

# EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA Y DE LA PERSONALIDAD POR LOS MENORES DE EDAD: ANÁLISIS PARTICULAR DEL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN ESPAÑA<sup>1</sup>

M<sup>a</sup> Fernanda Moretón Sanz

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

## Resumen

La efectiva entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, y la puesta en funcionamiento del SAAD (Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) con la subsiguiente aprobación de los modelos de Solicitud de Reconocimiento de la Situación de Dependencia y del Derecho a las Prestaciones del sistema, plantean ciertas cuestiones prácticas dignas de atención. En particular, en este trabajo se revisarán las consecuencias derivadas de la calificación del derecho subjetivo de ciudadanía consagrado en dicha Ley 39/2006, así como las correspondientes a su universalización.

La mencionada y novedosa —para el Derecho civil español— categoría legal de los derechos subjetivos de ciudadanía, invita a la reflexión sobre su analogía a los de la personalidad. En puridad, alguna de las manifestaciones de este derecho de ciudadanía afectan a la esfera más íntima de la persona, cuestión que sumada a otros extremos deja entrever cierta asimilación entre ambos y, por ende, su ejercicio por el menor maduro sin intervención de los titulares de la patria potestad o tutores.

Por tanto tendremos en cuenta varios aspectos relevantes: la capacidad de obrar de los menores y el ámbito de actuación reconocido por el ordenamiento jurídico español; las consideraciones técnicas y jurisprudenciales sobre el ejercicio de los derechos de la personalidad y, por último, el propio procedimiento administrativo común donde se atribuye capacidad efectiva a los menores. De este modo, una de las hipótesis de estudio cuestionará los actuales términos de la solicitud de reconocimiento de dependencia ya que no hay obstáculos legales a su suscripción sin la asistencia de sus representantes legales. Adicionalmente, se afrontará el tratamiento jurídico que la Ley brinda a los niños y niñas en situación de dependencia y los requisitos —edad, nacionalidad y residencia legal— establecidos para su reconocimiento.

**Palabras clave:** Discapacidad, Dependencia, Menores de edad, Capacidad y ámbito de actuación de los menores de edad. Derechos subjetivos de ciudadanía.

## Abstract

The Spanish Law 39/2006, of December 14, of Promotion of the Personal Autonomy and Attention to People in situation of Dependence, and the setting in operation of the SAAD (System for the Autonomy and Attention to the Dependence) with the subsequent approval of the models of Application of Recognition of the Situation of Dependence and of the Right to the Benefits of the system, they questions of attention. In particular, in this work the derived consequences of the qualification of the subjective right of citizenship will be revised consecrated in this Law 39/2006, as well as those corresponding to their universalization.

The one mentioned and novel - for the Spanish civil right - legal category of the subjective rights of citizenship, invites to the reflection on its analogy to those of the personality. Some of the manifestations of this citizenship right, affects to the person's more intimate sphere, question that added to other ends it allows to see certain

<sup>1</sup> Este trabajo es uno de los resultados de los Grupos de Investigación Consolidado "Protección civil de la persona", siendo Investigador responsable el Prof. Dr. D. Carlos Lasarte Álvarez, Catedrático de Derecho civil de la UNED y de "Perspectivas de futuro de las políticas de familia" de la Universidad de Alcalá

assimilation between both and, for ende, their exercise for the minor without intervention of the holders of the native imperium or tutors.

Therefore we will keep: the capacity to work of the minor and the grateful performance environment for the Spanish juridical classification; the technical considerations and jurisprudenciales on the exercise of the rights of the personality and, lastly, the own common administrative procedure where effective capacity is attributed to the minor. One hypotheses will question the current terms of the application of dependence recognition since there are not legal obstacles to their subscription without the attendance of their legal representatives. Additionally, the juridical treatment will be confronted that the Law offers to the children and girls in dependence situation and the requirements -age, nationality and legal residence- established for its recognition.

**Key words:** *Disability, Dependence, smaller than age, Capacity and minor, Subjective rights of citizenship.*

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Para la hipótesis de trabajo de este estudio dos son las premisas jurídicas referidas, ambas, al ejercicio de los derechos subjetivos de ciudadanía. La primera de ellas afecta al principio general establecido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor (y de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por cuanto las limitaciones a su capacidad de obrar habrán de ser interpretadas de forma restrictiva, amén de las condiciones del ejercicio de ciertos derechos de los menores previstas en el Capítulo II de dicha Ley. De otra parte, otro precepto básico para la intención de este estudio es el tenor literal del artículo 162 del Código civil por cuanto determina el ámbito de actuación del menor.

Teniendo en cuenta ambas premisas jurídicas, deviene imprescindible el análisis comparado entre la nueva categoría jurídica de los derechos subjetivos de ciudadanía de la Ley 39/2006 y aquellas previsiones normativas citadas, ya que, de una parte, el artículo 162 excluye del ámbito de la representación legal de sus progenitores el ejercicio de los derechos de la personalidad. De otra, se impone la necesaria interpretación restrictiva sobre cualquier limitación que afecte a los derechos de los menores, tal y como preceptúa el artículo 2.2 de la mencionada LO<sup>2</sup> además de las medidas y principios rectores de la acción administrativa que han de presidir tanto las relaciones como el ejercicio de los derechos de los menores con las Administraciones Públicas<sup>3</sup>.

Con estos antecedentes legales y habida cuenta de la aplicación práctica del Sistema de Atención para la Autonomía y Dependencia (SAAD), tenemos argumentos más que suficientes para examinar y contrastar si realmente se ha apostado por la recta aplicación y reconocimiento de este nuevo derecho subjetivo de ciudadanía. Especialmente por cuanto la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, determina en el artículo 28 el procedimiento para el reconocimiento de esta situación y se legitima activamente al afectado o a su representante. Precepto éste que, a su vez, debe ser interpretado a la luz del concepto técnico de interesado en el ordenamiento administrativo, del mencionado artículo 162 del Código civil y del artículo segundo, décimo y decimoprimeros de la Ley Orgánica de protección del menor.

A la vista de la interpretación sistemática propuesta, nada debería impedir que fuese el menor potencialmente afectado por una situación de dependencia el que presentase la solicitud de reconocimiento de un derecho del que puede resultar titular. Empero, la práctica evidencia que la firma de la solicitud sólo se podrá hacer a su ruego —e incluso en contra de su deseo— ya que lo que se exige es la firma de su representante legal.

<sup>2</sup> En la materia, por todos, *vid.* Lasarte (2007). En particular y sobre la mencionada Ley, *vid.*, Sabater (1996, pp. 1 a 11; Rivera (1997, pp. 75-92).

<sup>3</sup> Así lo determina el capítulo III de la Ley, en particular, los artículos 11 y 12, preceptos de los que quizás no se ha hecho un suficiente uso como argumento jurídico en aquellos procedimientos donde se ventilen los derechos de los menores. Con todo *vid.*, la STC 71/2004, de 19 de abril y la STC 221/2002, de 25 de noviembre.

## 2. PERSONA Y DERECHO: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y DERECHOS DE CIUDADANÍA

### 2.1. Cuestiones básicas sobre la persona en el Derecho civil y los Derechos de la personalidad: La protección constitucional de la Infancia, la Juventud y la Tercera edad

Como es sabido y no es necesario reiterar, el núcleo básico del Derecho civil está constituido por la persona sea en su esfera personal o patrimonial (Lasarte, 2010, caps. 1, 9 y 10). En particular y sobre los derechos de la personalidad, baste señalar que se trata de “un conjunto de derechos inherentes a la propia persona que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir en definitiva manifestaciones varias de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual”, remitiéndonos en lo demás a las aportaciones más señeras sobre la materia en donde se reitera la inherencia como característica específica de estos derechos<sup>4</sup>.

Por su parte, la Constitución española tuvo el acierto de contemplar a la persona en la totalidad de su recorrido vital, por lo que en buena lógica resulta digna de protección no sólo la persona sin otros adjetivos o condicionantes cronológicas sino las personas mayores, los jóvenes y los menores, tal y como dictan los artículos 50<sup>5</sup>, 48<sup>6</sup> y 39 (vid. Hernández Gil, 1988, pp. 309-327). De modo que la protección de la persona atraviesa nuestra Constitución, muy particularmente sus principios rectores, en cualquier de los momentos de su vida con atención a las singularidades que acompañan cada trance vital.

En este sentido y de conformidad a los presupuestos jurídicos ya recogidos, el ejercicio de los derechos fundamentales y los de la personalidad, cuando el protagonista sea un menor, dependerá de su madurez específica habiendo convenido la doctrina en que por debajo de la frontera de los doce años, en principio, carecerá de condiciones suficientes como para materializar por sí los derechos de los que es titular<sup>7</sup>.

Cuestión distinta será el ejercicio de los derechos denominados por la doctrina constitucionalista como “derechos de cuarta generación”, toda vez que al no estar incluidos ni dotados de las notas características de los derechos de la personalidad y desprovistos también de la protección reforzada de los derechos fundamentales, difícilmente —por lo menos por el momento y pese a sus elementos comunes—, podrán aplicarse con idéntica inmediatez. Ese es el elemento diferenciador de este nuevo derecho subjetivo de ciudadanía consagrado por la Ley 39/2006 ya que, al tratarse de un derecho que exige su reconocimiento previo carece, por tanto, radicalmente de la nota de inherencia. En definitiva, es un derecho que podría integrarse sin dificultad entre los derechos resultantes del Estado social y por tanto de la cuarta generación, encajables y deducibles también como manifestaciones de la dignidad humana pero de construcción y reconocimiento *ex novo* por los poderes públicos (vid. Gómez, 2005, pp. 60 y ss.).

### 2.2. El concepto de dependencia: noción técnico-legal y derecho de ciudadanía

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que tal y como ya hemos dicho y pese a que la dependencia formaba parte del discurso político (Moretón, 2006, pp. 217-223), su tratamiento legal no rebasaba las fronteras, como el caso de la discapacidad, de la visión médica o asistencial. Hasta su consagración por parte de la Ley 39/2006, lo cierto es que este riesgo o la pérdida de autonomía personal se diluían entre otros procedimientos protectores

<sup>4</sup> En este sentido, *vid.*, Lasarte (2007, p. 209); Clavería (1984, pp. 107 y 112); López (1986, p. 1.070) y O’Callaghan (1986, p. 1.888).

<sup>5</sup> Recuérdese que dice el artículo 50 “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

<sup>6</sup> Dice el artículo 48 que “los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”, y por su parte el 39 declara “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” [sobre este último punto *vid.*, Villagrasa y Ravetllat (Coords.) (2006).

<sup>7</sup> Sobre la materia, *vid.*, García (2004); De Lama (2006, pp. 415 y 416); Yáñez (2006, pp. 91- 101); Aláez (2003).

o era subvenido por la familia (Sagardoy y López, 2005, p. 50), y muy específicamente por las mujeres como cuidadoras informales<sup>8</sup>.

De modo que el elemento básico de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, no es tanto su definición legal referida al “estado de carácter permanente en que se encuentran *las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental<sup>9</sup>, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*”<sup>10</sup>, cuanto el ambicioso objeto de la norma. Repárese que esta nueva Ley “tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el *ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (...)*”<sup>11</sup>.

Por tanto la Ley no sólo atiende, y en su caso asiste, a quien se encuentre en una situación de singular limitación en las actividades de la vida diaria, sino que la circunstancia técnica de la calificación de dependencia convierte a la persona en titular de un derecho subjetivo exigible como veremos ahora por distintos cauces, resortes y procedimientos sean éstos judiciales o administrativos.

A la vista de ambos preceptos de la Ley 39/2006, conviene destacar el acertado rumbo escogido por el legislador español al ampliar la protección y descripción del fenómeno incluida en *la Recomendación número (98)9, del Consejo de Europa, relativa a la dependencia, de 18 de septiembre de 1998*. En ésta, la dependencia es “la necesidad de ayuda o asistencia importante para las actividades de la vida cotidiana”, en suma, se concibe como “un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía

<sup>8</sup> Con el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia “podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco” (art. 1), por lo que conviene destacar que las cuidadoras “informales” pasan a formar parte de la economía y del sistema (*vid.*, también la corrección de errores publicada el 12 de junio). Si quiera sea para destacar alguno de los aspectos básicos de este importante Real Decreto, conviene traer razón del Dictamen 917/2007, de 3 de mayo de 2007, del Consejo de Estado que de nuevo destaca que el ámbito subjetivo del apoyo de los cuidadores no profesionales se “vincula al parentesco y se limita al cónyuge del dependiente y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco (llama la atención y se ha criticado que no se haya incluido entre esos posibles beneficiarios a la persona conviviente de hecho, en un momento en que está en marcha una reforma de la legislación de Seguridad social para reconocerles derechos similares a los del cónyuge, debería reconsiderarse la inclusión de esas personas, aunque sometidas a las necesarias garantías)”.

<sup>9</sup> La inclusión de las razones “mentales”, que no estaba presente en el Anteproyecto de la Ley, es una de las mejoras incluidas gracias a las sugerencias realizadas por el Informe del Consejo Económico y social; por su parte, la advertencia explícita referida a las “personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”, ha sido otra aportación hecha en trámite de enmiendas. En este sentido, debe seguirse también el debate parlamentario de la futura Ley de Jurisdicción voluntaria, habida cuenta de la eliminación del procedimiento inicialmente previsto para la autorización no voluntaria de tratamientos ambulatorios para personas con enfermedades mentales (Congreso, 27 de junio de 2007, 873, págs. 11 y 17).

<sup>10</sup> Así lo declara el artículo 2.2. En este sentido, el primer punto de este precepto define la autonomía como “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”, el punto tercero define, a su vez, las Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD) como “las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”.

<sup>11</sup> Artículo 1. En particular, *vid.*, Roqueta (2007, pp. 135-162) (añádanse a estos efectos las apreciaciones previstas en el Real Decreto que aprueba el Baremo de Dependencia).

física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal”<sup>12</sup>. Construcción y definición hechas “teniendo en mente que *las políticas relativas a la vejez*, a las personas minusválidas, a la salud, a la familia y al empleo tienen implicaciones para abordar el problema de la dependencia”<sup>13</sup>.

En síntesis, a la luz de la Ley española o de la mencionada *Recomendación (98)9*, podrán encontrarse en situación de dependencia o de ausencia de autonomía tanto aquellas personas sometidas a procesos de larga duración, como quienes sufran enfermedades degenerativas o que cursen con deterioro cognitivo o quienes presenten circunstancias psíquicas, físicas, sensoriales o mentales que afecten a aquellas actividades de la vida cotidiana o a su capacidad de controlar o adoptar decisiones personales (MTAS, 2004).

Con todo, ha de tenerse en cuenta que la política jurídico-social consagrada por la Ley 39/2006, no se limita al apoyo en el desarrollo de las actividades esenciales de la vida diaria, sino que se amplía al pleno ejercicio de sus derechos de ciudadanía (vid. Exposición de Motivos), colmando las aspiraciones perseguidas por el Consejo de Europa.

De lo dicho se sigue la afirmación de la que la *Ley construye y reconoce un auténtico derecho subjetivo* con un amplio repertorio de medidas para su materialización eficaz. Pese a que no es calificable como fundamental —por lo menos en tanto no exista una incorporación expresa a la Constitución y pese a que ciertas manifestaciones de este derecho se refieren, directamente a derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna— cobran más sentido que nunca las tesis sostenidas por Peces-Barba sobre el derecho positivo como base para el ejercicio de derechos y facultades.

En este sentido, se ha definido un nuevo derecho cuya factura legal y ejercicio se hace depender de la previsión explícita que lo contiene, si bien cada interesado habrá de instar el reconocimiento singular si pretende ostentar y materializar los derechos y facultades consagrados en la Ley (1980, pp. 107 y ss.).

En su virtud se ratifica la sustancial variación operada en mencionado sistema estatal de protección de las personas con autonomía limitada. Otras políticas públicas inmediatamente precedentes como las recogidas en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre<sup>14</sup> y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre<sup>15</sup>, se caracterizaban por haber erigido a la persona con discapacidad como elemento subjetivo determinante para la aplicación de ciertas medidas pronunciadamente liberales. Repárese que en dichas normas el legislador se limitaba a proteger un interés legítimo sin la construcción subsiguiente de un derecho subjetivo. Sin embargo, con la Ley 39/2006 se altera aquel rumbo político-social y se recibe en el ordenamiento jurídico español un derecho subjetivo novedosamente intitulado como de ciudadanía.

En resumidas cuentas uno de los principales méritos de esta Ley 39/2006 es el reconocimiento de un nuevo derecho subjetivo construido y calificado como derecho de ciudadanía<sup>16</sup>, superando y reforzando en definitiva aquellas políticas públicas sectoriales y recogiendo el testigo del británico T.H. Marshall cuyas tesis, que se

<sup>12</sup> *Vid.*, en materia de dependencia, además de los trabajos ya citados, Querejeta (2004); González y Quintero (2004); en esta obra colectiva *vid.*, especialmente, González (pp. 9-62); Mercader (pp. 63-92) y Pérez (pp. 167 a 189). También *vid.*, Rodríguez (2000).

<sup>13</sup> Sobre los aspectos referidos a la Unión Europea y al Consejo de Europa, así como a la nueva *Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, de 13 de diciembre de 2006, *vid.*, Moretón (2006, pp. 247-272; y 2007).

<sup>14</sup> De protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad.

<sup>15</sup> De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

<sup>16</sup> Sobre los derechos de ciudadanía *vid.*, entre otros, Kymlicka y Norman (1997, pp. 5 y ss.). Por su parte y si desde la Filosofía del Derecho se ha puesto de manifiesto la “terminología ciertamente innovadora en nuestra historia constitucional”, también se ha afirmado que no resulta ser ni un derecho fundamental ni un derecho subjetivo más (*vid.*, Asís, 2007, pp. 18 y 19).

remontan a 1949, auguraban la sustitución de las clases sociales por la ciudadanía y el reconocimiento de sus derechos individuales (vid. Crompton, 1993, pp. 175 y ss.).

### 2.3. La construcción de un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía distinto de los derechos de la personalidad y la incorporación de una nueva categoría para el derecho privado

Como ya hemos dicho en otro lugar, “el acceso al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y, por ende, al nuevo derecho de ciudadanía se condiciona al resultado del procedimiento contemplado y descrito en las líneas precedentes. Una vez obtenido el grado y nivel que corresponda, el sujeto deviene acreedor del derecho subjetivo de ciudadanía previsto por la Ley. En definitiva, la necesidad de dicho reconocimiento y acreditación previas de las circunstancias particulares sobre la autonomía personal y dependencia, confieren a este derecho una marcada nota legalista, separándola de las tradicionales notas de inherencia y esencialidad de las que están dotadas los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales<sup>17</sup>. (...) Por su parte, el elenco de derechos y facultades previstos en el artículo 4 de la Ley, ha de ser recibido muy favorablemente ya que, a diferencia del repertorio de servicios y prestaciones económicas que serán priorizadas en función del nivel y grado de dependencia así como por la capacidad económica del solicitante, los que ahora se quieren destacar serán ejercitables con independencia de dicho nivel o grado. En resumidas cuentas, esta noción técnica de dependencia, distinta de las categorías manejadas hasta por los iusprivatistas españoles, y su naturaleza y condición legalmente atribuidas de derecho subjetivo de ciudadanía, revitalizan desde nuevas perspectivas el sistema protector y garantista de los derechos de la personalidad” (Moretón, en prensa).

## 3. EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES

### 3.1. El inicio del procedimiento a instancias del “afectado” o de su representante: Examen a la luz de las medidas y principios rectores de la acción administrativa en materia de menores

El dictado literal del primer párrafo del artículo 28<sup>18</sup> sobre el “procedimiento para el reconocimiento de situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema” advierte que éste “se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especificidades que resulten de la presente Ley”<sup>19</sup>.

De modo que apréciase que ni se exige una capacidad específica, ni se concreta que la representación haya de ser legal o voluntaria ni, por otra parte, el precepto recoge mención alguna sobre la legitimación para la iniciación de oficio por las Administraciones públicas. A mayor abundamiento, aquella iniciación a instancia de parte se asocia a la de quien se encuentre en una posible situación de dependencia, limitando por tanto el ámbito técnico de los “interesados” al material de los “afectados” y circunscribiendo, aparentemente en exclusiva, a quien pueda ser titular del derecho de ciudadanía el inicio del procedimiento que tenga como consecuencia el acceso al Sistema.

<sup>17</sup> No es este el momento de enumerar las notas características de los derechos de la personalidad, si bien una de las que se erigen en indiscutibles es la esencialidad o inherencia al ser humano. En este sentido, *vid.*, Lasarte (2007, pp. 209); Clavería (1984, págs. 107 y 112); López (1986, p. 1.070) y O’Callaghan (1986, p. 1.888).

<sup>18</sup> Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE nº 299, de 15 de diciembre de 2006).

<sup>19</sup> En este sentido, también la Ley se hizo eco de las apreciaciones del Consejo de Estado, por cuanto advertía que “es necesario distinguir entre ‘reconocimiento de situación de dependencia’ y ‘reconocimiento del derechos’; mientras que tiene sentido que el primero tenga efectos en todo el territorio nacional (a tal fin se orienta el establecimiento de un instrumento de valoración común mediante un baremo aprobado por el Gobierno: artículo 25), no parece que pueda predicarse lo mismo en relación con el reconocimiento del derecho que pueda derivar de tal situación de dependencia, en relación con el cual el Anteproyecto admite diferencias entre Comunidades Autónomas. En consecuencia, el artículo 27.2 debería referirse, no al reconocimiento del derecho, sino al reconocimiento de la situación de dependencia” (Dictamen 336/2006, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, de 23 de marzo de 2006).

Con todo, cabe hacer una interpretación más flexible del tenor literal transcrito, con la finalidad de favorecer el propio objeto de la Ley, atendiendo el interés de la persona y el ejercicio de sus derechos. Por tanto y como premisa mayor, cabe abogar por una interpretación no restrictiva del precepto (*favorabilia sunt amplianda*<sup>20</sup>) habida cuenta de que lo que prevé la Ley es, precisamente, la construcción de un nuevo derecho de ciudadanía, siendo Derecho supletorio tanto la mencionada Ley 30/1992, el propio Código civil o aquellas normas de las Comunidades Autónomas que amplíen los derechos de quienes se vean afectados por una situación como ésta, sean mayores o menores.

A mayor abundamiento y en materia de menores, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica de los menores, advierte expresamente en su artículo décimo: "*Artículo 10. Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos.- 1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto.- 2. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede: a) Solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente. b) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas. c) Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo. A tal fin, uno de los Adjuntos de dicha institución se hará cargo de modo permanente de los asuntos relacionados con los menores. d) Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.- 3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación. Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.- 4. Una vez constituida la guarda o tutela a que se refiere el apartado anterior de este artículo, la Administración pública competente facilitará a los menores extranjeros la documentación acreditativa de su situación, en los términos que reglamentariamente se determinen*".

Y seguidamente declara el artículo siguiente cuáles son los principios que han de regir dicha acción administrativa. Sus términos dicen: "*Artículo 11. Principios rectores de la acción administrativa. 1. Las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos.- Las Administraciones públicas, en los ámbitos que les son propios articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia por medio de los medios oportunos, de modo muy especial, cuanto se refiera a los derechos enumerados en esta Ley. Los menores tienen derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus padres o tutores o instituciones en posición equivalente, quienes a su vez, tiene el deber de utilizarlos en beneficio de los menores.- Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos.- Las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las necesidades del menor al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes y espacios libres en las ciudades.- Las Administraciones públicas tendrán particularmente en cuenta la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios, en los que permanecen habitualmente niños y niñas, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias y de recursos humanos y a sus proyectos educativos, participación de los menores y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.- 2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor. b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés. c) Su integración familiar y social. d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) Sensibilizar a la población ante situaciones de indefensión del menor. f) Promover la participación y la solidaridad social. g) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas*".

De modo que nada impide la actuación del menor sin su representante especialmente cuando se trata de una solicitud de reconocimiento que ante la Administración se ventila y cuya actuación ha de estar presidida por los principios que se acaban de poner de manifiesto.

<sup>20</sup> Vid., sobre la interpretación extensiva de las normas favorables de derechos, Lasarte (2007, p. 89).

### 3.2. La iniciación a instancia del interesado, por sí o por representante voluntario

En todo caso y como no podía ser de otra manera, la solicitud puede ser presentada por el interesado y, en buena lógica, por su representante cuando el acuerdo por el que se confiere la actuación a un tercero esté basado en la convención o, en definitiva, sea voluntario. Por tanto, cabe aquí remitirse a las prescripciones relativas al contrato de mandato y a la posibilidad de emitir poderes preventivos establecida por la Ley 41/2003, es decir, a los supuestos en que un sujeto en un momento de plena capacidad nombrare para el caso de que caiga en un estado que le impida actuar por sí a otro<sup>21</sup>. Distinta de la actuación realizada por los representantes voluntarios, será la que proceda evacuar por el representante legal, siendo en estos casos la sentencia judicial y en su caso, la certificación del Registro civil la que acredite su condición<sup>22</sup>. Por otra parte y ante la evidencia de las situaciones de personas que se encuentran en circunstancias en que no emiten declaración de voluntad en sentido alguno, en estos supuestos de avoluntariedad cabe y se admite generalmente la solicitud firmada por el guardador de hecho, en los términos descritos a continuación.

### 3.3. La firma de la solicitud por el representante legal o el guardador de hecho y la iniciación a instancia del Fiscal o de las personas jurídicas que tengan encomendadas las funciones de tutela automática de las personas en situación de desamparo

Resulta relativamente criticable la omisión de la expresa consideración de la iniciación de oficio, sea ésta interesada por el Ministerio Fiscal como por las autoridades a quienes compete la protección de las personas en situación de desamparo, salvo que se quiera entender que al no excluirse dicha posibilidad y tratarse de una de las obligaciones que pesa sobre la Fiscalía que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social”<sup>23</sup>, habrá de instar cuantas medidas redunden en beneficio de la persona en situación de riesgo social, incluida la solicitud de reconocimiento de dependencia.

Desde este entendimiento cabe admitir la iniciación del procedimiento, en defecto de representante legal u órgano tutelar competente —por no haber sido instado o resuelto el procedimiento de incapacitación o por estar en trámite o sin aceptar el cargo tutelar—, por el Ministerio Fiscal dadas las obligaciones que pesan sobre este órgano especializado, singularmente en lo que a las personas desamparadas se refiere<sup>24</sup> y específicamente en materia de menores.

Lo cierto es que al día de hoy y tal y como se había consolidado como fórmula para instar el procedimiento de acreditación de discapacidad, los modelos de solicitud aprobados por las administraciones competentes<sup>25</sup>

<sup>21</sup> *Vid.*, en este sentido la redacción dada por la Ley 41/2003, al contrato de mandato y, en particular a su revocación prevista en el artículo 1.732 del Código civil que declara “El mandato se acaba: 1º. Por su revocación. 2º. Por renuncia o incapacitación del mandatario. 3º. Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario.- El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor” [*vid.*, sobre la materia, Leonseguí, 2006, pp. 209 y ss). Sobre la publicidad de los poderes preventivos y de la designación preventiva de tutor, *vid.*, Moretón (en prensa).

<sup>22</sup> Téngase en cuenta también el Proyecto de Ley 121/000113, de Reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

<sup>23</sup> Artículo 124 de la Constitución, *vid.*, además el artículo tercero del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, especialmente el 3.7 que advierte que corresponde al Ministerio Fiscal “asumir o, en su caso, promover la representación y defensa, en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos” (precepto que no ha sido modificado en la reciente reforma del Estatuto, operada por la Ley Orgánica 24/2007, de 9 de octubre).

<sup>24</sup> Debe traerse a colación el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento Administrativo, que se ocupa del concepto de interesado.

<sup>25</sup> Téngase presente que las Administraciones Públicas, de conformidad a las prescripciones del artículo 70.4 “deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de

exigen que ésta sea presentada por el interesado; caso de que éste sea menor de edad o esté incapacitado, por sus progenitores o por su representante legal, respectivamente, exigiéndose en este último caso la certificación de su circunstancia mediante la aportación de la resolución judicial correspondiente. Caso de que no exista representante legal, los modelos de solicitud admiten que sea presentada por el guardador de hecho, acreditándose su condición mediante declaración jurada que, en ocasiones, como ocurre en algún supuesto se incorpora a los modelos aprobados oficialmente<sup>26</sup>. En ella el guardador declara que tiene bajo su guarda y cuidado a la persona en cuestión, que a su juicio ésta carece de capacidad de autogobierno y que adicionalmente se compromete a la administración de las prestaciones que le puedan corresponder<sup>27</sup>.

Sobre el guardador de hecho, adicionalmente y por cuanto atañe a las funciones que asuma y a la responsabilidad que sobre él pueda pesar, el mencionado Proyecto de reforma del Registro Civil<sup>28</sup> recoge, de una parte, la posibilidad de anotar a petición del Ministerio Fiscal —o de cualquier interesado— “la existencia de un guardador de hecho y de las medidas judiciales de control y vigilancia adoptadas respecto del menor o presunto incapaz”. De modo que sin necesidad de instar un procedimiento judicial de incapacitación, esta reforma permite dar publicidad registral del cargo que, de hecho, suele ocupar un familiar, un tercero o, en resumidas cuentas, quien asuma fácticamente la atención personal y patrimonial del sujeto. Acreditación registral o certificación hechas sin perjuicio de la declaración del guardador que se pueda acompañar a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia<sup>29</sup>.

### **3.4. La capacidad de obrar del menor ante las Administraciones Públicas: Notas sobre la territorialidad de las leyes administrativas frente a las normas relativas a la capacidad, estado civil y derechos y deberes de familia determinadas por la Ley personal**

Como ya se ha señalado, la mejor doctrina ha advertido que las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y de obrar, aún manteniendo su vigencia, en el ámbito del Derecho administrativo quedan realmente minimizadas. Y ello en virtud de la redacción del artículo 30 de la Ley de Procedimiento antes transcrita<sup>30</sup>.

En el sentido propuesto en el título, el elenco de derechos y obligaciones recogidos en el artículo cuarto de la Ley, determina que el límite es el referido a la capacidad de obrar, materia regida por la Ley personal<sup>31</sup>, frente a los principios del procedimiento calificado como administrativo y sometido a las leyes de esta naturaleza, según el artículo 28. De modo que en esta materia primará el principio de territorialidad de las leyes administrativas determinado por el artículo 8 del Código civil<sup>32</sup>.

A mayor abundamiento y como derecho de ciudadanía que es, téngase presente que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Procedimiento administrativo, en su artículo 30 establece que “*tendrán capacidad de obrar*

---

procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en dependencias administrativas” (*vid.*, también el Real Decreto 1.465/1999, de 17 de septiembre, por el que se establecen los criterios de imagen institucional y se regula la producción documental y el material impreso de la Administración del Estado).

<sup>26</sup> Es el supuesto contemplado por la Orden SAN/9/2007, de 9 de febrero, por el que se establecen las bases reguladoras y se aprueba la convocatoria de prestaciones económicas individuales para la promoción de la vida autónoma en materia de Servicios sociales para el 2007 (Gobierno Cántabro).

<sup>27</sup> Sobre la guarda de hecho, *vid.*, los artículos 303 y siguientes del Código civil; para su análisis desde la perspectiva de los mayores como sujetos protegidos (Tejedor, 2007).

<sup>28</sup> Proyecto de Ley 121/000113.

<sup>29</sup> Adicionalmente el mencionado Proyecto 121/000113 contempla en su Disposición adicional tercera, la legitimación del Ministerio Fiscal para obtener información por parte de los Organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

<sup>30</sup> *Vid.*, las apreciaciones de García de Enterría y Tomás-Ramón, en materia de capacidad del administrado y sus circunstancias modificativas referidas a la nacionalidad, vecindad territorial, edad, enfermedad, domicilio y otras restricciones (2002b, pp. 20 y ss.).

<sup>31</sup> Dice el artículo 9.1 del Código civil que “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por la nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte. El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior”. Afirman también García de Enterría y Tomás-Ramón, “en relación con el ámbito de aplicación en el espacio, el Derecho Administrativo se rige por el principio de territorialidad” (2002a, pp. 90 y ss.).

<sup>32</sup> Dice este artículo 8.1 que “las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español”.

ante las Administraciones Públicas, *además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados cuando la extensión de su incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate*”.

Si al contenido de este precepto se suma, de una parte, el del artículo 162.2 del Código civil que exceptúa de la órbita de la patria potestad que ostentan los progenitores sobre sus hijos e hijas “los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”; y de otra, el principio de la interpretación restrictiva de las limitaciones de la capacidad de obrar de los menores impuesto por el artículo segundo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y, por último, siendo como es un derecho directamente involucrado con los de la personalidad —al no impedir expresamente la Ley 39/2006 que la solicitud para el reconocimiento sea instada por un menor— en buena lógica deberían ser admitidas a trámite las solicitudes evacuadas por un menor maduro.

No cabe duda que esta hipótesis podrá ser calificada como poco relevante pero son, precisamente, los argumentos de los que se acaba de traer razón, los que deberían desembocar en la admisión de la tramitación de la solicitud incluso cuando ésta se verifique por un tercero ajeno sin oposición del interesado porque nada diga o porque nada pueda decir por las circunstancias vitales por las que esté pasando. Con razón de más si, como es el caso, nos encontramos ante un procedimiento que, a diferencia de la incapacitación judicial que cercena su capacidad de obrar y afecta a su estado civil, ni se ventila en sede jurisdiccional ni presenta otras formalidades para el afectado que un reconocimiento sanitario por un equipo especializado y que, adicionalmente, abre la llave de ciertos beneficios económicos directos.

Si a estas afirmaciones se añade la lectura de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución española, en buena lógica y adicionalmente cabe autorizar la presentación de una solicitud por una persona al servicio de las Administraciones públicas, ya que en definitiva a los Poderes públicos incumbe la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 Constitución Española), de las personas con discapacidad, de los menores y de los mayores (arts. 49 y 50 Constitución Española).

## 4. LOS TITULARES DEL DERECHO SUBJETIVO

### 4.1. La relación general de titularidades: La única limitación cronológica por razón de la minoría de tres años

En principio y en buena lógica elemento previo es la determinación de los sujetos potencialmente titulares del elenco de derechos previstos en la Ley. En este sentido y dado el encaje constitucional de esta norma en el artículo 149.1.1 de la Constitución<sup>33</sup>, se requiere simultáneamente la nacionalidad española, además del reconocimiento administrativo de la dependencia en el grado que corresponda, sumados ambos a la vinculación territorial referida a la residencia. De modo que sólo podrán exigir las prestaciones legalmente establecidas los españoles con dependencia que hayan residido, por lo menos, cinco años en territorio español.

En este sentido, téngase presente que la titularidad exige la acreditación y reconocimiento de la situación de dependencia y cualquier sujeto por sí o mediante representante podrá instar dicho reconocimiento siempre y cuando reúna los siguientes requisitos simultáneamente<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”; añadido al contenido del artículo 9.1 “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” y al del artículo 13.1 “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

<sup>34</sup> En este sentido, téngase en cuenta la Ley Foral Navarra 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales Ley que, habiéndose aprobado en idéntica fecha que la Ley 39/2006, la contempla y a ella se remite en ciertos aspectos. También se fundamenta en la superación de la visión meramente asistencial —a que la que han atendido como competencia propia las Comunidades— y pretende superarla mediante la universalización del repertorio de derechos en ella previstos. En particular, téngase en cuenta su artículo cuarto por cuanto determina como “personas destinatarias de los servicios sociales. 1. Serán titulares del derecho a acceder al sistema de servicios sociales establecido

Los términos del artículo quinto de la Ley son los siguientes: “*Artículo 5. Titulares de derechos.* 1. Son titulares de los derechos establecidos en la presente Ley los españoles que cumplan los siguientes requisitos: a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos. b) Para los menores de 3 años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera. c) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia. 2. Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se registrarán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales. 3. El Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España. 4. El Gobierno establecerá, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados”.

Y por fin, dicha Disposición adicional decimotercera prevé sobre la Protección de los menores de 3 años: “1. Sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años acreditados en situación de dependencia. El instrumento de valoración previsto en el artículo 27 de esta ley incorporará a estos efectos una escala de valoración específica.- 2. La atención a los menores de 3 años, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, se integrará en los diversos niveles de atención establecidos en el artículo 7 de esta Ley y sus formas de financiación.- 3. En el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se promoverá la adopción de un plan integral de atención para estos menores de 3 años en situación de dependencia, en el que se contemplen las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias, para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales”.

#### **4.2. Requisitos exigidos para la titularidad del Derecho: Nacionalidad, acreditación previa de la dependencia y residencia en territorio español**

El elemento previo será la determinación o la concreción de los sujetos titulares del derecho subjetivo de ciudadanía y, por ende, del elenco de derechos previstos en la Ley. En este sentido, se requiere simultáneamente la nacionalidad española, además del reconocimiento administrativo de la dependencia en el grado que corresponda, sumados ambos a la vinculación territorial referida a la residencia. De modo que sólo podrán exigir las prestaciones legalmente establecidas los españoles que, estando en situación de dependencia o teniendo comprometida su autonomía personal, hayan residido, por lo menos, cinco años en territorio español de los que dos, deberán ser inmediatamente anteriores a la petición. En buena lógica y atendiendo también a las observaciones hechas por el Consejo Económico y Social (2006, p. 12), cuando el sujeto con dependencia sea una persona de menos de cinco años, ante la imposibilidad de que haya residido cinco años en territorio nacional, dicho periodo de residencia será exigido de quien o quienes ejerzan su guarda y custodia.

Como ya se ha destacado, dicha titularidad exige la acreditación de la situación de dependencia, de modo que cualquier sujeto por sí o mediante representante podrá instar dicho reconocimiento siempre y cuando reúna los requisitos exigidos por la Ley con carácter simultáneo<sup>35</sup>.

---

en esta Ley Foral los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea empadronados en cualquiera de los municipios de Navarra así como los extranjeros residentes. 2. También podrán acceder al sistema de servicios sociales los extranjeros que, encontrándose en Navarra, tengan la condición de exiliados, refugiados o apátridas, de acuerdo con lo que establezcan la legislación vigente y los tratados y convenios internacionales y, en su defecto, con el principio de reciprocidad. 3. Lo establecido en los apartados anteriores se entiende sin perjuicio de los requisitos adicionales que se establezcan para el acceso a determinadas prestaciones en las disposiciones que las regulen o establezcan. 4. En todo caso, las personas que se encuentren en Navarra en una situación de urgencia personal e indigencia, familiar o social, podrán acceder a aquellas prestaciones del sistema de servicios sociales que permitan atender a dicha situación. Esta situación será valorada por los profesionales de los servicios en función de su gravedad, precariedad y perentoriedad”.

<sup>35</sup> Los términos del artículo quinto de la Ley son los siguientes: “*Artículo 5. Titulares de derechos.* 1. Son titulares de los derechos establecidos en la presente Ley los españoles que cumplan los siguientes requisitos: a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos. b) Para los menores de 3 años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera. c) Residir en territorio

### 4.3. Las niñas y niños extranjeros: La exigencia de residencia legal

Por lo que a los extranjeros se refiere, la Ley de dependencia se remite, a su vez, a las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su Integración social. En este sentido a “los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”<sup>36</sup>.

Añádase que los extranjeros —comunitarios y no comunitarios— en general, gozan de idénticos derechos y libertades del título primero de la Constitución<sup>37</sup> y, en particular, del Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales<sup>38</sup>.

De modo que tanto los ciudadanos comunitarios como los extranjeros no comunitarios que reúnan los requisitos de residencia y sean titulares de la acreditación de la situación de dependencia, accederán al sistema y, con ello y en su caso, a las prestaciones correspondientes<sup>39</sup>. Por el contrario, los no nacionales que residan de forma ilegal en España carecerán de fórmulas de acceso a este sistema pero sí podrán ser beneficiarios de otras prestaciones y servicios básicos (Olmo, 2005)<sup>40</sup>.

Por fin, cabría plantearse idénticas cuestiones a las del menor español residente que no esté incapacitado judicialmente y se encuentre en situación de desamparo; supuestos en que procederá la asunción de la tutela

---

español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.- 2. Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales.- 3. El Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España.- 4. El Gobierno establecerá, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados”.

<sup>36</sup> Se trata del apartado tercero añadido por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

<sup>37</sup> Artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En el caso de Cantabria, su reciente Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios sociales, reconoce como titulares de los derechos recogidos en la norma a “las personas residentes en la Comunidad Autónoma de Cantabria en los términos que en la presente Ley o en su normativa de desarrollo se establezcan. Tendrán igualmente esta consideración las personas emigrantes cántabras retornadas desde el momento de su llegada”, remitiéndose en su segundo párrafo a dicha LO 4/2000.

<sup>38</sup> Dice el artículo 14 de la LO 4/2000, de 11 de enero: “Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales. 1. Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones básicas”. En cuanto a la situación de residencia, serán “residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”, residencia que podrá ser temporal si es superior a 90 días e inferior a 5 años; o residencia permanente que “autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles” [sobre la materia *vid.*, Lousada y Cabeza, 2004; y Kahale, 2004. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance y contenido de este derecho en la Sentencia 95/2000, de 10 de abril; sobre residencia *vid.*, Real Decreto 2.393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre derechos y libertades en España y su integración social, arts. 33 y sigs.].

<sup>39</sup> *Vid.*, por su parte, las apreciaciones de Tarabini-Castellani sobre el régimen jurídico aplicable a los extranjeros comunitarios y la cuestión sobre la potencial aplicabilidad del Reglamento 833/2004 y el problema de la computación de la residencia en otros estados para el acceso al seguro de la dependencia [*vid.*, “Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de dependencia”, *La protección de la dependencia* (2007, p. 174)].

<sup>40</sup> Por su parte, con la reciente aprobación de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, se establecen los “mecanismos necesarios para la coordinación de sus actuaciones, en colaboración con la Administración Local, con los agentes sociales y con las organizaciones y asociaciones de emigrantes, exilados y retornados”, con la intención de garantizarles idéntico repertorio de derechos sociales y prestaciones que los residentes en el territorio nacional, “sobre todo para las personas mayores, incorporando la asistencia sanitaria en sentido amplio” según reconoce la Exposición de Motivos de la Ley. En particular, en su artículo 17 se declara el derecho a la protección de la salud, advirtiendo que “el Estado promoverá una atención integral de la salud, atendiendo con carácter prioritario a los mayores y dependientes, que carezcan de recursos suficientes. El contenido y alcance de esta atención se desarrollará reglamentariamente y tenderá a su equiparación con la que se proporciona a los mayores y dependientes que viven en España” concluye el precepto advirtiendo que “a tal efecto, el Estado podrá suscribir convenios preferentemente con las entidades públicas aseguradoras o prestadoras de cuidados de salud de los países donde sea necesario garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud. En su caso, podrá suscribir también convenios con entidades aseguradoras o prestadoras privadas, teniendo en especial consideración a las entidades o instituciones españolas en el exterior con capacidad para prestar la atención sanitaria”.

automática por parte de los organismos públicos competentes, y si ha lugar a su expulsión será esta entidad quien deba —a nuestro juicio— instar el reconocimiento de la situación de dependencia<sup>41</sup>. Por tanto, el citado presupuesto de la residencia legal será exigible si se pretende el acceso al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; cualesquiera otras circunstancias de desprotección quedarán garantizadas independientemente de la situación administrativa regular o irregular del menor.

## 5. CONCLUSIONES

En definitiva, si en la Ley se contempla la posibilidad de instar el reconocimiento por el afectado, sin reclamar requisitos adicionales, en buena lógica, deberán ser tramitadas las peticiones instadas por los menores estén o no emancipados. El requisito previsto en el artículo 162 del Código civil sobre la madurez del menor, en puridad no será de aplicación necesaria, cuando menos en el caso de niñas o niños mayores de 12 años.

Téngase en cuenta que el procedimiento para el reconocimiento del derecho y sus prestaciones está sometido al Derecho administrativo, ordenamiento en que la distinción básica para el Derecho privado entre capacidad jurídica y de obrar presenta, por el contrario, una escasa por no decir nula incidencia. En este sentido, el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, atribuye capacidad al menor sin la asistencia de sus representantes legales. Desde dicha premisa legal, ha de ser criticado el planteamiento hecho por los modelos reglamentariamente aprobados ya que las solicitudes en curso circunscriben aquella petición a la que esté suscrita por los representantes legales de quienes aún no hayan cumplido la mayoría de edad.

Por tanto y a la vista de los modelos de solicitud, siendo como son los titulares de la patria potestad representantes legales del menor, se está haciendo una interpretación restrictiva que limita el ejercicio de su derecho de ciudadanía, ya que en puridad se está condicionando a la impetración activa de sus progenitores, sea con consentimiento o sin conocimiento —incluso como mera hipótesis contra la declarada voluntad del afectado—.

No empece a esta objeción las apreciaciones prevenidas en el artículo 4 sobre las limitaciones al ejercicio de los derechos y obligaciones en situación de dependencia, toda vez que, como se ha advertido, lo que se pretende en este trabajo es que el menor tenga acceso al procedimiento donde se reconozca su situación; caso de que proceda y en buena lógica con el resto del sistema jurídico en materia de persona física, el ejercicio de los derechos específicos —entre los que se incluyen los derechos humanos y libertades fundamentales, respeto a su dignidad, derecho a la información, confidencialidad, autogobierno, etc.— no podrá tener otras “limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia”.

A su vez, la vía escogida para la aplicación de esta Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se hace depender de la mayoría de edad, pese a que la Ley se escapa de la órbita de las leyes típica y estrictamente personales, ya que al examinar el caso de los menores residentes legalmente resultará aplicable la interpretación extensiva de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, por lo que los beneficios y el reconocimiento de la titularidad del derecho no se condicionan a la nacionalidad sino a la residencia legal con los plazos determinados por la Ley, alejándose en suma de las leyes de ámbito personal y resultando ser una norma, como la mayor parte del ordenamiento administrativo, puramente territorial.

---

<sup>41</sup> Pese a todo, conviene tener presente que el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se iniciará, exclusivamente, a instancia del interesado o de su representante por lo que habrá que estar a la práctica de cada Comunidad y de las personas jurídicas que hayan asumido las funciones tutelares de personas en situación de discapacidad, incapacitación y, ahora, extensivamente, de dependencia. En el caso de Cantabria, su reciente Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios sociales, supera el modelo asistencial de los servicios sociales y configura “un nuevo ámbito de protección social” instaurando “un sistema de derechos de ciudadanía, fundamento en los principios de igualdad y universalidad”. En particular, su artículo 5 establece como derecho el reconocimiento de la situación de dependencia por lo que en buena lógica cabe entender que el reconocimiento del derecho se podrá instar por el interesado, por sus representantes legales e, incluso, en lógica con el sistema universal que implanta la Ley, por la propia Administración como garante última de los derechos instaurados si bien y a mi juicio sólo en defecto de oposición por parte del beneficiario. De modo que si el mayor no presenta capacidad para emitir su voluntad y no ha hecho un poder preventivo, oponiéndose a dichos extremos, la Administración deberá velar por él.

## Bibliografía

- Aláez, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos
- Asís, R (2007). Reflexiones en torno a la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia- *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 5, 3-21.
- Clavería, L. H. (1984). Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad. En *Libro homenaje al Profesor José Beltrán de Heredia* (pp. 101-116). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Consejo Económico y Social (2006)- *Dictamen 3/2006*. Madrid: Autor-
- Crompton, R. (1993), *Clase y estratificación. Una introducción a los debates actuales* (Trad. M<sup>a</sup> T. Casado). Madrid: Tecnos.
- De Lama, A. (2006). *La protección de los derechos de la personalidad del menor*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- García, M<sup>a</sup> del C, (2004), *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*. Pamplona: Aranzadi.
- García de Enterría, E. y Tomás-Ramón, F. (2002a). *Curso de Derecho administrativo, I* (11 ed.). Madrid: Civitas
- García de Enterría, E. y Tomás-Ramón, F. (2002b). *Curso de Derecho administrativo, II* (8 ed.). Madrid: Civitas
- Gómez, Y. (2005), *Derecho constitucional europeo. Derechos y libertades*, Madrid: Sanz y Torres
- González, S. (2004). La protección social de las situaciones de dependencia. En González, S. y Quintero, M. G. (2004), *Protección social de las personas dependientes* (pp. 9-62). Madrid, 2004: La Ley.
- González, S. y Quintero, M. G. (2004), *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, 2004: La Ley.
- Hernández Gil, A. (1988). La persona en la Constitución. En *Obras completas, 7* (pp. 309.327). Madrid: Espasa Calpe.
- Kahale, D. T. (2004). El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Pamplona (*BIB 2004\708*).
- Kymlicka, W. y Norman, W. (1997), El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía. *A8orA*, 7, 5 y ss.
- Lasarte, C. (2007 y 2010). *Principios de Derecho civil, 1, Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid: Marcial Pons.
- López, J. J. (1986). Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, 39 (4), 1059-1120.
- Leonsegui, R. A. (2006). Cuestiones prácticas que plantea la autotutela tras su regulación en el Código civil por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. En Lasarte, C. (Ed.), *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI* (209 y ss.). Madrid: UNED y El Derecho.
- Lousada, J. F. y Cabeza, J. (2004).. Los derechos de los trabajadores extranjeros irregulares. *Aranzadi Social*, 7 y 8, 48 y ss.
- Mercader, R. (2004). Concepto y concepciones de la dependencia En González, S. y Quintero, M. G. (2004), *Protección social de las personas dependientes* (pp. 63-92). Madrid, 2004: La Ley.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2004). *Libro Blanco Atención a las personas en situación de dependencia en España*. Madrid: Autor.
- Moretón. F. (2006a). Apuntes sobre la anunciada ley de promoción de la vida autónoma y atención a las personas en situación de dependencia. En Lasarte, C. (Ed.), *Familia, Matrimonio y Divorcio en los albores del Siglo XXI* (217-223). Madrid: UNED y El Derecho.
- Moretón. F. (2006b). Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho.*, 1, 247-272

- Moretón, F. (2007). Los Derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia). *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2.
- Moretón, F. (en prensa). Aspetti civili di un nuovo diritto soggettivo di cittadinanza: la legge spagnola sull' autonomia personale e l'assistenza alle persone in stato di dipendenza (en prensa).
- Moretón, F. (en prensa). El sistema registral de la tutela preventiva- *RDUNED*, 2.
- Querejeta, M. (2004). *Discapacidad/Dependencia: Unificación de criterios de valoración y clasificación*, Madrid: MTAS.
- O'Callaghan, X. (1986). Sinopsis de los derechos de la personalidad, *AC*, 27, 1885 y ss.
- Olmo, L. (2005). El derecho a los servicios sociales de los trabajadores extranjeros (Estudio de los apartados 2 y 3 del art. 14 de la LO 4/2000). *Aranzadi Social*, 11, 1219-1230.
- Peces.Barba, G. (1980)., *Derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Latina
- Pérez, V (2004). Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea. En González, S. y Quintero, M. G. (2004), *Protección social de las personas dependientes* (pp. 167-189). Madrid, 2004: La Ley.
- Rivera, J. (1997). La Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: algunas consideraciones relevantes. *Cuadernos de Trabajo Social*, 10, 75-92.
- Rodríguez, G (Dir.) (2000), *La protección social de la dependencia*, Madrid: MTAS.
- Roqueta, R. (2007). La dependencia y su valoración. En Roqueta, R. (Coord.), *La protección de la dependencia (Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia)* (pp. 135-162). Valencia: Tirant lo Blanch..
- Sabater, E. (1996). La nueva Ley de Protección Jurídica del menor". *Actualidad jurídica Aranzadi*, VI (2), 1 a 11.
- Sagardoy, J. A. y López, L. (2005). Políticas de familia y dependencia en el marco de la Seguridad social, En *Familia y Dependencia. Nuevas necesidades, nuevas propuestas*, López, M. T. (Dir. y Coord.), Madrid: Fundación Acción Familiar.
- Tarabini-Castellani, M. (2007). Infracciones y sanciones. En Roqueta, R. (Coord.), *La protección de la dependencia (Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia)* (pp. 551 y ss.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Tejedor, L. (2007), Acogimiento de personas mayores y guarda de hecho- En Lasarte, C. (Dir.), *La protección de los mayores* (pp. 234 y ss.). Madrid.
- Villagrasa, C. y Ravetllat, I. (Coords.) (2006). *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*. Barcelona: Bosch.
- Yáñez, F. (2006). La capacidad del menor en el ámbito de sus derechos de la personalidad. En Villagrasa, C. y Ravetllat, I. (Coords.), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España* (89-102). Barcelona: Bosch.