámite de cautelares, de los horarios de mayor apertura, o el de aforo del 75%, dé lugar a un incremento de los contagios” pero sí, a criterio del tribunal, que “como es público y notorio, han sido los viajes de fin de bachillerato, así como las fiestas ligadas a fin de curso, a menudo con características de botellón, como se ha podido ver en los medios de comunicación, los que han generado los nuevos brotes” (auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de julio de 2021).

Con la “normalidad”, de nuevo, emergió la inseguridad jurídica, una vez más el Derecho, un instrumento, se convirtió en protagonista. Es reseñable, en este momento, la adopción de medida cautelarísima en perjuicio del recurrente, que sorprendentemente la solicitaba, por auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de julio de 2021, levantada al día siguiente tras las alegaciones de la administración, el 13 de julio de 2021, porque, al suspender la orden de la autoridad sanitaria que modulaba las medidas propias del nivel de alerta 2, entonces vigente, empeoraba la situación del recurrente al recuperar plena vigencia las medidas propias de ese nivel de alerta, mucho más rigurosas que las resultantes de la modulación. Tras ello, por cierto, mediante auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 20 de septiembre de 2021, la Sala suscitó una nueva cuestión de inconstitucionalidad contra los arts. 15.4, 18 y 19 y Anexo II de la Ley 3/2020 y el artículo único.dos del DL 4/2021 (8/7/2021), apelando a los artículos 9.3, 24 y 86.1 CE, cuestión en la que, a la postre, parece subyacer una especie de reserva de administración que la Sala promueve frente a la acción del legislador sanitario. Básicamente considera la Sala que estamos ante “materia administrativa” y que su regulación legal limita el control jurisdiccional, y una pretendida tutela cautelar, cuando en realidad, ni existe “materia administrativa” en nuestro modelo constitucional, ni desaparece el control, aunque cambien el parámetro y el controlador. Con un Tribunal Superior de Justicia que se bloqueó a sí mismo y a la autoridad sanitaria al plantear cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 3/2020 y que exige el procedimiento de elaboración de reglamentos para las medidas sanitarias normativas urgentes poco más cabía hacer. Legislar o asumir contagios.

El resultado de esta fase fue, en definitiva y una vez más, más incertidumbre, más dudas, más cuestiones abiertas. De nuevo, surgió el debate sobre el encaje constitucional del régimen de autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias urgentes, pese a los inequívocos pronunciamientos del Tribunal Supremo. Otra vez se debatía sobre el arbitrio y arbitrariedad judicial, y no solo sobre la discrecionalidad y la arbitrariedad administrativa. Se intensificaban las exigencias de motivación, se cuestionaba desde el foro, sin pericial alguna de contraste y en una situación epidémica tremendamente volátil, alterada como estaba por la incidencia creciente del proceso de vacunación, la suficiencia de la aportada por las autoridades sanitarias y, en sentido contrario, la racionalidad de la valoración judicial de la justificación técnica de medidas extraordinarias en sede cautelar y de autorización o ratificación. Se cuestionó también el diseño del recurso de

casación en relación con los autos de los Tribunales Superiores de Justicia sobre autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes introducido al final del estado de alarma.

En esta fase surgió, además, otro debate, que no puede aquí abordarse en profundidad, pero que generó también conflicto entre el Estado y la Comunidad de Galicia, el de la obligación de vacunación, en general o específicamente para el ejercicio de ciertas actividades o el acceso a ciertos lugares. El Tribunal Supremo ya ha aceptado la exigencia de exhibición de documentación para el acceso a determinados establecimientos en su sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre, utilizando como norma habilitante solo el artículo 3 LOMSP, en el marco del conjunto del ordenamiento sanitario y de salud pública, apelando a normativa europea y afirmando, en definitiva, que “el derecho fundamental a la protección de datos no resulta limitado por la medida que se pretende, y que los derechos fundamentales a la igualdad y a la intimidad proyectan una tenue intensidad cuando se enfrentan con la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y con la protección de la salud que defiende el interés general de todos a sobrevivir a la Covid-19” (FD. 9).

En mi opinión el derecho fundamental a incrementar el riesgo de contagio o contagiar no existe en un contexto racional de ponderación de derechos, que es el que debería haber regido las acciones de la autoridad sanitaria y los tribunales. Dice aún el artículo 7 del Código Civil que “los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe” y, coherentemente, que “la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”. Y en eso han andado los gestores pandémicos, en eso andan todavía hoy, bien es cierto que aplicando lo que el Código llama leyes especiales, en concretar tales exigencias de la buena fe, en impedir el abuso de derecho o su ejercicio antisocial, en concretar las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Unos derechos limitan a otros. Y, como acaba de precisar T. de la Quadra recientemente en la revista *Teoría y Realidad Constitucional*, nº. 48, 2021, p. 23, distinguiendo conceptualmente limitación, restricción y suspensión de derechos, para hablar de limitación “no se trata ni siquiera de que una Ley ponga o no ponga determinados límites que marquen las fronteras de los derechos; son los mismos derechos en su interacción con los demás los que hacen surgir los límites a partir de los cuales los derechos se reconfiguran o, incluso, desaparecen; límites que los propios tribunales –incluso sin ley alguna previa– constatan”. Bien es cierto que apela dicho autor a la Constitución como canon determinante del contenido y alcance de los derechos que garantiza cuando interactúan o entran en conflicto entre sí. Pero afirma también, y atendidos a ciertos debates de tiempos de pandemia, no es cuestión menor, que “la limitación de derechos no

proviene así de un acto de libre voluntad ni del legislador ni de los jueces, sino de un «descubrimiento» de dónde están sus límites en función de las concretas e infinitas circunstancias de cada caso que ningún legislador puede prever”. No se le puede pedir a la Ley, en definitiva, lo que la Ley no puede hacer.

En similar sentido, S. Muñoz Machado, un cualificado intérprete de la vigente legislación sanitaria, ha afirmado, refiriéndose a lo establecido en la LOMSP, que “todas las autoridades competentes en materia de sanidad quedan, por tanto, dentro del ámbito de su competencia, habilitadas para adoptar esas medidas. Es genérica la habilitación, pero nunca ha sido más específica en la legislación sanitaria histórica. La razón es que difícilmente se puede acotar más la discrecionalidad de la Administración, mediante una regulación legislativa más densa, ante situaciones y desarrollos imprevisibles de la infección” (“El poder y la peste de 2020”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º. 90-91, 2020-2021, pp. 123-124). Y, además, desde una perspectiva competencial, “nada hay en estas previsiones que se oponga a que cada entidad autónoma de carácter territorial adopte las medidas urgentes que se consideren necesarias en caso de epidemia. Como siempre ha ocurrido a lo largo de la historia sanitaria de nuestro país” (en el mismo trabajo, p. 124).

Pero hete aquí que, en España, existe una norma apenas utilizada, aprobada hace cuarenta años, aplicada hasta el inicio de la pandemia una sola vez, que, al regular el derecho constitucional de excepción, introduce una referencia a las epidemias al conformar el supuesto de hecho de uno de los estados, el estado de alarma. Y el Gobierno de la Nación, aplicando esa norma en una situación de absoluta emergencia sanitaria, por todos reconocida, en España y en el mundo, con graves riesgos para la vida y la salud de la población, decidió declarar el estado de alarma, incorporando al mismo una serie de medidas sanitarias urgentes, en absoluto anómalas en la gestión histórica de pandemias, centralizando así la competencia para hacer frente a la expansión del mortal virus. Y es que esa norma, vinculándola o no al poder público, prevé tal declaración en supuestos de “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”. En todo caso, las autoridades sanitarias, conforme a su normativa específica y según prevé la propia normativa estatal del derecho de excepción, y se estableció en el estado de alarma, continuaron actuando, como no podía ser de otra manera.

En este contexto surgió el debate jurídico que he tratado de exponer en las páginas precedentes, con unos efectos sociales y mediáticos que, en mi modesta opinión, deberían hacer reflexionar a sus protagonistas. Más allá de la transitoria desaparición de algunos órganos que hoy se erigen en protagonistas, se utilizaron palabras gruesas en los medios de comunicación, impropias de un debate jurídico sereno y que, en realidad, pretendían más imponer las propias tesis con aspavientos y afirmaciones tautológicas que racionalizar la aplicación de una normativa deficiente y superada por el tiempo para que las autoridades sanitarias y de salud pública pudieran actuar centrándose en la lucha contra el virus y a la atención a los enfermos. Debiera ser causa de vergüenza para las instituciones del Estado y para el Derecho, y los juristas, la extrema inseguridad

generada, que habrá tenido costes sanitarios. No es causa menor para ello que no falten quienes se han erigido en defensores del Estado de Derecho y de su personal lectura de las garantías constitucionales criticando a quienes, a su juicio, vulnerando el recién descubierto derecho de excepción y su pretendida prevalencia sobre la histórica normativa sanitaria, cometían todo tipo de tropelías, cuando, en realidad, únicamente se oponían a una determinada lectura de esas garantías y del Derecho, en un escenario de gran división doctrinal y, en menor medida, en mucha menor medida, judicial. Satisfechos con la razón ganada los hay en todos los bandos y en todas las bandas.

Sirve de poco que el Tribunal Constitucional, extremadamente dividido, haya empezado tardíamente a pronunciarse sobre algunos de los elementos de debate que, como la cuestión del concepto de limitación o suspensión de derechos, distan mucho de estar resueltos. Algo parecido ocurre con los pronunciamientos del Tribunal Supremo que legitiman la acción de la autoridad sanitaria y, frente al populismo jurídico que considera casi todo materia orgánica al hablar de derechos fundamentales, expone la jurisprudencia constitucional sobre el encaje de la ley ordinaria en el desarrollo de estos. Siguen dictándose autos como el de 22 de noviembre de 2021, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que, aunque lo niegue, cuestiona sin contraste científico los criterios epidemiológicos de la autoridad sanitaria y argumenta para ampliar los derechos fundamentales afectados por las medidas cuya autorización deniega, cuyo objeto es la protección del derecho a la vida y la integridad física y la protección de la salud y, en palabras del Tribunal Supremo, “el interés general de todos a sobrevivir a la Covid-19” (sentencia del Tribunal Supremo 1112/2021) incluyendo, por ejemplo “las libertades de expresión y creación artística por ejemplo cuando de Karaoques se trata”. Gracias al citado auto personas no vacunadas pudieron continuar cantando en los karaokes de Euskadi hasta que el Tribunal Supremo se pronunció mediante sentencia 1412/2021, de 1 de diciembre, reiterando expresamente los argumentos de su anterior sentencia 1112/2021, de 14 de septiembre.

También reseñable, en relación con la misma cuestión del control de los no vacunados, es la providencia de 22 de noviembre de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que, insistiendo en su duda de constitucionalidad del artículo 10.8 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en lugar de desestimar la autorización como hizo en un supuesto anterior, por hallarse planteada cuestión en un procedimiento previo, lo que dio lugar a sentencia del Tribunal Supremo 1102/2021, que casó el auto y autorizó la medida, como ha quedado expuesto), anticipándose a negar el bloqueo que con ello genera de la actuación de la autoridad sanitaria aragonesas por la vía legalmente establecida. Pues bien, adoptadas medidas sanitarias urgentes mediante Orden SAN/1561/2021, de 23 de noviembre, mediante auto de 3 de diciembre de 2021 la Sala de lo contencioso-administrativo adoptó medida cautelarísima, interesada por la asociación recurrente, esgrimiendo, entre otros motivos, hipotéticas lesiones al derecho de reunión, dejando al margen discutibles consideraciones acerca del concepto de proporcionalidad y los argumentos de la autoridad sanitaria en el

caso. No está de más poner de manifiesto que la misma Sala que en sentencia 164/2021, de 20 de mayo, anuló una orden de la autoridad sanitaria aragonesa, de naturaleza normativa, porque, entre otras cuestiones, no se observó el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general, obviando la naturaleza de tal orden de reglamento de necesidad y su específica cobertura en la normativa sanitaria, cuestiona ahora pese a la alegación del recurrente, que la orden recurrida tenga dicha naturaleza. Por lo demás, lo verdaderamente grave es que la posición de la Sala de Aragón, al bloquear la vía de autorización o ratificación utilizada en el resto del país, bloquea también el remedio que el legislador estatal estableció para unificar criterios, la peculiar casación ante el Tribunal Supremo regulada a estos efectos, impidiendo a la administración autonómica aragonesa acudir a una vía que, en la única ocasión en que fue utilizada, permitió al Tribunal Supremo intervenir con criterios radicalmente diferentes a los sostenidos, y no enmendados hasta la fecha, por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El virus sigue entre nosotros. Algunas autoridades sanitarias y de salud pública continúan trabajando en un contexto de extrema inseguridad y, con seguridad, las posibilidades de acción a su disposición serán diferentes, siendo las mismas las necesidades, en los territorios que conforman España en función del Tribunal que se pronuncie (o que no se pronuncie, en algún caso). Hoy el debate, en Europa y en España, es el de la obligación de vacunar y los efectos de la decisión personal de no ser vacunado. Tras la lectura del Código Civil, tras el examen de la legislación sanitaria y de salud pública, estatal y autonómica, todo ello en el marco de una recta comprensión del juego e interrelación de los derechos fundamentales entre sí, ¿cabe afirmar que ha de ser el mismo, en una situación pandémica, el estatuto jurídico de una persona vacunada y otra no vacunada, pudiendo estarlo? ¿ha de aceptar pacíficamente quién ha sido vacunado el riesgo de ser contagiado por una persona no vacunada? ¿ejercer el hipotético derecho a no ser vacunado, que está en discusión, y la libre circulación es inobjetable en Derecho? ¿forma parte del contenido esencial? ¿puede ser regulado en normativa sanitaria o de salud pública, estatal o autonómica? ¿realmente es precisa una ley orgánica para regularlo? ¿y los restantes derechos fundamentales? No existe el derecho a contagiar y, para negarlo, no forma parte de derecho fundamental alguno y, a mi juicio, las medidas precisas para garantizar que así sea no requieren normas específicas que lo digan. Aunque las hay.

Tras la polémica suscitada por el artículo 3 LOMSP, otra parecida podría llegar a suscitarse, a la hora de justificar incluso la exigencia, vacunación o de controles basados en la acreditación de la vacunación, en el artículo 2 de la misma Ley, conjuntamente con el citado artículo 3, cuando establece que “las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”. ¿Qué impide que entre esas medidas

de control pueda exigirse la acreditación de la vacunación en determinadas situaciones concretando el efecto de su ausencia, además, sobre las libertades de circulación y reunión? Parece que el “peligro para la salud de la población” empieza a ser evidente a la vista del aumento de contagios vinculado a la existencia de personas no vacunadas, pudiendo estarlo, y la elevada incidencia de estos, en términos relativos, en el sistema hospitalario. Tales controles, además, responderían específicamente a la “situación sanitaria concreta de un grupo de personas”, el de los no vacunados, pudiendo estarlo, y a “las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”, como puedan ser las de centros asistenciales o de servicios sociales u hostelería, entre muchos otros, a los que habría que referir y limitar la exigencia de acreditación de la vacunación. A diferencia del artículo 3 de la misma LOMSp, por cierto, este artículo 2 no se refiere para nada a enfermos o necesidad de individualización. Estos controles son posibles con la normativa vigente.

Ya he defendido que, a mi juicio, hubiera resultado muy conveniente mayor precisión legal para la gestión pandémica, una precisión que hubiese evitado convertir al Derecho y los juristas en protagonistas y centrar la atención en las medidas sanitarias precisas para combatir la pandemia en un entorno de certidumbre jurídica para las autoridades sanitarias. Sin embargo, pienso también que un excesivo detalle de la norma no siempre es conveniente ni necesario. De nuevo a este respecto hay que proceder de forma equilibrada. No hace falta ser un experto epidemiólogo para advertir que resulta difícil imaginar todo el catálogo de posibles medidas sanitarias precisas para combatir crisis pandémicas actuales o futuras, de agentes patógenos conocidos o por conocer. La indeterminación, en determinadas materias y niveles, puede ser precisamente lo necesario, la regulación adecuada. Ciertamente, podría regularse la cuestión de la vacunación, u otras muy polémicas durante la pandemia como los toques de queda o los confinamientos perimetrales, con mayor detalle, incluso desarrollando la genérica previsión establecida en los artículos 2 y 3 LOMSP, siempre conforme a la distribución constitucional de competencias.

Así lo intentó el legislador gallego, desarrollando lo establecido inicialmente en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, mediante la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de reforma de la anterior. El caso es que dicho precepto fue recurrido por el Presidente del Gobierno, inicialmente suspendido conforme al artículo 161.2 de la Constitución, según providencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 2021, si bien en la actualidad la suspensión se limita a la medida 5ª del citado artículo 38.2.b) que prevé “sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas”. Este fue, por cierto, el único inciso objetado en el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, previo al recurso de inconstitucionalidad, en el que también se afirmó, por cierto, que “con independencia de la procedencia de la interposición de recurso de inconstitucionalidad en los términos señalados, el análisis de la cuestión debatida permite al Consejo de Estado sugerir que el

contenido de la Ley Orgánica 3/1986 podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública". El caso es que el artículo 38.2 de la Ley gallega de Salud, en vigor excepto en el punto señalado, no contempla expresamente, pese al notable desarrollo que realizó de la legislación estatal, el control de la libertad de circulación o de reunión de personas no vacunadas, pudiendo estarlo. ¿Significa eso que tal medida no puede ser adoptada en Galicia, como en otras Comunidades conforme a su régimen específico? No, de hecho, se está aplicando.

Negar todo control de los no vacunados, pudiendo estarlo, no es proteger un hipotético derecho a no vacunarse y a circular libremente sin estarlo. Negarlo es reconocer un inexistente derecho a contagiarse, obviando el derecho de otros a no ser contagiados para preservar su vida e integridad física y la obligación de los poderes públicos, de todos los poderes públicos, incluido el poder judicial como recuerda el artículo 7.2 del Código Civil, de evitar el contagio de terceros derivado del uso abusivo de un hipotético derecho fundamental que amparase ese derecho a contagiarse. Es más, convertir en irrelevante la personal decisión de vacunarse o no, pudiendo hacerlo, en plena situación de crisis pandémica atenta contra el actual marco constitucional, con riesgo para la vida, porque convierte en jurídicamente irrelevante lo que, a todas luces, no lo es y podría, debiera, a mi juicio, tener consecuencias de régimen jurídico.

En esta fase, tardíamente, demasiado tardíamente, en mi opinión, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre algunas de las cuestiones fundamentales que conformaron los dos estados nacionales de alarma y que habían sido objeto de intenso debate doctrinal. No puede concluir este trabajo sin una sucinta referencia a estos pronunciamientos. En primer lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021, de 14 de julio (primer estado de alarma), aunque aceptó la necesidad del confinamiento, destacando una y otra vez que el recurrente no lo cuestionaba, rechazó, por considerar que nos hallamos ante una suspensión de la libertad de circulación según criterio gradualista, el medio, afirmando que no debió establecerse por estado de alarma sino por estado de excepción. Dejó en el aire la cuestión de la responsabilidad patrimonial, mal resuelta, y que habrá de causar debates, y problemas, en el futuro. En segundo lugar, la sentencia del Tribunal Constitucional 168/2021, de 6 de octubre (suspensión actividad parlamentaria) declaró inconstitucional la suspensión de plazos parlamentarios en el Congreso (sólo diecinueve meses después de adoptarse), aunque se alegase la práctica de actividad de control. En tercer lugar, por último, hasta la fecha, la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021, de 27 de octubre (segundo estado de alarma) ha venido a declarar que las medidas sustantivas autorizadas podían acordarse en el estado de alarma, pero ha rechazado, por no ser razonable ni fundada (no por el plazo en sí), la duración del estado de alarma, así como la delegación en todos los presidentes autonómicos. Nada dice sobre la responsabilidad patrimonial.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Seguimos sin estar adecuadamente preparados. La pandemia COVID-19 no ha acabado y afrontamos un futuro incierto, una nueva ola. Un observador ajeno a todo lo sucedido en España en los casi últimos dos años, desde que, más o menos por estas fechas, empezaron a llegar noticias de una enfermedad pulmonar en una ciudad china llamada Wuhan, no saldría de su asombro. El Derecho, que debió ser un instrumento más de gestión, de equilibrio, de ponderación en un entorno de seguridad jurídica de intereses y derechos, un instrumento que permitiese hacer compatible la gestión de la crisis con los derechos fundamentales se convirtió en protagonista. Y no ha sido una buena actuación.

Resulta incomprensible que, dos años después de los primeros casos conocidos, las instituciones del Estado sigan sin ponerse de acuerdo en una revisión y actualización del derecho constitucional de excepción, confuso, inadaptado al actual estado de desarrollo, construido sobre conceptos constitucionales escasamente aquilatados, como ha reconocido la doctrina, o en una normativa renovada de gestión de pandemias. Ni se considera. Más de cinco millones de muertos en el mundo, noventa mil en España, no han sido suficientes. La tensión a la que se ha visto sometido nuestro Derecho, nuestras instituciones, los poderes del Estado, todos los poderes del Estado, no parece conducir a ninguna conclusión. Mientras, esas mismas instituciones pierden legitimidad.

No estamos preparados para la siguiente pandemia. Los juristas parecemos incapaces de ofrecer certidumbre a la autoridad sanitaria y de salud pública. Seguimos siendo la sociedad soñada por el virus. Seguiremos ocupados, en los meses venideros, en nuestros litigios, pendientes de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, varios de ellos resultantes de cuestiones suscitadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Penden hoy, por ejemplo, la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 10.8 LJCA, por auto de 3 de diciembre de 2020, en plena tercera ola pandémica aragonesa, quizá la más grave, bloqueando la aplicación de la normativa estatal y aragonesa de salud pública para la adopción de medidas sanitarias urgentes contra la pandemia con autorización o ratificación judicial y el control inmediato de tales decisiones por el Tribunal Supremo; la cuestión de inconstitucionalidad sobre el tercer estado de alarma, por auto de 8 de septiembre de 2021, dictado ya decaído el estado de alarma, durante la sexta ola pandémica aragonesa, cuyo resultado es previsible a la vista de la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2021; y la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 15.4, 18 y 19 y Anexo II de la Ley 3/2020 y el artículo único.dos del Decreto-ley aragonés 4/2021, de 8 de julio, apelando a los artículos 9.3, 24 y 86.1 CE, por auto de 20 de septiembre de 2021, superada la sexta ola epidémica aragonesa, emergente ya una nueva ola que ha llegado ya, con toda su crudeza, procedente del este y el centro de Europa\*\*.

---

\*\* Esta cuestión de inconstitucionalidad fue inadmitida, al tiempo de corregir el presente trabajo, mediante Auto de 22 de marzo de 2022, del Pleno del Tribunal Constitucional.

Queda mucho por hacer, en mi opinión, para no repetir errores pasados. Porque habrá una nueva pandemia, conviene asumirlo cuando aún no ha acabado la actual. Es indispensable modificar la regulación de los estados constitucionales de excepción y, si fuese indispensable, la Constitución misma en este punto. Es indispensable modificar la regulación sanitaria y de salud pública de la normalidad para concretar el alcance de las medidas urgentes sanitarias y de salud pública para luchar contra pandemias y su posible, diría que imprescindible, posible afección a derechos fundamentales. Es indispensable modificar la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa para reconducir a sus justos términos la competencia judicial para autorizar o ratificar medidas sanitarias y el régimen jurídico al que se sujetan autorización y ratificación evitando la ocasional exigencia judicial a las autoridades sanitarias de *iustificatio diabolica*, similar a la *probatio diabolica*. Es conveniente modificar la normativa de protección civil para coordinarla con la sanitaria y de salud pública. Un volcán o una riada no son peores que el SARS-Cov-2 y, sin embargo, nadie discute las medidas adoptadas porque combaten riesgos tangibles, aprehensibles. El virus también lo es, aunque no lo veamos.

El debate y la tarea pendiente no va de que unos, en posiciones académicas o judiciales, respeten las garantías legales y constitucionales y otros, en posiciones de gobierno, judiciales y académicas, se dediquen a quebrarlas. No es así. Los derechos fundamentales son tarea que incumbe a todos los poderes públicos, a todos. Así lo impone la Constitución. La doctrina está muy dividida, como acreditaré a continuación mediante la nota bibliográfica que sigue. Los Tribunales lo están menos, pero los disidentes, ciertamente, han sido ruidosos y han suscitado cuestiones y problemas que, resueltos sin estridencias en el resto del país por sus homólogos, han podido generar riesgos ciertos para el buen fin de la gestión sanitaria y de salud pública. No ha habido sacrificio de derechos fundamentales y libertades públicas donde los tribunales han aplicado pacíficamente la LOMSP y el resto del bloque normativo en que se integra. No es unívoca, ni muchísimo menos, la interpretación que comporta la inconstitucionalidad de la medida de confinamiento perimetral del primer estado nacional de alarma, por más que un Tribunal Constitucional investido hoy de *potestas*, sí, pero escaso de *auctoritas*, de momento al menos, la haya impuesto en su sentencia 148/2021, dejando al margen otros pronunciamientos de sus sentencias 168/2021 y 183/2021.

Esto no va de defensores y agresores de derechos fundamentales, aunque haya quien quiera, con estridencias y aspavientos, hacerlo ver así. Negar la cobertura legal de las medidas adoptadas, sea en la legislación de los estados excepcionales o en la ordinaria de sanidad y salud pública, es mucho negar, es rechazar todo encaje en dicha normativa de las restricciones de derechos precisas para preservar otros, tan esenciales como la vida, la integridad física y la salud, el derecho a sobrevivir al COVID-19, en las afortunadas palabras del Tribunal Supremo, supone rechazar el encaje en el estado de alarma o en la normativa sanitaria de unas medidas con finalidad constitucionalmente legítima, adecuada a la finalidad que perseguía y, según el estado de la ciencia en el momento en que se adoptaron, necesarias y no desproporcionadas. Y todo, además, obviando la situación de gobernabilidad del país. La inacción no era una opción, aunque haya sido la opción del legislador. Y una interpretación del Derecho que la propiciase o impusiese tampoco.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

La intensidad de los problemas jurídicos que la gestión de la pandemia COVID-19 ha generado se ha traducido en una gran y temprana atención doctrinal. Han sido fundamentalmente constitucionalistas y administrativistas los que han intervenido en el debate, tanto en lo relativo a la aplicación del estado de alarma como en lo que se refiere a la aplicación de la legislación sanitaria y de salud pública para la gestión de la crisis pandémica. En las páginas que siguen, aun sin ánimo exhaustivo y centrando la atención en los temas esenciales, dejando al margen otros específicos como, por ejemplo, las controversias suscitadas en los ámbitos de la contratación o la protección de datos, entre muchos otros, se trata de ofrecer una panorámica general de las aportaciones doctrinales sobre la cuestión, debidamente ordenada, facilitando al lector las bases para profundizar en los debates y argumentos utilizados.

El estado de alarma centró inicialmente la atención doctrinal. Tempranamente, en relación con primer estado de alarma nacional surgieron en prensa voces autorizadas muy críticas con el recurso al estado de alarma para el establecimiento de la medida de confinamiento domiciliario y otras conexas. M. ARAGÓN publicó en el diario El País, el 11 de abril de 2020, el artículo “Hay que tomarse la Constitución en serio”, donde llega a calificar la fundamental medida del primer estado de alarma como “una especie de arresto domiciliario”. Su criterio en cuanto a la existencia de una efectiva suspensión de derechos fundamentales lo defienden también, por ejemplo, J. TAJADURA, “El estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 102, 2021, pp. 158-165; o D. FERNÁNDEZ DE GATTA, “El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 33, 2021, pp. 20-30. Por su parte, L. POMED, “Derechos fundamentales en pandemia”, *Informe sobre la Democracia en España*, Fundación Alternativas, 2020, p. 135, precisa gráficamente que “estamos, por tanto, ante un estado de alarma por la alteración grave de la normalidad, a la que no puede hacerse frente con los medios ordinarios del Estado, y de excepción por el régimen jurídico adoptado”; al igual que en su posterior estudio “Algunas notas sobre los sucesivos estados de alarma declarados en 2020”, en el volumen colectivo coordinado por J. TUDELA, *Estado Autonómico y COVID-19*, Fundación Manuel Giménez Abad, 2021, Zaragoza, pp. 6-10. Del mismo criterio son J. M. ALEGRE, “La jurisdicción contencioso-administrativa ante la crisis vírica: análisis de algunos pronunciamientos jurisdiccionales y apuntes doctrinales”, descargable en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-3133-La-jurisdiccion-contencioso-administrativa-ante-la-crisis-virica-Analisis-de-algunos-pronunciamientos-jurisdiccionales-y-apuntes-doctrinales.aspx> (a 18 de noviembre de 2021); L. COTINO, “La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la COVID”, y F. J. DÍAZ, “Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales”, ambos en el volumen colectivo coordinado por C. GARRIDO, *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 175-186, con profusa bibliografía sobre la cuestión, y pp. 137-149, respectivamente. J. F. DURÁN, “Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis COVID-19”, en el volumen colectivo dirigido por P. BIGLINO Y J. F. DURÁN, *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: Estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 214-217, parece inclinarse, en función de criterios de gradualidad e intensidad, por esta misma tesis.

Criterio contrario sostienen autores como F. VELASCO, “Que no, que ni hay suspensión de derechos, ni hace falta un estado de excepción”, en <https://franciscovelascocoballeroblog.wordpress.com/2020/04/11/que-no-que-ni-hay-suspension-de-derechos-ni-hace-falta-un-estado-de-excepcion/> (a 19 de noviembre de 2021), y en su trabajo “Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19”, en el volumen colectivo coordinado por David Blanquer, *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79 y ss.; T. DE LA QUADRASALCEDO, “La terrible confusión entre limitar y suspender derechos”, en *Agenda Pública*, 5 de julio de 2021, accesible en <https://agendapublica.es/la-terrible-confusion-entre-limitar-y-suspender-derechos/> (a 18 de noviembre de 2021), reflexiona recurriendo a los conceptos causa y efecto para delimitar los de suspensión y restricción, descartando que aquella puede acaecer en el marco del estado de alarma o la legislación sanitaria, recordando, no obstante, su sujeción a control de proporcionalidad; o, entre los constitucionalistas, J. J. SOLOZÁBAL, “El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional”, en el tomo I del número extraordinario del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* dirigido por F. VELASCO y B. GREGORACI, *Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones*, UAM y BOE, Madrid, 2021, pp. 22-25, y en “Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma”, en el volumen colectivo dirigido por P. BIGLINO Y J. F. DURÁN, *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: Estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 29-30. También se inclina por interpretar que el confinamiento, tal cual se reguló en el primer estado de alarma, es una limitación, con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, A. RUÍZ ROBLEDO, “Los derechos en riesgo. Conviene una reforma legal”, en el volumen colectivo dirigido por M. A. RECUERDA, *Antes de la próxima pandemia*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 178-182. La también constitucionalista I. GÓMEZ, “¿Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales”, en el volumen colectivo coordinado por C. GARRIDO, *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 105-116, llega a la conclusión de que, superando la compleja distinción entre limitación y suspensión, el confinamiento acordado en el primer estado de alarma se ajustaba a la Constitución porque no encajaba en la regulación de la suspensión de la libertad de circulación de la Ley orgánica 4/1981, tenía cobertura en la regulación del estado de alarma, una finalidad constitucionalmente legítima, era adecuada a la finalidad que perseguía y, según el estado de la ciencia en el momento en que se adoptó, necesaria y no desproporcionada. Similar criterio sostuvieron tempranamente V. ÁLVAREZ, F. ARIAS y E. HERNÁNDEZ, *Lecciones jurídica para la lucha contra una pandemia*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 101-102. G. DOMENECH, “Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales impuestas con ocasión de la COVID-19”, *InDret*, n.º. 4/2021, pp. 377-401, confronta los argumentos de las visiones dogmática y pragmática del problema tanto en lo que respecta al encaje constitucional del primer estado de alarma, que defiende con profusión de argumentos, objeto de esta cita, como en lo relativo al efecto habilitante de la Ley Orgánica 3/1986.

Poco antes de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el primer estado de alarma el debate público, reflejo del político y mediático, sobre su constitucionalidad era enconado y las posturas eran distantes. Baste la cita de un nuevo artículo de M. ARAGÓN, en *El País*, el 8 de julio de 2021, con el título “Alarma o excepción”, ratificándose en el anteriormente citado frente a los argumentos esgrimidos de contrario en los medios de

comunicación, según indica el autor. En cambio, días después, el 12 de julio de 2021, también el El País, se inclinaba por la constitucionalidad J. GARCÍA ROCA, en “La constitucionalidad de la alarma”. Ya conocida la sentencia, de nuevo M. ARAGÓN se pronunció a favor de esta, considerando difícilmente rebatible que la libertad de circulación quedó eliminada durante el confinamiento, en “El Tribunal Constitucional cumplió”, publicado en El País el 4 de agosto de 2021.

Entre los autores críticos con la Sentencia 148/2021 cabe citar a M. ATIENZA, en “La importancia de la ponderación. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional español sobre la pandemia”, en <https://www.si-lex.es/la-importancia-de-la-ponderacion-a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-la-pandemia> (a 17 de noviembre de 2021). También crítica se muestra S. DE LA SIERRA, “Controles y garantías de emergencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la declaración del estado de alarma”, *Almacén de Derecho*, 22 de julio de 2021, en <https://almacenederecho.org/op-ed-controles-y-garantias-de-emergencia> (a 18 de noviembre de 2021). Desde esta perspectiva, por lo demás, resulta interesante el comentario en El País de M. CARRILLO, el 22 de septiembre de 2021, publicado con el título “El Constitucional francés y la pandemia”, apuntando cómo el Consejo Constitucional eludió el debate sobre la naturaleza de restricción o suspensión de derechos de las restricciones allí adoptadas a la libertad de circulación y las sometió directamente a juicio de proporcionalidad. E. CARMONA, “Estado de alarma, pandemia y derechos fundamentales ¿limitación o suspensión?”, *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º. 112, 2021, pp. 13-42, propone superar la distinción entre suspensión o limitación como criterio determinante de la distinción entre los estados excepcionales.

El segundo estado de alarma de ámbito nacional también fue negativamente valorado por gran parte de la doctrina, anticipando en gran medida su declaración de inconstitucionalidad y consiguiente nulidad parcial mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2021. Sobre las circunstancias en que se declaró, haciendo hincapié en la inseguridad generada por la actuación del Consejo Interterritorial de Salud mediante el impulso de órdenes de medidas coordinadas, aunque resultó también decisivo el bloqueo de las autoridades sanitarias de Aragón y País Vasco, al rechazar sus Tribunales la cobertura de las medidas sanitarias urgentes en la Ley orgánica 3/1986, me remito al trabajo de V. ÁLVAREZ, “El comportamiento del derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 90-91, 2020-2021, pp. 26-41. J. TAJADURA, tempranamente, en “Estado de alarma y seguridad jurídica”, publicado en El País el 27 de octubre de 2020, aun defendiendo el estado de alarma como el instrumento adecuado para la gestión de la pandemia, ya puso de manifiesto la imposibilidad de delegar en los Presidentes autonómicos en la forma en que se hizo, deslegalizando elementos esenciales de la restricción de los derechos afectados y atribuyéndoles “la potestad discrecional tanto de fijar los criterios para la restricción de derechos fundamentales como la, igualmente discrecional, de hacer efectivos, o no, dichas limitaciones”. Ya anteriormente, el mismo y, más extensamente, J. TAJADURA, “El estado de Derecho frente al COVID...”, ya citado, pp. 167-169, había considerado inconstitucionales las atribuciones a las Comunidades en el proceso de desescalada del primer estado de alarma. En todo caso, este segundo estado de alarma impactó directamente sobre el sistema autonómico y su modelo competencial, analizado en el volumen colectivo coordinado por J. TUDELA, *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. Sobre las implicaciones competenciales de los estados de alarma, por todos,

puede verse F. VELASCO y L. LÓPEZ DE CASTRO Y GARCÍA-MORATO, “Distribución territorial del poder durante la pandemia”, en el tomo I del número extraordinario del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* dirigido por F. VELASCO y B. GREGORACI, *Derecho y política ante la pandemia: Reacciones y transformaciones*, UAM y BOE, Madrid, 2021, pp. 61-86, donde se examinan las diferentes técnicas utilizadas.

En lo que respecta al alcance de las medidas sanitarias urgentes que la legislación orgánica estatal, en el marco del bloque normativo de sanidad y salud pública, habilitaría adoptar a las autoridades sanitarias, resulta muy recomendable la lectura del estudio de S. MUÑOZ MACHADO, “El poder y la peste de 2020”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 90-91, 2020-2021, pp. 114-131, aportando una esclarecedora exposición histórica del origen de la regulación sanitaria contra pandemias y la inadecuada inclusión de la referencia a las mismas en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En conexión con este trabajo, resulta de interés el de L. COTINO, “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 86-87, 2020-2021, pp. 88-101, donde admite la posible aplicación simultánea del estado de alarma y el régimen derivado del artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, en línea con el planteamiento, quien, partiendo de una interpretación amplia de la cobertura que proporciona esta Ley, identifica como único elemento relevante partiendo de ese carácter alternativo la alteración de la autoridad competente, T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, en el volumen colectivo dirigido por P. BIGLINO Y J. F. DURÁN, *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: Estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 64-81, con citas en pp. 79-80, a las que remito, de autores como DOMENECH, VELASCO, BACIGALUPO o BOIX, que ya venían sosteniendo tal criterio. También de interés resulta la posición de E. SÁENZ, “Estado autonómico y COVID-19”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 48, 2021, pp. 375-398, partidaria también de la reforma de la legislación estatal sobre pandemias, cuando afirma que cabe una restricción generalizada de derechos sin estado de alarma, sosteniendo igualmente que para ello resulta indispensable regulación por ley orgánica, reconociendo escaso o nulo margen a la ley ordinaria y, consecuentemente, a las leyes autonómicas.

En la misma línea marcada por MUÑOZ MACHADO, J. M. BAÑO, “Confusión regulatoria en la crisis sanitaria”, en el blog *Almacén de Derecho*, consultable en <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria> (a 18 de noviembre de 2021), defiende con contundencia que el estado de alarma no es el instrumento adecuado para la gestión de una crisis epidemiológica, que ha de canalizarse a través de la normativa sanitaria, evitando, eso sí, el embrollo de la autorización o ratificación judicial agravado por la reforma de la legislación de lo contencioso. De la misma opinión se muestran A. NOGUEIRA, “Confinar al coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el estado de excepción”, y F. VELASCO, “Estado de alarma y distribución territorial del poder”, ambos en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 86-87, 2020, pp. 22-31 y 78-87 respectivamente; E. GAMERO, “Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19”, en *Almacén de Derecho*, el 27 de agosto de 2020, descargable en <https://almacenederecho.org/legalidad-y-control-de-las-nuevas-limitaciones-de-derechos-ante-rebrotes-del-covid-19> (a 18 de noviembre de 2021), refiriéndose especialmente a la gestión pandémica tras el primer proceso de desescalada; A. HUERGO, “Fuentes del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho*

de la Universidad Autónoma de Madrid, número extraordinario, tomo I, 2021, pp. 177-179, defendiendo la indeterminación legal, aun proponiendo su mejora, por la necesidad de que puedan adaptarse las medidas a las características de la epidemia que haya de gestionarse; y G. DOMENECH, "Dogmatismo contra pragmatismo...", ya citado, pp. , 349-377, abunda en estas tesis, analizando exhaustivamente la cuestión. Aun no referido al COVID-19, resulta de interés, por lo que aporta de normalización del derecho de emergencias, el estudio de J. MORENO, "El Derecho ante las emergencias ordinarias. El confuso marco jurídico actual y una propuesta para su ordenación", *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º. 117, 202, pp. 195-245.

En prensa se pronunció tempranamente, en sentido contrario, por ejemplo, J. BARNÉS, en el diario El País, el 14 de agosto de 2020, con un artículo titulado "Un falso dilema" interpretando restrictivamente el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Resulta de interés, para conocer la interpretación dominante de esta norma antes de la pandemia COVID-19, el estudio de C. CIERCO, "Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo para la población", *Derecho y salud*, vol. 13, n.º. 2, 2005, pp. 225-236, donde enuncia un amplio catálogo de medidas, partiendo de su carácter innominado, que no cuestiona, con incidencia sobre derechos fundamentales. Entre los constitucionalistas, L. COTINO, en "Los toques de queda, confinamientos territoriales, prohibiciones de pequeñas reuniones y de actividades y horarios en la contención del COVID-19. Su polémica adopción bajo la legislación de salud o el estado de alarma y propuestas de futuro", *Administración y ciudadanía*, vol. 16, n.º. 1/2021, pp. 190-191, se muestra a favor de las interpretaciones restrictivas de los tribunales, mencionando específicamente a los más beligerantes, los de Tribunales Superiores de Justicia de Aragón y País Vasco, llegando a afirmar que la posición del Tribunal Supremo, manifiestamente contraria a sus tesis, se justifica porque "bastante quiebra política e institucional ha habido". El también constitucionalista J. TAJADURA, "El estado de Derecho frente al COVID...", ya citado, pp. 149-158, afirmando que la Ley orgánica 3/1986 no satisface las exigencias mínimas de la reserva de ley, rechazando expresamente los argumentos de G. DOMENECH (ley posterior a la de estados, literalidad de la norma, principio de necesidad y concurrencia competencial).

La conveniencia de modificar el marco legal vigente para la gestión de pandemias es lugar común entre administrativistas y constitucionalistas. Entre los primeros, por ejemplo, se pronunció en este sentido J. M. BAÑO, en el trabajo "Confusión regulatoria...", ya citado; A. HUERGO en La Nueva España, el 25 de octubre de 2020, en "El enredo jurídico del covid-19"; J. TEJEDOR, "De volcanes y virus", en *El blog de espublico*, el 8 de octubre de 2021, que puede consultarse en <https://www.administracionpublica.com/de-volcanes-y-virus/> (a 18 de noviembre de 2021), defendiendo igualmente la cobertura que proporciona la legislación sanitaria, como la de protección civil, para la gestión de crisis con medidas que afectan a derechos fundamentales; o "El derecho fundamental a contagiarse no existe", también en *El blog de espublico*, 24 de noviembre de 2021, en <https://www.administracionpublica.com/el-derecho-fundamental-a-contagiarse-no-existe/> (a 16 de diciembre de 2021). Muy crítico con la inacción normativa del Estado se muestran, con razón, A. JIMÉNEZ-BLANCO, "El tercer estado de alarma", en *Global Politics and Law*, el 11 de noviembre de 2020, en <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2020/11/11/tercer-estado-alarma/> (a 18 de noviembre de 2021), constatando que "Alemania y sobre todo Francia no viven situaciones sociológicas precisamente envidiables, pero lo cierto es que si se han podido aprobar esas cosas [refiriéndose a reformas de su normativa sanitaria para la gestión del COVID-19] es porque en esas tierras no se acumulan todas nuestras

patologías sistémicas”; y J. BARNÉS, “La crisis de la democracia parlamentaria. El caso de la COVID-19”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 216, 2021, pp. 101-139, poniendo de manifiesto la grave afección al principio de legalidad derivado de la abdicación de la función legislativa del Estado. Propositivos son dos trabajos de V. ÁLVAREZ, “Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura”, *Diario del Derecho*, 4 de octubre de 2021, en [https://www.iustel.com/diario del derecho/noticia.asp?ref iustel=1215616](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1215616) (a 18 de noviembre de 2021), y “Los medios jurídicos necesarios para la lucha frente a las futuras pandemias”, *Diario del Derecho*, 28 de octubre de 2021, en [https://www.iustel.com/diario del derecho/noticia.asp?ref iustel=1216339](https://www.iustel.com/diario del derecho/noticia.asp?ref_iustel=1216339).

Entre los constitucionalistas plantean también la oportunidad de reformas que eviten la inseguridad jurídica que ha lastrado la gestión de la COVID-19, por ejemplo, M. ARAGÓN en su “Epílogo” al volumen colectivo dirigido por P. BIGLINO y J. F. DURÁN, *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad y Universidad de Valladolid, Zaragoza, 2021, pp. 580-583; y, muy propositiva, M. L. LARA, “Replanteando la gestión de emergencias sanitarias”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 122, 2021, pp. 153-182.

Mención específica merece la crítica generalizada a una de las pocas reformas relevantes realizadas, la reforma de la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que ha sido objeto de cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón y que, en general, ha sido rechazada por la doctrina, incluso anticipándose a la reforma para poner de manifiesto el difícil encaje de la autorización o ratificación judicial de actos plúrimos, caso de L. SALAMERO, “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”, *Diario La Ley*, n.º 9638, de 22 de mayo de 2020. Críticos ya con la reforma se muestran J. M. BAÑO, “Confusión regulatoria...”, ya citado; V. ÁLVAREZ, “La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales (A propósito de la Sentencia núm. 719/2021, de 24 de mayo, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo)”, *Diario del Derecho*, 27 de mayo de 2021, consultable en [https://www.iustel.com/diario del derecho/noticia.asp?ref iustel=1211633](https://www.iustel.com/diario del derecho/noticia.asp?ref_iustel=1211633) (a 18 de noviembre de 2021); o F. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. TERUEL y otros, en el informe *España y el impacto de la COVID-19: Estado democrático de Derecho, gobernanza y economía*, 2021, accesible en <https://www.espanajuntossumamos.com> (a 18 de noviembre de 2021), con citas de trabajos de ARAGÓN, MUÑOZ MACHADO, CIERCO y TAJADURA a los que me remito. Por lo demás, resulta de interés, en un contexto como el generado por la COVID-19, de extremada incertidumbre científica que contaminaba las decisiones de gestión y dificultaba su motivación en sede administrativa y su control en sede judicial, cuando se observaba el principio de prudencia, lo que no siempre ha venido ocurriendo, el trabajo de J. ESTEVE, “La apelación a la ciencia en el Gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19”, *Revista de Derecho Público: Teoría y método*, vol. 2, 2020, pp. 35-50. Sobre la casación introducida por el Real Decreto-ley 8/2021, y los pronunciamientos del Tribunal Supremo a que dio lugar en los primeros momentos, base la remisión a A. J. ALONSO, “La limitación de los derechos en la lucha contra la COVID-19: especial referencia a la reforma del recurso de casación de mayo de 2021”, *Revista de Administración Pública*, n.º. 216, 2021, pp. 259-291, donde, crítico con el mismo, asume las tesis del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Otro de los debates fundamentales, que ocupa ya a administraciones públicas y habrá de ocupar en breve a los tribunales, es el de la responsabilidad patrimonial o, incluso, expropiación, derivada de la aplicación del estado de alarma, de su inconstitucionalidad parcial (no bien concretada en este punto en la Sentencia 148/2021 y en absoluto concretada en la de 27 de octubre de 2021) o de las medidas sanitarias urgentes acordadas por las autoridades sanitarias. Al respecto, destaco el estudio de G. DOMENECH, "Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º. 86-87, 2020, pp. 102-109, que tiende a descartar la existencia de responsabilidad patrimonial, con argumentos que suscribo, bien es cierto que antes de la intervención del Tribunal Constitucional. También de interés, desde esta perspectiva, son las "Conclusiones del seminario sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y COVID-19", del Consejo General del Poder Judicial, elaboradas por O. MIR, con fecha 30 de noviembre de 2020, ya inmerso el país en el segundo estado nacional de alarma, conclusiones que pueden consultarse en la dirección electrónica <https://www.upf.edu/documents/6764143/239138851/Conclusiones+Seminario+CGPJ+sobre+COVID+y+responsabilidad+de+la+Administración+-+Relator+Oriol+Mir+-+Noviembre+2020+-+ORIOLE+MIR+PUIGPELAT.pdf/b48613a1-4aa4-2326-971b-fc476c5294a3> (a 19 de noviembre de 2021). J. ESTEVE, "El mito de la responsabilidad objetiva global de la administración pública (Pandemia por coronavirus como oportunidad para una reevaluación del sistema)", *Revista aragonesa de Administración Pública*, n.º. 57, 2021, pp. 43-71, parece abrir la puerta a una aplicación amplia del instituto de la responsabilidad patrimonial en relación con daños generados durante la pandemia.

Finalmente, resulta de interés, para conocer las respuestas en Derecho comparado, el volumen colectivo *COVID-19. Test for the world's legal systems*, International and Comparative Law Research Center, Moscow, 2021. Específicamente sobre el modelo de gestión en Alemania, desde la perspectiva de la afección de la gestión de la pandemia a derechos fundamentales, R. ARNOLD, "Pandemia y Constitución: la experiencia de Alemania", *Revista catalana de Derecho Público*, número especial COVID-19, 2020, pp. 20-37; O. LEPSIUS, "Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus", *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º. 47, 2021, pp. 71-96; y M. KÖLLING, "Las instituciones democráticas y los derechos fundamentales en tiempos de COVID-19 en Alemania", en el volumen colectivo dirigido por P. BIGLINO Y J. F. DURÁN, *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: Estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 467-484, así como, específicamente en relación con el Reino Unido, Francia e Italia, los trabajos incluidos en el mismo volumen de S. SÁNCHEZ, "La respuesta británica frente a la crisis desatada por la COVID-19", pp. 487-522; H. ALCARAZ, "El estado de emergencia sanitaria en Francia ¿elogio de la excepción?", pp. 523-543; y A. MASTROMARINO, "La respuesta a la emergencia COVID-19: el caso italiano", pp. 545-566.

Por lo demás, pueden obtenerse mayores referencias bibliográficas, en los ámbitos expuestos u otros relacionados con la pandemia COVID-19, en A. GONZÁLEZ MORO, "Repertorio bibliográfico sobre el derecho de excepción español en perspectiva constitucional", *UNED. Teoría y realidad constitucional*, n.º. 48, 2021, pp. 561-589.



