



El nuevo Derecho de la Discapacidad
Seis años de Jornadas Æquitas



Manuel María Rueda Díaz de Rábago

Manuel María Rueda Díaz de Rábago

El nuevo Derecho de la Discapacidad

Seis años de Jornadas Æquitas



Donde se recogen, clasifican y comentan todas las conclusiones de las Jornadas celebradas por la Fundación Æquitas entre los años 2002 y 2007



Colección LA LLAVE, n.º 6.

Dirigida por Almudena Castro-Girona Martínez

Edición: noviembre, 2009

Edita: ©Fundación Æquitas.

Paseo del General Martínez Campos, 46-6.º

28010 Madrid

www.aequitas.org

info@aequitas.org

ISBN: 978-84-692-68855-1

Nº de registro: 09/105755

Dedicado a quienes me aguantaron mientras escribía esto.
Y a Nati, usuaria de algunas herramientas de las estudiadas aquí.

Capítulo primero. Sobre el objeto de este libro

DEL FVERO JVZGO. (traducción a lengua romance del Liber Iudiciorum)

Esti libro fó ficho de LX. VI. Obispos enno quarto concello de Toledo, ante la presencia del Rey Don Sisnando, enno tercero anno que regnó.

Era de DC et LXXXI. anno.

LIBRO IV. TITULO III. ...IV... Porque los huérfanos mientras que son pequennos non pueden defender sus cosas ni a si mismos, derecho es que sean en guarda dotri fasta tiempo establecido...

LAS SIETE PARTIDAS. Alfonso X. Siglo XIII

Sesta Partida. Titulo diez e seys. Ley treze. .. Curatores son llamados en lati aqlllos q da por guardadores alos mayores d catorze años y menores de veynte y cinco años seyendo en su acuerdo. E avn a los que fuesen mayores seyendo locos o desmemoriados. Pero los que son en su acuerdo non pueden ser apremiados que recisban tales guardadores si non quisieren...

Ley quinze. En que manera deuen los guardadores aliñar y a guardar los bienes delos huerfanos. Aliñar y endereçar los bienes delos huerfanos que ouieren en guarde deuen los guardadores enesta manera ...

Resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU.
13 de diciembre de 2006
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Artículo 1. Propósito

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.

I.- EL NUEVO DERECHO DE LA DISCAPACIDAD.

El ser humano, desde la prehistoria, se ha agrupado en comunidades. Para mantener su cohesión, en estas comunidades se establecen convenciones, no siempre coincidentes en todas ellas.

Entre las convenciones sociales hay algunas a las que se atribuyen unos efectos que serán defendidos por todos los miembros de la sociedad y, en un estadio más avanzado, por un ente abstracto que representa la colectividad (pueblo, ciudad, reino, imperio, estado..) Dentro de esta defensa de sus efectos, los demás pueden llegar a actuar contra el trasgresor. Estas convenciones se llaman “normas jurídicas”; el conjunto de las normas que utiliza una sociedad se denomina su “Ordenamiento Jurídico”, y la ciencia que lo estudia es el “Derecho” (nombre que a veces también se da a un conjunto de las normas: derecho español, francés, anglosajón..)

Dentro del Derecho, las normas que tienen en cuenta la situación de discapacidad en que puede encontrarse una persona constituirán lo que, al menos a los efectos de este trabajo, denominaremos “Derecho de (o sobre) la Discapacidad”. Como producto de una sociedad, su contenido dependerá de la idea que ésta tenga sobre su objeto, la discapacidad, o mejor, sobre cómo tratar a los discapacitados. En esta materia se está llevando a cabo un importante cambio en los últimos años, de ahí que nos hayamos referido en el título del libro al “nuevo Derecho de la Discapacidad”.

¿En qué consiste este cambio? La situación que podemos conocer como clásica o “de partida” entiende que, ante una situación de discapacidad, el afectado debe ser cuidado y atendido dentro de su círculo más cercano. Asimismo debe ser protegido. El discapaz es cuidado, mantenido, alimentado, alojado, etc. por su familia, y en eso consiste su plasmación jurídica a través del concepto de “alimentos”, que legalmente deben prestarse de forma obligatoria por los parientes más cercanos. Fuera del marco familiar, la persona con discapacidad es invisible para la sociedad, no se prodiga, no actúa en los procesos sociales. Si tiene posibilidades de realizar actos jurídicos patrimoniales, es decir, si tiene bienes (que procederán de un patrimonio familiar, por herencia o donación, puesto que no trabaja, al menos de forma remunerada), de ello se encarga la propia familia (el tutor es un pariente, fiscalizado por otros parientes) Esto lleva a que deba ser privado de su capacidad de actuar, deba ser incapacitado. Una vez privado de capacidad de obrar, que es el nombre que recibe esta posibilidad de actuar en la vida jurídica, se establecerá un sistema de intervención en su nombre, de representación. El

principal es la tutela, que implica una sustitución total de la actuación: actúa el tutor, en algunos casos con un control externo, pero no lo hace el incapacitado. Con esto tenemos la conexión “persona con discapacidad – incapacitación – tutela”, que es el esquema básico de nuestro sistema jurídico tradicional, y se corresponde con la actitud social ante este problema a lo largo de la mayor parte del siglo XX.

Dentro de esta fase clásica, de la que partimos, se produce una variación que será importante para determinar las normas que constituyen la mayor parte de nuestro Derecho sobre la Discapacidad. La alteración social que la provoca procede, por un lado, del cambio de composición de la familia. Se hace más pequeña, convirtiéndose en familia nuclear; sus viviendas reducen su tamaño con la migración a las ciudades. Por otro lado, la persona siempre presente en el hogar, que ejercía personalmente la mayor parte de los cuidados al discapacitado, la mujer, comienza a ausentarse para trabajar fuera de casa. Y, finalmente, los avances de la medicina prolongan la esperanza de vida de las personas con discapacidad, aumentando el tiempo que los mayores dependen de sus hijos, y provocando que los hijos discapaces sobrevivan a sus padres. En respuesta a todo esto, las familias se agrupan desarrollándose el movimiento asociativo, que pasa a tener influencia en la adopción de decisiones políticas en esta materia. Una segunda alteración, ésta afectante directamente a las personas con discapacidad, es su integración social. Pasan a ser “visibles”, a aparecer en sociedad. El sistema jurídico cambia del sistema de tutela familiar a otro de control judicial; se recoge en la reforma del Código Civil de 1983, pero no supone un cambio en el esquema que veíamos (que, recordemos, era el de discapacitado – incapacitación – tutela)

Y finalmente se empiezan a producir cambios de la estructura de nuestro sistema jurídico, que son los que trataremos en este libro. Debemos tener en cuenta que estas nuevas normas se superponen a las existentes, sin suprimirlas, haciendo por ahora las modificaciones mínimas que exige la nueva reglamentación.

El cambio que se está produciendo parte de una alteración del esquema que antes veíamos sobre lo que hacer con los discapacitados. Era el siguiente: persona con discapacidad – incapacitación – tutela. Ahora, el sujeto de partida es el mismo, el discapacitado. Pero la intención cambia. Se trata de que participe en la vida social, incluso en el proceso productivo, lo que genera un efecto beneficioso en el propio discapaz, y otro en la sociedad de la que forma parte. Se procura que la persona con discapacidad sea capaz de actuar en la vida social. Esta participación puede exigir normas que obliguen a la

Administración, o a los demás ciudadanos, a adecuar sus estructuras para que sean utilizables por las personas con discapacidad (accesibilidad) Imaginemos el caso de Stephen Hawking. Es evidente que su participación en el proceso productivo produce efectos enriquecedores (y no sólo para sus editores), más que si se encontrara recluido en casa, o en una residencia especial, alejado del trabajo. La fabricación de una silla que le desplace y un ordenador que le permita comunicarse con los demás es un avance productivo. Igualmente lo será una norma que obligue a que los servicios públicos, o las nuevas construcciones, permitan que los que, como él, van en silla de ruedas, puedan usarlos. La ONU considera este aspecto como un principio que debe informar toda la legislación de sus estados¹.

Esta intervención en la vida social, convertida en capacidad de adoptar decisiones, debe fomentarse, con los apoyos que sean precisos, dejando la privación de capacidad para los casos en que no funcionen tales actuaciones. Nos queda por lo tanto así: persona con discapacidad – integración - asistencia jurídica (apoyo, complemento, privación y sustitución de voluntad cuando aquello no sea suficiente) ¿Quién es el que debe decidir cómo se realiza esta asistencia? Hasta ahora, el tutor y un Juez. Ahora, el propio discapacitado, en la medida en que comprenda y pueda decidir. Deberá atenderse, si es posible, a la propia voluntad del asistido o sus más próximos (autonomía de la voluntad)

Por último, habrá que mantener a los discapacitados; proveer a sus necesidades vitales y a que puedan realizar las actividades de la vida diaria. Ya hemos visto cómo el sistema tradicional de asistencia familiar está en crisis. La familia pasa a ser sustituida por el Estado, que se encarga, por un lado, de fomentar la participación de personas cercanas al discapacitado en la atención de sus necesidades materiales (medidas patrimoniales) y, por otro lado, atribuyendo directamente esta asistencia a los que dependen de otros (dependencia)

Un resumen de esta evolución se trató en Huelva, en el año 2005.

¹ Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Preámbulo ... m) Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza,...*

(Huelva, III-2005) 1.- Evolución.- Es notable la evolución que ha tenido la legislación sobre discapacidad en los últimos veinticinco años, adecuándose a las variaciones que se han producido en las relaciones humanas en las que pueden verse inmersas las personas con discapacidad.

Partiendo de la tutela de familia se pasó a un sistema de tutela bajo control judicial y se incluyó al cónyuge con preferencia a otros parientes. En la siguiente fase, ley 41/2003, se robustece la regulación de la propia discapacidad: autotutela, poderes preventivos, autoincapacitación, designación de tutor, etc. El último paso, en el momento actual, lo avanza la ley 51/2003, en que se supera la necesidad de asistencia prestada por otras personas, mediante medios que permitan a personas con discapacidad prescindir, en lo posible, de esta asistencia: supresión de barreras arquitectónicas, lenguaje de signos...

Se pone de manifiesto que está pendiente un estudio de la situación límite en que se encuentran las personas que no han accedido a los grados que, oficialmente, permiten la aplicación de los mecanismos protectores o asistenciales previstos, por no haber accedido al nivel de minusvalía legalmente establecido o a la incapacitación judicial.

En el último párrafo se reseña una realidad sin clarificar: la de los que, teniendo una discapacidad, ésta no llega al nivel que la Administración establece para hacerle acreedor de las prestaciones que prevé para los discapacitados. En el mismo sentido, la situación de quienes están en el nivel límite en cuanto a capacidad, de modo que podrán (serán capaces de..) realizar unas cosas, y otras no (serán incapaces para..) De esta figura trataremos al hablar de las personas con inteligencia límite y del concepto de capacidad suficiente.

No obstante lo anterior, la familia reduce su tamaño, pero no desaparece. Constituye el primer círculo de relaciones con que se encuentra una persona con discapacidad, y con relaciones afectivas muy intensas. Esto hace que los integrantes de este primer grupo, en la medida en que puedan, sean los más adecuados para iniciar la integración y formación de aquellos. Fue objeto de un reconocimiento expreso en las jornadas de julio de 2003.

(Madrid, VII-2003) CUARTA.- Es preciso potenciar el papel social de la familia, como núcleo social básico y humano de desarrollo

personal y de integración social de las personas que no pueden gobernarse por sí mismas, lo que exige mayores y mejores apoyos y el respaldo legislativo.

Como consecuencia de lo anterior, debe potenciarse, ayudar a que las posibilidades de la familia sean lo más amplias posibles, con respaldos legislativos y económicos. Lo que en definitiva redonda en beneficio del discapacitado.

Una última aclaración ideológica. El tratamiento clásico de la discapacidad se realiza considerando que es un problema ajeno. Son “otros” quienes tienen la discapacidad; se les reconoce por diversas circunstancias, tienen unos caracteres particulares que provoca el síndrome de Down; van en silla de ruedas; llevan bastones o perros guía para desplazarse; gesticulan mucho cuando están en grupo los sordos, etc. En la actualidad, debido a las posibilidades de accidentes (de tráfico principalmente) y al aumento de la longevidad, el problema ya no es sólo “de otros”. La discapacidad física puede ser mañana nuestra. En cuanto a la discapacidad intelectual, si otra enfermedad no lo remedia antes, llegaremos a una edad en la que la mayor parte de los ciudadanos la padecerá en grados variables. Por eso es esencial la autonomía de la voluntad, porque nadie va a describir la atención que queremos mejor que nosotros mismos. En dos planos: a la hora de regular la asistencia jurídica, y a la hora de regular cómo se atenderá nuestra dependencia. En ambos casos, quién decidirá y cómo se prestará.

Descendiendo al plano jurídico, la Constitución Española recoge en 1978 algunas de estas ideas². Tal como se indica en sus exposiciones de

² Constitución Española, Artículo 9. ..2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

Artículo 14. Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 49: Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos

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

motivos, la accesibilidad se apoya en los artículos 9.2, 14 y 49; la atención a la dependencia, en los artículos 49 y 50, y nuevamente los artículos 9.2 y 49 constituyen la base de la ley 41/2003. Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 13 de diciembre de 2006 la resolución 61/106, Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, suscrita por España, junto con otros muchos países, el 30 de marzo de 2007, y de inmediata ratificación por nuestro órgano legislativo en el momento en que estas líneas se escriben³. Haremos algunas referencias, tanto a las normas constitucionales de 1978, como a las internacionales de 2006 (a las que en adelante nos referiremos como la Convención de la ONU) Va dirigida a los estados partes, en orden a determinar ciertas normas que deben ser incluidas en el Ordenamiento Jurídico de cada uno, y de criterio o principios que deben ordenar su legislación. Como principio general, recojamos el siguiente: *Artículo 12. .. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

En el derecho interno español no es hasta finales del siglo XX y el XXI cuando nos encontramos con leyes que tratan de la accesibilidad (Ley 51/2003); de la autonomía de la voluntad y medidas patrimoniales (Ley 41/2003), y de la organización de la dependencia (Ley 39/2006) De estas leyes, y de algunas otras normas y situaciones en que ciertas personas, no estrictamente con discapacidad, se encuentran en circunstancias similares en cuanto a la necesidad de un apoyo especial (que podemos denominar “personas necesitadas de una atención especial” o “personas vulnerables”), es de lo que trata este libro.

II.- El lector más perspicaz habrá advertido que el título de este libro se compone de dos frases. La segunda dice “Seis años de Jornadas Aequitas”.

El Consejo Nacional del Notariado es el órgano superior de la estructura orgánica notarial, es la cúspide de una pirámide que parte de los notarios. Estos eligen a sus representantes en el Consejo, que designa sus cargos. Tiene como

mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

³ La Convención ha sido ratificada en el Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, publicada en el B.O.E. de 21 de abril de 2008, con entrada en vigor en el derecho español desde el 3 de mayo del mismo año.

cometido la organización de la actuación corporativa del Notariado (la estructura derivada de su condición de funcionarios está atribuida a la Administración, en el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado) El Consejo se planteó en el año 1999 examinar su posición en la sociedad, para lo que se organizaron diversos seminarios que estudiaban su ubicación en la vida económica, en la sociedad de la información y en la vida social. De este último examen nació la idea de poner en marcha una fundación que canalizara la actividad a favor de las personas con discapacidad en el campo en el que trabajan los notarios, el mundo jurídico. Integran su Patronato siete miembros procedentes del Notariado, dos de la Justicia, dos de la Política, dos del Consejo del Estado, uno de la Abogacía y cinco del mundo asociativo de la discapacidad.

Entre otras actividades, la Fundación organiza desde el año 2002 jornadas de estudio, crítica, divulgación... en suma, examen, de normas jurídicas en temas afectantes a la discapacidad o a las personas que se encuentran en situaciones de especial necesidad. En estas jornadas se celebran conferencias y mesas redondas en las que, hasta el fin del año 2007, la participación ha sido la siguiente (computada por la procedencia de los conferenciantes y ponentes, y en número de intervenciones, no de oradores): 16 del mundo de abogacía; 62 de la Administración; 1 asesor fiscal; 76 del movimiento asociativo; 3 de la banca; 1 del que no se consignó la procedencia; 4 de la empresa privada; 1 filósofo; 73 de la fiscalía; 1 funcionario de la administración de Justicia; 52 de la judicatura; 34 de la medicina; 1 militar; 110 del notariado; 2 periodistas; 1 policía; 27 de la política; 4 psicólogos; 3 registradores; 1 secretario judicial; 1 sociólogo; 1 trabajador social, y 56 de la universidad. Como se ve, pese a una identificación en ciertos ambientes de la Fundación Aequitas con el Notariado, de donde sin duda procede, la participación en la labor que se hace a través de estas jornadas puede calificarse de plural.

En casi todas estas Jornadas la Fundación Aequitas ha elaborado conclusiones. No se ha tratado de hacer resúmenes de lo que allí se ha hablado, sino opiniones, favorables o no, de lo tratado. Asimismo, presentan propuestas concretas, o normas ya elaboradas o en proyecto. Para ello se tienen principalmente en cuenta lo expuesto por los ponentes y el devenir de las intervenciones. Veamos una de ellas que hace referencia a este tema.

(Huelva, III-2005) 11.- En conclusión, la necesidad de crear un círculo de seguridad preventiva que proteja a las personas con discapacidad, hace necesario la celebración de jornadas como la

presente, que reúne a profesionales responsables de su seguridad jurídica: fundaciones tutelares, asociaciones de personas con discapacidad o sus familiares, trabajadores sociales y demás funcionarios de las administraciones públicas, ya sean locales, autonómicas y estatales, policía, médicos forenses, secretarios de Juzgado, notarios, jueces y fiscales.

Es de resaltar el amplio número de entidades y grupos implicados en ellas, lo que da una idea general de los encuentros que con motivo de cada una de las Jornadas se producen.

En el año 2004 comenzamos a ordenar de modo sistemático todas las disponibles, en un primer momento con un sencillo esquema, y a publicarlas de esta forma en la página web de la fundación. Posteriormente, según ha crecido el material, hemos adoptado un orden más clásico en los estudios del Derecho: parte general y derecho de las personas; derechos reales (sin contenido dada la materia de la discapacidad); obligaciones y contratos, y derecho de sucesiones (el derecho de familia ha quedado sin contenido propio) En esta clasificación hemos encajado por temas las conclusiones que aquí comentamos, y que contienen un repaso de las cuestiones jurídicas que han sido tratadas en los pocos años que llevamos de este siglo. Aquí se comentan todas las producidas entre los años 2002 y 2007, indicándose en cada una el lugar y fecha de celebración de las Jornadas en que se emitieron.

Se ha intentado adoptar una terminología que permita la lectura por quienes no son especialistas en derecho, aunque intentando mantener la precisión posible en los términos utilizados. No obstante, denominaremos “persona con discapacidad”, “discapacitado” o “discapaz” a aquella en quien concurre una circunstancia intelectual, sensorial o física que le impide desenvolverse en la vida social de la misma forma que quienes carecen de ella⁴. Denominaremos “incapacitado” a aquel que ha sido objeto de un proceso judicial que le ha privado de su capacidad de obrar. Asimismo, hemos incluido muchas aclaraciones de conceptos de derecho (lo que al jurista puede parecerle

⁴ Se puede confundir con el concepto de minusvalía. En la definición que nos suministra Ibermutuamur (www.ibermutuamur.es), la minusvalía es "una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso (en función de la edad, el sexo y factores sociales y culturales)", concepto referido a un trastorno a nivel de sociedad y normalmente en el ámbito laboral, a diferencia del de discapacidad, que lo es a nivel de persona pero que también influye en la integración en sociedad.

un tanto repetitivo) Y hemos procurado incluir las normas comentadas, de forma que no sea preciso acudir a otros textos (de los que el lector no jurista no dispondrá) en busca de la redacción de las reglas jurídicas.

Y, sin más preámbulos, pasamos a la primera parte.

Capítulo segundo. Las personas con discapacidad.

I DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En este capítulo veremos unos principios generales (con el desarrollo que han tenido en las Jornadas Aequitas, sin un ánimo exhaustivo) Estos principios están normalmente recogidos en la Constitución, pero también haremos abundantes referencias a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Ambas normas, una nacional y otra internacional, separadas en el tiempo por 28 años, establecen directrices que habrán de ser seguidas por la legislación posterior. Veremos también la consideración social en la que se ubican.

I.A DERECHOS FUNDAMENTALES

Empecemos por la exposición de un principio general. Tan general que causará extrañeza que merezca que se traten en una jornadas y que unos redactores se ocupen de recogerlos. En principio, es difícil encontrar en la práctica alguien que sostenga lo contrario.

(Granada, X-2003) Primera: El discapacitado, como persona, es titular de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución: Así, deben promoverse, entre otros, el ejercicio de su libertad, el honor, la propia imagen, el trabajo o su participación en la vida pública.

(Bilbao, II-2006) 14.- La vigencia y el ejercicio de los derechos fundamentales, no puede quedar supeditada a las características del sujeto.

Repetimos, será difícil encontrar alguien que no coincida con la validez de las afirmaciones anteriores. Sin embargo, a la hora de aplicarlo, nos encontramos con prácticas que no recogen el ejercicio de estos derechos fundamentales. El decidir en nombre de quien ha de recibir unos determinados cuidados; el adoptar decisiones vitales, médicas o de atención sin una consulta con el sujeto que va a recibirlas, pueden constituir una vulneración del derecho a la libertad.

Los comentarios utilizados por parientes, cuidadores, por la gente en general, sobre quien no goza de la posibilidad de hacer uso de los medios necesarios para la vida diaria, simplemente para explicar por qué no pueden hacerlo; el tratamiento despectivo de esta persona (derecho al honor)

El uso de la imagen de una persona a la que no se consulta, dando por supuesto que, como es discapacitado, no tiene nada que decir al respecto.

Basta echar un vistazo sobre el mundo laboral para constatar el nivel de desempleo de los que padecen una discapacidad.

Basta examinar el nivel de adaptación de los medios que todos necesitamos utilizar para participar en la vida pública, aunque sólo sea a nivel de ocio (posibilidades de desplazamientos por la calle, incluso para salir de nuestra casa; acceso a edificios o servicios públicos, a la información...)

De este modo, mediante omisiones por parte de los que están catalogados como capaces se supedita la participación en la vida ordinaria a la falta de cualquier minusvalía.

Vayamos ahora a ver medidas a adoptar:

(Madrid, VII-2003) OCTAVA.- Deben fomentarse:

- a) El principio de libertad y, por consiguiente, la presunción de capacidad de obrar de las personas con discapacidad.
- b) La formación y promoción constantes de los voluntarios sociales que ayudan a las personas con discapacidad, dotándose de créditos curriculares y académicos tanto a la formación como al desempeño del voluntariado.
- c) El movimiento asociativo de las personas con discapacidad, especialmente de las que se hallen en situaciones límite de capacidad. Los poderes públicos deberán adoptar una política legislativa y presupuestaria conducente a su desarrollo, pero estableciendo los controles necesarios para evitar situaciones de abuso por parte de las asociaciones y fundaciones que puedan redundar en una limitación de la libertad de las personas con discapacidad.
- d) La constitución de una Agencia de Coordinación de Productos Solidarios, para facilitar la salida al mercado de productos y servicios elaborados por las personas con discapacidad, identificándolos con una marca distintiva.

Al principio de libertad también se refiere la Convención de la ONU. Los discapaces necesitarán los apoyos precisos, o medidas de protección, pero, con estas, deben ser libres e iguales ante la ley y ante la sociedad¹. Tras este principio teórico-jurídico se abordan tres medidas: la referencia al voluntariado, elemento clave en el trato que la sociedad actual da a las personas con discapacidad (continuación de la beneficencia, normalmente religiosa, que, antiguamente, era la única encargada de su atención fuera del ámbito familiar) El voluntariado debe evolucionar en su especialización y, sobre todo, formación. Más adelante se verá que en las últimas normas (ley de Dependencia) se tiende a su profesionalización.

Una referencia al movimiento asociativo. Cumple un servicio que, por la Ley (la Constitución) corresponde al Estado. Y lo cumple de una forma más cercana al que lo recibe, más individualizada y, por lo tanto, más adecuada. Es también obligación del Estado financiarlo, ya que no lo presta directamente. Su consideración en las materias que afecten a los discapacitados es, también, una obligación que se impone en la Convención de la ONU²

Y una propuesta puntual acerca de identificar y facilitar la circulación de productos cuyo origen esté en personas con discapacidad.

Esta enumeración no es exhaustiva. Simplemente recoge algunas propuestas concretas planteadas a lo largo de las Jornadas. No sustituyen la obligación de desarrollar la Constitución en este sentido mediante las medidas administrativas o legislativas que correspondan para permitir la aplicación de

¹ Convención de la ONU. *Artículo 5 Igualdad y no discriminación*

1. Los Estados Partes reconocen 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.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

² Convención de la ONU. *Artículo 4. Obligaciones generales .. 3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.*

los derechos constitucionales a las personas que se encuentran más desvalidas en nuestra sociedad³.

I.B STATUS PROPIO

El esquema legal actual pasa por la privación de la capacidad de obrar de una persona a la que se le aprecia una discapacidad suficiente para convertirle en incapaz (en su concepto jurídico) Es titular de derechos o obligaciones, pero no puede actuar. Frente a la mayoría de los ciudadanos, que pueden obrar, en el caso de los incapacitados hay un componente negativo, no pueden hacerlo. La dualidad es capaces / incapaces.

Frente a este enfoque se ha reivindicado que se debe definir un estado específico para estas personas.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Es preciso que los discapaces o personas con capacidad diferente tengan un status, ya que más de 50.000.000 de personas en la Unión Europea carecen de él.

Mucha gente que, por lo menos en el caso español, se caracterizan porque son no-actuantes. Hay que delimitar su situación. Esta idea se refleja incluso en leyes que han sido valoradas muy positivamente, como la Ley 41/2003 (nos ocuparemos de ella en otro capítulo)

(Madrid, III-2004) (MESA VI) La Ley 41/2003 está pensada para una protección limitativa, como si los juristas tuviesen problemas de relación con la discapacidad y desconociesen que integración es igual a no discriminación más medidas positivas.

³ Convención de la ONU. *Artículo 4. Obligaciones generales*

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;*
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;*
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;*

Se debería seguir el criterio de reconocer las capacidades de la persona sujeta a ella.

La integración en la vida social no es igual a no-actuar. Es igual a que desaparezca la discriminación (en cuanto a imposibilidad de hacer determinadas cosas) unido a medidas que favorezcan las posibilidades de quienes disponen de menos medios (intelectuales o físicos) que los demás. Las medidas de acción positiva han tenido sus propias consideraciones:

(Madrid, VII-2003) SEGUNDA.- Hay que tener especial cuidado en la redacción de las reformas legislativas, exigiéndose soluciones especiales para situaciones especiales, mediante la adopción de medidas de acción positiva tendentes a eliminar barreras discriminatorias.

Debe regularse, no mediante el recurso a “leyes especiales”, sino considerando las “situaciones especiales” dentro de las leyes generales, legislando para todos, lo que exige un profundo conocimiento de los distintos supuestos fácticos que proporciona la mayor intervención posible de las personas con discapacidad en su elaboración.

Si existe una barrera que afecte a algunos ciudadanos, estos deben ser primados para favorecer su actuación en igualdad de derechos con los demás. La segunda parte de la conclusión anterior coloca la discriminación positiva en las propias leyes que se ocupen de regular una situación. Dentro de cada una deberían ir los medios para que todos, personas con y sin discapacidad, puedan acceder en similares condiciones al servicio que constituya su objeto, huyendo de otras leyes especiales que se dediquen a modificar las anteriores.

(Madrid, III-2004) (MESA VI) Se debe considerar al discapacitado como a una persona con derechos, y por lo tanto respetar su derecho a integrarse plenamente en la sociedad, tanto como puedan, incluyendo la facultad de administrar su propia vida y patrimonio en tanto sea posible.

Frente a la idea de no-actuar, se debe fomentar la intervención del discapacitado en la vida social, en las decisiones que le afecten; no sólo intervenir, sino llevar directamente, si es posible, sus propios asuntos. Ello exigirá en algunos casos el uso de apoyos. Así se ha reconocido, además, en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad

(desarrollo internacional de principios que deben informar nuestra legislación y la práctica de nuestra vida social)⁴

I.C MEDIDAS PARA LOGRARLO

Los dos primeros tipos de medidas ya se han tocado con anterioridad. Una política legislativa de la que aquí se recuerdan los principios generales. También debemos atender a la consideración de la discapacidad como un concepto independiente (superando la dualidad capaz-incapaz)

(Madrid, VII-2003) PRIMERA.- La política legislativa en materia de discapacidad ha de estar inspirada, en todo caso, en los principios fundamentales de respeto a la dignidad humana y a la libertad individual y de solidaridad e integración social.

El concepto social de la discapacidad, entendida como limitación, debe transformarse en concepto jurídico, en el sentido de forma especial de ejercer la capacidad. Dicho concepto es base de estudio y desarrollo en recientes leyes y proyectos de ley, en los que debe dejar de ser un “concepto jurídico indeterminado”.

El concepto de “vida autónoma” debe entenderse como posibilidad del ejercicio de los derechos individuales sin barreras

⁴ Convención de la ONU: *Preámbulo ... n) Reconociendo la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones,*

Artículo 3. Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;...

Artículo 12 ... 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

... 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos

económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

discriminatorias y no como “vida independiente”, pues todos somos dependientes, en mayor o menor medida, del entorno social y ambiental.

El principio de “accesibilidad universal” no significa necesariamente que las ciudades, entornos y medios deban construirse pensando únicamente en las personas con discapacidad, sino que han de adaptarse a las distintas capacidades para asegurar la autonomía personal de éstas.

Y ha terminado la conclusión con dos nuevas ideas. La de vida autónoma frente a la de vida independiente. Los seres humanos pasan a dividirse en autónomos o no; en ambos casos con independencia de las circunstancias físicas o psíquicas que concurren en ellas. La autonomía depende de la situación personal de cada uno, sumada al entorno en el que se mueva. Una persona con un nivel de inteligencia medio o alto puede no ser autónomo en un mundo en el que precise manejar ordenadores, cuyo empleo no le han enseñado y no es capaz de aprender; su autonomía no depende de lo que habitualmente se conoce como discapacidades. La idea de accesibilidad universal debe interpretarse en este sentido; no es preciso que no existan escalones, sino que los que no pueden subirlos cuenten con un medio o lugar que les permita superar el desnivel. Partamos del principio de que todos somos diferentes a los demás, y que hay que contar con ello⁵.

La segunda medida es la de protección. Aquí referida a quienes no son jurídicamente discapacitados porque no llegan a los niveles administrativa o legalmente establecidos, o bien que, no concurrendo en ellas ninguna discapacidad, se encuentran en una situación de debilidad por causas externas a ellas mismas (a quienes podríamos denominar “discapacitados sociales”) La política legislativa y la práctica de la Administración debe contar con ellas; están tan necesitadas de protección, de medidas de acción positiva, como las que se encuentran en el concepto de “personas con discapacidad”.

(Madrid, VII-2003) QUINTA.- Una sociedad solidaria está obligada a proteger a las personas más vulnerables que, no siendo susceptibles de incapacitación legal, están en casos de dependencia o capacidad límite, frente a las cuales no existe una

⁵ Convención de la ONU. Artículo 3. Principios generales ..

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;..

política social y legislativa que las ampare y apoye, por lo que es necesario ayudarlas a superar las limitaciones que las aíslan personal y socialmente.

Veamos ahora propuestas muy concretas.

(Sevilla, XII-2002) Se propone la creación del observatorio o foro del discapacitado, un lugar de reflexión y seguimiento sobre la situación de los discapacitados integrado por miembros del Ministerio de Justicia, de Trabajo y Asuntos Sociales y el Consejo General del Poder Judicial, fundaciones,... bajo la coordinación de la Fundación Aequitas.

Entre los principales cometidos de este observatorio destacan el seguimiento y análisis de los procesos relacionados con discapacidad; sugerir reformas una vez conocida la realidad; recopilar toda la jurisprudencia sobre el tema; en definitiva, valorar las necesidades de las personas con discapacidad para incorporar todo tipo de mejoras.

Creemos un observatorio desde el que podamos contemplar la vida social, la discapacidad, y que tenga acceso directo a todos los agentes sociales que se puedan relacionar con este mundo. Un año después, el uno de diciembre de 2003, se constituyó el FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD por el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Ministerio Fiscal, el Consejo General de la Abogacía Española, el Consejo General de Procuradores de España, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

De acuerdo con la primera cláusula del documento de constitución, tiene por objeto debatir, fomentar y realizar cuantas actividades puedan favorecer a las personas discapacitadas o resulten adecuadas para sensibilizar a la sociedad sobre los derechos de los discapacitados físicos, psicofísicos o sensoriales. En particular el Foro tendrá como objetivos favorecer el acceso de las personas discapacitadas a la Justicia en condiciones de igualdad y garantizar su protección jurídica.⁶

⁶ Como complemento de lo anterior, transcribo la siguiente cláusula:
CUARTA.- El Foro tendrá como funciones las siguientes:

Y, por último, un recordatorio a la actuación judicial. Pese al esquema en principio rígido en materia de capacidad (dualidad capaz / incapaz, separados por una sentencia judicial), el ordenamiento permite bastantes posibilidades para que se concrete y gradúe la situación en que quedan jurídicamente los discapaces, mediante las adecuadas resoluciones judiciales.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Se deben agotar las posibilidades que nuestra legislación permite en ayuda a la actuación judicial, integrando ésta con la actuación notarial.

La actuación judicial, en cuanto ha de tener en cuenta opiniones de ciudadanos, expuestas de presente o con anterioridad, puede encontrar apoyo en actos notariales. Éstos constituyen, además, el control de legalidad y capacidad referido a cada caso concreto, en todos aquellos supuestos en que, por su importancia en la vida económica o personal de los ciudadanos o para el sistema económico-jurídico, se impone su utilización o se opta a ésta por los interesados. Ambas deben integrarse.

-
- a) Analizar e impulsar la adopción de cuantas medidas sean necesarias, para garantizar la participación y el acceso de los discapacitados a la Administración de Justicia en condiciones de igualdad.
 - b) El Estudio de posibles reformas normativas orientadas al reforzamiento de la protección jurídica de los discapacitados en sus diferentes facetas, proponiendo cuantas medidas puedan contribuir a la mayor eficacia de esta protección.
 - c) Impulsar el acceso de los discapacitados en condiciones de igualdad a las Carreras Judicial y Fiscal, a los restantes cuerpos de la Administración de Justicia y a las profesiones jurídicas.
 - d) Elaborar estudios y manuales prácticos sobre los derechos de los discapacitados y su tratamiento en los diferentes procedimientos judiciales que desarrolle el artículo 30 de la Carta de los Derechos de los Ciudadanos lo que se llevará a cabo por una Comisión de expertos designada al efecto.
 - e) Proponer y fomentar la realización de programas formativos en materia de discapacidad dirigidos específicamente a los miembros de las Carreras Judicial y Fiscal, y demás personal al servicio de la Administración de Justicia y de otras profesiones jurídicas.
 - f) Analizar, impulsando en su caso la realización de los correspondientes estudios y encuestas, la realidad sociológica de la discapacidad en relación con el mundo de la Justicia y el Derecho, particularmente en lo que se refiere a la eliminación de las barreras de cualquier tipo que se opongan a la igualdad de trato y proponiendo cuantas medidas resulten necesarias para asegurar la misma.
 - g) Proponer, en el ámbito de la Administración de Justicia, cuantas iniciativas se estimen convenientes tendentes a la plena integración social y en condiciones de igualdad de los discapacitados.

En relación con esta integración, recogemos la siguiente, que data ya del año 2002.

(Sevilla, XII-2002) Se valora positivamente la actuación notarial en la protección de las personas con discapacidad, como instrumento al servicio de la persona y de la justicia preventiva

La justicia preventiva, seguridad jurídica preventiva, pretende que se llegue a las soluciones pretendidas (integración, protección de las personas con discapacidad) sin necesidad de un litigio, de un proceso judicial. Esto produce efectos beneficiosos para el discapaz (que ve una solución más rápida y barata, menos traumática) y para la sociedad (que evita sufragar los gastos de un procedimiento judicial) En este punto se valora positivamente la actuación notarial, puesto que el funcionario y profesional del derecho con competencias y posibilidades de realizar esta actuación es el notario.

I.D REFERENCIA A ALGUNOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En ocasiones se han planteado en las jornadas referencias a derechos concretos reconocidos en nuestra Constitución, aparte de las más genéricas que hemos visto hasta ahora.

I.D.1 Para una utilización completa de las libertades básicas, es preciso estar informado de ellas.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Todas las personas con capacidad diferente deberán ser informadas de la protección constitucional que les otorgan los arts. 49, 14 y 16 CE.

La Constitución no recoge un específico derecho de información sobre ella misma. Pero indirectamente aparece en el artículo 9⁷, cuando obliga a los poderes públicos a procurar los medios a fin de que lo que el mismo cuerpo

⁷ Constitución Española. Artículo 9.

... 2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. ..*

legal dispone pueda ser ejercitado. Es una protección constitucional general, que exigirá que los propios ciudadanos la conozcan, como primer paso de acceso.

De las otras normas citadas, al artículo 49⁸ ya nos hemos referido. Constituye un principio general en relación directa con el mundo de la discapacidad. El artículo 14⁹ es una norma igualmente general, pero no ya de las personas con discapacidad, sino de todos los ciudadanos. Y el 16¹⁰ hace referencia a un supuesto más concreto, de libertad ideológica; el trato a los discapacitados no depende de cómo piensen ellos o sus cuidadores, sino de su condición de personas.

I.D.2 Del desarrollo del artículo 49, en cuanto persigue “*el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”, se deduce una finalidad esencial para entender muchas de las normas que se refieren a la discapacidad. La vida autónoma.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Hay que potenciar políticas que garanticen a las personas con capacidad diferente vida independiente, accesibilidad, movilidad, diseño para todos y su ajuste razonable.

⁸ No obstante, lo repetimos: *Artículo 49.*

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

⁹ *Artículo 14.*

Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

¹⁰ *Artículo 16.*

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Ya hemos visto que la Convención de la ONU detalla una serie de principios que la informan y que deben informar la legislación de los diversos estados. Entre éstos, el primero que se cita es el que hace referencia a la autonomía, libertad e independencia de las personas con discapacidad¹¹.

La referida autonomía no se puede disfrutar por sí sola; la discapacidad, concepto que afecta a la persona, se convierte en minusvalía, aspecto que afecta a su inserción social. Por ello, partiendo de una situación de falta de autonomía, hay que preparar que ésta pueda llegar.

(Tenerife VI-2005) 4.- Hay que prever la ausencia de los padres. La persona con discapacidad debe haber desarrollado estas habilidades, en la medida de sus posibilidades, para ser autónomo. Es conveniente organizar la herencia propia por parte de los padres, en orden a regular la situación económica de estas personas con capacidad diferente, a través de los instrumentos que el Ordenamiento Jurídico pone a nuestra disposición.

Se citan unos cuantos medios, pero lo importante es la finalidad: “en la medida de sus posibilidades, .. ser autónomo”.

I.D.3 Aparte de las medidas concretas dirigidas a paliar la discapacidad, debemos considerar otra más genérica relacionada con la información a que antes nos referíamos, la educación.

(Madrid, VII-2003) SÉPTIMA.- El derecho fundamental a la educación es el principal y primario instrumento de integración social, debiéndose hacer efectivo el derecho, ya reconocido legalmente, a una formación universitaria gratuita, que debería contar con un apoyo organizado (asociaciones de solidaridad, voluntariado, etc.) que facilite su accesibilidad.

Es absolutamente preciso ilusionar vocacionalmente a los profesores, formarlos adecuadamente y apoyarles humana y

¹¹ Convención de la ONU. Artículo 3 Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ..

materialmente, para que pueda alcanzarse el desarrollo de la personalidad de los alumnos con discapacidad, desde edades tempranas (0 a 6 años)

Ha de adaptarse la educación de las personas con discapacidad a las distintas capacidades (educación personalizada) y, en la medida de lo posible, dentro de un sistema educativo normalizado, que permita a la persona con discapacidad integrarse y desenvolverse en la sociedad en condiciones de igualdad efectiva. Debe prevalecer siempre el principio de que la titularidad de dicho derecho corresponde al educando, por lo que su ejercicio –directo o a través de los guardadores o educadores– deberá adaptarse a la personalidad de la persona con discapacidad, de acuerdo con sus distintas capacidades, prevaleciendo, en caso de discrepancia o conflicto, el superior interés del menor, incapaz o persona con discapacidad.

El derecho constitucional a la educación se recoge en el artículo 27 de nuestra norma básica¹². En sus diez puntos contempla los problemas que con relación a ella pueden llegar plantearse. En relación con la discapacidad, fijémonos en los puntos 1 (derecho a la educación), 2 (objeto, desarrollo de personalidad humana), 4 (obligatoria y gratuita) y 5 y 8 (garantía de los poderes públicos)

¹² Constitución Española. Artículo 27.

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca.

En la conclusión anterior se recalcó el derecho de integración social que ella promueve y la necesidad de apoyo para que sea accesible a todos.

En el mundo educativo será necesaria, en primer lugar, la formación del profesorado y la adaptación que garantice que, efectivamente, todos (27.5, *..el derecho de todos..*), acceden a este derecho que, además, se configura como una obligación de los ciudadanos. Como derecho de todos, los ciudadanos son el sujeto al que deben adaptarse los sistemas educativos, y no al revés.

I.D.4 En sede jurídica no podía faltar alguna referencia a la garantía práctica para el respeto de los derechos.

(Valencia, X-2004) Se debe ... 8º) Garantizar los derechos reconocidos a través de la tutela judicial efectiva.

Derecho ya reconocido con carácter general en el artículo 24 de la Constitución¹³. De su texto nos interesa lo siguiente: “.. *a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*”

Indefensión que en la literatura jurídica se identifica como falta de acceso a la tutela de los tribunales. El ciudadano, que en principio puede defenderse, se ve privado de esta posibilidad y por ello acude a la Constitución para recuperar su defensa. En la literatura sobre discapacidad, la indefensión es un punto de partida. El ciudadano con discapacidad normalmente está, de partida, indefenso. Es labor de los tribunales garantizar que tenga algo que no ha tenido nunca, posibilidades de defensa en el ejercicio de sus derechos, en el desarrollo de su vida normalizada, integrada en la vida social.

¹³ Artículo 24.

1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

II. CAPACIDAD / DISCAPACIDAD

II.A SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD.

Hasta ahora hemos visto, principalmente, aspectos de índole social en la vida de las personas con discapacidad, es decir, orientada a su integración en la vida en comunidad. Ahora tenemos una primera aproximación jurídica a las soluciones que puede plantear el Ordenamiento para la asistencia de este tipo. Y, sobre todo, un intento de explicar por qué en unos casos se precisan un tipo de soluciones, y en otros no. Se clasifica las discapacidades, a estos efectos, en varios grupos.

(Madrid, III-2004) (MESA VI) Debemos distinguir diferentes casos de falta de capacidad, para los que el Ordenamiento Jurídico ofrece soluciones diferentes:

- Personas temporalmente incapaces. Los menores que serán capaces cuando alcancen la mayoría de edad. Para esta situación la patria potestad otorga solución suficiente.
- Menores y personas que presumiblemente seguirán siendo incapaces con posterioridad a alcanzar la mayoría de edad, o durante ella. Se propone la patria potestad prorrogada y que los padres ordenen las normas y personas que suplirán la capacidad cuando ellos falten, las cuales serán aceptadas por el Juez salvo resolución motivada.
- Personas hoy capaces que puedan llegar a ser incapaces en el futuro. Dadas las actuales patologías mentales y la geriatría moderna, es un supuesto que tendrá un gran desarrollo en el futuro. Para dar solución a estos casos es conveniente recurrir a la autotutela, ampliada en la ley 41/2003, y es muy conveniente la creación de un registro de autotutelas.

De los menores de edad nos ocupamos muy poco en este libro. Se trata de personas incapaces por ley, pero normalmente no discapacitadas. Quienes son, y seguirán siendo, personas con discapacidad, merecen una atención mucho más detallada. Desde el punto de vista de este trabajo, serán el campo propio de actuación de los padres en cuanto a su futura asistencia jurídica. Es de observar el empleo del término “suplirán la capacidad” frente al de tutela. Y, por último, quienes pueden prever su futura discapacidad, de un gran desarrollo

en futuro. El ordenamiento suministra otras soluciones distintas, que se estudiarán con mayor detalle.

II. B DELIMITACIÓN DE LA DISCAPACIDAD

¿A qué nos referimos cuando hablamos, con efectos jurídicos, de discapacidad? Una posible respuesta a esta pregunta es que no hay una discapacidad, sino diferentes grados que afectan, en una u otra medida, a todas las personas. De estos grados, unos afectarán a la vida social, otros a la vida jurídica, o a ambas. No obstante, un concepto que nos dé una medida genérica de lo que entendemos por incapaz parte de la concurrencia de deficiencias que impiden una participación social plena. Se ha definido así en la Convención de la ONU de 2006 y en la Recomendación del Comité de Ministros de la U.E.¹⁴

(Madrid, II-2006) 1.- Debemos acabar con la confusión que actualmente existe en torno al concepto de discapacidad. Esta confusión se debe a la complejidad de las leyes sobre esta materia. Se ha valorado positivamente que la ley 41/2003 en su artículo tercero haga referencia a un concepto de “capacidad suficiente”

El concepto de discapacidad jurídica general se ve así sustituido por el de capacidad suficiente para cada acto. ¿Quién, y cómo, lo decide? Podemos apreciar que para la realización de diversos actos interactúan diversas personas. Una, el supuesto (o dudoso) incapaz (en el sentido en que se trata de ver si su discapacidad le convierte en no-capaz, es decir, incapaz para ese acto; no nos

¹⁴ Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Artículo 1 ... Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

Recomendación del Comité de Ministros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados, de 23 de febrero de 1999.

Parte I. Campo de aplicación.- 1 ... personas mayores que, por causa de una alteración o de una insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de tomar decisiones, de forma autónoma, en lo que respecta a una cualquiera o al conjunto de las cuestiones relativas a su persona o a sus bienes, de comprenderlas, de explicarlas o de ponerlas en práctica y que, en consecuencia, no pueden proteger sus intereses.

referimos al concepto técnico civil de privado judicialmente de la capacidad de obrar) Junto con este sujeto, habrá normalmente otro (por lo menos) con quien contrata o con quien se relaciona (por ejemplo, un médico que se pregunte si vale su consentimiento para algún tratamiento o intervención) Y, en algunos actos jurídicos (entre ellos los más importantes para su vida personal, como casarse, o económica, como vender una casa), habrá de determinarse por un funcionario.

Barcelona, I-2006) 8. Se deben iniciar trabajos inter y multidisciplinares para consensuar criterios y elaborar protocolos que faciliten la valoración de las circunstancias concretas de la capacidad y dependencia de las personas discapacitadas. En esta línea, sin perjuicio de tener que profundizar en los estudios, se valora muy positivamente la línea de trabajo presentada por el documento Sitges.

(Barcelona, I-2006) 9. El Notario, en el ejercicio de su función, juzga la capacidad del otorgante para cada acto jurídico concreto. De ahí que se hable de capacidades y no de capacidad. Este juicio nace del diálogo personal, de la dedicación y atención personal del Notario con cada otorgante. Esta valoración de la capacidad recae bajo la exclusiva responsabilidad del notario.

La primera de las dos conclusiones anteriores se ocupa de defender la elaboración de estudios y protocolos aplicables a todos los supuestos. La segunda se ciñe a uno de los casos que veíamos, el de intervención notarial, y recalca la adaptación del juicio de capacidad al acto concreto de que se trate, y el carácter personal (por el notario) en cuanto a su elaboración y responsabilidad.

Reseñemos el Documento Sitges¹⁵. Se trata de un trabajo elaborado por un equipo multidisciplinar, en el que vemos neurólogos (7), una neuropsicóloga, otra médico, un geriatra, un periodista especializado en salud, dos abogados, un notario y otra jurista más. Analiza la influencia de la voluntad, y los diversos grados de comprensión que hay que tener, en los diversos ámbitos de la vida diaria. Destacamos de su prefacio lo siguiente: “La

¹⁵ Cuyo título completo es el siguiente: *Análisis y reflexiones sobre la capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: Documento Sitges*

premisa inicial es que cualquier paciente adulto (o menor maduro) se presupone competente. .. La cuestión fundamental es valorar si una persona, en una situación concreta y en un momento determinado, es capaz de tomar una decisión que el médico, otro profesional sanitario u otro agente social, puedan respetar sin incurrir en una mala praxis...”

Apreciada la capacidad general de una persona, su aplicación al acto concreto puede verse afectada por influencias externas. De esto trata la siguiente.

(Madrid, VII-2003) TERCERA.- Es preciso evitar que las personas con discapacidad vean limitada su autonomía por influencias indebidas, siendo indicios de especial alarma:

a) La dependencia física, ideológica o emocional respecto de las personas, organizaciones o instituciones de las que depende la persona con discapacidad.

b) El aislamiento social e informativo de la persona con discapacidad.

c) La manipulación ideológica o emocional de la persona con discapacidad (a partir de las ideas de que “todo está solucionado” o de que “todo va bien”), sin adopción de actitudes libremente elaboradas.

d) El excesivo control de la economía de la persona con discapacidad, especialmente en forma de guardas de hecho, que puedan ser abusivas y no controladas judicialmente, o de monopolios de empleo o intermediación laboral.

Indicios (que no repetiremos aquí) de que, pese a tratarse de una persona que puede ser calificada como “capacitada”, no lo está para un acto en particular. Los cuatro son supuestos de dependencia emocional o social (en cuanto hay un intermediario para la socialización del sujeto, el que le cuida, informa, representa, mantiene..), que pueden terminar en una sustitución de la voluntad del primero por la del segundo, en casos en que lo que se está intentando averiguar es una voluntad libre.

II.C ENFOQUE POSITIVO DE LA DISCAPACIDAD

Generalmente se trata la discapacidad desde un punto de partida negativo: consiste en la falta de “algo”, o la concurrencia de una circunstancia que “impide”, teniendo como consecuencia que “no puede” realizar

determinadas actividades. Lo “normal” es la capacidad plena, la posibilidad de actuar en la vida social y jurídica; lo excepcional es que algunas personas son “no normales” a estos efectos.

Sin embargo, es habitual que en la vida ordinaria en compañía de personas con discapacidad las cosas no sean así. Si lo fueran, se decidiría el plan de vida o las actuaciones a realizar, y a continuación se apartaría a quienes no pueden hacerlo. Los discapaces restarían de las posibilidades de actuar del grupo.

Normalmente no ocurre de este modo. Se deciden las actuaciones a realizar por parte de los miembros del grupo (familia, clase del colegio, amigos...), y se decide cómo se van a hacer; los unos ayudarán a los otros de forma que todos sus miembros (salvo casos excepcionales de imposibilidad) puedan participar. Los discapaces aportan tanto como los que no lo son; no restan, sino que suman.

Este enfoque positivo tiene su origen en las relaciones sociales, no en el derecho.

(Valladolid, X-2003) En conclusión: debe evitarse el aspecto negativo de falta de capacidad, resaltando las capacidades que, aunque limitadas, pueda tener cada persona.

En pocas palabras, no hay que fijarse en lo que el discapaz no puede hacer, sino en lo que puede, y cómo. Esto tiene su repercusión en la delimitación misma de quiénes son discapaces.

(Madrid, III-2004) (MESA III) En relación con la incapacitación, el diagnóstico sólo no es suficiente. Hay que entrar en la búsqueda de las capacidades adaptativas del afectado.

Se da una relación entre deficiencia (concepto médico) que causa discapacidad (concepto que se fija en el individuo) que a su vez produce minusvalía (concepto social) Ahora bien, si una deficiencia, suficientemente complementada, no causa discapacidad, se explica que el diagnóstico de las características propias de la persona de que se trate no es suficiente para calificarla de discapaz. Una persona con una deficiencia que le impide desplazarse puede, con una silla de ruedas, un ascensor, rampas sin escalones, aceras rebajadas, autobús que le permita subir con una rampa,... ser “capaz” de

desplazarse a su centro de trabajo o de ocio. La dificultad motora no es suficiente para calificar la discapacidad. Dependerá de la posibilidad de adaptación del sujeto y su entorno, Uniendo los dos elementos, definiremos si estamos ante una persona con discapacidad para algo, o no. La idea también aparece en la Convención de la ONU, como uno de los presupuestos para la delimitación de las personas objeto de la misma, los discapaces¹⁶.

En relación con este punto hay que resaltar la evolución de la terminología utilizada para definir a las personas afectadas. Desde los términos subnormal, minusválido, deficiente mental, discapacitado, persona con discapacidad, hasta el propuesto de persona con capacidad diferente. Este último se centra exclusivamente en lo positivo, pero, probablemente por no contener una referencia al problema que en realidad supone, no está muy extendida. En este trabajo estamos empleando, alternativamente, “discapaz”, “discapacitado” y “persona con discapacidad”.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Se considera imperiosa la necesidad de encontrar terminología adecuada que supere el término incapaz y que se centre en lo positivo y no en lo negativo, sobre la base de entender que el discapaz no es un incapaz sino una persona con una capacidad diferente.

Lo importante es la idea de que, existiendo una discapacidad, no tiene por que derivar en una falta de capacidad (incapacidad) para realizar alguna actividad. Hay aspectos positivos que definen también al sujeto y su interacción con la comunidad que pueden determinar que sea perfectamente capaz (con capacidad) para sus actividades.

En la misma idea, y referida a cuestiones de procedimiento, se propone una modificación de terminología procesal que lleva consigo (y esto es lo importante) un cambio de enfoque del proceso judicial en esta materia.

(Valencia, X-2004) 7º) Intentar utilizar una terminología de las Resoluciones Judiciales adaptadas a los receptores de las mismas. El procedimiento se podría denominar “Proceso para la

¹⁶ Convención de la ONU: *Preámbulo ... e) Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y 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,*

protección de personas con discapacidad”, evitando resaltar la confrontación y fomentando la protección.

La forma del procedimiento actual presupone un enfrentamiento entre los que aparecen por él: el solicitante de una incapacitación, que debe demandar al discapaz, el ministerio fiscal.. En el fondo, de trataría de un proceso para proteger a una persona necesitada de ello; a este fondo debe adaptarse la forma y la denominación.

II.D MEDIDAS A ADOPTAR

Las medidas a que se ha hecho referencia en las jornadas (que, evidentemente, no serán las únicas de las que se disponga en nuestra sociedad para ello) han sido la elaboración de protocolos de actuación y la coordinación multidisciplinar.

II.D.1 Protocolos de actuación.

No los hay, pese que hay muchas personas que intervienen en el desarrollo de la discapacidad de una persona y sus consecuencias jurídicas (entre las cuales incluimos los procesos administrativos que determinan ayudas, subvenciones, definición de la actuación en cuanto a la dependencia, cuestiones laborales...) No se define de forma suficiente cómo se debe apreciar la capacidad. Y, sobre todo, no se determina cómo eliminar las influencias indebidas a las que nos referíamos en el apartado II.B.

(Madrid, III-2004) (MESA II) Es preciso potenciar la utilización de protocolos sencillos y concretos de actuación a la hora de fijar la capacidad de las personas para el otorgamiento de documentos. Esto permitirá dedicar especial cuidado a la existencia de influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial.

La anterior conclusión es una aplicación de lo dicho a la hora de otorgar documentos, tanto en relación con la intervención de un funcionario encargado de apreciar la capacidad (en los documentos notariales) como en los supuestos en que esto no ocurre así, y puede juzgarse a posteriori (en una reclamación judicial de anulación del contrato por falta de consentimiento, por ejemplo) La preocupación por las vías para realizar el juicio de capacidad notarial ha sido

una de las más antiguas en las jornadas (las I Jornadas se denominaron “El juicio de capacidad”, y de ello trataron un psiquiatra, un geriatra y dos notarios, para después seguir con otros temas)

(Madrid, IV 2006) 7. Es tiempo de trabajar seriamente en la implantación de un protocolo de actuación adecuado, que facilite al trabajador social ese acompañamiento de la persona con discapacidad, su familia y su red de apoyo informal si la hubiese; pues el trabajador social y los servicios sociales comunitarios ocupan un lugar privilegiado en este tema al estar presentes en las distintas situaciones que se presentan a lo largo del proceso de pérdida de capacidad de las personas.

Ahora toca el turno a los trabajadores sociales. Si en la contratación el que se relaciona con el discapaz es el notario, en casi todos los demás procesos puede intervenir aquél. Y también necesita protocolos claros de actuación.

II.D.2 Coordinación.

En relación con la discapacidad intervienen muchas personas, que aparecen citadas en la siguiente conclusión:

(Bilbao, II-2006) 8.- Las cuestiones que afectan a la capacidad y a la dependencia tienen un carácter multidisciplinar. Por ello, se hace necesaria la coordinación y comunicación entre los distintos estamentos públicos y privados implicados en la atención y protección de los discapacitados y dependientes. Jueces, secretarios judiciales, fiscales, médicos forenses, notarios, trabajadores sociales, abogados, fundaciones tutelares, asociaciones de familiares, entidades religiosas, agrupaciones de voluntarios, poderes legislativos y ejecutivos.....en definitiva, es necesaria la coordinación entre todos los profesionales e instituciones civiles y públicas que tienen entre sus objetivos una mayor protección de las personas en situación de discapacidad.

La persona con discapacidad es examinada demasiadas veces. Es precisa la coordinación, una comunicación entre todos los que intervienen. Los términos que hemos transcrito son claros. Pero esta coordinación exige, con carácter previo, formación de todos los agentes que intervienen. Enfocada

desde el punto de vista de la formación, se recogió en la Convención de la ONU a la que venimos haciendo referencia¹⁷.

Como una derivación de la anterior, la siguiente propuso un solo examen del discapaz, con los datos suficientes para que surtiera los efectos pertinentes.

(Madrid, II-2006) 8.- Se debe estudiar la posibilidad de que un solo equipo multidisciplinar o tribunal evalúe la capacidad de la persona elaborándose un solo informe que tenga valor en todos los ámbitos.

Por la vía práctica, a esto se está llegando al reconocerse cada vez mayor eficacia a la calificación administrativa de minusvalía, introducida en nuestro derecho privado (para el cual sólo valía la decisión judicial de incapacidad) en la ley 41/2003, lo que merecerá más adelante un estudio más detallado.

Y por último, en el mismo sentido que las anteriores,

(ALBACETE, V-2007) 8. El Ministerio Fiscal, en su labor protectora de las personas con discapacidad, dispone de diversidad de medios para asegurar una adecuada supervisión de las tutelas o guardas de hecho. Por ello, sería recomendable la coordinación de los distintos profesionales que atienden a la persona con discapacidad, como por ejemplo, los trabajadores sociales de su entorno, trabajadores sociales de fundaciones tutelares o instituciones asistenciales, médicos de atención primaria, notarios, abogados, servicios de asistencia locales o autonómicos.... que facilite la actividad supervisora que desarrolla el Ministerio Fiscal.

Volvemos a temas conocidos. Una pluralidad de agentes que intervienen con los discapaces. De ellos se recuerda a uno que normalmente no tiene la última palabra, pero que se halla presente en la vida (al menos jurídica) de la

¹⁷ Convención de la ONU. Artículo 4. Obligaciones generales. 1. Los Estados Partes se comprometen a ... i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

persona con discapacidad. El Ministerio Fiscal puede potenciar su labor integradora dentro del proceso, no sólo de incapacitación, sino de supervisión de todas las actuaciones jurídicas en relación con el discapaz.

II.D.3 Política empresarial.

No sólo es la Administración la que debe moverse. También la sociedad civil, aquí representada por el mundo de la empresa.

(Valladolid, X-2006)2. La responsabilidad social corporativa o de la empresa ha de sentirse como una obligación que deriva de la propia constitución que consagra el derecho de toda persona al trabajo, a este respecto, es necesario un mayor esfuerzo de las empresas que permita establecer programas de formación, equipos de apoyo y seguimiento, integración e inserción de las personas con discapacidad. Sirviendo de ejemplo la Comunidad de Castilla León, con la presencia del grupo Siro.

El derecho constitucional al trabajo debe ampararse por los sectores sociales. El acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad necesitará de ayudas a estas personas, de promoción hacia las empresas, pero sobre todo de la decisión de carácter social de hacerlo. También la sociedad civil debe ser el destinatario de requerimientos desde el movimiento asociativo o foros, como éste, ocupados en la materia.

Pero esta cuestión será tratada con más detenimiento en otro capítulo de este libro. Baste con que quede aquí apuntada.

Capítulo tercero. La incapacidad jurídica.

Posiblemente este capítulo sea el más complejo y menos entretenido de todo el libro. Las cuestiones de procedimiento (el de incapacidad) son menos atractivas que las sustantivas (las figuras jurídicas en sí) Además la crítica a la solución actual ha sido muy extensa, lo que ha ocasionado un gran número de conclusiones. Y para rematarlo las opiniones vertidas se refieren normalmente a varios temas a la vez, de modo que hay propuestas que se van repitiendo y mezclando. Utilizaremos una clasificación que no tiene una base sistemática al uso; intentaremos seguir el orden cronológico del proceso para finalizar con unas consideraciones genéricas, y será frecuente que las conclusiones vuelvan sobre temas ya tratados. Es conveniente que el lector se fije en cada caso en la materia que se está viendo. Por ejemplo, si se estudia la graduación, no hagamos caso a las referencias a otros temas como puede ser la especialización o la coordinación. En cada punto, centrémonos en la materia objeto del mismo; en otros lugares trataremos de las demás cuestiones.

Nos referiremos a la respuesta prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico Privado para la situación de discapacidad. Otras ramas del derecho son más prácticas y se fijan en otros criterios. Así, el usado para conceder o no una pensión o una ayuda se determina en un acto administrativo que tendrá como base un examen médico-social de la situación en que se encuentra alguien. Pero el derecho civil (base del derecho privado que extiende su influencia a casi todos los actos de la vida social) no lo hace así.

Ante la existencia de una persona con discapacidad, pretende comprobar si el sujeto es capaz de gobernarse por sí mismo y, en caso negativo, le priva de capacidad de obrar a través de un proceso judicial denominado de incapacidad. Es más, cuando algún funcionario tiene noticia de una persona en este estado, debe promoverla¹. La sentencia de incapacidad debería ser

¹ Código Civil.

Artículo 199. Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.

Artículo 200. Son causas de incapacidad las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

Artículo 228. Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

graduada, es decir, determinar qué actos puede realizar el incapaz y cuales no². La realidad no corresponde a este último punto; cuando hay trece conclusiones adoptadas en las jornadas reclamando esta graduación, es que hay algo que no funciona en la aplicación del sistema. El discapaz es privado de su capacidad de obrar, y a partir de ahí deja de actuar en la vida jurídica.

Nuestra legislación continúa detallando en la Ley de Enjuiciamiento Civil el procedimiento para decretar la incapacitación de las personas.

Este esquema “sin posibilidad de gobernarse por sí mismo → privación de capacidad de obrar → nombramiento de un representante” no es acorde con la situación, incluso legislativa, de los tiempos en que nos encontramos. Está aprobada la Convención de la ONU, ratificada por España y, ahora mismo, pendiente de incorporarse a nuestro Ordenamiento Jurídico³. Su artículo 12⁴

Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 757 ... 3. *Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.*

² Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 760. Sentencia. 1. *La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado ..*

³ Como ya se ha indicado, está ratificada y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

⁴ Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Ya hemos copiado en notas anteriores algunos fragmentos de este artículo, pero lo reseñamos entero:

Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten 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

nos habla de que disponen de capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, que se les suministrará el apoyo que necesiten para el ejercicio de su capacidad, que las medidas que se adopten serán proporcionales y adaptadas a sus circunstancias y que podrán controlar sus propios asuntos. Estas ideas no coinciden con la mentalidad protectora de nuestra legislación actual.

En el mismo sentido la Recomendación del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre la protección jurídica de los mayores incapacitados, de fecha 23 de febrero de 1999, que defiende en su principio segundo la flexibilización jurídica, que limita los efectos que las medidas que se adopten tengan sobre el discapacitado⁵.

periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

⁵ Recomendación del Consejo de Ministros, 23 de febrero de 1999.

Principio 2. Flexibilidad en lo respuesta jurídica

1. Las medidas de protección y los otros mecanismos jurídicos destinados a garantizar la protección de los intereses personales y económicos de los mayores incapacitados deberían ser suficientemente amplios y flexibles para que permitan aportar una respuesta jurídica apropiada a los diferentes grados de incapacidad y a la variedad de las situaciones.

...3. La legislación debería ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

4. Entre el abanico de medidas de protección propuestas deberían figurar en los casos apropiados, disposiciones no restrictivas de la capacidad jurídica de los interesados.

5. El abanico de las medidas de protección propuestas debería conllevar disposiciones que se limiten a un acto específico y que no necesiten la designación de un representante o de un representante dotado de poderes permanentes.

6. Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor en cuestión, y otras medidas que prevean la designación de más de un representante.

7. Convendría prever y organizar las disposiciones jurídicas que una persona, aun dotada de su plena capacidad, estaría en condiciones de tomar para prevenir las consecuencias de toda futura incapacidad.

8. Convendría considerar la posibilidad de prever expresamente que ciertas decisiones, en particular aquellas que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al

Esta materia, el proceso de incapacitación, es la que ha merecido más críticas, más solicitudes de cambios en la aplicación de las normas y en el sistema en el que se organizan. Muchas inciden en los mismos temas, de modo que las iremos agrupando para su comentario. Seguiremos las fases del procedimiento: su inicio, su desarrollo y su resolución. Finalmente examinaremos una crítica general del mismo.

I FASE INICIAL DEL PROCESO DE INCAPACITACIÓN

I.A CON CARÁCTER PREVIO AL PROCEDIMIENTO

Empezamos antes de que se inicie el proceso que terminará en la incapacitación. Ya hemos visto que los funcionarios tienen obligación de poner en conocimiento del fiscal las situaciones que, a su juicio, puedan dar lugar a ella.

(Barcelona, I-2006) 10. Recordamos la obligación de las personas llamadas a la tutela, y en especial de los funcionarios públicos, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la existencia de presuntos incapaces. Es el Ministerio Fiscal quien, atendiendo a los criterios legales, circunstancias personales, el

bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, más que de una medida judicial o administrativa.

Principio 3. Máxima preservación de la capacidad

- 1. El marco legislativo debería, en la medida de lo posible, reconocer que pueden existir diferentes grados de incapacidad y que la incapacidad puede variar con el tiempo. Por consiguiente, una medida de protección no debería conducir automáticamente a una restricción total de la capacidad jurídica. No obstante, una limitación de esta última debería ser posible cuando se muestra necesaria con toda evidencia para la protección de la persona en cuestión.*
- 2. En particular una medida de protección no debería privar automáticamente a la persona en cuestión del derecho a votar a probar a dar o no su autorización a alguna intervención que afecte a su salud, o a tomar cualquier otra decisión de carácter personal, y esto siempre y en la medida que su capacidad lo permita.*
- 3. Convendría considerar mecanismos jurídicos que, incluso cuando es necesaria una representación en un campo particular, permitan al mayor incapacitado, con el acuerdo de su representante, cumplir actos específicos o actos en un ámbito específico.*
- 4. Cada vez que sea posible, el mayor debería tener la posibilidad de realizar actos de la vida cotidiana de manera jurídicamente efectiva.*

entorno, las necesidades de la persona y el criterio de oportunidad de la incapacitación, quien promueve, en la mayoría de los casos, la incapacitación judicial, con la finalidad primordial de mejorar la vida y situación del presunto incapaz, la potenciación de sus capacidades y autonomía y la posible recuperación y/o revisión de la incapacidad declarada.

Aquí se hace referencia a quién promueve el procedimiento, y la finalidad de la institución: la protección, mejora, desarrollo de su autonomía... La realidad dista mucho de la voluntariedad de esta conclusión. La mejora de vida se consigue con absoluta independencia de si el discapacitado está jurídicamente incapacitado o no; sus capacidades y autonomía se ejercitan mejor sin la privación de capacidad de obrar (que normalmente le priva de actuaciones que, por su capacidad natural, puede realizar; por ejemplo, un trabajador con discapacidad, capaz para trabajar, que no puede decidir por sí sólo ir a un campamento promovido por su empresa, puesto que, si ha sido incapacitado, debe decidir su tutor)

Por todos estos motivos es inhabitual que, sin necesitarlo para un acto concreto, las personas que pueden promover la incapacitación lo hagan⁶. Faltando esta necesidad concreta, no se pone en marcha por los más próximos al discapaz un procedimiento que, como se verá, no se considera precisamente adecuado.

No debemos perder de vista que la finalidad de la incapacitación es la de protección de una persona con discapacidad. Por lo tanto, deberemos adaptar el procedimiento que se siga a la protección, y no al revés. Ello incluiría agilización y utilización, si es posible, de otras vías procesales en el devenir del proceso.

(Madrid, VII-2003) SEXTA.- Es preciso desarrollar una política legislativa de sensibilización que supere las llamadas barreras

⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 757. *Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.*

1. *La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.*

2. *El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado. ..*

psicológicas y culturales (prejuicios sociales), que impiden que los procedimientos de incapacitación se consideren instrumentos de protección de las personas con discapacidad, estudiando a fondo las posibilidades de mejora que la reforma del procedimiento de jurisdicción voluntaria permita, para hacerlo más humano, más dotado de medios y más rápido.

(Valencia, X-2006) 8.- Las entidades que atendemos a las personas con discapacidad intelectual o a enfermos mentales debemos insistir a las familias en la aclaración de que el incapacitar legalmente a quien lo necesita es una medida de protección y no una agresión. Que conviene que dicha incapacitación se dé cuanto antes.

Protección que exige, entre otras cosas, que sea rápida. Normalmente se acude a la incapacitación en el momento es que ya es preciso el establecimiento de las medidas. Un supuesto habitual es el de iniciar la tramitación una vez que se le impedido a la persona con discapacidad realizar algún acto jurídico (normalmente negativa del notario a autorizar un documento al no haber apreciado capacidad natural suficiente) Los plazos que se manejan hoy en día no son, en absoluto, suficientes para que se ejercite de forma adecuada tal protección.

Ya metidos en el procedimiento, se inicia con una fase preliminar, en la que pueden empezar a decidirse actuaciones dirigidas a la protección, no necesariamente a la incapacitación.

(Madrid, III-2004) (MESA I) La fase preliminar al proceso de incapacitación permite el desarrollo de actuaciones que facilitan el criterio general a seguir en esta materia, que es el beneficio de la persona con discapacidad.

Dentro de esta fase, se hace esencial el trabajo coordinado de los agentes que intervienen en la vida del presunto incapaz:

- Asistentes sociales, tanto integrados en las diversas Administraciones Públicas como en entidades privadas, el movimiento asociativo del mundo de la discapacidad.
- El entorno familiar
- Otros servicios suministradores de datos de esta situación, como los de atención a víctimas.

- La Administración de Justicia, en la que en esta fase destaca la actuación del Ministerio Fiscal en las diligencias preprocesales. La política de este servicio debe ser regulada, si no por ley, por instrucciones internas y otros medios de unificación de actuaciones.

La adopción de las medidas oportunas en esta fase preliminar puede llegar a evitar la incoación del proceso de incapacitación, si con ello se atienden adecuadamente las necesidades de la persona afectada...

Por un lado se recalca la posibilidad de adoptar estas decisiones, no muy utilizada en la práctica procesal. La norma que lo regula no es demasiado explícita en esta materia, lo que puede suponer una ventaja al efecto de dotar de mayor libertad a los que intervienen en el proceso para establecerlas⁷. Se adoptarán a instancia del juez o el fiscal, y tienen por finalidad la protección del incapacitando y su patrimonio, lo que se recalca en la conclusión que acabamos de transcribir. Añade otro aspecto que, dada la redacción de la norma, no se suele tener en cuenta: que pueden participar en estas medidas muchos actores, entre los que citan asistentes sociales (de la Administración o de las asociaciones), la familia, la Administración en general y la de Justicia en particular.

A continuación viene el párrafo más importante, a mi modo de ver, de la conclusión: la adopción de estas medidas puede evitar la privación de capacidad de obrar. Ante un sistema que no se considera adecuado a la situación, se le da otra solución desde dentro, apoyándose en los resquicios que la permiten.

Si la finalidad del proceso de incapacitación es el beneficio del discapaz, su protección y la promoción de su recuperación; si esta finalidad se

⁷ Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 762. *Medidas cautelares.*

1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación. ..

cumple mediante la adopción de medidas cautelares (“si con ello se atienden adecuadamente las necesidades de la persona afectada”); si, sin necesidad de continuar con el procedimiento se ha cumplido su finalidad, entonces fácil es deducir que puede interrumpirse el proceso, pero manteniendo aquellas medidas que permiten cubrir las necesidades de la persona con discapacidad.

Continúa la conclusión con una última consideración:

... En esta fase se debe prestar atención a la protección de la intimidad y la legislación y principios que la regulan, tanto respecto del presunto incapaz como de las demás personas que intervienen en ella: promotores de la incapacitación, profesionales de la medicina en sus informes, familiares. Su vulneración puede acarrear perjuicios superiores a los beneficios que se pretenden obtener.

Protección de la intimidad de la persona con discapacidad y de los demás intervinientes. El primero puede sufrir un empeoramiento en las relaciones sociales que ejerce. Si no se protege la intimidad de los demás, pueden producirse graves consecuencias que recaerán sobre el discapaz. Una persona en estas circunstancias, que necesita en su vida ordinaria tener gran confianza en sus cuidadores, parientes, psiquiatra, psicólogo, trabajadores sociales que se relacionan con él, puede perderla por completo si tiene acceso (y como demandado en el procedimiento lo tiene) a quién promueve su incapacitación, qué informes emite, qué dice al Juez. Sin esta confianza, la vida social del incapacitando se tambalea.

I.B EXPEDIENTE ÚNICO

En la legislación actual, es competente para los procesos sobre la capacidad de las personas el de Primera Instancia del lugar donde resida. En los supuestos de cambio de residencia se produce el cambio de competencia, y estos cambios pueden ser frecuentes en personas que son dependientes de otras. Sin necesidad de cambios de domicilio, si la competencia depende de un turno de reparto entre juzgados de la misma localidad, se repite la misma situación. Así, una persona puede ser incapacitada en un primer juzgado; se puede nombrar tutor en un segundo; autorizarse una venta en su nombre en un tercero; rendirse cuentas por el tutor ante un cuarto... Siempre expedientes separados; el incapaz es un desconocido para todos los agentes que intervienen en los

sucesivos procedimientos. La atención que así puede prestarle el Juzgado es menos eficiente que si se tuviera a la vista todo el expediente.

Esta situación ha ocasionado solicitudes de unificación de los datos.

(Madrid, III-2004) (MESA VI) Se proponen la existencia de un expediente judicial único, que siga a la persona en los supuestos de cambio de jurisdicción, y que estos casos sean tratados por Juzgados especializados o un solo órgano judicial.

(Madrid, III-2004) (MESA III) Es conveniente concentrar todas las actuaciones relativas al incapaz en un mismo Juzgado. De forma excepcional, y en caso de traslado definitivo de residencia del incapaz, se debería remitir el expediente al Juzgado de la localidad de destino.

(Valencia, X-2004) 4º) Debe implantarse el Expediente Único, esto es que todo el proceso se lleve por un mismo Juzgado.

En la primera que hemos copiado se añade que se trate de juzgados especializados, punto sobre el que nos detendremos más adelante.

Un proyecto de Ley de regulación de la jurisdicción voluntaria, hoy retirado, que conocerá de estas materias, mantenía por un lado la competencia del Juez del domicilio o residencia, pero en relación con estas materias establece que el que hubiera conocido de las primeras incidencias arrastrará la competencia sobre las futuras. En caso de cambio de domicilio, se trasladará el expediente, de modo que este segundo Juez pueda manejar todos los datos ya tenidos en cuenta en el transcurso de la situación de incapacitación⁸. Se da solución a los dos problemas que han motivado las conclusiones.

⁸ Proyecto de Ley 121/000109. sobre Jurisdicción voluntaria

Artículo 68. Competencia para incidencias y medidas posteriores.

El Juez que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o incapaz resida en la misma provincia. Caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá a la mayor brevedad.

II DURANTE EL PROCEDIMIENTO

En la segunda de las fases en que hemos dividido el proceso se han producido abundantes conclusiones que solicitan especialización de los equipos judiciales; que cuenten con más medios; que estén coordinados y sean multidisciplinarios, y que unifiquen sus criterios. Las veremos por separado.

II.A ESPECIALIZACIÓN

Como veremos a continuación, son numerosas las veces en las que se ha pedido la especialización de los Juzgados encargados de tramitar las cuestiones referentes a la capacidad de las personas. Su número basta para mostrar que el mundo de la discapacidad entiende que atribuir estos procedimientos a unos equipos genéricos es un error. Las personas principalmente afectadas por el proceso no presentan similitud con las que pueden ser objeto de otros (personas con plena capacidad de obrar capaz de entender y defender sus derechos económicos o no, civiles, administrativos, etc.) La puesta en escena del procedimiento judicial no sirve para las personas con discapacidad. Veremos que las solicitudes rozan a todos los agentes que intervienen, pues no se trata sólo de especializar al juez.

II.A 1. LOS ABOGADOS

(Sevilla, XII-2002) Propugnamos la especialización de los juzgados.

También pedimos a los distintos colegios de abogados del territorio nacional la creación de abogados de oficio especializados en discapacidad.

Los juzgados, sí, pero los abogados también. Este es el elemento que habitualmente no se incluye cuando se habla de la “oficina judicial”. Pero es un elemento siempre presente. Cuando estamos ante un abogado de libre designación por los interesados, el “mercado” delimita los profesionales en los que se van a confiar estos asuntos del mismo modo que en cualquier otra materia. El interesado encontrará el criminalista que le defienda de imputaciones de delitos, el inspeccionado encontrará su asesor fiscal, pero no es precisa ninguna disposición especial en este campo.

Cuando la designación del abogado se realiza por turno oficio, la cosa cambia. El ámbito de la Justicia está solicitando que los sujetos que intervengan tengan una especialización en la materia. Los Colegios de Abogados deberían promover que estos asuntos fueran asignados a colegiados con una preparación específica en este campo, personas relacionadas con el mundo (y el derecho) de la discapacidad.

II.A 2. LA ADMINISTRACIÓN

(Madrid, III-2004) (MESA II) Es conveniente la especialización de los órganos autonómicos a los que se atribuye el ejercicio de la tutela.

En nuestra legislación se atribuye, con carácter obligatorio, la tutela de los menores desamparados y de los incapaces que carecen de las personas llamadas a representarles, a la Administración, a través de la entidad pública a la que corresponda⁹. Lo que ocurre es que normalmente no hay una entidad específica para labores tutelares. Correspondería por lo tanto al departamento de Asuntos Sociales competente.

Esta cuestión se trata en otro lugar de este trabajo, en la tutela institucional. Aquí tan sólo reseñamos la conveniencia de que las labores tutelares se llevaran a cabo por órganos especializados en esta tarea.

II.A 3. LOS FISCALES

⁹ Código Civil. Artículo 239.

La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.

.. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

(Madrid, III-2004) (MESA I) Para una mayor eficacia en la actuación de la Administración de Justicia, y especialmente en relación con el Ministerio Fiscal, se observan dos necesidades:

... 2.- La especialización, bien de forma directa, mediante la creación de Juzgados especializados, o de forma indirecta donde esto no sea posible, mediante la concentración de los casos relacionados con la discapacidad en los mismos Juzgados y profesionales de la Administración de Justicia.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 9. El Ministerio Fiscal, en cumplimiento de su cometido de defensa y protección de las personas con discapacidad, inicia entre el 70 y el 75 % de las demandas de incapacitación en España.

En la actualidad, ya existe un fiscal de incapaces, como mínimo, en cada provincia española.

Es recomendable la dedicación exclusiva del fiscal en materia de discapacidad. Y en todo caso, la asignación de una nueva plaza de fiscal con dedicación exclusiva en cada juzgado especializado en materia de discapacidad que se han ido creado en los últimos años.

Es también imprescindible aumentar la plantilla de fiscales adscritos a las secciones de Discapaces y Tutelas, así como el equipo auxiliar.

(Madrid, II-2006) 5.- Es imprescindible la especialización del Ministerio Fiscal, con un reconocimiento normativo expreso (como ocurre con otras especialidades, como violencia doméstica o medio ambiente)

(Bilbao, II-2006) 7.- La función atribuida legalmente al ministerio fiscal es imprescindible para la protección y defensa de las personas con discapacidad o necesitadas de especial protección. Se solicita a este respecto, la especialización del Ministerio público dotándoles de medios personales, técnicos y presupuestarios suficientes.

Tratamos conjuntamente las conclusiones anteriores porque llegan a la misma idea: no sólo es el juez el que tiene que especializarse, el fiscal también. Motivado además porque las labores del fiscal en relación con la discapacidad se amplían a controles de la actuación de los representantes legales de los

incapaces (o de sólo una parte de sus bienes, como en el caso de los patrimonios protegidos)

A fin de cumplir bien su misión, se añaden algunas peticiones: por un lado, la de un reconocimiento normativo. Que debería ir acompañado de la de personal auxiliar (Madrid, VI-2005) y de “medios personales, técnicos y presupuestarios suficientes” (Bilbao, II-2006) En este apartado hacemos referencia al fiscal, pero no se deben de considerar de forma aislada del resto del personal que compone los equipos que han de atender a las personas con discapacidad.

II.A 4. LOS JUZGADOS

En el año 2004 empieza a aparecer la cuestión por las Jornadas Aequitas. Inicialmente, con una petición de principio, concreta.

(Madrid, III-2004) (MESA III) Son necesarios Juzgados especializados en materia de protección de personas con discapacidad, que cubran todo el territorio nacional.

La petición de cubrir todo el territorio nacional se refiere al conjunto de juzgados, no a que haya uno competente para toda España. El modo como se concreta esta medida se trató a continuación.

(Valencia, X-2004) 1º) Es necesaria la creación de Juzgados especializados o en su defecto especialización de uno de los Juzgados en las grandes ciudades, cuya cuantía de asuntos de tutelas, curatelas, sea elevada. En aquellos lugares en los que no haya tal número elevado, la especialización se hará por vía de reparto y sin perjuicio que se adjudiquen otras materias. Con la especialización se facilita la administración de justicia y se logra unificar criterios.

Donde haya actividad suficiente, juzgado especializado en este tema. Donde no, por vía de reparto todos los asuntos de este tipo al mismo órgano. Así se crea la atención de los mismos asuntos por las mismas personas, con carácter en la práctica exclusivo. Los efectos que esto produce son dos:

Unificación de criterios. Si en un mismo ámbito territorial concurren soluciones distintas a similares supuestos de hecho, pierde la Justicia, que exige

el mismo trato a similares situaciones. El método más sencillo para unificar las resoluciones es que las haga el mismo.

Y facilitar la administración de justicia. La administración con minúsculas, como resultado de la acción de administrar, no como entidad. Si partimos de la vida jurídico-social, los procesos de actuación de las personas llevan su ritmo. Los juzgados, el suyo. En unos casos algunos se adecuan a la velocidad que se desea por los sujetos; estos procesos no perturban el acto o el sistema jurídico-económico. Si alguno no responde al ritmo requerido, perturba el tráfico jurídico y puede llegar, incluso, a romperlo.

En la medida en que los plazos que se manejan en los procesos que afecten a la capacidad de las personas se alejen de los habituales en la contratación en cada campo, se priva al discapacitado del acceso a esa contratación. Si en éstos se trabaja con plazos de días, y en cuanto aparecen problemas de complemento de capacidad pasamos a hablar de meses, estas personas quedan fuera de la vida económica-jurídica.

En la misma medida en que una ordenación de los Juzgados, con especialización en estos temas, aproxime los plazos que manejan a los que se dan por buenos en la vida jurídico-económica, el beneficio para la sociedad, y especialmente para las personas con discapacidad, es muy alto. Y podemos considerar que tal especialización (en este y otros procesos judiciales) puede contribuir a ello.

Otras conclusiones han vuelto a incidir en el conjunto de la oficina judicial, pero incluyendo no sólo al personal de Administración de Justicia, sino a todos los relacionados con el proceso.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 17. Los juzgados especializados en materia de discapacidad, deben estar dotados de suficiente personal motivado y especializado: médicos forenses, trabajadores sociales, psicólogos, contables, etc.

(Barcelona, I-2006) 1. Se reconoce la eficaz labor de los juzgados especializados en la materia de discapacidad, si bien se propone su extensión a las distintas Comunidades Autónomas. Junto a ellos es necesaria la especialización del Ministerio Fiscal para la adecuada defensa de los intereses de personas discapacitadas, así como la necesidad de dotarles de

medios económicos y humanos adecuados, especializados en esta materia: forenses, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales...

Enlazamos el final del último comentario con el de la conclusión anterior y la siguiente. En el proceso sobre la capacidad de las personas no deben intervenir y prepararse sólo los jueces, fiscales, secretarios judiciales y personal auxiliar. También tiene algo que decir especialistas en cuestiones médicas, de asistencia social y psicosocial. A todos se refiere la especialización, si ello es posible.

(Madrid, IV 2006) 1. Resulta extraordinariamente urgente la especialización en los Juzgados que conocen asuntos en materia de incapacidad de toda España: todos ellos deberán contar con equipos interdisciplinarios específicamente formados al efecto en los que deberá reforzarse, más aún, la presencia de trabajadores sociales y profesionales del ámbito psicosocial.

En Las Palmas, en 2007, se añadieron un par de cuestiones sobre este tema (además de volver a incidir en las que ya hemos expuesto)

(Las Palmas, VI-2007) 6. Se hace necesaria la creación de Juzgados de Personas y Familia, con la consiguiente especialización de la segunda instancia, y, hasta tanto, proseguir y fomentar la especialización y/o atribución del conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos relativos al derecho de familia y la capacidad de las personas, en aras a conseguir una mayor seguridad jurídica en esta sensible materia que afecta a intereses personalísimos de las personas y de honda trascendencia jurídica y social.

Esto supone una unificación de criterios jurisdiccionales para la resolución de estos conflictos, mejor capacidad de respuesta, racionalización de medios y apoyo de profesionales especializados.

De la anterior nos quedamos con la petición de especialización de la segunda instancia, de las diferentes secciones de las Audiencias. Hemos visto antes la necesidad de igualdad de trato y, por lo tanto, igualdad de criterios a la hora de resolver asuntos similares. Si en una segunda instancia han de resolver secciones distintas, aumenta el riesgo de resoluciones con diferente contenido.

Y en la última de esta sección, vuelta a solicitar la especialización y una cuestión muy concreta:

(Las Palmas, VI-2007) 5. En el ejercicio de la jurisdicción, el conocimiento de los asuntos relativos a la capacidad de las personas y familia deben ser competencia de órganos especializados en la materia.

Se solicita mantener la mediación en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, así como atribuir al Juez de Familia del lugar en que se encuentre el menor la competencia sobre los asuntos de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional.

El proyecto de Ley 121/000109, en estudio cuando se redactó la presente conclusión, incluía un capítulo sobre “Medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional”. En estas jornadas se debatió bastante sobre el proyecto en conjunto, y aquí se detallan dos de las medidas que se consideró conveniente incluir: la competencia centrada en el lugar de residencia del menor, como más adecuada para la tramitación del expediente, y el mantenimiento de la mediación prevista en el anteproyecto. En otro apartado nos referiremos a la jurisdicción voluntaria.

En la vía que estamos comentando, una observación más para un caso bastante concreto. El de las personas que por la edad van accediendo a la discapacidad, que requieren un estudio y un tratamiento distinto del de aquellas con discapacidad intelectual o enfermedad mental.

(Murcia, XI-2007) 2.- Ante la complejidad que en el ámbito judicial presentan el arco de consecuencias jurídicas de las personas mayores en situación de dependencia se llama la atención sobre conveniencia de lograr mayor grado de especialización en la materia de los distintos operadores jurídicos, (jueces, secretarios judiciales, médicos forenses...)

(Murcia, XI-2007) 3.- En el marco de la anterior conclusión resulta totalmente necesario adaptar la legislación orgánica con la creación de juzgados de persona y familia. Hasta tanto esto no se consiga, es imprescindible continuar con la concentración de la materia en órganos judiciales de primera y segunda instancia.

(Murcia, XI-2007) 4.- Se señala la oportunidad que para una adecuada res-puesta del principio de tutela judicial efectiva tendría la creación de la figura del "fiscal de la persona mayor".

Las cuestiones judiciales acerca de las personas mayores presentarán un incremento debido al aumento de esperanza de vida, lo que aumentará las enfermedades degenerativas, y al desarrollo de la ley 39/2006 (llamada de Dependencia) Este incremento demandará funcionarios especializados en la materia.

II.A 5. TODOS LOS AGENTES

Después de abogados, Administración, fiscales y jueces, algunas conclusiones específicas reproducen algo que ya se ha ido viendo: la especialización afectará a todos los que intervienen en el proceso sobre la capacidad de las personas.

En la primera de las que transcribimos se propone una formación no exclusivamente técnica, sino también humanística. Hay que examinar al sujeto en su vida ordinaria, incluso fuera del limitado campo que delimita el campo de actuación de cada uno. Ello determinará sus peculiaridades.

(Madrid, III-2004) (MESA VI) Las personas que intervienen en el procedimiento y aplicación de las normas referentes a la discapacidad deben recibir formación "humanística" para adecuarse a las peculiaridades de las personas que son sujetos del procedimiento.

(Valencia, X-2004) 2º) Debe lograrse una especialización de todos los operadores en este ámbito: fiscales, psicólogos, jueces, médicos forenses, abogados, ... que se adapten a las necesidades de estos procesos.

(Las Palmas, IV-2005) Resulta imprescindible la creación de juzgados especializados en materia de incapacitación, así como la especialización de jueces, fiscales, médicos forenses y demás personal.

(Valladolid, X-07) 9 El Consejo General del Poder Judicial promueve un proceso de especialización de la Justicia en todos

los ámbitos, y entre ellos los que afectan a la discapacidad y a algunas situaciones necesitadas de especial protección.

Dentro de este proceso, deberían plantearse: la adopción del ámbito provincial para la competencia de los Juzgados especializados, lo que permite una igualdad de trato ante situaciones que van a ser resueltas después por un mismo órgano; que la especialización incluya no sólo al Juez, sino a todos los miembros de la oficina judicial, incluyendo a los fiscales, y que llegue también a la segunda instancia.

En esta última aparecen también dos peticiones: una, que ya hemos analizado, la especialización de la segunda instancia. La otra solicitando el ámbito provincial para delimitar la competencia del Juzgado especializado. ¿El motivo? El mismo que ya hemos analizado: ahora se refiere al del órgano de segunda instancia, que abarca la provincia, y exige el mismo trato respecto de todos los asuntos que van a llegar allí.

II.B UNIFICACIÓN DE CRITERIOS

Hemos expuesto como argumento para defender la especialización la unidad de criterio a la hora de resolver los asuntos que se planteen. Ahora volvemos a este tema pero buscando ámbitos más amplios. El primero, referido a los fiscales.

(Madrid, III-2004) (MESA I) La política del Ministerio Fiscal debe potenciar la unificación de criterios, por ejemplo en la aplicación de las actuaciones que acaba de atribuir la Ley del Patrimonio Especialmente Protegido de las Personas con Discapacidad; la unificación de protocolos de actuación, y la colaboración con las entidades del mundo de la discapacidad: Administración, asociaciones, fundaciones tutelares.

Además de la unificación, aquí referida a todo el Ministerio Fiscal, se plantean cuestiones de colaboración con los demás agentes interesados en la materia, sin tener en cuenta si intervienen en un asunto concreto. Si se han de establecer ideas que serán de aplicación común, ¿quién mejor que el mundo asociativo relacionado con la discapacidad para intervenir en su estudio? Pero esta unificación no será el único resultado. Han de fijar los protocolos de actuación. Recordemos que el fiscal tiene encomendadas facultades de control.

Las medidas a adoptar en este campo deben ser las mismas para todos, y lo más fundamentadas que sea posible a través de su estudio con los otros implicados.

(Granada, X-2003) Quinta: Debemos buscar la unificación de criterio y práctica en las distintas fases del procedimiento de incapacitación.

(Bilbao, II-2006) 13.- Es preciso realizar un esfuerzo para alcanzar la unificación de criterios jurídicos y de actuación procesal en todo el territorio nacional, lo que permitirá un nivel de seguridad jurídica y de protección de todas las personas.

En relación con estas dos últimas, poco más se podrá añadir a lo dicho. Es importante la referencia a la seguridad jurídica, superando los criterios de justicia que hasta aquí hemos estudiado. La seguridad nos indica que determinados actos tendrán ciertos efectos, amparados por los organismos del Estado (la Administración y el ámbito judicial entre ellos) Y una seguridad jurídica de nivel nacional exige que las personas a controlar tengan que rendir cuentas por los mismos actos, de la misma forma, ante todos lo que se las tienen que pedir.

II.C MEDIOS MATERIALES

Las dos siguientes conclusiones que comentamos se refieren a la necesidad de que la oficina judicial, con carácter general, disponga de los medios suficientes para su labor. Porque en esta materia no se trata de atender los argumentos de dos posturas distintas y decidir quién tiene razón. Se trata de indagar en las circunstancias personales de un sujeto, sus discapacidad y la forma como afecta a su vida ordinaria, antes de decidir el resultado del proceso. Aparte de los medios propios de la institución (de los que se citan fiscales especializados y medios informáticos), hay otros que prestarán informe en materia de ciencias auxiliares (médicos, sicólogos, trabajadores sociales)

(Madrid, III-2004) (MESA I) Para una mayor eficacia en la actuación de la Administración de Justicia, y especialmente en relación con el Ministerio Fiscal, se observan dos necesidades:

1.- La ampliación de los medios disponibles, personales y materiales. En cuanto a los medios personales, un mayor número de fiscales especializados, así como la asignación de personal especializado de los ámbitos de la medicina, psicología,

asistencia social. En cuanto a los medios materiales, la potenciación de medios informáticos en el sistema de trabajo...

A continuación una referencia a un problema singular. Los usuarios de los servicios judiciales en materia de discapacidad son, es evidente, discapacitados. Aunque la mayor parte serán de carácter intelectual, también los habrá de carácter físico. De todo el ámbito de la Justicia, si unas instalaciones han de estar adaptadas, son éstas.

(Valencia, X-2004) 3º) Adaptación de las sedes judiciales a los usuarios, esto es accesibilidad a los minusválidos, aseos especiales, equipos sanitarios, ...

Y las instalaciones judiciales normalmente no lo están. Edificios en cuyo diseño no se tuvo en cuenta este tipo de usuarios, salvo los más recientes. Pero estas personas deben encontrar accesible el sitio donde se les va a administrar justicia.

II.D COORDINACIÓN

Nos adentramos a partir de aquí en algo que ya ha quedado apuntado cuando nos hemos referido a la especialización. Los equipos que actúan han de ser plurales. Se han hecho observaciones acerca de la necesaria coordinación de los integrantes de estos equipos, o de todas las materias en relación con la discapacidad. Dejamos para más adelante la cuestión acerca del carácter multidisciplinar de sus integrantes.

(Madrid, III-2004) (MESA I) Se aprecia como necesario que la Administración de la Justicia, elemento esencial en los procesos jurídicos relacionados con el mundo de la discapacidad, potencie las comunicaciones con las demás entidades privadas que actúan en este.

- Con las Asociaciones, elemento de atención de servicios sociales.

- Con las Fundaciones Tutelares, elemento de complemento de la capacidad jurídica. Estas fundaciones son un medio adecuado para dar solución a la atención de tutelas o curatelas, debiendo atenderse a la financiación de su mantenimiento, pues con su actuación liberan fondos públicos para otras necesidades sociales. En la situación actual, se

precisa mejorar su conocimiento por parte de la Administración de Justicia.

Es conveniente utilizar su experiencia, no sólo en las situaciones individualizadas, sino también a la hora de elaborar planes o sistemas de actuación.

Colaboración entre la Administración de Justicia y los primeros contactos de los discapacitados con la sociedad (aparte de la familia de cada uno), las entidades del mundo asociativo. Hemos visto que, dentro de la evolución del trato social a los discapacitados, la familia redujo su tamaño y en consecuencia sus posibilidades de atenderlos. Los familiares crearon asociaciones a fin de poder prestar mejor este servicio, y éstas, a su vez, se agruparon. Junto con las asociaciones han surgido fundaciones, que ya no dependen tanto del grupo de familiares cuanto de aportaciones, económicas o de trabajo, realizadas por quienes, independientemente de su carácter de familiares o no de personas afectadas, han decidido contribuir de esta forma. Unas y otras (si bien asociaciones en su mayor parte, no podemos olvidar a una entidad de gran importancia en la vida social como puede ser la ONCE, o alguna otra que centra su actuación en estudios normalmente jurídicos, como puede ser Æquitas, las dos citadas fundaciones) atienden funciones asistenciales, lo que necesitan las personas con discapacidad para integrarse en la vida social. Así, son titulares de pisos tutelados, residencias, centros educativos, centros ocupacionales, de formación...

Junto con las anteriores tenemos en la realidad social las fundaciones tutelares, a las que se dedica un espacio especial en esta obra. Baste decir aquí que, creadas normalmente por las asociaciones, ejercen la tutela de personas con discapacidad.

Ambos tipos de entidades tienen algo que decir, aunque sólo sea por su experiencia, en las cuestiones afectantes a la discapacidad. Si el juez tiene que examinar cómo está atendida una persona, cómo se desenvuelve en la sociedad, las entidades que se ocupan de ello son una referencia importante para ayudar en esta labor.

(Granada, X-2003) Tercera: Se aprecia la necesidad de una coordinación entre las instituciones de la Administración, jueces y magistrados, fiscales y notarios, favoreciendo un adecuado acceso de información al Registro Civil y posterior conocimiento de su contenido.

Esta última se refiere exclusivamente a los agentes jurídicos que pueden intervenir en la actuación de este tipo de, o en relación con, una persona con discapacidad. Cada uno tendrá su parcela de actuación; el uno puede controlar unos actos o la necesidad de unas medidas; el otro puede juzgar su capacidad para un contrato; los primeros pueden adoptar resoluciones que definan lo que se puede hacer y por quién. En medio de todo un Registro Civil que es donde se publican circunstancias que las afectan, pero al que no tienen acceso suficientemente eficaz alguno de los que se beneficiarían de conocerlas. Todos estos agentes deben estar coordinados, y la forma más simple de coordinación es un Registro Civil con las características que veremos en el capítulo que dedicaremos a la publicidad.

II.E EQUIPOS PLURIDISCIPLINARES

Los procesos referentes a la discapacidad tienen algunas características especiales. Recordaremos que se trata de analizar cómo una persona se inserta en la sociedad, y las medidas que hay que adoptar en el caso de que encuentre problemas en este sentido.

Se parte de la existencia de una deficiencia (en su acepción médica) que tiene determinados efectos. Sus efectos sociales consisten, a veces, en dificultades de integración social o de utilización de los medios existentes, que se han previsto normalmente para personas sin tal deficiencia, o sea, con un coeficiente intelectual determinado, en condiciones de utilizar todos sus sentidos, y sin problemas físicos. La cuestión a tratar es la inserción de unas determinadas personas con una discapacidad en una sociedad no pensada para ellos. Se trata de conceptos de inserción social, así que hay que analizar cuestiones de este tipo, a diferencia de los demás procedimientos judiciales en los que se analizan actos y se ponen en relación con leyes.

No basta con una relación de hechos probados y un conjunto de leyes a aplicar. Habrá unos hechos probados (la discapacidad, por ejemplo), y una inserción social particular a la que se intentará dar solución. Esta inserción no puede analizarse sólo por el juez. Es preciso un conjunto de profesionales, que habrán de intervenir en el procedimiento. De todo ello se deducen las conclusiones que solicitan equipos multidisciplinarios a disposición de los juzgados.

Las primeras, fijándose en la oficina judicial:

(Valladolid, X-2003) Se hace precisa una mayor especialización de los órganos judiciales, y la incorporación de equipos pluridisciplinarios y medios materiales, a tales órganos judiciales y al ministerio fiscal, con las consiguientes medidas presupuestarias, que permitan una mayor eficacia de las actuaciones judiciales relacionadas con el mundo de la discapacidad.

(Granada, X-2003) Octava: Es necesario incorporar a los órganos judiciales y fiscalías equipos pluridisciplinarios de apoyo.

La siguiente va un poco más allá, al fijarse en los procedimientos de incapacitación, pero orientándolo hacia un trato más humano. El proceso judicial es agresivo, mucho más si el sujeto tiene una discapacidad; se encuentra indefenso ante unas formas de actuar (empecemos por llamar Señoría al que parece que manda allí) con las que no está familiarizado ni comprende. Hace falta un trato más humano, que quede claro que los allí presentes no han hecho nada malo, y que no lo parezca.

(Huelva, III-2005) 9.- ... Debe reforzarse el carácter pluridisciplinar de los profesionales que participan en los procedimientos de incapacitación, así como el trato más humano posible a las personas con discapacidad y sus familiares, que les haga más fácil este momento.

La última que lo trata se amplía aún más. Sale de los juzgados para llegar a todas las intervenciones referentes a las personas con discapacidad. Son muy numerosas sus relaciones con la Administración, con funcionarios públicos, con otras entidades. En todas aquellas en las que hay que examinar su inserción social, es decir, su discapacidad jurídico-social, es muy conveniente contar con la colaboración de los demás profesionales. La lista de sujetos o entidades afectadas nos da una medida bastante exacta de la extensión de la propuesta.

(Madrid, IV 2006) 2. En atención a todas las personas con discapacidad, enfermos mentales y mayores dependientes es preciso coordinar los esfuerzos, recursos e intervenciones llevadas a cabo desde las diferentes perspectivas profesionales: las cuestiones que afectan a la discapacidad y a la dependencia tienen un carácter multidisciplinar. Por esta razón, se hace necesaria la coordinación y comunicación entre los distintos

estamentos públicos y privados implicados en la atención y protección de los discapacitados y dependientes. Jueces, secretarios judiciales, fiscales, médicos, forenses, notarios, trabajadores sociales, psicólogos, abogados, fundaciones tutelares, asociaciones de familiares, entidades religiosas, agrupaciones de voluntarios, poderes legislativos y ejecutivos... en definitiva es necesaria la coordinación entre todos los profesionales e instituciones civiles y públicas que tienen entre sus objetivos una mayor protección de las personas en situación de discapacidad y/o dependencia.

III LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En un orden lógico, pasamos a la tercera y última fase en el proceso de incapacitación legalmente previsto. Su resolución. Agrupamos las numerosas conclusiones que han tratado este tema en las que realizan un análisis de las causas de la incapacitación, necesario para la sentencia; otras que exigen que se gradúe según las necesidades del sujeto; a continuación veremos la calificación del proceso y solicitudes de su reforma, y recordando que la situación jurídica de incapacitación debe adaptarse al discapacitado, y no al revés.

III.A ANALISIS DE LAS CAUSAS DE LA INCAPACITACIÓN

El origen sustantivo de la incapacitación que recoge el Código Civil (lo que está en el inicio de todo ello) es la imposibilidad de gobernarse por sí mismo. Habrá que ver cómo se determina esto. Una negligencia en esta determinación, por falta de medios o por ceñirnos en demasía a la norma procesal, puede producir efectos desastrosos. Si pensamos que por seguir estrictamente el proceso tal como está regulado llegamos a una resolución justa, nos equivocamos. Lo que debe determinarse son las habilidades concretas de la persona.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Las actuaciones judiciales, así como las notariales deberán tener en cuenta, para adecuar el estado de la persona con capacidad diferente, todos los informes que obren en poder de las instituciones asistenciales, tanto públicas como privadas.

Todos los informes en poder de instituciones públicas o privadas. No bastan el forense, el fiscal y el juez. Hay normalmente estudios técnicos (no jurídicos, sino en lo que importa, en el análisis de la habilidad de una persona para “governarse por sí misma”) que deberán ser el primer elemento a tener en cuenta.

También se han citado las actuaciones notariales. La finalidad es la misma; no obstante, quedan lejos del proceso de nuestras leyes procesales, y de las facultades del juez para solicitarlos. Por ello, no nos detenemos en ellas.

(Madrid, IV 2006) 6. En atención a una mejor calidad de la atención a las personas con discapacidad todos los profesionales que intervienen en el proceso deben realizar una labor pericial lo más exhaustiva posible que permita parcelar adecuadamente el nivel de capacidad o competencia de la persona. A tal efecto, es preciso realizar un esfuerzo para la alcanzar cierta unificación en los criterios de valoración, los criterios jurídico-sociales que informan el procedimiento, así como los criterios de actuación procesal en todo el territorio del Estado, lo que permitirá un nivel de seguridad jurídica y de protección acorde con el respeto a la dignidad de estas personas.

En primer lugar, análisis exhaustivo de la realidad personal y social del incapacitando, con la finalidad de averiguar su nivel de integración social, hasta qué punto puede “governarse por sí misma”. El resultado no será si o no a la incapacitación, sino el fijar qué nivel de capacidad o competencia tiene.

Con esta finalidad, a continuación solicita la unificación de los procedimientos, lo que en este caso se debería llevar a cabo a través de protocolos de actuación que podrían exigirse desde los juzgados.

En la misma dirección, las siguientes conclusiones inciden en:

Que el juzgado disponga de un equipo multidisciplinar, con independencia de que pueda y deba manejar datos externos a su oficina, y que la falta de unificación da lugar a resultados ambiguos.

(Madrid, III-2004) (MESA IV) Se aprecia la necesidad de que el Juez cuente con un equipo multidisciplinar para determinar los distintos supuestos de incapacitación, total o parcial, debiendo realizarse un estudio individualizado de cada caso concreto

tendente a fomentar la incapacitación parcial que potencie la integración social de la persona, con preferencia de la curatela sobre la tutela cuando sea posible.

Son ambiguos los criterios, tanto para determinar incapacitaciones como internamientos.

La necesaria delimitación, también por los médicos forenses, del alcance de la discapacidad. De esta delimitación deberá depender la extensión de las medidas (recordemos que protectoras) a adoptar, que pueden no exigir una incapacitación total sino un complemento de capacidad, con carácter general (curatela) o puntual para determinados actos.

(Bilbao, II-2006) 12.- En atención a las personas con discapacidad, los médicos forenses deben realizar una labor pericial lo más exhaustiva posible que permita parcelar adecuadamente la capacidad o competencia de la persona.

(Tenerife VI-2005) 11.- Las causas de incapacitación consisten en un trastorno que afecta al autogobierno de las personas. Por ello es necesario un análisis médico y social sobre la incidencia real de tal trastorno en la conducta del presunto incapaz.

La enfermedad mental puede ocasionar vicios de la voluntad que, sin privar de la capacidad jurídica, pueden alterar el consentimiento, con los consiguientes efectos a la hora de apreciar las facultades para contratar.

III.B GRADUACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

No hay dos tipos de discapacidad iguales; cada uno de ellos determina un grado de afección a las actividades de un sujeto. La Ley de Enjuiciamiento Civil lo recoge, al establecer en su artículo 760 que *“1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado..”*.

Sin embargo, la aplicación práctica dista mucho de ser así. Cuando en trece ocasiones se redactan conclusiones solicitando la graduación de las sentencias, es que ésta no se produce. El esquema de éstas concluye decretando la incapacitación y establecimiento de la tutela o curatela. Lo contrario de lo pretendido por el artículo 760 que hemos citado. No es una cuestión que afecte

al juez, sino a todos los que intervienen en el procedimiento, incluidos los abogados que redactan las demandas. Y como el procedimiento se presume que acabará así, su tramitación no se ajusta a una resolución graduada, sino a justificar la discapacidad suficiente para provocar la incapacitación.

No es una apreciación personal. El número de veces en que se ha solicitado es bastante elocuente. Las agruparemos de una forma un tanto artificial, y las iremos comentando por grupos.

III.B .1. CAPACIDAD SUFICIENTE

Las personas con discapacidad tienen normalmente, ya que no toda su capacidad natural, sí al menos una capacidad residual. Hay actos que no pueden (o, en su interés, no deben) hacer. Pero, solucionados estos, hay otros muchos que realizan. Las sentencias de incapacitación dirán que uno no tiene capacidad de obrar, pero los incapacitados realizan actos jurídicos (viajan, compran, emplean el dinero de bolsillo del que disponen..) Al margen de lo que diga el Código Civil. La realidad supera el contenido de las sentencias. En la sociedad hay un concepto de capacidad respetado por sus miembros. Por ejemplo, a una persona con discapacidad intelectual se le venderá una barra de pan en un comercio, y en el de al lado se le negará la compra de un automóvil. En esta vida civil normalmente no intervienen notarios, jueces, abogados. Convendría que, de una forma ágil, se recogiera este status, que los documentos jurídicos recogieran esta realidad social.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Habría que encontrar un nuevo procedimiento carente de formalismos, adecuado al caso concreto y que, de forma ágil y lo menos traumática posible, determine el status jurídico de esa capacidad diferente.

Afortunadamente, ya hay un primer indicio legal de que el concepto “incapacitación judicial” no es el único que hay que manejar. Este criterio debe extenderse al contenido de las sentencias.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 8. La Ley [41/2003] rompe con la anterior estructura de protección de las personas con discapacidad, basada únicamente en la incapacitación judicial. Ahora reciben una protección jurídica de su patrimonio las personas con discapacidad no incapacitadas.

De todos modos, nuestro sistema de protección debería ser revisado:

- Hay que diferenciar entre los distintos grados de tutela o protección, en función de las concretas necesidades del sujeto protegido.

- Se debe respetar la capacidad residual de un individuo incapacitado, en los ámbitos de su vida que él pueda controlar por sí mismo.

- Favorecer y aumentar la autonomía personal de la persona con discapacidad, contando con su participación.

El sistema alemán podría inspirar la reforma. En éste, se otorga mayor importancia a las cuestiones de carácter personal que a las patrimoniales. A la persona con discapacidad que lo necesite, se le nombra un asistente, quien lo protegerá, sin necesidad de previa incapacitación.

(Las Palmas, VI-2007) 9. En nuestra legislación, y en la jurisdicción voluntaria en particular, debe respetarse el concepto de capacidad suficiente para cada acto, introducido en la Ley 41/2003. Son abundantes los casos en que menores o personas con discapacidad deben hacer manifestaciones de voluntad en los asuntos que les afectan, con independencia de si están incapacitados o no.

III.B .2. CAUSAS DE LA AUSENCIA DE GRADUACIÓN

(Barcelona, I-2006) 4. Las deficiencias económicas y materiales, la falta de especialización, la falta de colaboración multidisciplinar dan lugar a que sentencias de incapacitación no sean graduadas. Por ello, proponemos, la modificación del procedimiento de incapacitación, la creación de órganos colaboradores multidisciplinarios, la especialización del Ministerio Fiscal y de los órganos jurisdiccionales para facilitar la adecuación de las sentencias de incapacitación a las concretas necesidades y capacidades de la persona.

También se propone el estudio, en los supuestos de relación padres e hijos, para resolver la incapacitación mediante un expediente de declaración de incapacidad notarial a través de la vía de la jurisdicción voluntaria.

Dejemos de lado esta última propuesta, y centrémonos en las causas. Falta de medios, de especialización y de colaboración multidisciplinar. A las tres nos hemos referido de forma bastante amplia. Aquí simplemente vinculamos su concurrencia con uno de sus efectos, la falta de graduación.

III.B .3. CRITERIOS

(Madrid, III-2004) (MESA I) La alternativa que se plantea en la actualidad en el proceso de incapacitación, entre capacidad total o ausencia de capacidad (o incapacitación), es insuficiente para atender a las personas afectadas. La graduación de la resolución, realizada en base a un examen individualizado de cada caso, es la solución más adecuada y la que el Ordenamiento Jurídico ofrece a las personas en situaciones intermedias.

Los criterios que han de ser tenidos en cuenta para la graduación de la solución jurídica planteada por la discapacidad son:

1.- El examen de la situación que impide el autogobierno de las personas, causa legal para la incapacitación.

Esto implica la investigación de las condiciones particulares de cada persona y de circunstancias externas al mismo: entre ellas, el ámbito social en el que actúa, la situación familiar, su patrimonio..

2.- El criterio básico, que debe ser el beneficio de la persona con discapacidad.

La presente conclusión atiende directamente a los sistemas para solucionar el problema. Empecemos por el segundo, que deberá fijar la finalidad pretendida: el beneficio de la persona con discapacidad.

Se ha incidido en que la finalidad del sistema del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil es la protección del discapaz. Ello obedece a que estas leyes sólo se fijan principalmente en si alguien puede contratar o no. El campo de la discapacidad es mucho más amplio; el sujeto afectado tiene muchos más problemas: si contrata o no los actos más importantes, cómo puede ingresar medios para su subsistencia, si puede administrar sus ingresos o parte de ellos, cómo se integra en la sociedad, cómo se relaciona en el trabajo, etc. El conjunto de las soluciones a todo esto es el beneficio de la persona con discapacidad. La sentencia se graduará, no teniendo en cuenta los actos jurídicos que se regulan en esas leyes o en otras (por ejemplo, el derecho al voto, objeto en bastantes

casos de atención expresa en las sentencias, porque la ley lo pide) Deberá tener en cuenta el beneficio del discapacitado.

Esto implica que será necesario un análisis de las condiciones que inciden sobre él. En qué familia o grupo social vive, qué patrimonio maneja, circunstancias externas al sujeto. Y el alcance de su deficiencia (concepto médico) o la extensión de sus capacidades intelectuales, circunstancias internas. Por ejemplo, no tendrá la misma incidencia un determinado grado de discapacidad intelectual en quien administra su pensión, que en el que administra una participación importante en una sociedad, o un conjunto de inmuebles. La sentencia no puede ser igual en ambos casos.

Aparte de estas condiciones, debe atenderse a otros efectos de la discapacidad y sus diversas formas de medida, ajenos a la incapacitación.

(Tenerife VI-2005) 12.- Ante la introducción en nuestro Ordenamiento de efectos jurídicos a situaciones de discapacidad que no llevan a la incapacitación, en la calificación de porcentajes de minusvalía es necesario determinar los que corresponden a causas físicas o psíquicas, o su proporción en el total.

Le graduación en porcentajes debe distinguir el origen de su medida. Así se podrán adecuar las consecuencias de todo tipo que se van reconociendo a las causas que originan la discapacidad.

III.B .4 SU NECESIDAD

Veamos, por orden cronológico, las que se refieren a que es necesaria la graduación. Empezamos por un recordatorio de lo que acabamos de indicar; condiciones internas y ámbito en el que se desenvuelve la persona.

(Granada, X-2003) Cuarta: Las sentencias de incapacitación deberán establecer, en cada supuesto concreto, las limitaciones al ejercicio de sus derechos, atendiendo al contexto en que se desenvuelve la vida de la persona discapacitada.

La siguiente es más general. Graduación y otros aspectos a modificar en el procedimiento.

(CÁDIZ, X-2005) 4.- Debe insistirse en la graduación de las sentencias de incapacitación. Se tiene que realizar una revisión del procedimiento de incapacidad, incluyendo el aspecto terminológico, el estudio en profundidad de la figura del tratamiento ambulatorio forzoso,...

Situaciones variables para cada persona y asimismo en el tiempo (en bastantes discapacidades intelectuales, es un problema hoy en aumento)

(Madrid, IV 2006) 3. Es importante graduar las facetas a las que afecta la declaración incapacidad en función de las facultades que la persona va progresivamente perdiendo; respetando, sin embargo, el nivel de función que permanece. Entre cuantos profesionales intervengamos en cada proceso haremos un traje a medida de cada persona atendida.

Y una referencia a la llamada ley de Dependencia (39/2006) Hay bastantes actos que en ella se contienen que se alejan del simple esquema que manejan las leyes civiles. Éstas incluyen la distinción entre actos de administración, de disposición y el internamiento, porque son los que principalmente eran tratados en esas leyes. Pero hay muchos otros, y algunos incluidos en esta norma. Recordemos que un grupo importante de personas dependientes se encontrará en un proceso de disminución de su capacidad intelectual, pero con una importante capacidad natural residual. Los actos a que nos referimos no son propiamente contratos, ni tienen la gravedad personal del internamiento, pero necesitan una aclaración sobre quién los puede hacer, si el dependiente o sus asistentes o representantes legales, según determine la sentencia. En suma, una nueva categoría a tener en cuenta a la hora de detallar, en la sentencia, qué corresponderá al incapacitado o al tutor.

(Granada, I-2007) 4.- La necesidad de graduación amplía su campo de aplicación en esta materia (dependencia): hay que graduar los sistemas de representación jurídica (tutela / curatela); los actos permitidos o para los que se necesita asistencia; la condición y clasificación de la dependencia; la atención personalizada que se precisa, y una adecuada revisión en los supuestos de modificación del estado o las circunstancias del dependiente. Todo ello, en función de las circunstancias de cada caso.

III.B .5 CARÁCTER RESTRICTIVO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Como complemento de la necesidad de graduación las sentencias, se propone la adopción de una interpretación restrictiva. Por parte de la Unión Europea, la Recomendación del Consejo de Ministros sobre la protección jurídica de los mayores incapacitados, de fecha 23 de febrero de 1999 solicitaba establecer “*en los casos apropiados, disposiciones no restrictivas de la capacidad jurídica de los interesados*”, “*disposiciones que se limiten a un acto específico y que no necesiten la designación de un representante o de un representante dotado de poderes permanentes*”. Es decir, que no hay que partir de un objetivo de privación de capacidad jurídica, con las excepciones que correspondan, sino partir de la situación en que se encuentra el incapacitando antes del procedimiento (plena capacidad jurídica) para determinar en que medida se limitan sus derechos. En la primera de las conclusiones que incluimos en este apartado se hacen algunas propuestas concretas.

(Madrid, III-2004) (MESA IV) Es conveniente graduar la incapacitación y, en caso de duda, adoptar una postura restrictiva de la limitación de la capacidad. Para ello hacen falta Juzgados y Fiscalías especializados, con adscripción de personal experto e instalaciones y medios adecuados.

Mientras no se disponga de ellos, encontramos como posibles soluciones:

- el proporcionar al Juez unas “tablas de actos” entre los que él mismo determinaría para cuáles el presunto incapaz está capacitado.

Los modelos que han de manejarse en el juzgado no han de ser tanto uno de incapacitación cuanto de determinación de los actos que se pueden realizar. Sería conveniente que se dispusieran de ellos, ante las leyes que están solicitando una resolución expresa para su contenido. Por ejemplo, para ejercer el derecho al voto y alguna ley autonómica sobre documento de voluntades anticipadas en materia de Sanidad¹⁰.

¹⁰ Ley 7/2002, de 30 de diciembre, del País Vasco, sobre Voluntades Anticipadas en el ámbito de la Sanidad.

Artículo 2. *Contenido del derecho a la expresión anticipada de voluntades en el ámbito de la sanidad.*

1. *Cualquier persona mayor de edad que no haya sido judicialmente incapacitada para ello y actúe libremente tiene derecho a manifestar sus objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones sobre su tratamiento, que el médico o el equipo sanitario que le atiendan*

- reunir en una sola persona el doble carácter de tutor y curador, es decir, que existan actos que el incapacitado pueda realizar por sí mismo; otros para los que necesite asistencia del curador,

Una solución mixta que puede ser muy adecuada para que, aún habiendo personas que deban ser incapacitadas, puedan realizar actos con la asistencia del curador, o incluso que pueda llegar a realizar libremente.

- y finalmente aquellos que deba realizar el tutor

En el mismo sentido la siguiente: la técnica moderna permite grandes dosis de graduación, utilicémoslas.

(Madrid, III-2004) (MESA V) La valoración de las habilidades personales que proponen la psiquiatría y psicología modernas permite ajustar con mayor precisión la protección al discapaz sólo en las áreas en que lo necesite, permitiendo el desarrollo libre de las restantes.

Estos conocimientos deberán ser tenidos en cuenta, de forma ineludible, en las resoluciones judiciales así como en las actuaciones notariales.

La que se transcribe a continuación es, quizás, la más clara y completa en este tema. Aborda tres posibles soluciones al proceso, consecuencia de la graduación. El mantenimiento de la capacidad jurídica; el complemento de la capacidad de obrar mediante los instrumentos que contempla nuestro ordenamiento, y (sin citarla) la incapacitación.

(Madrid, III-2004) (MESA I) En el proceso de incapacitación deben plantearse como posibles situaciones finales tanto su declaración como su rechazo. La aplicación del principio de menor ingerencia debe presidir la resolución, así como la

respetarán cuando se encuentre en una situación en la que no le sea posible expresar su voluntad. ..

En el mismo sentido la Ley 6/2005, de Castilla la Mancha.

consideración de que el proceso no puede ser otra barrera para la persona con discapacidad.

El proceso de incapacitación es conflictivo y oneroso, de modo que es procedente manejar como hipótesis de trabajo:

- En primer lugar, el archivo del expediente y su traslado a servicios sociales asistenciales, en el caso de que tan sólo se trate de dar solución a problemas de relación social.

- En segundo lugar, la utilización de las demás herramientas que permite el Ordenamiento Jurídico para complementar el ejercicio de la facultad de obrar de las personas. Entre éstas pueden mencionarse la institución de la guarda de hecho, susceptible de apoyo con medidas jurisdiccionales; la utilización de autorizaciones judiciales individualizadas; la aplicación de medidas cautelares del artículo 762 de la L.E.C., que permitan no llegar a un proceso de incapacitación, y la utilización de poderes que prevean la situación de incapacitación, física o jurídica.

Ha de procederse a un examen individualizado de cada caso, huyendo de la aplicación de criterios unificados o estándar.

La guarda de hecho y los poderes preventivos son tratados de forma más extensa en capítulos posteriores. Y no podemos dejar de destacar la huida de criterios unificados para, tras un examen individualizado, acabar en el “traje a medida” que debe ser la resolución que modifique la capacidad de obrar de una persona.

Una última conclusión, acerca del tutor provisional, designado hasta que se produzca la aceptación del nombrado, a fin de no dejar desprotegido al incapaz (en esta fase del proceso, sin capacidad de obrar y sin representante legal)

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 15. Conviene una reforma legislativa que reconozca la figura de la tutela provisional, utilizada ya en la práctica de algunos juzgados y que proporcionan la misma protección en toda España, independientemente del domicilio de la persona discapacitada.

IV CRITICA DEL PROCEDIMIENTO

Terminamos la incapacitación con un repaso a las críticas que ha merecido la regulación actual que se contiene en nuestros textos legales. Hay que tener en cuenta que se refieren, también, a las actuaciones posteriores a la sentencia (por ejemplo, autorización de enajenación, revisiones), por lo que entra en danza, aparte del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, la legislación sobre jurisdicción voluntaria.

IV.-A CON CARÁCTER GENERAL

(Madrid, II-2006) 4.- El actual procedimiento judicial es calificado de costoso, complejo.

La primera que hemos incluido recoge, de forma muy moderada, algunos de los motivos que ocasionan una opinión desfavorable de procedimiento. La siguiente pasa a solicitar una regulación especial que recoja bastantes de las observaciones que hasta ahora hemos visto y algunas más, de carácter eminentemente procesal.

(Sevilla, XII-2002) En el proceso de incapacitación se pide una graduación en atención al caso concreto de cada persona que debe ser a la medida exacta, superación de la terminología actual y del carácter contradictorio que tiene actualmente el procedimiento de incapacitación; así como una mayor claridad en la redacción de las resoluciones judiciales, que sean comprensibles por los ciudadanos. Por ello, debido a las singularidades que tiene el procedimiento de incapacitación debemos promover desde este foro una regulación especial y distinta del resto de los procedimientos. El interés de la persona sometida al proceso de revisión de su capacidad está por encima de otros.

-Medios materiales y personales adecuados con especialización de todos los intervinientes

-Equilibrio entre procedimiento sumario y garantías

-Respeto a los principios de oralidad, mediación y concentración

-Expediente judicial único

-Gratuidad del procedimiento

-La futura ley de jurisdicción voluntaria debe ser el marco adecuado para el establecimiento de un procedimiento de incapacitación más justo, flexible y ponderado.

Cabe resaltar que se cita el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Opinión que periódicamente viene siendo defendida, si bien es cierto que sin el mayoritario apoyo que se aprecia en las demás.

(Valencia, X-2006) 2.- El procedimiento de incapacitación es necesario, por la protección que proporciona a la persona con discapacidad, que ve así completada su capacidad de obrar, pero debe ser revisado en muchos de sus aspectos:

- Acudiendo a un procedimiento de jurisdicción voluntaria.
- Con una especialización más intensa de la administración de justicia y del ministerio fiscal.
- Debemos estudiar la posibilidad de desjudicialización de algunos de sus trámites, para casos no dudosos y siempre con las debidas garantías.
- Debe optarse por una incapacitación adaptada a las necesidades concretas de cada persona, las incapacitaciones deben graduarse, estudiando la supresión de las licencias de armas o de conducción de las que pudiera estar en posesión la persona con discapacidad. Facultando el derecho de sufragio activo en cada caso.
- La terminología debería adecuarse al contenido de la Ley de Igualdad de Oportunidades y Accesibilidad Universal.
- Se pone de manifiesto la necesidad de equipos multidisciplinarios que ayuden a las labores judiciales y fiscales. Ello permitiría un mejor servicio al ciudadano con discapacidad y un acortamiento de los plazos de las resoluciones.

Más recomendaciones, algunas de las cuales ya han sido tratadas. Cabe reseñar la nueva llamada a desjudicializar trámites y actuaciones del proceso (que consideraremos en su conjunto, desde que se plantea la solicitud de incapacitación hasta que se extingue la tutela), citándose también la legislación de jurisdicción voluntaria. En el fondo yace la consideración del procedimiento como muy largo, agresivo, inadecuado para ajustarse a las necesidades concretas, y, en fin, pensado para una situación jurídica del discapaz que no es la actual. Recordemos el artículo 12 de la Convención de la ONU, que hemos visto al principio de este capítulo. La privación de capacidad de obrar en todos los casos y sustitución de voluntad por la de otra persona en la mayor parte de ellos no encaja en lo que regula.

IV.B ASPECTOS MÁS ESPECÍFICOS

Veremos ahora consideraciones bastante concretas sobre algunos aspectos determinados.

La primera, el procedimiento debe ser humanizado, agilizado pues las normas generales del procedimiento judicial no son adecuadas para la materia de la discapacidad.

(Valencia, X-2004) En estas jornadas se ha constatado la unánime voluntad de los sectores implicados en la canalización de la reforma del procedimiento de incapacitación actual, hacia la consecución de dos objetivos, sin perjuicio de abrir una vía a la jurisdicción voluntaria: la humanización y la eficacia del procedimiento.

La humanización mediante la gratuidad total y el descargo de la familia de la responsabilidad de la denuncia, haciéndola recaer en los diferentes profesionales implicados.

La eficacia, mediante la unificación y simplificación de procedimientos, la especialización de jueces, fiscales, forenses, ... la concentración de pruebas y las pruebas anticipadas.

Para una adaptación del proceso a las situaciones concretas, se plantea la posibilidad de añadir habilitaciones para actuaciones concretas. No es inhabitual el supuesto de una persona de edad que necesita vender una casa que no va a utilizar, para costearse una residencia que necesita. Si ha perdido la capacidad natural, la única solución prevista es que se inicie el proceso de incapacitación jurídica, se nombre tutor, se solicite autorización para la venta... todo ello en un plazo que, comparado con la esperanza de vida y la necesidad de la venta, es desproporcionado. Habilítense autorizaciones directas para esa venta, con las cautelas que procedan, y probablemente ya no sea necesaria otra actuación o, por lo menos, ya no es urgente.

(Valladolid, X-2006) 9. Se recomienda la modificación del procedimiento de incapacitación abogando por la creación de un doble sistema de protección:

- a) judicial, con las necesarias reformas, y
- b) de habilitación judicial previa para actos concretos que potencie las capacidades del discapacitado.

La siguiente vuelve a tratar aspectos ya conocidos, de las que podemos resaltar el carácter subsidiario de la incapacitación. Si, utilizando otras herramientas jurídicas, la persona con discapacidad puede gobernarse por otros o con otros, no es preciso el procedimiento.

(Granada, I-2007) 3.- Proceso de incapacitación.

La incapacitación jurídica es una herramienta que debe aplicarse cuando son insuficientes, o no las hay, otras soluciones más adecuadas para asistir a las personas con discapacidad: representación voluntaria, establecimiento judicial de medidas cautelares, guarda de hecho, patrimonios protegidos.

El proceso de incapacitación necesita una importante remodelación, ya puesta de manifiesto en muchas jornadas anteriores. Ahora tenemos la ocasión de profundizar en el proyecto de ley de la jurisdicción voluntaria, que puede dar solución a bastantes de los problemas planteados en relación con actuaciones referentes a incapaces.

Se pone de nuevo de manifiesto la necesidad de especialización de los agentes que intervienen en el proceso de atención a la situación de dependencia / discapacidad: juzgados, fiscales, médicos forenses, trabajadores sociales... E incluso se proponen abogados de oficio especializados en discapacidad, siguiendo el ejemplo de los Colegios de Abogados de Extremadura.

Y, finalmente, puestos a tener proceso de incapacitación, que se agilice en lo posible con medidas de carácter procesal.

(Las Palmas, IV-2005) Por lo que respecta al procedimiento de incapacitación, se ha puesto de manifiesto la necesidad de que se anticipen las pruebas y audiencias preceptivas al acto de la vista, que a la persona o entidad propuesta como tutora se le dé entrada al procedimiento a fin de que conozca la situación psico-social del interesado y pueda adoptar una decisión razonable en relación con el cargo que se le ofrece.

IV.C ADAPTABILIDAD

Las dos últimas hacen referencia a la necesaria adaptación al devenir de la capacidad natural de las personas. Como ésta es mutable, así debe serlo la situación de incapacidad jurídica.

(Madrid, II-2006) 3.- Los procedimientos administrativos y civiles relacionados con la incapacidad deben responder a la realidad de la capacidad de la persona, es decir, ser dinámicos y mutables, y, sobre todo, adaptados a la verdadera necesidad del que se ve privado de ella, introduciendo las menores restricciones posibles.

Adaptación en un doble sentido: la sentencia a las condiciones de la persona, y a las modificaciones de sus circunstancias.

(Valladolid, X-2003) Por otro lado, el procedimiento de incapacitación, en la actualidad contradictorio, debe ser sustituido por otro más flexible, llevando a la práctica la previsión legal de adaptar la sentencia a la capacidad de cada persona con discapacidad, y revisando su contenido cuando se modifiquen las circunstancias.

En este sentido se pronuncia también el artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad que, entre otras cosas, establece que las decisiones que se tomen sobre estas personas para su protección asegurarán que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica... sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona” (adaptabilidad en su origen), y 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” (adaptabilidad en el tiempo) A esto se apunta la recomendación del Consejo de Ministros de la Unión Europea, que en su principio segundo establece que los mecanismos deberían “*ser suficientemente amplios y flexibles para que permitan aportar una respuesta jurídica apropiada a los diferentes grados de incapacidad y a la variedad de las situaciones*”

V LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Podemos seguir la exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria¹¹ para entender por tal “*a aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un tercero investido de autoridad sin que exista conflicto o contraposición de intereses*”. Se encuentra regulada, en la actualidad, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (que, en este capítulo, quedó vigente cuando se aprobó la del año 2000), donde se definía como “*aquellos [procedimientos] en que sea necesaria, o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinada*”. Podemos ver que la diferencia entre ambas estriba en que, en la regulación de 1881, se solicita la intervención de juez; en el proyecto, la de un tercero investido de autoridad. Lo que tienen en común, y define la jurisdicción voluntaria, es: en primer lugar, que estamos ante cuestiones en las que no hay contienda o conflicto de intereses; en el supuesto en que esta contienda se plantea, el asunto pasa a la jurisdicción contenciosa. En segundo lugar, que para que el acto obtenga la suficiente seguridad jurídica que necesita ha de intervenir una autoridad.

¿Por qué la diferencia entre la autoridad llamada a investirlo de seguridad jurídica?. Recordemos que, en la ley de 1881 (hoy vigente) es el juez; en el proyecto se citan a “un tercero investido de autoridad”; un funcionario público que el articulado pasa a denominar “operadores jurídicos”. Entre ellos también se encuentra el juez, solo que en este proceso seguirá unas normas diferentes de las que regulan la jurisdicción contenciosa. El motivo de tal cambio se cita también en la Exposición de Motivos. Se refiere a “*competencias que en el siglo XIX fueron atribuidas a los Jueces, en atención a su prestigio, a la seguridad jurídica que producía su intervención, a la desconfianza frente a otros operadores jurídicos, o a razones de mera tradición historicista, oportunidad, conveniencia o división del trabajo. Tales competencias hoy podrían desjudicializarse, al haber desaparecido las razones de política legislativa que constituían su fundamento, para atribuir las a otros profesionales del derecho en función de su especialización y cualificación jurídicas.*” Esta desjudicialización no es tan nueva; ya están bajo competencia exclusiva notarial los procesos de declaración de herederos abintestato en la línea recta (ascendientes y descendientes) y entre cónyuges.

¹¹ Proyecto de Ley 121/000109, de 27 de octubre de 2006, de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil.

No obstante, lo que nos interesa en materia de discapacidad es el contenido de los actos, no tanto cuestiones de competencia. Las jornadas Aequitas se han ocupado de este tipo de jurisdicción en relación con actuaciones relacionadas con la discapacidad, cuya inclusión en ella se solicitaba. En el año 2007, sin embargo, tuvimos unas jornadas dedicadas específicamente a esta materia, lo que ha originado el mayor número de conclusiones. Las veremos por orden cronológico, debiendo tenerse en cuenta que las correspondientes a Las Palmas, en el año 2007, se realizaron a la vista de un proyecto que, en la actualidad, parece paralizado. Las anteriores se referían a la situación actual, es decir, a la ley de 1881.

En las dos primeras se plantean dos propuestas concretas: la atribución de la competencia en proceso de incapacitación a este tipo de procedimiento, cuando no haya oposición, y en un requisito muy concreto: la necesidad de subasta en la enajenación de bienes de sus sujetos a tutela.

(Granada, X-2003) Séptima: Debe modificarse el procedimiento de incapacitación, suprimiendo su carácter contradictorio, apoyándonos en el procedimiento de jurisdicción voluntaria. Asimismo, debe promoverse la modificación legislativa necesaria para evitar los inconvenientes que la subasta pública conlleva en la enajenación de bienes de menores o personas discapacitadas. En esta línea es necesario un estudio más profundo de la posibilidad de sustituir la autorización judicial previa por una aprobación posterior.

(Huelva, III-2005) 9.- Es necesaria la agilización del actual procedimiento de incapacitación, planteándose la posibilidad de un estudio más profundo sobre un posible expediente de jurisdicción voluntaria, manteniéndose en todo caso la esfera contenciosa en el supuesto de oposición...

La cuestión principal es la referente al procedimiento de incapacitación. Lo que se defendía era que, no habiendo contienda u oposición, no tiene sentido acudir al procedimiento contradictorio actualmente vigente si, con las garantías que supone el de jurisdicción voluntaria, se puede llegar a la misma conclusión de una forma mucho más rápida, menos agresiva y costosa para el incapacitando. Pensemos en supuestos en que se solicita la incapacitación de menores, en que todos, padres, fiscal, médicos, están de acuerdo con la medida; supuestos de personas que no pueden ni siquiera entender o manifestar una declaración de voluntad, o en los casos en los que la propia persona con

discapacidad solicita su incapacitación. No se ve sentido en un procedimiento completo y contencioso, cuya crítica ha quedado suficientemente detallada con anterioridad, pudiendo acudir a un acto de autoridad, sin contención, y por el mismo funcionario judicial.

La segunda cuestión hace referencia al requisito de subasta pública. La redacción de la norma (reformada en 1989) es bastante desafortunada, pero de la comparación de su redacción con la anterior resulta que es precisa la subasta pública en los supuestos en que el juez debe autorizar la venta, salvo las realizadas por los padres¹². Este requisito produce efectos francamente perniciosos en la operación que se pretende realizar, que perjudican al incapaz cuyo bien se quiere enajenar.

Por un lado, no nos es desconocida la situación que se produce en las subastas judiciales, en las que se obtiene un precio muy inferior al de mercado. No es un secreto la actuación de “subasteros” que hacen en la práctica inviable la enajenación, si es preciso obtener el valor real de los bienes enajenados.

Por otro lado, es muy habitual que los bienes de un valor considerable, que son los que se pretenden “proteger” mediante la subasta, obedecen a un mercado bastante limitado y con unas características muy concretas. Centrándonos en el de inmuebles, su introducción en el proceso de venta se realiza normalmente a través de agentes de la propiedad, que ponen en contacto con los compradores, o bien a través de un contacto directo comprador - vendedor. Pretender sustituir esta situación por una subasta pública, en la práctica, hace que no llegue a conocimiento de estos adquirentes realmente interesados en el inmueble y que, por ello, satisfarán un precio adecuado. Llega

¹² Real Decreto de 3 febrero 1881, Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 2015.

La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de derechos de todas clases, excepto el de suscripción preferente de acciones, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos, y valores mobiliarios que no coticen en bolsa.

Exceptúanse de esta regla las ventas hechas por el padre o por la madre con patria potestad. Estos podrán realizarla sin otro requisito que el de haber obtenido previamente la autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

La excepción del párrafo primero se refiere sólo al derecho de suscripción preferente; no se sabe si los “derechos de todas clases” incluirán los valores que coticen en Bolsa, aunque deberemos deducir que no. La referencia al artículo 205 de la Ley Hipotecaria hoy se refiere al titular inscrito en el Registro de la Propiedad.

solamente a quienes están interesados en hacer negocio, que en este caso consiste en adquirir por debajo de su valor para a continuación ponerlos en el mercado habitual donde, ellos, obtendrán el precio razonable con la consiguiente ganancia que se escamotea al incapaz.

En el proyecto que se ha citado¹³ se recogía la posibilidad de, con la solicitud de enajenación, pedir la exención de la subasta, con las cautelas correspondientes (a las que se sumarán otras acerca del destino del dinero, bajo control judicial o del fiscal)

Pasamos ahora a las conclusiones que se elaboraron a la vista del anteproyecto, en primer lugar, y del proyecto definitivo, después. La primera, un simple toque de atención acerca del interés que despertaba.

(Valencia, X-2006) 7.- El actual Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria puede ser una vía adecuada de solución a muchos de los problemas que el procedimiento de incapacitación presenta y que se han puesto de manifiesto en estas Jornadas de estudio. Por ello debe ser objeto de un estudio especial.

La siguiente remitía a la intención de cambiar lo que aún es un sistema en el que el objetivo final es la incapacitación, por otro en el que se deben contemplar otras posibilidades menos traumáticas y más ajustadas a las necesidades de la persona con discapacidad. El procedimiento de jurisdicción voluntaria podría servir de herramienta para algunas de esas actuaciones.

(ALBACETE, V-2007) 12. Es imprescindible la modificación de la terminología utilizada en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código Civil, hemos de hablar de procedimiento de modificación de la capacidad, de complemento y asistencia en la capacidad y no de incapacitación, por ello es fundamental que en

¹³ Proyecto de Ley 121/000109, de 27 de octubre de 2006.

Artículo 80..

4. Podrá también incluirse en la solicitud la petición de que la autorización se extienda a la celebración de venta extrajudicial directa, sin necesidad de subasta ni intervención de persona o entidad especializada. En este caso deberá acompañarse de dictamen pericial de valoración del precio de mercado del bien o derecho de que se trate y especificarse las demás condiciones del acto de disposición que se pretenda realizar.

el proyecto de ley de jurisdicción voluntaria se acometan estas reformas.

Las siguientes conclusiones se ciñen a las jornadas de Las Palmas, específicas para este tema, y se refirieron a cuestiones bastante concretas: los operadores jurídicos, los tratamientos ambulatorios, cuestiones de competencia y sobre la capacidad suficiente.

(Las Palmas, VI-2007) 1. El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria se caracteriza por la desjudicialización de la tramitación de expedientes en los que no existe contienda, con la inclusión de operadores jurídicos ajenos a la Administración de Justicia, siguiendo recomendaciones del Consejo de Europa.

La atribución de estos expedientes a quienes ejercen funciones públicas que no tienen atribuido el ejercicio de funciones jurisdiccionales es posible en los supuestos en los que la forma esencial de su funcionamiento incluye actuaciones que pueden solucionarlos (asesoramiento jurídico, control de legalidad, audiencia de las partes, notificaciones u otras actuaciones con eficacia jurídica)

Hemos visto antes como el proyecto que comentamos abre la competencia en determinados actos otros operadores jurídicos distintos del juez. La situación actual comprende, por un lado, un colapso de los juzgados que aumenta los retrasos en la resolución de los asuntos, una cuestión particularmente preocupante en materia de discapacidad, pues no olvidemos que estamos tratando de medidas de protección. El sujeto de ella no debe quedar desprotegido más tiempo. Por otro, la existencia de profesionales que, en el ámbito de su actuación, realizan actividades cuyo contenido es adecuado a las actuaciones pretendidas.

Sólo en la medida en que la actuación habitual de estos profesionales comprende actos que se van a llevar a cabo en el procedimiento de que se trate resulta justificada la atribución de competencias. Si en la actuación ordinaria se contempla la elaboración del documento o acto jurídico, unida a su control de legalidad, audiencia a particulares y juicio sobre la capacidad del que actúa, asesoramiento sobre las medidas a adoptar, hay base para la inclusión. Si su función es examinar actos y documentos jurídicos ajenos, con base a tales documentos exclusivamente, y sujeto a revisión administrativa, no resulta adecuada la inclusión entre los operadores jurídicos.

En esta materia, cabe reseñar que las actuaciones en relación con la capacidad de las personas, por su especial importancia, quedaban en el proyecto bajo exclusiva competencia judicial¹⁴.

Los problemas de competencia se sumaban, pues no sólo algunos expedientes se pueden realizar por diferentes operadores de una sola categoría, sino de varias distintas. Por ello se dictó la siguiente que, no obstante, no afecta a las cuestiones atribuidas a un solo operador, como son las de capacidad de las personas.

(Las Palmas, VI-2007) 8. También debe incluirse en un registro centralizado la incoación de expedientes de jurisdicción voluntaria en los que sean competentes diferentes operadores jurídicos, a fin de evitar la duplicidad de actuaciones.

También se comentaron los tratamientos ambulatorios forzosos, materia que en este proyecto se incluyó entre los de jurisdicción voluntaria. Aquí tan solo la apuntamos, pues se comentará en el apartado referente a este tema.

(Las Palmas, VI-2007) 4. El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria recoge la posibilidad de tratamientos ambulatorios con carácter forzoso, siendo necesaria la dotación de medios suficientes, tanto económicos como personales. Es importante contar con el personal suficientemente preparado para ejecutarlos.

La atribución de mayores medios materiales y profesionales especializados puede evitar iniciar un proceso de internamiento involuntario.

Volvemos a problemas de competencia. En esta ocasión con cuestiones muy concretas:

(Las Palmas, VI-2007) 5. En el ejercicio de la jurisdicción, el conocimiento de los asuntos relativos a la capacidad de las

¹⁴ Artículo 13. Competencia objetiva.

1. Corresponderá a los Jueces de Primera Instancia la administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en esta Ley en materia de personas y de familia. La administración de los expedientes relativos a la extracción de órganos corresponderá al Juez encargado del Registro Civil.

personas y familia deben ser competencia de órganos especializados en la materia.

Se solicita mantener la mediación en el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, así como atribuir al Juez de Familia del lugar en que se encuentre el menor la competencia sobre los asuntos de restitución de menores en supuestos de sustracción internacional.

Órganos especializados, como hemos visto al hablar del procedimiento judicial con carácter general.

Sobre la mediación, en el Anteproyecto había un título II sobre conciliación y mediación, que en el proyecto quedó convertido en el título III sobre conciliación. Se podía pedir por las partes la suspensión del procedimiento para solicitar la mediación de un tercero. La cuestión tendría poco contenido en materia de capacidad de las personas, en que no se aprecia una contraposición de intereses entre dos partes. Y, si la hay, debe pasar al procedimiento contencioso por la indisponibilidad de la materia.

Sobre la sustracción internacional de menores (que se encuentren en España), el Anteproyecto atribuía la competencia al juez del lugar “*en cuya demarcación judicial se halle el menor o haya residido el mismo*”. El Proyecto sigue el mismo criterio, excluyendo los términos “o haya residido el mismo”¹⁵, y quedaba en exclusiva el lugar de residencia del menor.

Para finalizar, otra cuestión que ya ha aparecido, y que volveremos a ver. La capacidad debe ser examinada para cada acto. Aquí traemos la aplicación de este principio en materias de jurisdicción voluntaria, en las que las personas con diferentes grados de capacidad habrán de ser oídas. Ahora en un ámbito nuevo, la intervención en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

(Las Palmas, VI-2007) 9. En nuestra legislación, y en la jurisdicción voluntaria en particular, debe respetarse el concepto de capacidad suficiente para cada acto, introducido en la Ley 41/2003. Son abundantes los casos en que menores o personas

¹⁵ Artículo 14... 4.ª *En los expedientes relativos al retorno de los menores en los supuestos de sustracción internacional, será competente el Juzgado de Primera Instancia en cuya demarcación se halle el menor.*

con discapacidad deben hacer manifestaciones de voluntad en los asuntos que les afectan, con independencia de si están incapacitados o no.

Capítulo cuarto. Otros campos de la discapacidad.

I MENORES DE EDAD

Aparte de la incapacidad debida a la edad y sus efectos sobre la capacidad natural (no sólo la institución de la mayoría edad, sino también otras, por ejemplo, el menor maduro regulado en ámbito de la Sanidad), los menores pueden padecer otras situaciones que limiten sus posibilidades de desarrollo. Recordemos que están en un estado de debilidad (no pueden arreglarse por sí solos en la vida social) y de formación, de modo que las carencias en este último aspecto podrán tener efectos perniciosos en su futuro. Ello ha ocasionado una serie de conclusiones referentes a su situación que trataremos aquí.

I. A CONSIDERACIONES GENERALES

I.A.1 LOS FINES

Las medidas que se han ido proponiendo han compartido la finalidad que se pretende con ellas:

(Valencia, X-2006) 11.- La protección de los menores pasa por procurar su interés, que no es lo que éstos desean ni lo que desean sus padres o guardadores, sino un concepto legal, extraído de la Constitución y legislación concordante, que tiene que ver con el desarrollo de su personalidad, y el cultivo de valores como la tolerancia, la igualdad y la solidaridad, en aras a procurar al niño y al joven para asumir una vida responsable en una sociedad libre. Este debe ser el criterio dirimente a la hora de adoptar por el juez decisiones relativas a custodia, acogimiento, adopción, sanciones o atribución de la facultad de decisión en caso de conflicto.

El interés del menor como ciudadano con plenos derechos, no como una propiedad de sus padres. Las leyes básicas tienen como sujetos, acreedores de los derechos que en ellas se protegen, a todos los ciudadanos, mayores o menores de edad. Y el disfrute de los derechos no depende de que sus padres quieran o no. Si los titulares de su representación jurídica, los padres, no siguen estas vías, la autoridad, el juez, debe proteger el interés del ciudadano menor de edad. Si las normas, por ejemplo, dicen que los menores deben educarse, la decisión de los padres que consista en que no vayan a la escuela sino a algún

trabajo debe ser revocada, sustituida por la de la imposición del ejercicio del derecho del menor a la educación. Y entre estas decisiones judiciales se encuentran las de privar de representación a alguno o a todos los que la ostentan, y sustituir a estas personas.

(Valencia, X-2006) 13.- El abordaje del fenómeno tiene que ir en sentido de crear redes sólidas entre los actores sociales implicados para crear, consolidar el triple vínculo para prevenir la desvinculación social:

- Consigo mismo
- Con su familia
- Con la comunidad:
 - Políticos
 - Escuela
 - Comunidad

Los diversos ámbitos de desarrollo en sociedad de la persona en formación quedan de manifiesto. En primer lugar como individuo, derecho a una formación que le permita al término de su desarrollo llevar una vida en condiciones de ejercitar sus derechos; en segundo como integrante de una familia, pues se trata del vínculo de relaciones más estrechas con las que va a aprender a integrarse, y en tercer lugar con la comunidad. No puede ser apartado de ésta, que constituye el vínculo relaciones más amplias que la familia, pero con las que va a vivir en el futuro.

I.A.2 ¿CÓMO?

Se han propuesto unas soluciones más genéricas y otras específicas. Entre las primeras, empezamos por un tratamiento personalizado.

(Palma de Mallorca, VI-2003) La Protección del niño, tanto desde el punto de vista personal, como desde el administrativo y el penal, exige siempre soluciones personalizadas y adaptadas a cada caso, atendiendo a su interés superior.

Ni todos los niños son iguales ni su círculo vital similar. La familia, el núcleo social en el que se desarrollan, cambia de unos a otros, de modo que las soluciones concretas que se adopten deberán ceñirse a las necesidades de cada uno. Siempre con la mirada puesta en el interés que hay que proteger, el del niño, no el de quienes tienen potestad sobre él.

(Valencia, X-2006) 14.- La realidad de los menores, más allá de la reglamentación jurídica, es que no son escuchados en cuanto a aspectos importantes de un proceso evolutivo y de madurez.

Para adoptar las soluciones precisas volvemos a un concepto que ya hemos visto, la autonomía de la voluntad. Que no tengan unas facultades completamente desarrolladas no significa que no tengan voluntad. En los procesos que les afecten, deben ser oídos de acuerdo con su capacidad natural, que será variable para cada acto. La ya citada Convención de la ONU contempla también a los niños con discapacidad, a los que deberemos equiparar aquellos que se encuentran en situaciones necesitadas de una especial protección, como son todos los que ven alterado su sistema habitual de formación o vida. Para aquellos casos, exige en su artículo 4 que se les oiga, al igual que a los demás discapacitados¹. Y, si no a ellos, las organizaciones que les representen. Y en su artículo 7 lo reafirma, recordando el interés superior del niño sobre todos los demás.

Con carácter más específico, se han planteado algunas cuestiones concretas.

Protección contra conductas antisociales en general:

¹ Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Artículo 4. ... 3. En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan.

Artículo 7. Niños y niñas con discapacidad

1. Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

2. En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

3. Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

(Palma de Mallorca, VI-2003)... es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:

-Reconocimiento del esencial papel de la prevención del maltrato infantil y las conductas antisociales. El trabajo en el campo educativo, social y sanitario y las políticas compensatorias y de igualdad son pieza fundamental para la igualdad de oportunidades.

Otras referentes a los inmigrantes menores de edad. Por un lado, son “invisibles”, no aparecen en sociedad. Muchos están alejados de los grupos sociales (como puede ser la escuela) Por otro lado, pueden ser objeto de procesos relacionados con repatriaciones, lo que les sume en una situación de gran debilidad que habría que mitigar.

(Valencia, X-2006) 12.- Incluir los menores inmigrantes es sinónimo de devolverles la visibilidad y esto es acto de justicia.

(Valencia, X-2006) 15.- Desde colectivos sociales, juntamente con operadores jurídicos, se está instando la validez del “defensor judicial” y del letrado de oficio, especialmente en menores inmigrantes y sus contenciosos cuando existe un hecho de repatriación.

Y otro supuesto de especial indefensión. Ya hemos comentado la necesidad y el derecho de formarse en un ambiente social adecuado, combinado con la vida en familia; sin esta mínima socialización, su desarrollo personal se resiente. Hay un supuesto grave de difícil solución: los hijos de madres ingresadas en cárceles. La cercanía a sus madres (muchas veces única alternativa de cuidado familiar) les impone un aislamiento social inconveniente para ellos, lo que nos exige un esfuerzo para intentar combinar ambas necesidades.

(Valencia, X-2004) 10º) Atención a los niños de 0 a 3 años en la cárcel; deberá hacerse un esfuerzo para que estos niños puedan desarrollarse en forma adecuada en el periodo infantil.

I. B. EL ACOGIMIENTO

Cuando falla la convivencia en el círculo natural, la familia, una de las soluciones que se plantean es el acogimiento. Cuando un menor se halla en situación de desamparo, sin cuidados familiares, el Código Civil atribuye su protección a la Administración². Como alternativa para lograr esa socialización que requiere su formación se ha previsto su integración en otro núcleo familiar, lo que denominamos acogimiento familiar³.

La figura no está bien desarrollada en nuestras leyes, por lo que la primera petición consiste en solicitar su desenvolvimiento:

(Palma de Mallorca, VI-2003)... es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

Para todo ello se proponen las siguientes reformas legislativas:

-En el campo civil:

-La regulación más detallada de la figura del acogimiento en el Código Civil.

-El desarrollo reglamentario de la Ley del Menor.

-En el campo administrativo y fiscal:

-El establecimiento de beneficios fiscales para las familias acogedoras.

-El reconocimiento de permisos de maternidad y otros beneficios laborales para esas situaciones.

-La concentración de competencias sobre menores en las mismas instituciones. ...

² Código Civil. Artículo 172. 1. *La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda,...*

³ Código Civil. Artículo 173.

1. *El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle un formación integral.*

Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional.

... 3. *Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La propuesta de la entidad pública contendrá los mismos extremos referidos en el número anterior.*

No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial. ...

Y a continuación varias propuestas más concretas. En primer lugar, un acogimiento residencial, que no se desarrolla en el Código Civil. Aquí se trata el familiar, pero junto con éste será necesaria la regulación de su práctica en instituciones adecuadas.

(Palma de Mallorca, VI-2003) ...es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

-Especialización del acogimiento residencial, como recurso terapéutico y educativo adecuado para los casos en que esté indicado, evitando la generalización indiscriminada de su uso y su cronificación. Ello es particularmente necesario para los adolescentes con trastornos de comportamiento y de personalidad.

Como hemos visto que sucede con las resoluciones en relación con otras personas, las circunstancias van cambiando, lo que exige que se adopte un sistema adecuado de revisiones de las medidas que se hayan adoptado.

(Palma de Mallorca, VI-2003) ...es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

El interés del menor exige evitar la revisión de las medidas adoptadas cuando el tiempo transcurrido ha generado para el niño un vínculo afectivo y familiar estable.

Y, finalmente, un tratamiento más detallado del que aparece regulado en el Código, el familiar:

(Palma de Mallorca, VI-2003)... es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

-Incremento de los medios disponibles, ya que existe una opinión general sobre su insuficiencia.

-Potenciación del acogimiento familiar como recurso de protección más adecuado, creando, incluso mediante reformas legislativas, formas variadas de acogimiento capaces de adaptarse mejor a las necesidades de cada caso, evitando su confusión con la institución de la adopción, mejorando su funcionamiento a través de procesos adecuados de selección,

formación y apoyo a las familias acogedoras, y dándole un tratamiento fiscal y administrativo análogo al de la paternidad.

Por un lado, más medios en la protección de los menores desamparados en general. Por otro, más atención al carácter formativo de la convivencia en familia, tanto desde el punto de vista del acogido (selección de sus cuidadores) como desde el de los acogedores; si la vida se aproxima a la familia, que las normas jurídicas destinadas a protegerla se apliquen también a este caso.

I.C. MEDIDAS PROCESALES.

Empezamos por la solicitud de definir el status procesal del menor. No presenta las mismas características que un justiciable ordinario, luego su actuación en el proceso deberá ser objeto de una consideración especial.

(Palma de Mallorca, VI-2003) ...es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

-Creación de un estatuto procesal específico para el menor víctima que garantice su adecuada protección.

La anterior va dirigida al “menor víctima”. No por ser menor de edad se es una víctima de la sociedad o de todas las actuaciones de los demás, pero su situación de especial indefensión tiende a convertirlo a este status en relaciones jurídicas que, entre adultos, no producen este efecto.

Para todo ello se proponen las siguientes reformas legislativas:

-En el campo penal y procesal:

-La corrección de las disfunciones procesales producidas por la ley 5/2000 entre las sentencias penales y las correlativas civiles.

-La adecuación de los tipos delictivos al menor de edad.

-El tratamiento procesal del menor víctima como parte y no como testigo en el procedimiento, para garantizar su acceso a la asistencia letrada gratuita y su mejor información de todas las actuaciones.

-La revisión del tratamiento penal del menor entre los 12 y los 18 años, para reforzar su eficacia educativa.

Medidas concretas para supuestos específicos. Entre las penales, se observa que hay que potenciar el aspecto educativo de la pena y una revisión de

los tipos delictivos, atendiendo no tanto al resultado del acto cuanto a la conjunción de los elementos resultado / minoría de edad del autor.

Dentro de estas medidas procesales hay que prestar atención al tiempo. No es lo mismo un año para una persona mayor de edad, formada antes de iniciarse este plazo, que para un menor que debería avanzar en su formación durante el mismo. Por eso la consideración de los plazos ordinarios del procedimiento debe ser distinta cuando estamos ante menores.

(Palma de Mallorca, VI-2003) ...es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

- Agilización de los procedimientos, para lograr la adopción de las medidas adecuadas y su resolución en un plazo más breve. Para ello, entre otras medidas, debe darse máxima prioridad en las agendas judiciales a los procedimientos que afecten a menores.

Además, es imprescindible una previsión legal de tiempo máximo para instrucción, señalamiento y celebración de los juicios por delitos cometidos contra menores. Es igualmente necesario reducir al máximo el número de declaraciones del menor a través de la práctica de la prueba anticipada, realizada en las mejores condiciones para el menor, consensuando por todas las partes su validez, y evitando duplicidades.

A continuación aparecen dos viejos conocidos nuestros: la especialización y la coordinación de los intervinientes en el proceso. Ya comentadas en el capítulo anterior, también fueron recordadas en materia de menor edad.

(Palma de Mallorca, VI-2003) ...es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

-Especialización y exclusividad de la dedicación de las diversas instancias judiciales que atienden a estas materias, y como mínimo el inmediato reparto de los asuntos de menores y familia al mismo juez. Mejora de la formación de las diversas instancias, tanto judiciales como administrativas, que intervienen en estas materias. Todo ello debe producir la dignificación y reconocimiento de los diferentes profesionales jurídicos y

administrativos que trabajan en el campo de la protección de menores.

(Palma de Mallorca, VI-2003) ...es necesario mejorar los mecanismos disponibles para su atención [*protección a menores*], para lo cual se deben lograr varios objetivos:....

-Mejora de la coordinación de los diversos agentes que intervienen en los procedimientos de menores, unificando los criterios, buscando un lenguaje común entre las instancias administrativa y jurídica e incrementando la colaboración y la confianza mutua. Consecuentemente, se debe tender a la organización de la actuación de todos ellos como un trabajo multidisciplinar, realizado en equipo.

Veremos por último dos casos que merecieron un comentario especial en las recientes jornadas de Las Palmas. El primero hace referencia al procedimiento de privación de la patria potestad. Aplicado estrictamente, y así se está haciendo por bastantes juzgados, es preciso un proceso para ello y después otro para designar a quien ha de sustituir a los padres apartados. Ello ocasiona el correspondiente periodo durante el cual la situación de representación jurídica del menor, que como tal no puede actuar, queda muy debilitada. La propuesta simplemente propone la acumulación de las dos decisiones en el mismo procedimiento. Solución aplicable a éste y a cuantas situaciones similares puedan plantearse,

(Las Palmas, VI-2007) 2. Existen supuestos en los que se acumulan situaciones con regulación diversa, por cuyo motivo no dan una solución al problema en plazo razonable: por ejemplo, en la acumulación de privación de patria potestad con designación de tutor que la sustituya.

Deberían acumularse las resoluciones judiciales en el mismo procedimiento.

A continuación planteamos otra situación, por desgracia bastante habitual, y que ocasionó un interesante debate. El menor en desamparo, al que se le aplican las prevenciones legales y se le acoge, normalmente en una familia. Pasado el tiempo en el que se produce una esperanzadora socialización del niño, los padres biológicos reclaman su custodia, rompiendo la integración social de aquel y ofreciendo como futuro una muy probable situación de nuevo desamparo. ¿Qué hacer? Se plantearon dos propuestas: la primera, analizar el interés que debe primar. Frente al de los padres biológicos, el del menor. Y,

fijados y analizados los dos, primar el del menor. La custodia del niño no es un derecho, sino una responsabilidad. En el primer caso el titular es el padre; en el segundo el acreedor es el niño. El interés que debe ser atendido es este último.

La segunda propuesta hacía referencia a los plazos. La situación es más preocupante cuanto más tiempo ha pasado, en el que la integración en la nueva situación familiar y social es más intensa. En consecuencia, el perjuicio derivado de romperla es mayor. Han trascendido casos bastante graves de padres que, habiendo tenido procesos de rehabilitación de su situación personal (drogas, alcoholismo, inadaptación social) con el tiempo han reclamado su derecho de custodia de unos hijos a los que les supone la ruptura del núcleo familiar donde se han criado, de su escuela y de su ciudad. Es decir, de todas las referencias de que disponen. Normalmente, en aras de un renacido amor paternal que cubrirá todas sus necesidades. A veces (y hay algún caso hecho público), para dedicarlos a la mendicidad. La fijación de plazos razonables para esta reclamación es otra medida que se exige.

(Las Palmas, VI-2007) 3. Normalmente se plantea un conflicto de intereses entre el menor y sus padres en situaciones de desamparo o acogimiento en que con posterioridad se producen solicitudes de custodia o rehabilitación de sus facultades por padres biológicos. El que debe ser protegido es el interés del menor.

Debiendo primar la protección del interés del menor, parece útil establecer plazos de caducidad razonables en este tipo de reclamaciones.

Debe atenderse asimismo a la protección de la intimidad de los menores, a menudo vulnerada en estas situaciones.

El último párrafo hace referencia a la intimidad de los menores, normalmente vulnerada en la lucha mediática que suele acompañar este tipo de conflictos. Agresión a veces producida por los padres o sus familiares de acogida, a veces por los padres biológicos, en otras a iniciativa de los medios de comunicación. A una intimidad que expone al público los aspectos más sórdidos y traumatizantes de una persona que no sólo no lo ha consentido, sino que no lo ha podido consentir. No es suficiente que sus representantes legales, unos u otros, lo consideren adecuado para defender su posición.

II TRATAMIENTOS AMBULATORIOS FORZOSOS

Hay una cuestión siempre conflictiva en materia de tratamientos médicos. Se trata de las situaciones en las que es preciso el internamiento de una persona en contra de su voluntad. Por una lado resulta limitado el derecho constitucional de libertad, al imponérsele un tratamiento y una limitación a aquella. Por otro tenemos la de aplicación de limitaciones de la capacidad para proteger a determinados sujetos, lo que nos lleva a restricciones de los derechos constitucionales. Pero en toda la materia del tratamiento de la discapacidad estamos ante estas limitaciones, en ocasiones impulsadas por la propia Constitución⁴.

Le regulación actual sobre internamientos forzosos se recoge en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, por ser una limitación extraordinaria de la libertad, exige autorización judicial⁵. Ésta deberá ser previa si ello es posible. No obstante, en casos de urgencia, podrá ser posterior. Su regulación establece además la adecuación en el caso de menores; las personas que han de ser oídas; impone informes y revisiones periódicas, y dedica un último párrafo a determinar el alta médica que será comunicada al tribunal competente.

⁴ Constitución Española. Artículo 49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

⁵ Dada su extensión, transcribo parte del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible ...

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. ...

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

No obstante, hay un grupo de casos que no se contemplan. Se trata de personas (normalmente pacientes con enfermedad mental) que, sin tratamiento, se hallan en situación de ser incapacitadas y/o internadas. En cambio, con tratamiento, el trastorno psiquiátrico se controla y son capaces de gobernarse por sí mismos y de una vida independiente, por lo que procede la restitución de su capacidad jurídica y el alta en cuanto a su internamiento. Son numerosos los casos en los que, reintegrados a la vida ordinaria, se consideran sanos y no siguen el tratamiento, por lo que recaen en la situación de trastorno inicial, y el proceso vuelve a comenzar. En el camino, hay una situación de riesgo para el propio paciente y para quienes conviven con él. No será preciso recordar que, detrás de la violencia de género, el mayor número de agresiones domésticas se produce por personas en esta situación en que, abandonado el tratamiento, se tornan peligrosas para quienes conviven con ellas (habitualmente los padres, más débiles físicamente)

Para paliar esta situación, hay una propuesta tradicional que consiste en permitir la imposición de un tratamiento involuntario que, sin necesidad de un internamiento, permita aplicar la terapia que mantiene a la persona sin incapacitar.

Las primeras conclusiones en este sentido datan de marzo de 2004. La primera de ellas retomaba el tema en relación con el internamiento en residencias geriátricas. En los últimos tiempos han proliferado los casos de que personas sanas y aún capaces, pero sin medios ni posibilidades de mantenerse de forma autónoma, ingresan en residencias de este tipo, o son ingresadas por sus familiares. El riesgo de que esto se convierta en una solución cómoda para los parientes encargados (obligados por la ley⁶ a ello) aumenta en nuestros días.

⁶ Código Civil. Título VI. De los alimentos entre parientes.

Artículo 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

...

Artículo 143. Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:

1º Los cónyuges.

2º Los ascendientes y descendientes.

3º Los hermanos..

Artículo 149. El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Por ello se consideró conveniente pedir la equiparación con los internamientos forzosos.

(Madrid, III-2004) (MESA IV) Sobre internamiento en residencias geriátricas. Debe ser objeto de reflexión el tema conflictivo de la conveniencia de exigir autorización judicial previa para tal internamiento, aplicando el art. 763 LEC.

La siguiente es ya específica sobre los tratamientos ambulatorios. En marzo se solicita la inclusión de este caso con el mismo trato que el internamiento:

(Madrid, III-2004) (MESA IV) Tratamientos ambulatorios forzosos por trastornos psíquicos. Se propone añadir un quinto punto al art. 763 LEC, para que en este tipo de tratamientos, que no conllevan internamiento, sea aplicable el proceso previsto en tal norma para supuestos en que hay una oposición por parte del enfermo. Se solicita asimismo la fijación de limitación temporal y seguimiento judicial periódico.

De este modo se puede dar solución a los casos en que, sin necesidad de llegar a una incapacitación, se prevea la procedencia de un tratamiento médico-psiquiátrico motivado por estas patologías.

Los aspectos concretos propuestos eran la autorización (más bien imposición) judicial, el carácter temporal y el control judicial.

En julio del mismo año se presenta (por el grupo Convergencia i Unió) en el Congreso un proyecto de ley que recogía la propuesta anterior. Había sido impulsado por FEAFES (Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental)⁷, y en ella se incluían los tres

Esta elección no será posible en cuanto contradiga la situación de convivencia determinada para el alimentista por las normas aplicables o por resolución judicial. También podrá ser rechazada cuando concurra justa causa o perjudique el interés del alimentista menor de edad.

⁷ Proposición de Ley 122/000085, de 19 de julio de 2004.

Artículo 763.

5. Podrá también el Tribunal autorizar un tratamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico o un período de observación para diagnóstico, cuando así lo requiera la salud del enfermo, previa propuesta razonada del Facultativo, audiencia del interesado, informe del Forense y del Ministerio Fiscal. En la resolución que se dicte deberá establecerse el plan de

puntos que se han citado. Esta proposición fue inmediatamente apoyada en cuanto fue tratada en las jornadas.

(Valencia, X-2004) 6º) Luchar por el reconocimiento legal de los tratamientos forzosos ambulatorios que actualmente carecen de regulación legal.

Se apoya al Proyecto de Ley por el que se incluirá un apartado 5º al artículo 763 de la LEC en este sentido.

Después de un juicio de valor (que constituye la anterior conclusión), la figura no deja de ser analizada. Es importante la conclusión siguiente:

(Huelva, III-2005) 8.- Tratamiento ambulatorio forzoso e ingreso involuntario. Ambos son medidas terapéuticas, tomadas por criterio del médico y bajo control judicial, al afectar a derechos fundamentales de las personas.

El tratamiento ambulatorio forzoso es una medida excepcional que evita la proliferación de ingresos involuntarios, situación beneficiosa para el afectado y para la sociedad. Su aplicación permite su posible utilización como condición para interrumpir o finalizar éste.

El ingreso involuntario debe entenderse con independencia de la situación de incapacidad jurídica; aquél se motiva por un trastorno psíquico; ésta, por una situación jurídica de protección a la persona.

En primer lugar, trata conjuntamente las dos decisiones limitadoras de la libertad de las personas, las dos son medidas terapéuticas con control judicial por la afección a derechos fundamentales.

Estas cuestiones son independientes de la situación de incapacitación jurídica. Si ésta se ha producido, normalmente la cuestión se convertirá en un problema de consentimiento informado en materia de medicina, si lo acuerda el representante legal. Pero aquí tratamos de autorizaciones concretas, por el juez, e independientes de si tiene o no representante legal (que, no obstante, no se cita entre las personas que han de ser oídas)

tratamiento, sus mecanismos de control y el dispositivo sanitario responsable del mismo que deberá informar al Juez, al menos cada tres meses, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o cesar el tratamiento.

En medio, su utilidad para evitar ingresos forzosos, medida siempre más gravosa para la libertad de las personas.

La siguiente relaciona la cuestión con el respeto de la autonomía de voluntad del paciente, que en medicina se puede prestar con carácter anticipado en el documento de voluntades anticipadas o de instrucción previas.

(Tenerife VI-2005) 13.- Apoyamos la posibilidad del tratamiento ambulatorio forzoso, cuya regulación está en trámite. Se debe respetar la autonomía de voluntad del paciente, que podría plasmarse en documento de instrucciones médicas previas. En este caso, el control de la capacidad del otorgante, variable en la situación que contemplamos, exige la intervención notarial y médica en ese acto, para fijar con exactitud la capacidad en el momento de la manifestación.

En efecto, está previsto que este documento se preste ante notario (con juicio de capacidad), ante funcionario o ante testigos. En este último caso falta todo juicio de capacidad “fiable”, si lo entendemos en sentido jurídico, es decir, una persona habilitada por la ley para ello e independiente. En este caso concreto estamos ante situaciones de capacidad dudosa o variable, lo que lleva a la conclusión a exigir los máximos niveles de seguridad jurídica previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico: intervención notarial y médica. Esta medida ya se prevé en el Código Civil para el caso de testamento hecho por personas incapacitadas.

La siguiente recalca y complementa lo que hasta ahora se ha venido detallando.

(Tenerife VI-2005) 14.- Se pone de manifiesto la necesidad de dotación de medios económicos y personales para poder llevar a efecto los tratamientos ambulatorios.

Esta necesidad es especialmente serie en las Islas Canarias.

También sería necesaria la creación de comités de bioética que apoyen a estos servicios.

A partir de ese momento (junio de 2005), debemos tener en cuenta otros acontecimientos relacionados con esta materia. Desde el ámbito de la medicina se recogen algunas críticas, al poner en relación esta cuestión con decisiones puramente médicas.

Las recoge un informe del Defensor del Pueblo de fecha 11 de noviembre de 2005, en el que se comenta que basta la legislación sanitaria, concretamente la Ley de Autonomía del Paciente, para dar solución a este problema. Dispone en este informe que *“un correcto ejercicio de las acciones legales que contempla nuestro ordenamiento hacen innecesario que deba de proponerse una reforma del marco legal actual, pues las previsiones actuales permiten solicitar el auxilio judicial para aplicar un tratamiento involuntario a una persona que no sea capaz de prestar su consentimiento.”* Añade que *“No existe por ello ningún vacío legal, ni es preciso introducir ninguna previsión normativa nueva, puesto que el artículo 6 del Convenio de Oviedo y el artículo 9 de la Ley 41/2002 son suficientes para abordar los problemas que se suscitan cuando una persona con una enfermedad mental rechaza un tratamiento médico y con ello genera un riesgo inmediato grave para su integridad física y psíquica.”*⁸ No obstante, la práctica nos muestra que no es así, que las normas que regulan la actuación de los médicos no son suficientes para paliar el problema; que los profesionales de la salud se regirán en su actuación por la ley 41/2002, que regula en su artículo 9⁹ cuando pueden actuar en contra o sin la voluntad de paciente, pero no puede (ni en la práctica ni jurídicamente) cargarles con la responsabilidad de limitar derechos constitucionales. Y que los actuales cauces jurídicos no son suficientes, pues así lo demuestra la praxis jurídica y así se reclama insistentemente en foros jurídicos, como el creado en las jornadas a las que nos estamos refiriendo.

Un último indicio: cuando una cuestión se introduce en los proyectos de ley que pasan por el Congreso dos veces en dos años, es que algo no funciona. Y el que hemos venido comentando hasta ahora se diluyó, pero la cuestión

⁸ Las citas se han recogido de un informe de la Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de Salud Mental, de fecha 13 de noviembre de 2006, al que volveremos.

⁹ Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

... 2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él. ...

aparece, más desarrollada, en el proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria, que se ha tratado en el capítulo anterior¹⁰.

La última aparición en público de esta figura la constituye su inclusión en este proyecto de reforma de la legislación voluntaria, que le dedica un capítulo, el IX de su título IV, “*De la autorización judicial de los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos.*” En sus cuatro artículos regula su ámbito (que incluye el tratamiento propiamente dicho, que incluirá internamientos y otro tipo de actuaciones, y la observación para diagnóstico), la legitimación para instarlos, la solicitud y el procedimiento y por fin la resolución que lo ordene.

Por aquellas fechas vuelve a reclamarse su regulación para recordar que es más beneficiosa una medida de este tipo que el internamiento, única prevista en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil.

(Valencia, X-2006) 5.- En cuanto al tratamiento ambulatorio forzoso, debe ser objeto de estudio la capacidad de decisión que tienen las personas y sus familias que podrían verse beneficiadas con una solución que, sin privarles de libertad asegure el seguimiento de un tratamiento que ayuda a la convivencia e integración de estas personas.

Se le da una esperanzador bienvenida en Barcelona, pocos meses después de que comience la discusión en el órgano legislativo.

(Barcelona, II-2007)6.- El proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria incluye dos propuestas que se han solicitado reiteradamente, cuya aprobación definitiva esperamos:

... La posibilidad de tratamientos no voluntarios de personas con trastornos psíquicos sin necesidad de internamiento, incluyéndose el supuesto de que se necesite su observación y diagnóstico.

Y en las últimas que lo han tratado, en jornadas especialmente dedicadas a este proyecto de ley, se pasa a ver cómo de aplica la medida,

¹⁰ Recordemos: Proyecto de Ley 121/000109 Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil., de fecha 27 de octubre de 2006.

empezando a reclamar medios adecuados para ello. Como allí se dijo, no es suficiente ni correcto mandarles la policía a casa. Hace falta una organización bastante más adecuada.

(Las Palmas, VI-2007) 4. El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria recoge la posibilidad de tratamientos ambulatorios con carácter forzoso, siendo necesaria la dotación de medios suficientes, tanto económicos como personales. Es importante contar con el personal suficientemente preparado para ejecutarlos.

La atribución de mayores medios materiales y profesionales especializados puede evitar iniciar un proceso de internamiento involuntario.

Hemos comentado antes las reticencias que ha levantado en algunos ámbitos, ante el temor de que pudieran adoptarse medidas médicas desde los Juzgados. Por ello, en el primer proyecto que hemos comentado (el de FEAFES), se preveía que la decisión debía adoptarse “previa propuesta razonada del Facultativo”¹¹. En cambio, en el proyecto de ley de la jurisdicción voluntaria se amplía la legitimación activa a todos los actores en el proceso de incapacitación, a los que añade al facultativo¹². La medida ha sido criticada; en el informe de la Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de Salud Mental, a que antes hemos hecho referencia se solicita que la cuestión no salga del ámbito de la medicina.

Pero las críticas olvidan una cuestión. En nuestro Ordenamiento Jurídico, tan sólo es el ámbito judicial el que puede adoptar medidas de limitación de los derechos fundamentales en los supuestos regulados legalmente. Se incide en las negativas al tratamiento, en el ejercicio de la libertad del paciente. Pues bien, las declaraciones de incapacitación

¹¹ Propuesta de incluir un 5º párrafo al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, trascrita anteriormente.

¹² Proyecto de ley de reforma de la jurisdicción voluntaria.

Artículo 85. Legitimación.

1. Podrán promover este expediente el cónyuge del paciente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, descendientes, ascendientes o hermanos del enfermo, tutores, curadores o titulares de la patria potestad del mismo, así como el facultativo que atienda al paciente o responsable del servicio de salud mental al que el mismo esté adscrito.

2. Igualmente, podrá promover el expediente el Ministerio Fiscal, si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no lo hubieran promovido.

normalmente son contra la voluntad del afectado; los internamientos actualmente regulados en el artículo 763 también, y los tratamientos que son menos graves que las dos medidas anteriores, lo serán asimismo. Sólo el juez puede ordenarlas, no el médico. Y sólo el juez tiene la responsabilidad y la carga de ordenarlas, carga que no podemos trasladar a los profesionales de la medicina. En el proyecto de FEAFES se legitimaba en exclusiva al facultativo. Pero en de la jurisdicción voluntaria se vuelve a considerar legitimadas a todas las personas que pueden instar un procedimiento de incapacitación, a las que se añade, como hemos visto, al facultativo.

Otra situación que no tienen en cuenta quienes se oponen a la modificación es que estas medidas ya están reguladas en nuestro Ordenamiento Jurídico. La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sobre responsabilidad penal de los menores, la prevé como una medida susceptible de ser impuesta a los menores¹³. En su redacción motivada por la Ley Orgánica 8/2006, entre las situaciones que pueden dar lugar a ellas se sustituyeron las “*alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad*” por las mucho más amplias “*alteraciones en la percepción*”. Con esta norma en vigor, ante un menor con este tipo de alteraciones en la percepción, debidamente tratado (lo que previene, entre otras posibilidades, un ingreso en prisión), ¿qué se hace cuando llegue a la mayor edad? Las alternativas son: o que, sin tratamiento, sea capaz de percibir la realidad (o sea, que se haya “curado”); que por motivo de continuar las alteraciones acabe en prisión (donde, eso sí, se pedirá que reciba el tratamiento adecuado), o que sea internado. Soluciones, estas dos, bastante más graves para su libertad que la que se propugna.

¹³ Ley 5/2000.

Artículo 7. Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas.

1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

... e. Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabitación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

En la redacción anterior a 2006 las concretaba a “*alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad*”, mientras que ahora se refiere sólo a “*alteraciones en la percepción*”

III MEDIDAS PENALES / PENITENCIARIAS

III.A DE CARÁCTER PENAL.

Dentro de lo tratado en esta materia se ha hecho referencia a la situación penal de los parientes, cuando el perjudicado es una persona con discapacidad. Los parientes en particular por cuanto estas personas se encuentran normalmente en una situación de completa dependencia de ellos. Y cabe la posibilidad de que aquél de quien dependes para vivir cometa un acto penal contra ti. La primera observación que se hizo se refiere a una paradójica conclusión del Código Penal, que en su artículo 268¹⁴ establece la exención de responsabilidad penal en los delitos patrimoniales si quien los comete es pariente de la víctima, no así los extraños. Es decir, si una persona se apropia de algo de otra con la que no convive, responde penalmente. Si, en cambio, lo hace con un pariente, no. Y el hacerlo con un pariente será más fácil si éste es un discapacitado incapaz de defenderse, que con quien se relaciona normalmente es con familiares. Más facilidades para hacerlo, mayor gravedad del acto, menor represión en las leyes.

La crítica más evidente fue el objeto de las dos conclusiones siguientes:

(Madrid, III-2004) (MESA III) Es ilógica la exoneración de responsabilidad penal que se reconoce a ascendientes, descendientes y hermanos en el supuesto de apropiación indebida de bienes del incapaz, otorgada por el art. 268 del Código Penal

(ALBACETE, V-2007) 13. Se recomienda la modificación del Código Penal en el sentido de suprimir la absolutoria excusa por parentesco, en el supuesto en el que el perjudicado por el delito sea una persona con discapacidad.

¹⁴ Código Penal. Artículo 268. 1. *Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.*

2. *Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.*

También se ha tratado la responsabilidad penal de los menores, regulada en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, desarrollada por Real Decreto 1774/2004, de 30 julio, que aprueba su reglamento.

(Las Palmas, IV-2005) Dentro de estas modificaciones, destaca la regulación de la responsabilidad penal de los menores. Primero, que la ley que la regula no está aceptada socialmente. Además, existe una falta general de medios para la aplicación de dicha ley, con lo que hay pocos centros y falta personal cualificado. Son necesarios centros terapéuticos donde atender a los menores sancionados y también faltan plazas en centros ambulatorios que cubran todas las necesidades de estos menores, en su propio territorio.

La ley se plantea como finalidad robustecer el carácter educativo de las medidas sancionadoras y potenciar el interés del menor¹⁵. Entre otras cosas, determina las medidas que pueden ser impuestas: internamiento en régimen cerrado, semiabierto o abierto, internamiento terapéutico, tratamiento ambulatorio, asistencia a un centro de día, permanencia de fin de semana, libertad vigilada, etc. (artículo 7) Para las citadas medidas se observa que hacen falta centros específicos y medios para que puedan ser aplicadas, lo que fue objeto de la conclusión que hemos transcrito.

Y una cuestión ampliamente tratada antes, pero ahora referida a las especiales características de los menores, la colaboración multidisciplinar en todas las fases del procedimiento.

(Barcelona, I-2006) 5. También, se constata la necesidad de colaboración multidisciplinar para la valoración de las personas con discapacidad en el procedimiento penal: en la fase de

¹⁵ L.O. 5/2000. *Exposición de Motivos*: .. 6. Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución...

instrucción, enjuiciamiento, vigilancia penitenciaria y la futura reinserción en la sociedad.

III.B DE CARÁCTER PENITENCIARIO

Las conclusiones que vienen a continuación podemos tratarlas juntas, porque hacen referencia a la misma situación. El ambiente carcelario no es el adecuado para la reinserción social de unas personas que, por sus circunstancias personales, su discapacidad, tienen problemas en este sentido. El problema se agrava por cuanto en muchas ocasiones la discapacidad (retrasos mentales leves o enfermedades mentales) se pone de manifiesto cuando la persona ya está condenada e ingresada en prisión; no se ha apreciado (o al menos diagnosticado) antes. La consecuencia general debe ser un tratamiento específico para estas personas, por lo menos distinto del previsto para la población reclusa en general.

Por ello nos encontramos con la solicitud de una red alternativa,..

(Granada, X-2003) Sexta: Debe propiciarse el desarrollo de condiciones que proporcionen una red alternativa para que las personas discapacitadas puedan cumplir las penas privativas de libertad en medios más adecuados y en colaboración con las Entidades Tutelares.

.. afinando un poco más, centros especializados en el tratamiento de la discapacidad más que en hacer cumplir un castigo,..

(Valencia, X-2004) 11º) Por parte de Instituciones Penitenciarias, se destaca la necesidad de atender a las personas que cumplen penas privativas de libertad en centros adecuados a su situación: centros psiquiátricos, centros educativos especiales o en módulos exclusivos para menores en situación de discapacidad límite.

.. con especial referencia a alguno que ya existe..

(CÁDIZ, X-2005) 6.- Se debe difundir la existencia de centros de atención de casos de alteración de la percepción, como el existente en el centro penitenciario de Segovia.

.. y, por último, una referencia al soporte legal que puede tener en la legislación en vigor.

(Valladolid, X-2006) 5. En el ámbito penitenciario es necesario crear centros adecuados para las personas con discapacidad que desarrollen y den cumplimiento a las previsiones del reglamento penitenciario, que prevé, entre otros, centros de desintoxicación o centros educativos especiales.

III.C MEDIDAS DE SEGURIDAD

La última cuestión planteada se refiere a las “medidas de seguridad”, término que debemos poner en relación con una parte del Real Decreto 515/2005¹⁶, en el que se ocupa de ellas, superando anteriores reglamentos penitenciarios, pero ocupándose sólo de sus cuestiones administrativas, no de las de fondo.

En los momentos anteriores a la promulgación del Real Decreto (6 de mayo de 2005), las jornadas se ocuparon de cuándo proceden, fijándose en el sujeto al que se van a aplicar:

(Huelva, III-2005) 7.- Ámbito penal.- La situación de las personas con discapacidad en el ámbito penal tiene, como principal exponente, la regulación de las medidas de seguridad. De exclusiva competencia judicial, incluye aquellas situaciones de alteración psíquica sobrevenida o apreciada durante el cumplimiento de condena. La sustitución de penas de privación

¹⁶ Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Artículo 1. Objeto.

Este Real Decreto tiene por objeto la regulación de las actuaciones que debe realizar la Administración penitenciaria para hacer efectivo el cumplimiento de las penas de localización permanente y de trabajos en beneficio de la comunidad, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

A continuación les dedica su capítulo V. En él se ocupa, desde la comunicación de la resolución judicial (art. 21), a la elaboración de un plan de intervención y seguimiento (art. 22), la remisión del caso al centro o servicio específico (art. 23), regulando también su seguimiento y control (art. 24) y los informes que deben enviarse al juez (art. 25)

de libertad no es automática, sino justificada en razones de peligrosidad o seguridad, con propósito terapéutico. No obstante, presenta dificultades el procedimiento de puesta en práctica conjunta de medidas privativas de libertad con medidas de seguridad accesorias.

En el ámbito penitenciario se apuesta por centros específicos de deshabitación, educación especial y atención de problemas psíquicos.

Otro toque de atención solicitando el estudio de lo que no iba incluido en la ley, su contenido. El Real decreto de ocupa de las cuestiones procedimentales, pero no de en qué consisten las medidas.

(Las Palmas, IV-2005) En el ámbito penal y penitenciario, se han producido importantes modificaciones legislativas, que afectan a las personas con discapacidad.

Por ejemplo, existe una nueva regulación de las medidas de seguridad, técnicamente más perfecta. Se debe estudiar y profundizar en las medidas de seguridad, tanto privativas de libertad (internamiento en centro educativo especial, internamiento en centro psiquiátrico, ...) como las no privativas de libertad. Urge la creación de centros adecuados, con personal especializado, para el cumplimiento de dichas medidas, distintos de los centros de cumplimiento de las penas.

Y un recordatorio de la finalidad de las mismas: medidas terapéuticas o referidas a la peligrosidad social, con especial mención a los drogodependientes, un conjunto necesitado de especial protección pero no clasificado en las categorías al uso entre las personas con discapacidad.

(CÁDIZ, X-2005) 5- La Administración Penitenciaria tiene el reto de regular cuestiones como la deshabitación de los reclusos drogodependientes y la creación de centros especializados con personal experto, para la ejecución de las medidas de seguridad, cuya finalidad debe ser, en todo caso, de carácter terapéutico y que atiende a la peligrosidad social.

Capítulo quinto. La tutela

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

Como hemos podido apreciar, la tendencia general no es muy favorable al actual sistema basado en incapacitación (y la tutela como institución de referencia tras aquella) como única solución prevista para las personas con discapacidad. Se ha defendido que si con asistencia es posible la integración de las personas, debe evitarse la incapacitación. Esta idea no busca la supresión de la tutela, que es una institución útil para los supuestos en que el discapaz no puede llegar a actuar en la vida ordinaria, casos en que precisa que otro lo haga por él.

Veremos en primer lugar las conclusiones que se refieren a consideraciones particulares sobre la tutela, y a continuación a las cuestiones que han generado mayor trabajo: la figura del tutor y cuestiones que a él se refieren, la tutela institucional y las fundaciones tutelares.

En primer lugar, un posicionamiento general:

(Barcelona, I-2006) 11. Es conveniente redefinir el sistema previsto de tutela y curatela, atendiendo al interés del incapacitado. Es necesario mejorar las prestaciones sociales asistenciales, en cuanto al importe y al grado de minusvalía exigido, para alcanzar así una mejor protección de las personas que sufren discapacidad, cualquiera que sea el grado que ésta alcance.

Simplemente se determina el criterio que debe primar en los cambios que se pretenden: el interés del discapacitado. Los cambios generales precisos para mejorar su posición en nuestra sociedad deben de ser jurídicos y asistenciales, y entre estos últimos, tanto en lo referente a los medios materiales que se pongan a su alcance como a la determinación del grado de minusvalía exigido. En el momento de redacción de esta conclusión la Ley de Dependencia era solamente un proyecto, y se proponían criterios para tener en cuenta en la misma.

Centrándonos en la tutela, una cuestión que ya se ha tratado antes al referirnos a los tratamientos ambulatorios forzosos:

(Madrid, III-2004) (MESA III) Se deben potenciar las figuras de la curatela o la tutela referida exclusivamente al tratamiento médico de los trastornos mentales.

Frente a las peticiones de autorizaciones judiciales para este tipo de tratamientos, aún en proyecto al redactar estas líneas, se plantea el problema de determinar quién será el interlocutor a la hora de su seguimiento. Porque estamos ante personas capaces jurídicamente, sin representante legal. ¿Qué hacemos con la resolución judicial que ordena el tratamiento forzoso? ¿Se atribuye la responsabilidad del seguimiento al Ministerio Fiscal? ¿Al facultativo? El primero, una vez conseguida la resolución judicial, no es un vigilante de la vida de una persona capaz, y se trata de evitar que caiga en la situación que puede motivar su intervención. Si se encarga este seguimiento al facultativo que ha de practicar el tratamiento, se le está cargando con una responsabilidad que se aleja de lo que constituye su trabajo. Por ello aparece como conveniente asignarla a una persona cercana al paciente, de la misma forma que lo son el tutor o curador en el caso de incapacitación.

Y, por último, otras referidas al aspecto muy concreto de la necesidad de subasta judicial prevista para la enajenación de bienes de los incapacitados:

(Valladolid, X-2003) La supresión del requisito de subasta en las enajenaciones de bienes debe ampliarse a todos los supuestos de transmisión de bienes de personas con discapacidad..

Se hace referencia al art. 5.2 de la Ley 41/2003, en materia del Patrimonio Protegido que en ella se regula, y que, después de tratar la autorización judicial para las enajenaciones, dispone: *“En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881”*¹. En la práctica, cuando los tutores van a enajenar bienes de los pupilos, el requisito de la subasta (añadido al de la autorización judicial) provoca una mayor lentitud en la formalización de la operación (tengamos en

¹ El artículo correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, vigente hasta la futura aprobación de una Ley de Jurisdicción Voluntaria, es el siguiente:

Artículo 2015. La autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta, y previo avalúo si se tratare de derechos de todas clases, excepto el de suscripción preferente de acciones, bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios que no coticen en Bolsa...

cuenta que la selección del comprador, en los supuestos de inmuebles que son los que se dan con mayor frecuencia, se realiza a través de alguna agencia o de forma directa) que puede ocasionar que se perjudique la operación; los inmuebles del incapaz están en desventaja en el mercado de los que se encuentran en venta. Recordemos el fenómeno suficientemente comprobado en la práctica de que el acudir a una subasta implica obtener menor precio que el que se puede conseguir en el mercado ordinario, en consecuencia, el pretendido beneficio del incapaz se convierte en su perjuicio.

(Barcelona, II-2007)6.- El proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria incluye dos propuestas que se han solicitado reiteradamente, cuya aprobación definitiva esperamos:

La supresión del requisito de subasta judicial en la enajenación de bienes de los incapacitados...

Tras una primera supresión de la subasta, pero sólo en relación con los bienes integrantes de un Patrimonio Protegido, al redactar la conclusión estábamos ante un proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria² que lo preveía para los casos ordinarios, modificación que fue bienvenida.

Prosigamos con cuestiones que se han planteado en relación con actos de disposición de bienes de los incapacitados.

(ALBACETE, V-2007) 9. El interés de la persona con discapacidad hace que sea imprescindible que en las disposiciones de su patrimonio, el tutor justifique la utilidad de la enajenación y el reintegro patrimonial correspondiente, todo ello debidamente supervisado por el Ministerio Fiscal.

...

Además, como el juez que autoriza la enajenación puede ser distinto al que conoce del control de la tutela (Juzgado del domicilio/ juez del lugar donde radique el inmueble) es fundamental y necesaria la coordinación entre ambos juzgados que permita al juez autorizante conocer del contenido de la rendición de cuentas y del inventario de bienes.

² Proyecto de Ley 121/000109 de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil., de fecha 27 de octubre de 2006.

En primer lugar, la necesidad de justificación de la enajenación. Se unen la utilidad de ésta y el control del destino de la contraprestación, puesto que las disposiciones se realizan (y así se solicitan las autorizaciones) para una finalidad determinada. No debe pararse en el examen de la causa de tal contrato.

En segundo lugar, una cuestión de coordinación. La intervención de dos juzgados en el control de unos determinados actos (el uno lo autorizará, el otro examinará la rendición de cuentas) requiere una coordinación. Máxime si el primero cesa su intervención al permitirla, y el segundo va a controlar, a través de unas cuentas que le son presentadas, el destino que se le ha dado al precio.

II.- HASTA EL TUTOR

II.A Dentro de las consideraciones aplicables directamente a la figura del tutor incluimos una referente a una figura jurídica que en la actualidad se está desarrollando bajo el nombre de “**pretutela**”. El nombre es nuevo, pero su contenido no. Ha sido objeto de estudio en las Jornadas Aequitas celebradas en Barcelona, febrero de 2007, donde se le dedicó una ponencia, y con más amplitud en el Seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, de Santander, en julio del mismo año, sobre la defensa jurídica de las personas vulnerables, donde se le dedicaron una conferencia y una mesa redonda. La aparición de la mayor parte de los supuestos en los que se habla de ella se produce a partir de 2005.

Pese a esta novedad en su estudio, las Fundaciones Tutelares han venido ejerciendo las funciones que empezamos a denotar como pretutela desde su nacimiento, en los años ochenta. También es cierto que lo han hecho sin preocuparse de darle un nombre. La relación de pretutela se configura, casi con carácter exclusivo, con esas entidades.

Por pretutela podemos considerar (aunque no hay norma jurídica ni suficiente doctrina que nos delimite su concepto) el conjunto de relaciones que se desarrollan entre un discapacitado y su familia (o cuidadores), por una parte, y alguna persona o entidad (normalmente fundaciones tutelares, donde se ha desarrollado la figura) antes de establecerse la tutela, en virtud de la cual el pretutor realiza algunas actuaciones en relación con el pretutelado. Estas relaciones incluyen actividades no estrictamente jurídicas (conocimiento y seguimiento del discapacitado), con otras que sí lo son (actos acerca un compromiso de aceptación de una futura tutela, por ejemplo) y actuaciones de

asistencia jurídica (desde apoyo o asesoramiento acerca de un proceso de incapacitación o nombramiento de futuro tutor, hasta una estricta representación en esta fase anterior a la mencionada tutela) No obstante, otros llaman pretutela al conjunto de documentos en los que se recoge la ordenación jurídica de todas esas relaciones (nombramiento de tutor, propio o de los hijos; poderes preventivos; documento de voluntades anticipadas..) Seguiremos con el concepto más amplio.

En los casos de representación jurídica, uno de los títulos que la sustentan es el de autorizaciones judiciales (donde podemos incluir las referencias y conclusiones ya examinadas acerca de resoluciones de este tipo que eviten la incapacitación y las que estudiaremos en la guarda de hecho) En el año 2004 ya se planteó el tema:

(Madrid, III-2004) (MESA II) Es necesario impulsar la figura del tutor provisional, que ya se admite en algunos Juzgados y que supone cierta discriminación al no admitirse en otros. Hay muchas ocasiones en las que, desde un primer momento, se necesita una protección continuada, ya sea de la persona, del patrimonio o de ambos. Este tutor provisional es el que, después, presumiblemente será designado tutor. Es muy útil, especialmente para las personas mayores que viven solas y que, desde un primer momento, necesitan protección, cuanto menos, patrimonial.

Aquí se llama “tutor provisional” a quien podríamos denominar “pretutor”. Es indiferente la denominación; lo que importa es que, antes del nombramiento como tutor, realiza actuaciones de representación jurídica con apoyo en resoluciones judiciales, que en unos Juzgados ya se admitían y no en otros, con la consiguiente inseguridad. La situación de pretutela, hoy, sigue impulsándose. Un ejemplo de esta situación de amparo personal y patrimonial se planteó en el convenio a que llegó la Asociación Alzheimer Cataluña en 2005 con el Consorcio Hospitalario de Cataluña, para que las personas ingresadas en sus centros, sin incapacitar, recibieran la adecuada protección, que denominaron pretutela, hasta que se constituyera la tutela. Planteaba la elaboración de un poder preventivo, que denomina “documento de voluntades anticipadas”, y que ampliaba el ámbito de ejercicio de la pretutela a facultades de representación. Un “pretutor” o “tutor provisional” que no sería el tutor definitivo, de nombrarse, puesto que en la actividad de la Asociación no se incluye el ejercicio de esta forma de representación.

II.B También se ha hecho referencia a la **patria potestad prorrogada**. La patria potestad se extingue con la mayor edad del sometido a ella, de modo que cuando el menor cumple los dieciocho años desaparece aquella figura de representación. En los casos en que una persona, siendo menor, ha sido incapacitada, o en los que un mayor cuyos padres viven lo es, se prorroga o rehabilita (respectivamente), de modo que el régimen jurídico de representación será el mismo que para los menores, no obstante haberse producido judicialmente la incapacitación. Las normas que regulan las relaciones padres-hijos son bastante más sencillas que las de la tutela, en razón de la especial relación familiar presente en las primeras; no tenemos el mismo régimen de autorizaciones judiciales, presentación de cuentas, retribución, etc. La prórroga o rehabilitación es automática, y pasa a regularse suponiendo que la situación es la misma, lo que puede ocasionar algún problema³. De ello se ocupan dos conclusiones.

La primera hace referencia a la obligación de convivencia, que se considera natural en el caso de la menor edad, y así se recoge en la normativa sobre la patria potestad⁴. En caso de mayores de edad con discapacidades, es posible que el requisito de “tenerlos en su compañía” no sea lo más adecuado para su cuidado, y en consecuencia:

³ Artículo 171.- *La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado no se constituirá la tutela sino que se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente Título.*

La patria potestad prorrogada terminará:

1º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2º Por la adopción del hijo.

3º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad.

4º Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

⁴ Artículo 154.- *Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores.*

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral...

(Madrid, III-2004) (MESA II) A la hora de rehabilitar la patria potestad, debe estudiarse la posibilidad de dar al requisito de convivencia una interpretación extensa, incluyendo el control o atención de las necesidades del incapaz, sin necesidad de exigir la efectiva residencia en compañía de los padres (por ejemplo, si vive en centros especiales, residencias, etc.)

Se plantea también en esta materia el problema de padres no convivientes, sin una solución clara.

El segundo párrafo recalca la situación de padres no convivientes, normalmente por separación o divorcio. No está regulado si la patria potestad se rehabilita para los dos o sólo para alguno de ellos. En la actualidad, habría que intentar una aplicación analógica de las normas que, en el proceso de crisis matrimonial, regulan cómo se atribuye o ejercita la patria potestad, pero no estaría de más una remisión expresa.

También se ha planteado un segundo problema: en materia de tutela está prevista la remoción del tutor, entre otras causas, cuando sobrevengan causas de inhabilidad para serlo o si surgen problemas de convivencia graves y continuados (art. 274, cuya transcripción omitimos) Los artículos 243 y 244 contemplan unas causas de inhabilidad, y, entre otras, este último incluye a “1º *Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.* 4º *Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.*” Es decir, cuando hay conflicto de intereses o simplemente no pueden hacerse cargo de aquella. Pero, regulado esto para la tutela, no lo está para la patria potestad. La lista de causas de extinción de ésta es bastante más reducida (art. 172, ya transcrito en nota anterior), y no contempla los dos que hemos incluido. Por eso, se solicitó una solución a este problema. Tengamos en cuenta que, al igual que ocurría con las dificultades de “tenerlos en su compañía”, en el caso de discapacidades, agudizado por la mayor edad de los padres, serán bastante más probables las situaciones de imposibilidad de prestar los cuidados y la atención debidos. Se trató en Madrid, en el año 2004, añadiendo la posibilidad de que el mismo padre que sea removido pueda designar la persona más idónea para el cargo.

(Madrid, III-2004) (MESA II) Debe habilitarse la posibilidad de que el propio titular de la patria potestad prorrogada o rehabilitada solicite su remoción en los casos de inhabilitación sobrevenida, como se recoge en la legislación catalana. En estos

para la designación del tutor idóneo debe atenderse preferentemente al designado por el propio titular de la patria potestad que es removido.

III.- LA TUTELA INSTITUCIONAL

Tratamos aquí los casos en que una entidad jurídica asume la tutela. El Código Civil recoge dos supuestos. Por una lado, a falta de personas físicas hábiles para el cargo, y por lo tanto con carácter subsidiario (pues el ejercicio de la tutela por quien es capaz para ello se configura como una obligación), se asumirá por la Administración⁵. Esto supone un importante avance frente a la norma anterior, que atribuía la tutela al director del establecimiento donde estuvieren acogidos (lo que suponía la ficción de que una persona pudiera ser tutora de todos los desamparados ingresados en su establecimiento, con ninguno de los cuales mantiene relación familiar) Por otro lado, el Código introduce en la reforma de 1983 (que cambió la regulación de la tutela) la posibilidad de que personas jurídicas privadas asuman el cargo de tutor. De estas últimas nos ocuparemos de forma más extensa. Aquí recogemos algunas consideraciones sobre las primeras.

⁵ Artículo 239.- *La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172.*

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste. (subsidiariedad)

La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo.

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La presente redacción data de 1987 (Ley 21/1987, de 11 de noviembre), y el párrafo tercero se introdujo por la Ley 41/2003.

Artículo 172.- 1. La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda,..

A las entidades públicas se dedica la primera de las dos conclusiones que traemos a colación en este apartado.

(Madrid, III-2004) (MESA VI) Es preciso aclarar el procedimiento de asunción de la tutela por parte de la autoridad pública competente bien a través del desarrollo doctrinal y jurisprudencial, o bien a través del correspondiente desarrollo reglamentario.

Asimismo, estas instituciones necesitan recursos adicionales para poderse hacer cargo de las tutelas.

El Código Civil atribuye, con carácter obligatorio, a entidades públicas la asunción de la tutela de quienes carecen de otras personas que puedan asumirla. Lo malo es que se queda allí. La norma data de 1983, y al día de hoy aún estamos en trámite de constitución de muchas de éstas entidades; trámites que, en muchos casos, ni han comenzado. Uno de los principales problemas es el de la asignación presupuestaria, pues estamos en un proceso de crecimiento del número de tutelas asumidas (que no pueden rechazar por falta de recursos, a diferencia de las fundaciones tutelares) que no se corresponde con el de sus ingresos. De ahí la toma de contacto con el problema. Aparte de esto, nos encontramos con que no hay un proceso claro para que llegue a asumir la tutela. De los medios indicados, desarrollo doctrinal, reglamentario o jurisprudencial, se va aplicando éste último, a base de la práctica de los Tribunales.

La segunda trata conjuntamente a las entidades públicas y a las fundaciones tutelares (que son las entidades privadas a las que nos referíamos), para determinar los principios que deben orientar su gestión.

(Madrid, II-2006) 18.- El cambio de realidad social nos lleva a que cada vez debamos acudir a la figura de la tutela institucional, tutela que se ha de guiar por los principios de independencia, de profesionalidad, cercanía y solvencia económica.

Por ello, debe estudiarse la posibilidad de regular una nueva figura fiscal que permita a las fundaciones tutelares una financiación adecuada a través de una “cuenta-ahorro fundación tutelar”. Estas aportaciones deberían ser deducibles en el IRPF.

Por último, se ha destacado la importancia de la publicación de las ponencias de estas jornadas, no sólo a efectos de su difusión, sino porque la abundante materia expuesta de forma tan concentrada, hace necesaria una lectura detenida para extraer todo su beneficio.

Dejaremos para más adelante el comentario específico sobre las fundaciones tutelares. En cuanto al último párrafo, que se sale de nuestro tema, hasta el momento queda como un intento por parte de los coordinadores de la Fundación Aequitas, cuyo escaso resultado (por ahora) está publicado en el apartado “Banco de datos” en su página web (www.aequitas.org)

En relación con los criterios o principios a seguir, cita los siguientes:

Independencia. En materia de personas jurídicas, el tutor debe ser distinto del prestador de los servicios asistenciales que se precisan. Este principio ha sido asumido por las Asociaciones del mundo de la discapacidad, que colocan al tutor de los desamparados en la misma situación que los padres o tutores de los demás usuarios de sus servicios. La independencia les permite exigir el nivel de atención que consideren preciso, evita ser juez y parte a la hora de defender los intereses a proteger, que son los del discapacitado. En las entidades públicas se está siguiendo el mismo criterio, pues lo que prevé es la creación de personas jurídicas distintas de los servicios sociales, a diferencia de la situación anterior en que el tutor (el director del establecimiento) era el mismo que prestaba la atención.

Profesionalidad. Quienes estén en contacto directo con las personas con discapacidad han de estar suficientemente preparados para ello. Las dificultades de la atención de estas personas, multiplicadas por el número de pupilos, exige una dedicación específica.

Cercanía. En el mundo de la discapacidad, lo más conveniente es la mayor cercanía del discapaz con su ambiente ordinario, y también en la relación entre el que ejercita la tutela y el que la recibe. Esto se da cuando los representantes legales son los padres (ellos constituyen la parte principal de este ambiente), o personas vinculadas familiarmente. En su ausencia, la asunción de la tutela por una entidad, pública o privada, debe producir la menor alteración posible en su vida ordinaria. Esto implicará entidades reducidas por ser locales, lo que redundará además en una mayor cercanía del discapaz con las personas físicas que integran los órganos gestores de las personas jurídicas que ejercen la tutela.

La **solvencia económica** de las entidades tutelares es un requisito necesario para asegurar su independencia. Las de carácter público con las consiguientes asignaciones presupuestarias, periódicas; las de carácter privado se financian, en su mayor parte, mediante subvenciones de los organismos de la

Administración encargados de la atención a las personas con discapacidad (que plantean el problema de su inseguridad), mediante convenios con estas entidades (que ya permiten contar con unos presupuestos más estables), con aportaciones privadas (que habrían de ser promocionadas mediante deducciones fiscales) y, en última medida, mediante la retribución de la tutela con cargo al patrimonio del tutelado que veremos a continuación (pero que, dados los bienes de las personas desamparadas objeto de tutela por las personas jurídicas, significan una ínfima parte del presupuesto)

IV.- RESPONSABILIDAD DE LOS TUTORES

Una de las cuestiones más desconocidas en la práctica, y sin embargo bastante preocupante, es la responsabilidad en que incurre una persona que tiene voluntad de atender a otro desprotegido, por actos que le son ajenos. El tutor, según el artículo 1.903 del Código Civil responde por los actos de su pupilo⁶. Está asumido por todo el mundo que uno responde de los actos propios, pero no que pueda llegar a ello por los de la persona con la que hace un acto de buena voluntad (como podemos entender el ejercicio de la tutela) Por eso lo primero que se reclamó fue información.

(Madrid, III-2004) (MESA II) Es imprescindible una adecuada información de sus derechos, obligaciones y responsabilidades del cargo de tutor, autorizaciones judiciales, responsabilidad civil por actos del incapaz, rendiciones de cuentas, presentación de inventario...

Para ser tutor, cargo obligatorio, no se suministra ninguna información. Simplemente se nombra a una persona no versada en leyes para tal cargo, y resulta que por ello queda obligada a los actos propios reseñados en la

⁶ El principio general de responsabilidad se regula así: *Artículo 1.902.- El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

Y a continuación se extiende a personas que dependen de uno: *Artículo 1.903.- La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

.. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

.. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

conclusión, y responsable por los del tutelado. Para ello hay dos vías para intentar paliar el desconocimiento: la divulgación y la puesta en conocimiento de un catálogo claro de consecuencias de la delación de la tutela en la resolución judicial que lo hace.

La siguiente conclusión, de la misma fecha pero en mesa distinta de la anterior (en estas jornadas se desarrollaron hasta seis mesas trabajando simultáneamente varias a la vez, por lo que no había comunicación entre una y otras; simplemente se juntó a una serie de gente interesada en la materia, se los reunió por grupos y se les puso a trabajar) Avanza un poco más y se preocupa por las soluciones al problema que puede suponer esta responsabilidad, pues no debemos olvidar que hay otro interés en juego, el del perjudicado que reclama esta responsabilidad, que no debe suprimirse.

(Madrid, III-2004) (MESA III) Se recomienda la contratación de una póliza de seguro por responsabilidad civil, a cargo del patrimonio del tutelado, para cubrir los daños ocasionados por el mismo tutelado. En otro caso, la contratación de este seguro debería promocionarse vía deducción fiscal en el IRPF.

Normalmente las cuestiones de responsabilidad se solucionan en nuestra sociedad con seguros, por lo que se propuso su contratación. A la hora de financiación, disponemos de los patrimonios del incapaz y del tutor. En principio, es aquél el que cubriría el riesgo; en caso de que no sea suficiente, nos queda el segundo, y la contratación se promocionaría y financiaría mediante deducción de impuestos, equiparando su tratamiento al que puedan recibir otras aportaciones a favor de discapacitados.

(Valencia, X-2006) 10.- Es un problema cada vez mayor poder asegurar la responsabilidad civil de los tutores, pues las compañías de seguros son cada vez más reacias. ¿Se podría estudiar que el consorcio de seguros se hiciera cargo de un seguro mínimo para los tutores, de la misma forma que se hace cargo de los seguros obligatorios en el caso de los vehículos?

En relación con lo anterior, la propuesta de contratar seguro de responsabilidad civil, se ha constatado una cierta dificultad por parte de las compañías, por lo que se propone (al igual que ocurre con otros riesgos) la asunción de estos seguros mínimos por el consorcio de seguros.

Otra de las obligaciones desconocidas para las personas que son nombradas tutores es la de rendir cuentas, que se producen en dos momentos de la tutela: el primero, con carácter anual, y el segundo al extinguirse la tutela. En ambos casos, ante la autoridad judicial⁷. El problema no es sólo el llevar una contabilidad, por sencilla que pueda ser (lo que dependerá del patrimonio del tutelado), sino el desconocimiento de cómo se hace. Tengamos en cuenta que el remitir su elaboración a otros profesionales normalmente implicará un gasto inasumible por el patrimonio de que se trate.

(Madrid, III-2004) (MESA III) Se debería flexibilizar la exigencia de justificación de los gastos ordinarios del tutelado, atendiendo a sus condiciones personales y económicas.

Vemos primero cómo se lleva la contabilidad, con el problema concreto de justificar sus gastos. Piénsese en los correspondientes a alimentación y otras actividades de la vida diaria. La aplicación analógica de normas contables, desarrolladas para actuaciones más completas, de mayor complejidad, y más fácilmente separables, no sería suficiente para el tutor que tiene en su compañía al incapaz.

(Madrid, III-2004) (MESA III) Ayudaría en el ejercicio de la tutela el crear un modelo unificado de rendición de cuentas, simplificado y sencillo.

Un problema añadido es el ocasionado por la diferente apreciación en los Juzgados; un modelo utilizado en uno de ellos puede ser rechazado en otros; no hay normas que lo definan. La propuesta realizada por el ponente incluía la elaboración de un modelo que fuera aceptado en todos los Juzgados (a través de los órganos del Poder Judicial que puedan regular tal práctica) y su difusión suficiente a través de páginas web accesibles (para lo que se ofreció la propia

⁷ Artículo 269.- *El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

.. 4º *A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.*

Artículo 279.- *El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa..*

Artículo 281.- *Los gastos necesarios de la rendición de cuentas, serán a cargo del que estuvo sometido a tutela.*

de la Fundación Aequitas, pero es aplicable a las correspondientes del mundo asociativo)

(ALBACETE, V-2007) 10. Dentro del informe anual del tutor debe contenerse no sólo rendición patrimonial de cuentas sino también del cuidado personal del tutelado, informe que sería conveniente solicitarlo al trabajador social, coordinando de esta manera la información de primera mano que proporcionan estos profesionales con la necesidad de información del cuidado de la persona que necesita el Ministerio Fiscal para realizar de forma adecuada su labor de supervisión.

Otro supuesto al que se considera conveniente extender la supervisión: el cuidado personal del tutelado. Podemos estar ante unas cuentas impecables, que demuestren una correcta administración; ante un régimen de gastos perfectamente justificados, y ante un cuidado negligente al incapacitado, todo ello en el mismo supuesto de hecho. El Código Civil regula los dos primeros; la iniciativa del Fiscal puede controlar lo segundo.

V.- LA RETRIBUCIÓN DE LA TUTELA.

En atención al trabajo que supone el ejercicio de la tutela, el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que ello sea posible, para lo cual el Código establece unos límites entre el 4 y el 20% del rendimiento del patrimonio del tutelado⁸. La primera de las conclusiones que lo trataron hace referencia a la situación que se plantea cuando alguien cuida de la persona y patrimonio de otro, patrimonio que al fallecer éste va a pasar a otras personas que se han desentendido del incapaz. Así sucederá en los casos de un testamento anterior en el que se designe a unos herederos distintos del que será tutor. Testamento que, por motivo de la discapacidad, no se puede cambiar. También en aquellos en los que, llamados a la herencia con igual derecho varios parientes (por ejemplo hermanos), sólo uno de ellos se ha encargado del cuidado de aquel. No se pretende la atribución de derechos sucesorios revocando un testamento o

⁸ Artículo 274.- *El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita.*

Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes.

alterando el orden de la sucesión intestada, sino una compensación suficiente a favor del cuidador (tutor)

(Madrid, III-2004) (MESA III) Parece poco razonable que la figura del tutor no disponga de un mecanismo adecuado de retribución que valore todos sus esfuerzos, y que al final el patrimonio del incapaz pueda recaer en personas ajenas que, aún reconocidos legalmente como herederos, no han asumido responsabilidad alguna respecto de aquél.

La segunda recalca que puede no ser justo el sistema de establecer un porcentaje, y sus límites.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 16. Es necesario que se permita de forma expresa al tutor que perciba, con cargo al patrimonio del tutelado, una retribución por sus trabajos, atenciones y cuidados, superando el porcentaje del 4 al 20 % de los rendimientos líquidos, reconocido legalmente en la actualidad.

Piénsese que los padres, al designar tutor de los hijos, pueden determinar que el tutor perciba todos los rendimientos del patrimonio del incapaz⁹. También en la actual composición de patrimonios, que pueden estar compuestos por bienes que no produzcan rendimientos líquidos periódicos (fondos y contratos bancarios en los que el rendimiento se incorpora al capital, de modo que no se manifiesta hasta que no se dispone de ellos); en aras de una buena administración, tan sólo podría generar rendimientos suficientes para el mantenimiento estricto del incapaz, produciéndose una desproporción entre la retribución y el beneficio que una buena administración está produciendo para el incapaz e, indirectamente, para sus herederos. Al menos, debería permitirse que en el proceso de delación de la tutela, o con posterioridad, pudieran alterarse los rígidos límites del 4 y 20%.

VI. LAS FUNDACIONES TUTELARES

⁹ Artículo 275.- *Sólo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa.*

VI.A **Concepto.** Las fundaciones tutelares constituyen uno de las aportaciones más interesantes en relación con la tutela en el proceso de cambio que se produce con la reforma del año 1983. Hasta entonces, el cuidado y la representación de alguien con discapacidad a la que se va a incapacitar se realizaba por otra persona física. Este esquema se mantiene, en principio, en el proceso de reforma. Como desarrollo de un principio de beneficencia, el Código atribuía la tutela de los acogidos en las casas de expósitos a sus directores; en la reforma de 1983 establecía que *“Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento”* (art. 239, redacción de Ley 13/1983) Hasta aquí, no se reconoce en el sistema español la tutela ejercida por una persona jurídica. Sin embargo, en esta misma reforma, el artículo 242 establece que *“Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados.”* Una entidad pasa a ser la posible tutora de cualquier incapaz.

Al interpretar esta norma, había quienes pensaban que los destinatarios principales de esta norma eran las entidades públicas¹⁰. No obstante, el término “podrán” contemplado en ambos artículos dejaba en una situación de debilidad a quienes carecían de aquellos parientes hábiles para ejercitar la tutela. El siguiente paso lo da la Ley 21/1987, que, al menos en cuanto a los menores, atribuye directamente su tutela a una entidad pública¹¹. Para corregir la situación de los mayores desamparados tenemos que esperar hasta el año 2003, en que la tan comentada Ley 41/2003 introduce un tercer párrafo al mismo artículo que se ocupa, en general, de los incapaces¹². La “entidad pública”, que

¹⁰ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, en “Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela”, ed. Tecnos, 1986. En este mismo comentario recoge las opiniones de J.M. Gómez Oliveros y J.M. Lete del Río en el sentido de que este artículo se refiere, únicamente, por contraposición con el artículo 239, a las personas jurídicas no dependientes del Estado.

¹¹ Redacción de 1987 del artículo 239: *“La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.”*

¹² Este tercer párrafo dice: *“La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.”*

lo asume por ley, sustituye al “director del establecimiento”, que tenía carácter facultativo. Tras veinte años desde que el legislador se ocupa de la cuestión de reformar y actualizar la principal forma de atención jurídica de los discapacitados, tenemos a todos éstos regulados.

Recapitemos sobre la situación legal actual: cuando una persona con discapacidad sea incapacitada, a falta de los parientes contemplados en la ley, asumirá su tutela una entidad pública, en cumplimiento de la obligación legal que tiene el Estado (derivada de la Constitución); con independencia de ello, determinadas personas jurídicas, también las privadas, podrán ser tutores, sin carácter obligatorio¹³. Esta falta de carácter obligatorio se recoge en la regulación de la excusa para ser tutor, recogida en el art. 251 del Código que, en su segundo párrafo, establece que “*Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de los medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*”, posibilidad que no tienen los obligados por ley a ejercer el cargo¹⁴.

VI.B Papel social. Vayamos ahora al campo social, al papel que cumplen las fundaciones tutelares en materia de tutela.

¹³ En ocasiones no se ha distinguido bien el diferente carácter con que concurren unas y otras en la delación de la tutela. Lo expresa con claridad la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, 10 de noviembre de 2006: “el mandato del artículo 239.3 del Código Civil no posibilita sin más la imposición de la aceptación del cargo a una persona jurídica como la apelante, una entidad privada sin ánimo de lucro, sino que determina que esta función en tanto en cuanto no sea posible otra solución, tal y como aquí acontece, deberá ser asumida por ministerio de la Ley por la Entidad Pública que en el territorio tenga asumida la tutela de los incapaces”

¹⁴ La Jurisprudencia está interpretando de este modo la posibilidad de excusarse de la tutela, basada en el beneficio del incapaz. Así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Huelva, 12 de febrero de 2003 (..la admisión de causas de excusa, en tanto en cuanto se trata de razones que dificultan el buen desempeño del cargo, redundan en beneficio de la persona sometida a tutela..); de la Audiencia Provincial de Valladolid, 10 de noviembre de 2003, que se refiere a dificultades para desempeñar el cargo, sobrevenidas con posterioridad al ejercicio del cargo (..La Fundación recurrente -especializada en la tutela de deficientes mentales- se ve imposibilitada de seguir desempeñando con dignidad y garantía de calidad, la función tutelar que inicialmente había aceptado..); de la Audiencia Provincial de Burgos, 20 de abril de 2004 (.. la admisión de causas de excusa, en tanto en cuanto se trata de razones que dificultan el buen desempeño del cargo, redundan en beneficio de la persona sometida a tutela .. se debe partir de una cierta presunción de honestidad en cuanto a la alegación realizada por la fundación recurrente, toda vez que se trata de una persona jurídica sin finalidad lucrativa, que sólo se excusará cuando le sea realmente imposible hacerse cargo de incapacitado)

Recordemos que, en el proceso de ampliación de las dificultades por parte de la familia para asumir el cuidado de los discapacitados, una de las respuestas sociales había sido el movimiento asociativo. Proliferan las asociaciones creadas por familiares de las personas con discapacidad, junto con sus agrupaciones. Pero, a diferencia de los parientes, estas entidades no tenían capacidad legal para ser tutores. A partir de la reforma de 1983, sí. En los cuidadores (normalmente padres) de las personas con discapacidad, ante los casos de ausencia de otros parientes, y visto el aumento en el tiempo de vida de sus hijos, aparece la angustia que produce el hecho que no tengan quién les acoja en el futuro. El hecho de este aumento de la esperanza de vida fue objeto de comentario:

(Valencia, X-2006) 9.- Dada la expectativa de una esperanza de vida cada vez mayor tiene una gran importancia el papel que pueden desarrollar las "FUNDACIONES TUTELARES", que defiendan los derechos del incapaz y procuren por su calidad de vida.

La angustia que esto genera (no la alta esperanza de vida, sino la supervivencia a sus cuidadores) se expresó con claridad en las Jornadas de Tenerife, en junio de. 2005.

(Tenerife VI-2005) 15- Las fundaciones tutelares responden al interrogante que constituye la gran preocupación de los padres con hijos discapacitados: ¿Quién cuidará de nuestros hijos cuando faltemos nosotros?

Llenan el vacío existente en relación con la tutela de personas con discapacidad, cuando no existen familiares o no quieren asumir las responsabilidades de su cuidado. Constituyen, asimismo, la profesionalización de la tutela en entidades sin ánimo de lucro, que significan garantías para todos.

Se recalca aquí la preocupación básica que representa la crisis de la familia en cuanto forma de cuidado de los discapaces. Previsión de un futuro vacío que produce una preocupación actual. Ausentes posibles parientes, aparecen las entidades jurídicas, que tienen más fácil la adopción de criterios profesionales (o mejor, especializados) en orden a la su atención. Enlaza con la siguiente, que se redactó unos meses después (que ya hemos tratado en relación con la tutela institucional y que vemos ahora en relación con las fundaciones tutelares):

(Madrid, II-2006) 18.- El cambio de realidad social nos lleva a que cada vez debemos acudir a la figura de la tutela institucional, tutela que se ha de guiar por los principios de independencia, de profesionalidad, cercanía y solvencia económica.

Por ello, debe estudiarse la posibilidad de regular una nueva figura fiscal que permita a las fundaciones tutelares una financiación adecuada a través de una “cuenta-ahorro fundación tutelar”. Estas aportaciones deberían ser deducibles en el IRPF.

Detengámonos por un momento en los términos “**la profesionalización de la tutela**” contenidos en las últimas conclusiones comentadas. Estábamos en el momento en que se desarrolla el movimiento asociativo, en su aspecto de Asociaciones de familiares y discapacitados. La modificación del año 1983 le da capacidad para ser tutor. La primera cuestión que se plantea es determinar si las propias asociaciones van a asumir directamente la tutela.

En cuanto a la **independencia**, esta solicitud tiene su origen en la dualidad de actividades a realizar en los casos de discapacidad. Las tareas a prestar son dos: por un lado, las meramente asistenciales; las referentes al cuidado, vivienda, formación, inserción laboral, ocio.. Por otro lado, la representación jurídica. Si las dos se asumen por la misma entidad, no hay forma de control de la primera (a diferencia de lo que ocurre con los demás atendidos por la Asociación, representados por sus padres o tutores); desaparece la posibilidad de exigir que la asistencia se preste con las mejores condiciones posibles. Por eso se adoptó la solución de constituir entidades distintas, bajo la forma de fundaciones de representación jurídica. El caso más habitual es que la propia Asociación constituya una Fundación Tutelar (que normalmente no se limita a prestar la tutela a sus asociados, sino que acoge también a otras personas), pero en otros casos se crean por otras personas o entidades.

Sobre la **cercanía**, más adelante nos referiremos a ella. Nos queda la **solvencia económica**. Como todas las entidades, las fundaciones necesitan fondos para realizar su función, si bien son bastante más limitados dado el carácter de voluntariado de la mayor parte de quienes les dedican su actividad. Estos fondos difícilmente pueden proceder de la retribución de la tutela, prevista en el Código Civil, que no los proporciona en cuantía suficiente, pues el patrimonio de los pupilos es normalmente inexistente, y sus ingresos (en su mayor parte pensiones asistenciales) apenas llegan para su manutención. En consecuencia, la mayor parte de sus bienes provienen de subvenciones de la Administración y de convenios con ésta (más adecuados por cuanto son menos

aleatorios, se puede contar con su importe durante un plazo de tiempo más largo) Uno y otro medio procede de fondos públicos, y conviene recordar que no nos encontramos ante una situación de beneficencia pública, sino ante el cumplimiento de un deber constitucional del Estado, en cuanto al mantenimiento e integración de los discapacitados, recogido en el artículo 49 de la Constitución. De ahí que sea una obligación de la Administración el asegurar los fondos necesarios para las entidades que a ello se dedican, con mayor eficacia que su atención directa por las entidades públicas.

Veremos ahora la fase inicial del proceso, es decir, lo que ocurre hasta que se constituye la tutela. También se han planteado algunas propuestas en un doble sentido: el primer párrafo, la posibilidad de acceso a la tutela de las Fundaciones Tutelares a través de la autotutela, es decir, la designación como tutor hecha por uno mismo (cuando tenía capacidad) o por los padres. El segundo, otra referencia a la pretutela.

(Barcelona, II-2007) 5.- Las entidades tutelares, bien del sector público o del sector privado, cumplen una importante función de atención jurídica de los incapaces en ausencia de otros tutores, o por voluntad de los tutelados en ejercicio de la autotutela.

Falta una regulación de las relaciones jurídicas y de todo tipo que se producen en la fase previa a la constitución de la tutela, entre los padres del futuro pupilo y aquellas entidades, ampliando la posibilidad de establecer disposiciones sobre la tutela de los propios hijos.

Ya hemos hablado de la pretutela en páginas anteriores. Aquí se incluyó una solicitud de regulación de estas relaciones jurídicas, ausente de nuestra legislación y que aparece, de forma aún no desarrollada, en nuestra práctica jurídica. No obstante, se recuerda que el campo propio de su aplicación será en el de las fundaciones tutelares.

VI.C Reseñemos ahora algunas **características** de la actuación de las Fundaciones Tutelares.

1. Su reducido tamaño.

Aunque las fundaciones ejercen la tutela sobre varias personas, el número de éstas es reducido. Esto permite que no hagan falta grandes medios (de los que no disponen los fundadores) para su puesta en marcha; asegura una importante cercanía entre los patronos y los pupilos, cercanía que se traduce en

una atención más personalizada y, en suma, más eficaz que si se prestara sobre un gran número de personas. Los pupilos son atendidos de forma individualizada, mientras que en otras entidades públicas con un gran número de tutelados (algunas superan el millar) cada incapaz es un número entre una determinada categoría de personas.

2. La participación en la Fundación se realiza en régimen de voluntariado.

Aparte de las personas contratadas, en un número imprescindible para la prestación de funciones que no pueden atenderse sino en régimen laboral (trabajadores sociales, gerentes si el tamaño lo exige), hay dos ejes muy importantes en la actuación de las fundaciones que se prestan por voluntarios. Por una lado, los miembros del órgano de gestión de la fundación (los integrantes del Patronato), a quienes corresponde la adopción de las decisiones que corresponden al tutor en nuestra legislación.

Por otro lado, y merecen un apartado independiente, los Delegados Tutelares. Su labor consiste en el contacto directo con el pupilo, lo que permite a éste sentir que hay alguien pendiente de él; se encarga de las necesidades materiales que no pueden esperar a una reunión del Patronato (por ejemplo, comprarle ropa, acompañarle al médico, enterarse de su estado, la relación periódica con su centro de trabajo..) Estos delegados son, unas veces, personas que ya conocían al incapaz, pero que por falta de medios o posibilidades de dedicación, no pueden asumir la responsabilidad de constituirse en sus tutores. Otras veces, personas procedentes directamente del voluntariado social. A partir de aquí, corresponderá a las fundaciones su formación y la selección de las personas adecuadas para esta misión. Estos voluntarios, a diferencia de los patronos, no tienen reconocimiento social; su trabajo carece de cualquier tipo de retribución.

Lamentablemente no se dispone de tantos delegados como pupilos. No obstante, su labor mereció términos elogiosos en las Jornadas que se celebraron en Bilbao, donde recibieron un trato especial, tanto al tratar el tema de estas fundaciones como al redactar las conclusiones:

(Bilbao, II-2006) 1.- Se reconoce la labor realizada por las fundaciones tutelares en la protección, socialización y desarrollo de las personas con discapacidad. La creación, a su iniciativa, de la figura del delegado tutelar, voluntarios que cubren las necesidades personales y afectivas de los tutelados. La importancia de este fin social, cuyo cumplimiento se hace

necesario por la nueva estructura de la sociedad, hace indispensable que se les dote de medios económicos suficientes tanto por la vía de la financiación pública como por la vía de la financiación privada.

3. Ejercen la tutela con carácter subsidiario.

Ya hemos visto que el ejercicio de la tutela es obligatorio para las entidades públicas; no tanto para la Fundaciones Tutelares. No hay relación de subsidiariedad entre unas y otras. Las fundaciones la asumirán cuando entren en los supuestos previstos en su objeto (de discapacidad intelectual o enfermedad mental, son las más frecuentes, constituidas por las asociaciones respectivas) y si cuentan con medios suficientes para su ejercicio.

Pero la mención a la subsidiariedad no se refiere a esto, sino a la dualidad parientes-fundaciones. La tutela es obligatoria para una serie de parientes. Sólo en su defecto o siendo éstos inadecuados, será llamada la fundación. No se han constituido por una asociación de familiares de discapacitados para evitar a estos parientes la asunción de la tutela a la que están llamados. No se admite que, para alejar la carga de la tutela, se asigne ésta a una fundación.

(Sevilla, XII-2002) Se valora positivamente la labor que están realizando las fundaciones tutelares:

1. Su actuación debe ser desarrollada solamente de forma subsidiaria, cuando falte persona física que pueda asumir su ejercicio de forma adecuada
2. Las fundaciones tutelares deben ser más conocidas por los profesionales del derecho que intervienen en el procedimiento de incapacitación, por todos los agentes sociales implicados en los procesos de incapacitación
3. Las fundaciones tutelares deben participar en las futuras modificaciones legislativas que afecten a los procedimientos judiciales y debe atenderse a su conocimiento práctico.

Los puntos 2 y 3 de la anterior conclusión llaman la atención acerca del gran desconocimiento que hay sobre ellas en los profesionales jurídicos (por lo que es un tema reiteradamente incluido en las Jornadas Aequitas) y la conveniencia de contar con ellas al regular cuestiones de discapacidad. Una entidad que agrupa más de mil tutelados (como puede ser la Asociación Española de Entidades Tutelares) tiene algo que decir cuando se trata de elaborar normas sobre esta materia.

(Madrid, III-2004) (MESA III) Se manifiesta la posibilidad de que, en defecto de persona física adecuada para ejercer la tutela, sean fundaciones tutelares privadas sin ánimo de lucro las que ejerzan dicha función como alternativa a los correspondientes organismos de las Comunidades Autónomas.

Nueva llamada de atención sobre el carácter subsidiario de su función (1) y sobre el hecho de que constituyen una interesante alternativa para el cumplimiento, por parte de la Administración, del deber de cuidado e integración de los discapacitados (2) Es bastante común que, por la Administración o los Tribunales, se ofrezca la tutela a las fundaciones tutelares, solución que permite que, en bastantes lugares, aún no se haya constituido una entidad tutelar pública.

Una última conclusión en este sentido.

(ALBACETE, V-2007) 7. La idoneidad de la persona del tutor es fundamental para el adecuado cuidado de la persona sujeta a tutela.

Por ello, las fundaciones tutelares, con su estabilidad, son un instrumento idóneo de protección, que no sustituye a la familia, pero que la complementa con eficacia.

Nos recuerda que el tutor (inicialmente un pariente) debe ser una persona idónea. Al configurarlo la ley como una obligación, y consiguientemente detallar las causas de excusa, olvida que podemos tener personas interesadas en serlo (especialmente si hay un patrimonio de por medio) que, sin embargo, no sean adecuadas para su ejercicio. En este caso conviene recordar el carácter subsidiario de las fundaciones tutelares.

4. Haremos referencia a otra cuestión vigente en esta materia: la coordinación.

(Sevilla, XII-2002) Debe articularse una actividad de colaboración entre todas las fundaciones del sector de la discapacidad

El reducido tamaño que antes veíamos produce una proliferación de fundaciones, normalmente especializadas por las situaciones que dan lugar a la discapacidad, en un mismo ámbito territorial. En el movimiento asociativo ha

sido muy importante la agrupación de las diversas entidades, lo que es trasladable también a las fundaciones. Esta colaboración se está plasmando en dos planos: por un lado, uniendo a las que tratan una misma situación de partida. Por ejemplo, dentro del CERMI, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, se integra F.E.A.P.S., Confederación Española de Organizaciones a favor de las personas con discapacidad intelectual. Dentro de esta confederación está la Asociación Española de Entidades Tutelares de personas con discapacidad intelectual, formada por 22 fundaciones de todo el ámbito nacional.

Por otro lado, uniendo a las que actúan dentro de un mismo ámbito territorial. Para una mayor efectividad en el cumplimiento de un fin común, es precisa colaboración en las relaciones con otras entidades, en la satisfacción de necesidades comunes. No hay competencia en la actividad que se desarrolla, y puede obtenerse una mayor eficacia en ella mediante la unión de los esfuerzos en la relación con otras entidades.

(Barcelona, I-2006)2. Debe intensificarse la coordinación entre los órganos administrativos y políticos con competencia en materia de discapacidad con las fundaciones tutelares. Un modelo a seguir puede ser la Comisión de tutela existente en Cataluña, que está desarrollando la coordinación en esta Comunidad.

La coordinación entre fundaciones no es la única precisa en esta materia. También entre éstas y la Administración. No olvidemos que estas fundaciones no son un capricho de una agrupación de personas; son la forma más eficaz de atender a la representación jurídica de personas que carecen de parientes. Este objeto está relacionado con las entidades públicas con competencia en la atención de la discapacidad, con las que relacionarán para la asistencia directa (a través de servicios sociales) o indirectas (a través de financiación) Este servicio común será tanto más efectivo cuanto más intensa sea la colaboración.

5. Por último, una consideración acerca de la intervención de las fundaciones en materia de dependencia:

(Valencia, X-2006) 6.- Las Fundaciones Tutelares están realizando una función encomiable, pero su situación debe estudiarse a la luz del actual Proyecto de Ley de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia.

En octubre de 2006, fecha de la presente conclusión, la Ley de Dependencia era un proyecto bastante avanzado, pero sin llegar a ser texto normativo. Del texto visto, quizás fuera más exacto que la regulación concreta de la dependencia debiera estudiarse teniendo en cuenta a las fundaciones tutelares. En primer lugar, como un referente a la hora de regular canales generales para la atención, dentro de una comunidad concreta, para cuya determinación aquellos que ejercen la tutela sobre un conjunto de personas han de ser tenidos en cuenta. En segundo lugar, como unos representantes más de los que se citan a lo largo del texto de la Ley, tema al que nos referiremos al hablar de la autonomía de la voluntad y la representación en general, en relación con esta Ley. Su artículo 29.1, al tratar del establecimiento del programa individual de atención, las cita como posibles interlocutores de la Administración (“.. *participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.*”) Esta cuestión se detallará mas adelante.

Capítulo sexto. Previsión de la propia representación

Entramos en el esquema legislativo propio de la discapacidad. Recordemos que sus principios se establecen en la Constitución Española, y se articula en tres pilares fundamentales:

1) Relevancia de la voluntad a la hora de organizar los aspectos jurídicos de la asistencia de la persona con discapacidad y desarrollo de herramientas en derecho patrimonial. Se incluyen en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

2) Intento de que la discapacidad afecte lo menos posible a la persona que la tiene a la hora de su integración en la vida social, de lo que se ocupa la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, llamada de Accesibilidad.

3) Y atribución a la Administración de la carga de mantenimiento e integración de las personas que lo necesitan, de lo que se ocupa la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, llamada de Dependencia.

De estas dos nos ocuparemos más adelante, dentro de esta parte general. Ahora pasamos a tratar lo que ha dado de sí la autorregulación de la tutela (autotutela), por un lado, y de la propia representación para el caso de discapacidad (poderes preventivos) por otro.

I. AUTOTUTELA

La tutela se atribuye a una serie de personas, en ejecución de las obligaciones que crea nuestro Ordenamiento Jurídico. En él se reconoce el vínculo familiar como el primero en que se desarrolla la vida de las personas, y por lo tanto, lo regula en un doble sentido. Por un lado, protege las relaciones familiares como base de organización de la sociedad. Por otro, impone determinadas obligaciones a unos miembros de la familia en beneficio de otros. Dentro de estas obligaciones se regulan el derecho a (o la obligación de prestar) alimentos, en los artículos 142 y siguientes del Código Civil¹. También las

¹ Artículo 143.- *Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente:*

1º Los cónyuges.

2º Los ascendientes y descendientes.

referentes a los derechos / deberes de la patria potestad. Y por último las que se refieren a la tutela: siendo necesario designar tutor a un incapacitado, se llama, en principio, a los parientes.

Entre éstos, el orden previsto es el de cónyuge / padres / descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. En su defecto, la obligación pasa a la Administración, como obligada a la atención y cuidado de sus miembros. En un primer estadio, a una personas relacionada con ella que sea la más cercana al incapacitado, el Director del establecimiento de las personas acogidas, y, desde 1987, a una entidad pública (a la que nos hemos referido dentro de la “tutela institucional” al hablar del tutor)

Hasta el año 2003, dentro de este orden familiar, se introduce un principio de autonomía de la voluntad, pero sólo como sustitutivo de la posición de los padres. Se incluye a las personas designadas por éstos en testamento. El lugar donde se introduce, después de los padres, y el requisito del testamento (u otro documento público notarial), nos indica que se está pensando sólo en el supuesto de ausencia de los progenitores. Lo que pueden disponer los padres se amplía más allá de la simple designación de tutor en el artículo 223.

El último paso lo constituye la ley 41/2003. En esta materia, su novedad principal consiste en permitir al futuro discapacitado, en previsión de su propia incapacitación, *“en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”*, reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad a la hora de regular este tema. Ello lleva consigo la introducción como primer tutor llamado, con carácter preferente a cualquier otro, al designado por el propio interesado. Igualmente se introducen dos novedades menores, referentes a la obligación del Notario de comunicar al Registro Civil tales nombramientos y la del Juez de consultarlo en los procesos de incapacitación².

Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación.

Artículo 142.- Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica..

² Ahora si que podemos incorporar las normas afectadas. En cada párrafo se cita el año de su redacción:

Centrada la materia, veamos qué se ha planteado en las Jornadas de la Fundación Aequitas.

I.A. SOBRE EL ACTO DE DESIGNACIÓN

(Madrid, III-2004) (MESA II) Se plantea el problema del juicio de capacidad en el otorgamiento de escritura de autotutela, y la duda de si puede otorgarse desde los 14 años, edad suficiente para el otorgamiento de testamento. Todo dependerá de la “capacidad natural”, consciencia o no del acto. La existencia de limitaciones de capacidad no impide su otorgamiento, siempre que se disponga de aquella.

El único documento que se aprecia como adecuado es la escritura pública.

Artículo 223. Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados. (1983)

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.(2003)

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.(2003)

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo. (2003)

Artículo 234. Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.

2º Al cónyuge que conviva con el tutelado.

3º A los padres.

4º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad.

5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. (2003)

Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. (1983)

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor(1996)

Tenemos, en primer lugar, un interesante problema acerca de la capacidad para estos actos, que recordemos que se pueden realizar en testamento (respecto de los tutores de los hijos) o en escritura pública (respecto de los anteriores y el acto de autotutela propiamente dicho)

Veamos las normas que intervienen en la controversia. En primer lugar, el principio general de la mayor edad: el artículo 322 del Código Civil establece que *“El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.”* En la práctica, esto no es del todo cierto, y el propio Código Civil lo reconoce cuando determina que, siendo una persona capaz, sus actos no tendrán efecto cuando concurren lo que se denomina *“vicios del consentimiento”*³ (obsérvese que estamos ante personas legalmente capaces, es decir, mayores de 18 años)

En segundo lugar, la capacidad especial para hacer testamento, en los 14 años⁴. Luego un joven entre catorce y dieciocho años puede, en su propio testamento, designar tutor de sus hijos (piénsese que la delación del cargo podrá tener lugar pasado un plazo largo de años); el testamento no decae por llegar su autor a los 18 años.

En tercer lugar, el juicio de capacidad notarial. En los actos más importantes por su repercusión económica (sobre inmuebles o sociedades, por ejemplo) o personal (actos relativos al estado civil) se exige la intervención notarial, que aparte de asesoramiento acerca de soluciones jurídicas aplicables al caso que se plantee, y control de que lo hecho se ajusta a la legalidad, lleva consigo un juicio sobre la capacidad y voluntad del que suscribe el documento, capacidad que va referida al caso concreto. No obstante, este juicio favorable hecho por el Notario no puede convertir en capaces a quienes, por Ley, no lo son.

En relación con esta materia debe tenerse en cuenta el concepto de *“capacidad suficiente”*, que se tratará en otro punto de este libro. Dejémoslo ahora para centrarnos en menores de edad, pero con capacidad suficiente a juicio del Notario autorizante para estos actos de autotutela. ¿Bastará con que tenga 14 años o deberá esperar a los 18?

³ Artículo 1.295. *Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.*

⁴ Artículo 663. *Están incapacitados para testar:*
1º Los menores de catorce años..

Cambiamos el enfoque. Hasta aquí hemos partido de las leyes para acabar en su aplicación a la vida social. Partamos ahora de la vida social para aplicar las normas. En este caso, supongamos un menor de dieciocho años que, a juicio del Notario, entiende, conoce y sabe lo que quiere, designar quién será su tutor en el futuro. Si seguimos la interpretación más restrictiva, entendiendo que ha de tener más de dieciocho años, ¿cómo se le puede hacer entender que puede designar tutor para su hijo, haciendo un testamento, pero no para sí mismo? ¿acudiendo a la abstracción de que el sistema jurídico, del que el Notario que le está informando forma parte, considera que puede designar a un hermano para que se haga cargo de su hijo, pero no de sí mismo, cargo para el que sería designado otro hermano que quiere excluir? La lógica, la “*realidad social del tiempo en que ha de aplicada*”[una norma]⁵, imponen una interpretación más amplia. De modo que, con la capacidad natural correctamente formada, debería admitirse tal nombramiento. El necesario control de esta capacidad natural exige el documento en el que se aprecie por el funcionario su existencia, referida a las consecuencias jurídicas, a las otras posibilidades existentes, y la existencia de voluntad (comprendo esto, conozco sus alternativas, y lo quiero) Es decir, la escritura pública. Entendamos que el artículo 322 atribuye la capacidad de obrar general para todos los actos de la vida civil que no tienen regulada otra especial (como otorgar testamento o aceptar donaciones) e incluyamos entre estos últimos a la autotutela.

(Madrid, III-2004) (MESA II) Hay que impulsar la difusión de la figura de la autotutela y el proceso para que sea útil al que la utiliza.

La única a alegar ante la autoridad judicial, de forma directa, es la recogida en escritura pública notarial. La que se crea en documento ante testigos, permitida en alguna legislación autonómica, precisa la posterior adveración judicial, terminando con su protocolización notarial, lo que la hace menos segura y más complicada para su eficacia..

En sentido similar a la anterior, pero ahora referido a todo tipo de autotutela, no sólo a la que se plantea con menores. En el supuesto de que se

⁵ Artículo 3. 1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas..

otorgue ante Notario, ya hemos visto la estructura de la actuación de éste en el documento: asesoramiento (en este caso, comprenderá normalmente el consejo de hacer este acto), adecuación a las leyes y juicio de capacidad notarial.

En los demás supuestos la apreciación de la capacidad suficiente se deja en manos de los testigos y el posterior control judicial. El primero se presta por personas ajenas por completo a cualquier examen de su adecuación por la Administración (que es quién va a proteger los efectos del acto; en los casos de ejecución de actos de funcionarios públicos, previamente ha controlado su idoneidad, en los casos de ejecutar lo que juzgan los testigos, no) Por este motivo, exige su examen judicial posterior, y el acto de este funcionario público (como decimos, examinado y encontrado idóneo por el Estado) es el que recibirá la protección de la Administración. La posterior adveración notarial no supone un control de lo que hizo el Juez, sino una inclusión en el sistema de ubicación de los documentos que han pasado a ser públicos, el protocolo notarial. Así pues, el Estado va movilizarse para hacer cumplir los efectos del documento controlado por un funcionario público, que en este caso, a diferencia del documento notarial, no lo ha hecho de forma simultánea a su otorgamiento, requisito que es esencial en materia de contratación. No basta que una persona sea capaz, es preciso que lo sea (y sin vicios de voluntad, por ejemplo, sin estar sedado o intoxicado) en el momento de hacer el documento. Tampoco se asegura ningún conocimiento de las consecuencias, posibilidades y efectos jurídicos del acto que se otorgue; no se sabe si el otorgante conoce, jurídicamente, qué está haciendo (no se exige ningún requisito de preparación jurídica de los testigos)

Por todo ello se ha defendido que el acto propio para estos documentos afectantes al estado civil de las personas (como, salvo excepciones, hace todo nuestro Ordenamiento Jurídico) es el documento público notarial. Se mantiene, no obstante, por algunas administraciones una pretendida intención de abaratar costes. Ignoran que el coste total de la operación (documento ante testigos [sin coste, salvo redacción por abogado] + adveración judicial + protocolización notarial) multiplica (no sólo supera) el coste de un documento notarial de este tipo (que, por otro lado, ha sido fijado por el Estado) Puede ser adecuado para casos de urgencia (como los testamentos ante testigos que, en situaciones excepcionales - como en peligro de muerte - recoge nuestro Código Civil), pero no es exportable a los supuestos ordinarios.

I.B UTILIZACIÓN DE LA AUTOTUTELA

Descendiendo a la práctica, se ha pensado también en algunas cuestiones destinadas a favorecer la eficacia del documento. Puede decirse que el documento de autotutela permite más posibilidades que un simple “designo a X como mi tutor para el caso de incapacitación”, posibilidades que la harán más útil.

En primer lugar, la designación de varias personas, bien con carácter sucesivo, bien simultáneo (con distribución de funciones en este caso)

(Madrid, III-2004) (MESA II).. Se recomienda la designación de varios tutores, de forma sucesiva, para asegurar su aplicación llegado el momento en que sea necesario.

La figura de la autotutela permite, no solamente la designación de tutor, sino también el establecimiento de otras figuras o controles que se aprecien como convenientes en el futuro: administrador patrimonial, defensor judicial, curador, etc.

La designación sucesiva es materia habitual en los testamentos notariales (lo normal es utilizar designaciones del tipo “instituyo heredero a mi hijo, sustituido por sus descendientes”, lo excepcional es lo contrario) Sería conveniente aplicarlo también al nombramiento de tutor.

En el segundo párrafo tenemos también el nombramiento de varias personas, pero con funciones distintas, que actuarán simultáneamente. El Código Civil permite una gran libertad a la hora de organizar la propia tutela (o la de los hijos), no sólo a la hora de designar las personas, sino también a la de regular sus funciones. El artículo 223, a la hora de detallar qué puede hacerse bajo el nombre de autotutela, permite “*adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.*” Y el mismo artículo, al regular qué se puede hacer con la futura tutela de los hijos, se manifiesta en similares términos. A unas personas se las considerará adecuadas para unos asuntos (económicos, por ejemplo) y a otras para otros (para las circunstancias de la asistencia personal)

Demos ahora un paso más.

(Tenerife VI-2005) 8.- A fin de organizar la representación jurídica, desde el presente hasta una posible incapacitación, es conveniente combinar la regulación de la autotutela con el otorgamiento de poderes preventivos.

En la anterior se recomendaba utilizar las posibilidades que la autotutela permite. En ésta se considera conveniente desarrollarla conjuntamente con las demás facultades que nos otorga el Código Civil, en concreto, los poderes preventivos que se verán con un cierto detenimiento a continuación. Fijémonos en que para que se apliquen las disposiciones de la autotutela será preciso un proceso judicial de incapacitación; hasta entonces, no dejan de ser una previsión de futuro. Veremos que los poderes preventivos están previstos para ser aplicados antes de la incapacitación judicial. Por ello, se recomienda su utilización conjunta, a fin de prever todas las posibilidades de asistencia jurídica para el futuro (futuro que puede empezar mañana)

(Tenerife VI-2005) 9.- La posibilidad de designar varios tutores para uno mismo, a través de la autotutela (solución permitida al designar los de los hijos), debería aclararse en el desarrollo reglamentario de esta ley, permitiéndose así que prevalezca la autonomía de la voluntad propia, que el juez, por resolución motivada, podría modificar, siempre, en atención al beneficio de la persona con discapacidad.

En esta conclusión se recoge un temor ante una cuestión interpretativa. El ya citado artículo 223, al tratar de la futura tutela de los hijos, permite *“nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos”*. En el párrafo siguiente, al tratar de la tutela propia, termina indicando *“incluida la designación de tutor.”* En mi opinión, la conclusión muestra excesiva e innecesaria cautela. Finaliza recalcando dos principios que podemos considerar como generales en esta materia: respeto a la autonomía de voluntad, y la posibilidad judicial de modificar lo dispuesto, siempre en beneficio de la persona con discapacidad.

Y finalmente la labor de divulgación que es preciso realizar, en todos los ámbitos, para promover la utilización de los medios que permiten, legalmente, el respeto a la autonomía de la voluntad.

(Barcelona, I-2006) 7. Es importante el trabajo en la difusión, promoción y divulgación e informar sobre los medios de protección y prevención de la propia discapacidad, como Poderes Preventivos, la Autotutela, instrucciones médicas anticipadas ...

II. PODERES PREVENTIVOS

II.A. Hasta el año 2003

En esta materia debemos comenzar por el examen de la normativa vigente hasta el año 2003 en el ámbito de la representación voluntaria, la que se ejercita mediante poderes. Ésta constituye la forma más eficaz de actuación en nombre de otro, es decir, su representación. Asegura los efectos del acto jurídico frente al representado y frente al que contrata con él, y libera de responsabilidad (en principio) al representante. Su regulación la contiene el Código Civil insertada en un título dedicado al contrato de mandato⁶. De esta regulación nos interesa la norma que contempla su extinción. El artículo 1.732 determina las causas de extinción del mandato, que por extensión se aplicaban como causas de finalización de los efectos del poder, y, entre ellas, la incapacitación del mandante. Decía su tercer párrafo que “*El mandato se acaba: ..3º. Por muerte, incapacitación,... del mandante o mandatario*”.

Esto planteaba algunos problemas. El primero, acerca de a qué incapacitación se refería la norma, si estrictamente a la jurídica, de modo que en tanto no hubiera sentencia se mantenía su vigencia, o simplemente a caer en situación de falta de capacidad. Personalmente, me he encontrado con respetables juristas que sostenían, sin lugar a dudas según ellos, una u otra versión.

El segundo se refiere a la inseguridad de los contratantes. Podemos estar ante una extinción de los efectos del poder por incapacitación (una u otra) que no sea conocida por alguno de los que suscriben el contrato, el representante o el tercero. De modo que este contrato tiene una situación débil, es anulable, con la consiguiente pérdida de seguridad jurídica (concepto que constituye un importante sostén de nuestro sistema económico-jurídico) Por motivo de la inseguridad que contemplamos, el Código Civil establece otras dos normas de protección del negocio jurídico efectuado en estas condiciones, pero implica su alegación en una situación contenciosa, normalmente una discusión sobre la

⁶ Comienza con su definición en el artículo 1709, “*Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra.*” La figura de la representación, entendida como institución en virtud de la cual los actos de una persona surten efectos en otra, normalmente se superpone al contrato de mandato, de modo que el mandante suministra al mandatario un poder, pero esta superposición no es necesaria. Se trata de instituciones distintas. No obstante, bastantes normas aplicables a los poderes se contienen en estos artículos, y entre ellas, la que trataremos acerca de su extinción.

validez o nulidad del acto. No es suficiente, es mucho más beneficiosa para la vida económico-social la seguridad jurídica preventiva (produciendo todos sus efectos sin necesidad de resolución judicial que lo determine) Un poder que se mantenga válido sin necesidad de discutirlo en juicio.

El tercer problema se refiere a la situación de quien, capaz hoy, sabe que será discapacitado en el futuro. Son cada vez más frecuentes las situaciones degenerativas; la posibilidad de las demencias seniles o situaciones similares nos afecta a todos. Esto producirá la pérdida de efectos de los poderes que hoy otorguemos, de modo que podemos dotar de herramientas a otros para que nos ayuden en nuestros actos jurídicos para el momento presente, en que somos capaces de hacerlos, pero no para un futuro en el que puede que no lo seamos. Esta situación ya produjo un toque de atención en las segundas Jornadas de la Fundación:

(Sevilla, XII-2002) Se deben atender las regulaciones legislativas extranjeras que presentan soluciones progresistas o modernas en el campo de la discapacidad: El derecho alemán recoge la figura de los poderes preventivos, una terminología que no es peyorativa con respecto a la circunstancia personal del discapacitado: asistencia / asistente/ asistido.

En efecto, en el sistema alemán se sustituye el esquema discapacitado - incapacitación por el de discapacitado - asistencia; el asistente complementa, siempre que ello sea posible, la actividad del discapacitado, y encuentra un importante apoyo en la decisión de éste acerca de quién será su asistente.

II.B A PARTIR DEL AÑO 2003

Así las cosas, la Ley 41/2003 introduce una pequeña, pero muy importante, modificación en el artículo 1.732⁷. Consiste en añadir, al texto que

⁷ La redacción completa del artículo 1.732 es la siguiente: *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,

establecía la extinción por incapacitación del poderdante, lo siguiente: “*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 esta norma se presenta el principal apoyo al principio de autonomía de voluntad, uno de los pilares esenciales de la actual normativa sobre discapacidad. El que prevea una futura discapacidad puede determinar quién, y con qué contenido, puede actuar en su nombre en el momento en que tal discapacidad llegue. En la vía que se apuntaba en la anterior conclusión, y en innumerables ocasiones por todos los comentaristas de los problemas de regulación de la falta de capacidad de las personas.

En tan reducido texto se plantean, además, dos cuestiones. La primera hace referencia a que, en realidad, está regulando dos tipos de poderes. La segunda presenta los posibles conflictos con la institución tutelar, normalmente con la tutela.

Hay dos tipos de poderes preventivos (se han comenzado a manejar distintas terminologías para distinguirlos, pero aquí no las utilizaremos, nos quedaremos en su concepto) El primero es un poder que otorga una persona, capaz, para que sea utilizado de forma inmediata (es la situación normal, te doy un poder para que lo utilices ahora), pero añadiendo que mantendrá su vigencia aunque se produzca su incapacitación, o sea, que desaparece la situación de inseguridad que antes veíamos. Además, el futuro discapaz podrá regular su futura atención para este supuesto.

El segundo tipo es un poder que sólo podrá ser utilizado en caso de incapacitación (o discapacidad) En el presente, mientras el poderdante mantiene su capacidad, será él mismo quién rija sus propios asuntos; en el futuro, sobrevinida la discapacidad, será otro, el apoderado, quien actuará. Es un supuesto exclusivo de regulación de la asistencia jurídica para la propia discapacidad. Este documento provoca el problema de fijar cuándo podrá actuar el representante. La norma lo deja a la voluntad del poderdante, “*apreciada conforme a lo dispuesto por éste*”. Los medios que se han ido proponiendo en las distintas jornadas incluyen, en unos casos, informes médicos de facultativos

el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor]

Entre corchetes, la modificación de 2003.

designados por el poderdante o no; en otros casos con referencia a certificados administrativos acreditativos de la discapacidad en el grado que el poderdante considere. No nos detendremos en este tema, que tan sólo queda apuntado para estudios más específicos.

Otra cuestión hace referencia al posible conflicto entre un tutor designado por el Juez y el apoderado con uno de estos poderes, cuyas actuaciones se superpondrían con el consiguiente riesgo. La norma introducida dispone que *“En estos casos, el mandato (y el poder, que es lo que nos interesa) podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.”* En consecuencia, decidirá el Juez al nombrar al tutor, o éste podrá en el futuro pedirle que lo declare extinto. Esto provoca un interesante problema: el Juez, y el tutor, deben conocer qué poderes hay vigentes, para que éstos no se utilicen sin su conocimiento. Volveremos sobre esto al tratar la publicidad.

Las conclusiones no se han referido a las anteriores cuestiones, sino que recogen una crítica muy favorable a su inclusión (se verá al tratar la Ley 41/2003 en general), y a la recomendación de su uso en unión de la autotutela.

(Tenerife VI-2005) 8.- A fin de organizar la representación jurídica, desde el presente hasta una posible incapacitación, es conveniente combinar la regulación de la autotutela con el otorgamiento de poderes preventivos.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 7. Con la regulación que efectúa la Ley 41/2003, son perfectamente compatibles los poderes preventivos con la incapacitación y la figura del tutor.

Por la simple pérdida de la capacidad natural, no pierden vigencia estos poderes, que pueden subsistir incluso con la incapacitación judicial de quien lo otorgue.

No sólo estamos ante una recomendación de tipo práctico, sino ante una propuesta para solucionar el último problema apuntado. Veámos que la autotutela permite amplias facultades para regular la futura institución tutelar (concretamente, *“cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”*, art. 223) Combinando un poder preventivo con instrucciones de que en la futura tutela no sea anulado por el Juez, con o sin designación de tutor, se dota a este poder de una fortaleza bastante intensa. Pensemos dos supuestos concretos: 1) doy facultades de representación

patrimonial a..., y designo tutor, a quien quedarán todas las facultades de asistencia personal, a... . Y 2) doy facultades para llevar tal negocio a...; para llevar todos mis asuntos bancarios a..., y, cualquiera que sea designado mi tutor, dispongo que no se les aparte de tales administraciones. En ambos casos, el art. 223 impone al Juez el respeto a los poderes otorgados.

Finalizamos con dos apreciaciones (subjetivas, como todas las apreciaciones) no coincidentes:

(Las Palmas, IV-2005) El apoderamiento preventivo se convierte en una de las estrellas de las reformas que plantea la Ley 41/2003, puesto que se están haciendo muchos en la práctica, al extenderse no sólo a las facultades patrimoniales, sino también a las personales.

(Madrid, II-2006) 7.- El uso de los llamados poderes preventivos se valora positivamente. Se advierte su escasa utilización por falta del conocimiento por los ciudadanos (necesidad de publicidad e información sobre sus efectos y sus eventuales riesgos)

Es una opinión generalizada en las Jornadas que estos poderes son una de las estrellas de la Ley 41/2003. En cuanto a su utilización, en una ocasión se apreció que era abundante y en otra que no suficiente. Si me permite el lector una observación de estricta práctica notarial, en el caso de poderes generales (para representación a largo plazo), la propuesta de que se puede prolongar su vigencia más allá de una discapacidad provoca que se utilice esta posibilidad prácticamente por todos los poderdantes. Estamos ante un problema de información.

No obstante, en estas conclusiones se aportan dos consideraciones: la primera, la extensión de estos poderes más allá de las meras facultades patrimoniales; la segunda, la necesidad de información. Nos detendremos en la primera.

En la práctica jurídica se identifica demasiado el artículo 1.732 a la materia de los poderes, y éstos a importantes asuntos patrimoniales. El motivo quizá sea que se identifica “poder” con “poder notarial”, y se exige forma notarial para los actos más importantes de la vida patrimonial (aunque no es así; estadísticamente es muy importante el porcentaje de poderes para actos que no son negocios jurídicos de contenido económico) Pero se refiere también al

contrato de mandato. Y en éste, aparte de negocios jurídicos, se pueden encomendar al mandatario cuidados personales, aplicándosele todo el régimen que estamos tratando aquí para los poderes preventivos.

Capítulo séptimo. La guarda de hecho

I.- Su regulación hasta la situación legal actual.

Llegamos a la última de las figuras de representación que se contienen en este trabajo. A pesar del texto del artículo 215 del Código Civil¹, que no la cita, si por representación entendemos aquella figura en virtud de la cual una persona realiza actos jurídicos que van a surtir efectos en otra, debemos incluirla aquí (luego lo veremos con más detalle) Debemos distinguir la “guarda” propiamente dicha, en su acepción social, la situación en la que una persona cuida, se ocupa de otra, del estudio de sus consecuencias jurídicas (lo que no hace el artículo 215) La guarda existe en la vida social; sus efectos jurídicos existirán o no, con mayor o menor detalle, según las leyes del momento. Pero, en la práctica, podemos defender que la inmensa mayoría de las personas con discapacidad o dependientes están bajo la guarda de otro. Otro que les proporciona comida, les acompaña cuando no pueden desplazarse solos, les compra la ropa, limpia su vivienda, va al banco a por dinero cuando lo precisan... Esto ocurre, digan lo que digan las leyes.

Leyes que no decían nada hasta 1983, salvo casos esporádicos que no se ocupaban de sus efectos civiles, de la relación guardador-discapacitado. Unas veces existía un título jurídico (patria potestad, tutela); otras no, se ejercía a título de pariente (el padre que se ocupaba del hijo mayor de edad sin incapacitar, el hermano que se ocupaba de otro hermano), de amistad o de beneficencia. Las leyes no se ocupaban de estos últimos, pero el Derecho no podía ignorar tal actividad, que en mayor o menor medida producía sus efectos jurídicos. Dentro del esquema tradicional hasta entonces (recordemos: discapacitado – incapacitación – tutela), como la institución de referencia era la tutela, se denominaba por los estudiosos “tutela de hecho”, intentando partir del cuerpo legislativo (donde no existía) en vez de hacerlo de la realidad social (donde proliferaba) Con este enfoque, se discutía si a esta tutela de hecho habían de aplicársele las normas de la gestión de negocios ajenos o las de la tutela, por analogía, encontrándose más conveniente para el discapaz aplicar estas últimas.

¹ Artículo 215. *La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante:*

1º *La tutela.*

2º *La curatela.*

3º *El defensor judicial.*

La historia legal comienza con un proyecto privado de reforma del Código Civil en materia de tutela, encargado por el Patronato para ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, y elaborado por un equipo de juristas encabezado por Don Luis Díez-Picazo. Partían de la apreciación, en su exposición de motivos, de que *“es una verdad incontrovertida que, estadísticamente y hasta el presente, la inmensa mayoría de los casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación, eran y son desempeñadas, de hecho, por quienes no tienen la consideración legal de tutores...”*. De la opción que se ha reseñado (tutela o gestión de negocios ajenos), determina que el guardador *“quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores”* (art. 307 del Proyecto)

Su regulación se incluyó en la reforma de 1983, a través de tres artículos (que, no obstante, constituyen nada menos que un capítulo) El primero de ellos, art. 303², es importante porque se sale del esquema imperante (que comenzaba estableciendo que ante un discapaz había que incapacitarlo), permite que, una vez solicitado el correspondiente informe por el Juez, podría establecer las medidas de control que considerare pertinentes. No incluye aquí la obligación de incoar la incapacitación, que vendrá sin embargo impuesta por el artículo 228 C.c.³. No obstante, el artículo 762 de la L.E.C., (que ocupa el lugar del derogado art. 203, citado en el 303) lo prevé para el caso de que lo estime procedente. Falta dar el paso de que no sea precisa la incapacitación, al que luego llegaremos.

Las otras dos normas que la regulan se refieren, la primera, a la validez de determinados actos del guardador de hecho (con lo que nos encontramos ante el reconocimiento de labores de representación)⁴. Y la última a la

² Artículo 303. *Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.*

³ Art. 228: *Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.*

⁴ Art. 304: *Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.*

posibilidad de solicitar la indemnización por los gastos de esta representación⁵, aplicando en estos casos la regulación de la tutela.

Comentando esta escasa regulación, se ha recalcado su insuficiencia.

(Sevilla, XII-2002) Ensalzamos la utilidad práctica del guardador de hecho como mecanismo de protección jurídica del discapacitado. Esta figura –introducida en el año 1983- carece del suficiente desarrollo legislativo para que alcance una verdadera utilidad práctica

Por un lado se recalca la abundancia de casos en que se produce; por otro, la necesidad de dotar de contenido a la actuación (no solamente representativa) del guardador.

No solamente se produce en situaciones de grave desamparo, sino que también la encontramos en otras en las que discapaz o el dependiente necesita apoyos para su actividad diaria:

(Madrid, II-2006) 10.- La guarda de hecho puede responder a determinadas necesidades de los discapaces, reconociendo su utilidad social en los casos en los que no se den situaciones de desamparo, sin perjuicio de que se han de resolver los problemas de seguridad jurídica.

Debemos también delimitar las figuras que intervienen en el campo de la atención a la discapacidad.

(Madrid, IV 2006) 4. Debemos recuperar socialmente la importancia de las figuras del tutor y el guardador de hecho, separando ambas figuras, diferenciando además la figura de la persona que presta efectivamente el cuidado al incapaz de quien le representa y responde de su persona y bienes.

⁵ *Art. 306: Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.*

Art. 220: La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

En la vida social, la guarda comprende, por un lado, el cuidado de la persona con discapaz, y por otro su representación jurídica. Pueden concurrir diversas personas en relación con un mismo discapaz: tutor de la persona y otra de los bienes, dualidad admitida por la regulación de la tutela; tutor legal y cuidador o guardador personal sin título jurídico, o representante jurídico y otro cuidador. Los supuestos son en la realidad muy variados, situación alejada de la que se considera como ordinaria en los textos y práctica jurídica: un incapaz, un tutor.

En el mismo sentido, la siguiente:

(Madrid, IV 2006) 5. La sociedad civil reclama la rehabilitación de la figura del guardador de hecho (guardador personal se ha llamado incluso en el seno de la Jornada) Si una persona está debidamente protegida, no debe instar la incapacitación judicial.

II.- Facultades de representación. La guarda de hecho como solución a la discapacidad.

Detengámonos un poco en las figuras representación que se contemplan en nuestro Ordenamiento Jurídico. Recordemos que por representación entendemos la institución en virtud de la cual una persona realiza actos jurídicos que van a surtir efectos en otra. Pues bien, el Derecho permite que se produzca esta situación en diversos casos:

- Por voluntad del representado, con capacidad jurídica suficiente. Dentro de este grupo se integra la llamada representación voluntaria, basada en el instrumento denominado “poder” (no necesariamente notarial) Y junto a los poderes, en virtud de los cuales una persona, el poderdante (representado), autoriza a otra, el apoderado (representante), con carácter previo (antes de hacer el acto jurídico) a realizarlo, tenemos la figura de la ratificación. En ésta el representante actúa sin ninguna autorización que sea suficiente por sí misma para producir el efecto de la representación; el representado lo acepta y asume en un momento posterior, a partir del cual los efectos se producen en él sin necesidad de otros actos. De la primera, los poderes, nos interesa en este trabajo el tema de los poderes preventivos, a los que ya nos hemos referido. En materia de discapacidad, dejaremos de lado la ratificación.

- Por disposición legal. La Ley detalla los supuestos en los que los actos de uno surten efectos en otro. Dentro de estos tenemos la patria potestad (ordinaria, o sea, sobre menores de edad o prorrogada o rehabilitada, sobre mayores incapacitados); las detalladas en el art. 215 del Código, tutela, curatela y la figura del defensor judicial; otras basadas en casos en que se permite la representación amparada en resoluciones judiciales concretas, y finalmente la guarda de hecho. Dentro de esta guarda de hecho, por disposición legal únicamente nos referimos a los contemplados en el artículo 304 del Código Civil: actos realizados en interés del menor o presunto incapaz que redundan en su utilidad.

- La representación orgánica, propia del mundo de las entidades jurídicas, asociaciones, sociedades, fundaciones. En materia de discapacidad tiene aplicación al explicar las facultades representativas del Patronato en nombre de las fundaciones, pero no nos detendremos en ella.

A partir de ahora, y para entender el resto, debemos distinguir la situación de guarda de una persona, cuestión social, de la delimitación jurídica de las facultades de una institución jurídica llamada la “guarda de hecho”. La primera existirá cualquiera que sea el contenido de la segunda. Pero, a efectos jurídicos, nos interesa estudiar qué puede hacer el guardador en nombre de la persona que guarda.

Partamos de la realidad social, la situación de guarda de una persona por otra. En este contexto:

(Huelva, III-2005) 3.- Guarda de hecho.- La institución de la guarda de hecho resuelve, en la práctica, la atención a personas con discapacidad en los casos en que no es preciso llegar a la incapacitación jurídica. Su regulación en nuestro Código Civil, sin embargo, es muy escasa. Sería preciso dotar de contenido a esta figura, ya existente en la ley, que está dando solución a la inmensa mayoría de las situaciones de discapacidad, especialmente en cuanto a la forma de acreditación del ejercicio de la guarda de una persona, y el contenido de facultades que pueden ejercitarse por el guardador.

En esta conclusión se contienen los aspectos que constituyen el caballo de batalla en las Jornadas: la escasez de la regulación, la abundancia de supuestos en que se está aplicando, y una primera referencia a la posibilidad de

evitar la incapacitación. Finalmente menciona los dos principales problemas que genera la institución: cómo se acredita el ejercicio de la guarda, y qué facultades tiene el guardador. Dependiendo de la base jurídica por la que una persona se encarga de otra, tendremos una u otra solución al problema.

La guarda de otra persona se puede ejercer por los titulares de la patria potestad o por los tutores. Son dos figuras cuya regulación legal, además de facultades representativas, incluyen los cuidados y atenciones personales que la constituyen⁶. La curatela en principio no las comprende, quedando pendiente de que la resolución judicial que la establezca así lo determine. Obsérvese que esta lista es más reducida que la de figuras de representación. Fuera de estos casos, la ley no atribuye facultades-obligaciones en este sentido, pero sin embargo ocurre en la realidad social. Una primera necesidad es ampliar una legislación que se ve insuficiente.

(Las Palmas, IV-2005) Se ha destacado que se vigoriza la figura del guardador de hecho, ampliando sus facultades respecto del Código Civil. Aún así, es una figura desaprovechada que debe ser más utilizada, con lo que evitaríamos un buen número de procedimientos de incapacitación, que ya no sería necesario plantear, si esta figura estuviera mejor regulada.

Se detalla aquí la intención general: evitar la incapacitación si esta no es necesaria, si puede atenderse a la vida normal de una persona sin necesidad de ella. Además de las medidas que a continuación veremos, sería conveniente una revisión de lo que dispone el Código Civil, con una normativa realmente escasa.

⁶ En cuanto a la patria potestad, el artículo 154 indica que *“La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:*

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes...”

En cuanto a la tutela, el artículo 269: *“El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:*

1º A procurarle alimentos.

2º A educar al menor y procurarle una formación integral.”

Volvemos a los dos problemas enunciados: cómo se justifica la guarda y qué facultades tiene el guardador. Una solución a ambos problemas se apunta en la siguiente:

(Bilbao, II-2006) 11.- La sociedad civil pide la rehabilitación de la figura del guardador de hecho. Si una persona esta debidamente protegida, no se debe instar la incapacitación judicial. Es necesario establecer sistemas que permitan a los guardadores de hecho hacer constar su estatus, bien a través de medidas preliminares, bien mediante expedientes de jurisdicción voluntaria o mediante otros documentos fehacientes.

Aquí se apuntan dos soluciones a los dos problemas: los documentos fehacientes, por un lado; medidas judiciales por otro. Se podrán justificar la guarda de hecho y las facultades representativas que comprende si tiene apoyo en documentos fehacientes o resoluciones judiciales que la amparen. En defecto de estas deberemos quedarnos con el régimen del artículo 304 del Código Civil, con un contenido bastante limitado. En este supuesto, se mantendrá el problema de justificarla.

¿Qué documentos fehacientes?⁷ Recordemos que, junto a la representación legal existe también la representación voluntaria; dentro de ésta los poderes preventivos. Al organizar la propia y futura discapacidad se puede, mediante documentos fehacientes, es decir, eficaces frente a terceros, por lo tanto documentos notariales, organizar no sólo nuestra futura representación jurídica sin también el régimen de cuidados, atenciones, dependencia, etc., que se encargará a otra persona. Con esto nuestra futura discapacidad puede estar suficientemente atendida.

El segundo grupo de títulos para justificar la existencia y contenido representativo de la guarda de hecho lo constituyen las resoluciones judiciales. A lo largo de las Jornadas se han presentado experiencias en marcha que tienen por objeto dotar a las actuaciones de quienes se encargan de la guarda de otras personas de la suficiente seguridad jurídica, y a estas otras personas de la suficiente atención.

Citaba la última conclusión transcrita las medidas preliminares. Esta es la vía desarrollada por alguna fiscalía (en concreto la de Córdoba), que halla su

⁷ La Ley 1/2009, de reforma de la de Registro Civil, regula la publicación en éste de la guarda de hecho y las medidas de control y vigilancia que se hayan establecido.

base en la adopción de estas medidas, encomendando la guarda o el apoyo jurídico a otras personas, de modo que si con estas decisiones se encuentra suficientemente atendido no es preciso continuar más allá el proceso de incapacitación.

Se refieren a estas medidas judiciales también las siguientes:

(Barcelona, I-2006) 15. Se debe potenciar la figura del Guardador de hecho, solución habitual en la práctica. Su utilización normal, en casos concretos sirve para suplir la falta de capacidad en un acto jurídico determinado previa habilitación judicial.

Aquí se defiende la habilitación concreta respecto de actos concretos. Los actos en que puede denegarse la actuación de las personas por un juicio de capacidad pueden ser muy limitados en los casos de discapacidad intelectual leve o moderada (son escasas las visitas al Notario de quienes ya tienen organizada la vida; lo más habitual es el caso de adjudicación de la herencia de los padres y posterior venta de su vivienda) Si, con las debidas autorizaciones judiciales concretas, completadas con una mínima regulación legal, es posible la vida normal de una persona en su ambiente ordinario, puede evitarse el proceso de incapacitación.

Veamos ahora la segunda experiencia en este sentido. Recordemos que el artículo 303 establece que, conocida en sede judicial la existencia de un guardador de hecho, se debe recoger información de la situación del discapacitado y, en su caso, establecer medidas de control, sin perjuicio de las obligaciones de instar la incapacitación si ello es preciso⁸. Pues bien, se intenta en esta experiencia establecer, mediante esas medidas de control y vigilancia, que no sea precisa la incapacitación.

(Valencia, X-2006) 1.- La figura del guardador de hecho está regulada en nuestro Ordenamiento, como lo demuestra el Código Civil, el Penal, normativa de pensiones, de autonomía del

⁸ *Art. 762 LEC: 1. Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación*

paciente,... Sí es cierto que la regulación es parca, permite que sea interpretada de un modo flexible, sirviendo de solución a diversos problemas que afectan a las personas con discapacidad. Son casos que no excluyen el control judicial, que puede incluso mantener la guarda de hecho con el establecimiento de medidas acordadas por la autoridad judicial. Así lo está realizando el Ministerio Fiscal del TSJ de Valencia, a través de notas de servicio cuyo contenido puede solicitarse a la Fundación *Æquitas*. Estas pautas de actuación del Fiscal ayudan tanto en la tramitación de los internamientos no voluntarios, como en el seguimiento y control de las personas internadas.

Examinan estas notas dos supuestos: el primero, personas internadas (el internamiento debe comunicarse al Juzgado) que no han sido declaradas incapaces. En primer lugar, se deberá investigar quién ejerce de guardador de hecho. Si se trata de padres o hijos, no los considera personas de riesgo para el discapacitado, y no se requiere especial protección (tampoco prevé iniciar un proceso de incapacitación, es decir, se mantiene la guarda de hechos) En otro caso, procede una segunda inspección de la situación patrimonial, que desembocará en un proceso de incapacitación o en el establecimiento de las medidas de control previstas en el Código Civil.

En el segundo caso, personas con discapacidad psíquica que viven en su entorno natural, el proceso es similar: examen de su situación personal (“alcance de su enfermedad”, indican con una cierta imprecisión) y la decisión de incoar la incapacitación o bien mantener la guarda de hecho con medidas de control similares a las que se han visto para el caso anterior.

El establecimiento de estas medidas de control solucionan el primer problema que veíamos, cómo se justifica quién ejerce la guarda de hecho. En si misma, esta medida es muy importante a la hora de determinar quién tendrá la representación del discapaz, en todos aquellos casos en que así se requiere por disposiciones legales, con mayor o menor fortuna en su redacción. Más adelante lo veremos al tratar la dependencia, pero no es extraño el caso de personas ingresadas en residencias, cuyos directores no saben a cual de los hijos hacer caso a la hora de adoptar decisiones acerca de los cuidados y decisiones personales acerca del interno (especialmente, en los casos de conflicto entre los hermanos, que se traslada a decisiones contradictorias acerca de los cuidados de los padres con la consiguiente inseguridad jurídica en sus relaciones con la dirección de la residencia)

Inciendo en este tema, en el año 2007 se vuelve a solicitar una potenciación de la figura.

(ALBACETE, V-2007) 11. Es necesario que el Ordenamiento Jurídico se adecue a las nuevas necesidades en que viven las personas con discapacidad y sus familias: reconociendo la figura del guardador de hecho como institución fundamental del cuidado de la persona con discapacidad y sus bienes, debiendo ser debidamente supervisada por el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, el reconocimiento de la guarda de hecho. En segundo, y aplicable a todos los casos que hemos visto hasta ahora (poderes preventivos, resoluciones judiciales, decisiones de los fiscales), con supervisión del ministerio fiscal. No sólo en la adopción de las medidas, sino también en el seguimiento temporal de la actuación del guardador, para el mantenimiento de las medidas o su transformación en otras, si con la situación de guarda no se obtiene la debida atención del discapacitado.

Capítulo octavo. La publicidad de la asistencia jurídica.

A la hora de publicar las conclusiones de las Jornadas, las cuestiones de publicidad aparecían en tres apartados distintos que hemos agrupado, dado que plantean problemas comunes. No obstante, distinguiremos dos momentos distintos en el proceso de asistencia jurídica a la persona con discapacidad. El primero hace referencia a los procesos relativos a la capacidad de las personas; cómo puede informarse quien actúa en el mismo de qué disposiciones se han podido producir que puedan influir en el procedimiento. El segundo hace referencia a su actuación ordinaria; cómo puede tenerse acceso, y por quién, a las decisiones que se hayan podido tomar en este tema.

En ambos casos, fijémonos no tanto en la persona con discapacidad (sujeto principal de este libro) sino en quien actúa con él. El que interviene en un proceso que puede afectar a su capacidad de obrar, en el primer grupo, y quien debe apreciar su capacidad para un acto jurídico concreto, en el segundo. ¿Cómo se enteran de las disposiciones que pueda haber en la actuación que están llevando a cabo?

I LA PUBLICIDAD EN LOS PROCESOS DE LIMITACIÓN DE CAPACIDAD DE OBRAR

I.A. DATOS A PUBLICAR.

El problema existía, pero no se plantea hasta la ley 41/2003. Recordemos que en esta ley se crea el Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad, se desarrolla la autotutela y los poderes preventivos. Hasta esta ley, no existe el primero, los apoderamientos no se inscriben¹, y, en cuanto a las disposiciones que pueden influir en orden a una futura incapacitación (las disposiciones de los padres) no está prevista su inscripción, de modo que el

¹ Reglamento del Registro Civil, Decreto de 14 de noviembre de 1958.

Artículo 284.

No están sujetos a inscripción:

.... 3. Los apoderamientos voluntarios.

Juez que conozca de la incapacitación ignorará si hay disposiciones paternas sobre la futura tutela.

En la Ley 41/2003, las disposiciones sobre la futura tutela (propia o de los hijos) se anotan en la inscripción de nacimiento de las personas². Pero el Juzgado competente para la incapacitación será el del domicilio del incapacitado, de modo que, conocido aquel, podrá recabar información; desconocido el dato de la inscripción de nacimiento, no puede tener acceso al hecho de si se han otorgado disposiciones en este sentido por los titulares de la patria potestad.³

En esta misma Ley 41/2003, que introduce los poderes preventivos, se prevé su revocación al establecerse la tutela. Pero, si el Juez y el tutor no saben que existen, puede haber otra persona realizando actos en nombre del incapacitado, legalmente válidos, fuera del control de aquellos⁴.

En relación con el Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad, se prevé su supervisión por el Fiscal, pero no hay medio de publicidad que le permita averiguar si éste existe, ni aún en el caso de que se haya producido una incapacitación jurídica.

² Artículo 223 del Código Civil, reformado en el año 2003: .. *Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.*

³ Reglamento del Registro Civil: Artículo 287.
El folio registral de cada tutela, curatela o representación legal se abrirá con la inscripción primeramente obligatoria relativa a la misma;...
Artículo 283.
Son objeto de inscripción los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos. ...

⁴ Código Civil, artículo 1.732 (tras la Ley 41/2003): ... *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.*

Seguiremos un orden cronológico para ver cómo se ha tratado este tema en las Jornadas Aequitas. Desde el momento previo a la aprobación de la ley 41/2003, en las Jornadas de octubre de 2003 en Valladolid y Granada (la Ley es de noviembre) estos problemas se ven venir en relación con los dos primeros temas, autotutela y poderes preventivos:

(Valladolid, X-2003) Es precisa una unificación o integración de los diversos archivos donde se publican los actos jurídicos relacionados con situaciones de la propia discapacidad de las personas (autotutela, poderes preventivos,...), a través de un archivo administrativo de alcance nacional, que ayude al conocimiento de cuál es el último documento otorgado y su contenido.

(Granada, X-2003) Décima.- En cuanto al proyecto de ley del patrimonio de las personas con discapacidad, consideramos que es un paso adelante, pero que debe mejorarse con un archivo específico de autotutelas, comunicación a un archivo de poderes preventivos y mejora fiscal, entre otros apartados.

En estos momentos se toma conciencia del problema y, a la vista de la legislación vigente en materia de Registro Civil, se solicita un archivo que se ocupe de estos temas, unificado, con alcance nacional.

Unos meses después, en marzo de 2004, la cuestión se trata con un criterio más amplio, y tocando también una segunda cuestión, el acceso a su información.

(Madrid, III-2004) (MESA I) Una herramienta que se juzga útil es la existencia de un archivo unificado de situaciones de discapacidad, accesible de forma rápida y eficaz por las personas o entidades que actúan en el proceso de su declaración o regulación, y por aquellas entidades, funcionarios o profesionales que pueden intervenir en actuaciones realizadas por personas con discapacidad (esta información sería de gran utilidad para aumentar la seguridad jurídica en las actuaciones notariales)

Resaltamos los dos cambios respecto a lo indicado en las dos primeras conclusiones:

1. Que se trate de un archivo unificado de situaciones de discapacidad. No sólo de las que ya hemos visto, que puedan afectar al proceso de incapacitación, sino de todo tipo de situaciones que afecten a la capacidad, cuyo destinatario ya no es solamente el Juez.
2. Acceso rápido y eficaz, por todos los funcionarios que, en un momento determinado, puedan tener que intervenir en relación con discapacitados. Se incluye el supuesto que estamos tratando en este apartado I, y el del apartado II de este capítulo. Pero aquí debemos fijarnos en que el acceso debe ser rápido y eficaz.

Más adelante volveremos a comentarlo. Seguimos ya en el año 2005, donde, analizadas las posibilidades que ofrece nuestro Ordenamiento Jurídico vigente, aparece el Registro Civil.

(Las Palmas, IV-2005) En materia de autotutela, se pone de manifiesto la deficitaria regulación de un sistema de publicidad a través del Registro Civil. Sería necesario el estudio de un sistema que asegure que el juez conoce la voluntad del incapaz en el momento del nombramiento de tutor,...

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 18. En la autotutela, debería darse una solución más adecuada en materia de publicidad, y en vez de hacerse ésta en el Registro Civil, que es un registro público, se tendría que hacer en un archivo especial, de manera similar a la solución dada en el derecho catalán. Quizá a través del libro del Registro Civil Central propuesto para la protección de las personas con discapacidad.

Volvemos la vista sobre nuestro actual Registro Civil. Ya hemos visto que la normativa, más que ineficaz, es inexistente para la finalidad que estamos persiguiendo. De modo que hay que crearla. Además se hace referencia a que es un registro público, en el sentido de que la posibilidad de acceso a sus datos es general, cuando se necesita un acceso limitado, exclusivamente a los funcionarios que han de tener conocimiento de su contenido. Sobre este punto volveremos más adelante. Por último, se propone la utilización del Registro Civil Central. También nos referiremos a él más adelante.

De aquí pasamos al año 2007. Entretanto se presenta en las Cortes un Proyecto de Ley de reforma de la del Registro Civil⁵, que se ocupa de la publicidad, entre otras materias, de las tres que nos ocupan aquí: autotutela, poderes preventivos y patrimonio protegido. Los motivos (en la fase de regular la incapacidad en que nos encontramos) ya se han apuntado: dispersión de asientos, en las materias en que los puede haber (autotutela) y dificultad en su conocimiento, así como el establecer un cauce para publicar aquellos que no lo son en la regulación actual⁶. Con la Ley 41/2003 se da un primer paso al establecer la obligación de los Notarios de comunicar las escrituras de autotutela para “*su indicación en la inscripción del nacimiento del interesado*” (modificación del artículo 223 del Código Civil, ya transcrito en este capítulo) En el proyecto de reforma se prevé la inscripción, además, de los patrimonios protegidos y los poderes preventivos⁷. Esta inscripción se hace en el Registro del lugar de nacimiento, y se duplica (por remisión del Juez encargado) en el Registro Civil Central.

El problema no resuelto consiste, no en el del desconocimiento por el Juez (encargado de tramitar la incapacidad) del lugar de nacimiento, lo que

⁵ El proyecto se ha convertido en la Ley 1/2009, que incluye todas las modificaciones que en adelante se incluyen.

⁶ De la exposición de motivos del proyecto: *Además el principio competencial de territorialidad que rige el Registro Civil ocasiona la dispersión de los asientos pudiendo existir información relativa a un mismo individuo en distintos Registros Civiles Municipales. Por ello, en la actualidad, amplios sectores implicados en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, demandan la introducción de las reformas legales necesarias a fin de que el Registro Civil pueda actuar en este ámbito como un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa relativa a la incapacidad judicial de personas que no pueden gobernarse por sí mismas, así como facilitar la efectiva puesta en práctica de la figura del patrimonio protegido como mecanismo de protección patrimonial de las personas con discapacidad.*

⁷ El proyecto propone un artículo 49bis (46 bis en la Ley 1/2009) en la Ley de Registro Civil, que incluye lo siguiente: *Los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales ..sobre las modificaciones judiciales de capacidad, así como las inscripciones .. sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos, y las de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos..*

Asimismo, en su artículo 49ter (46 ter en la Ley 1/2009): *En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante.*

suplirá acudiendo al Registro Civil Central, sino en el posible desconocimiento por el Notario de este lugar. En efecto, el sistema previsto en el proyecto de reforma es el de una primera comunicación del Notario al Juez del lugar del nacimiento, que inscribe y hace una segunda comunicación al Registro Civil Central, y una tercera comunicación de éste al Juez del domicilio, que entenderá sobre el proceso de incapacitación. ¿Y si falla la primera comunicación, por desconocimiento de ese lugar del nacimiento? Podría solventarse con una comunicación directa por el Notario al Registro Civil Central (es decir, saltándonos la primera comunicación), pero no está prevista.

Seguimos ahora con dos conclusiones que vuelven a incidir en las anteriores, la necesidad de coordinar la publicidad de estas materias, y con alcance nacional.

(Barcelona, II-2007)3.-Existen bastantes cauces jurídicos para que las personas dependientes o con discapacidad puedan regular su futuro. Tales medios son complementarios: poderes preventivos, disposiciones sobre autotutela, documentos de voluntades anticipadas en materia de sanidad.

Su desarrollo exige una adecuada información y asesoramiento en el momento de su otorgamiento. También es precisa una adecuada publicidad de los documentos con este contenido, fácilmente accesible a los interesados en su utilización, y con carácter nacional.

(ALBACETE, V-2007) 6. Se pone de manifiesto la necesidad de una mejor publicidad de la existencia de los documentos por los cuales se constituyan autotutelas, poderes preventivos así como de las resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad y nombramiento de asistentes o representantes legales y guardadores de hecho.

En esta última nos introduce una situación hasta ahora no planteada: el guardador de hecho. Recordemos que puede ver reforzada su posición de representante con resoluciones judiciales. Debemos considerarlos incluidos entre “las medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos”, del artículo 49bis que hemos visto.

Finalizamos con un nuevo problema planteado por el proyecto de ley sobre la jurisdicción voluntaria.

(Las Palmas, VI-2007) 8. También debe incluirse en un registro centralizado la incoación de expedientes de jurisdicción voluntaria en los que sean competentes diferentes operadores jurídicos, a fin de evitar la duplicidad de actuaciones.

Hasta ahora está claro quién es el funcionario competente en los expedientes de jurisdicción voluntaria entre los que se encuentran los procesos sobre la capacidad de las personas, el juez. Con el proyecto de ley de reforma de ésta, se amplía el número de operadores jurídicos. Cualquier reforma del Registro Civil debe de hacerse de forma coordinada con ésta, de forma que, iniciado un proceso de este tipo por cualquier operador jurídico, pueda (y deba) tener conocimiento de cualquier otro que se haya iniciado, sin necesidad de que esté concluido.

I. B ACCESO A LOS DATOS.

Trato aparte merece otra cuestión relacionada con el acceso a datos personales que constan en un registro público. ¿Quién, y a qué contenido?

Echaremos un vistazo a la legislación actual. La Ley de Registro Civil apenas limita el acceso. El principio general es que tiene acceso al contenido del Registro todo aquel que tenga interés en conocerlo, y que comprenderá todos o algunos de sus asientos (art. 6) Las excepciones son muy reducidas (una sobre menciones de sexo de las personas, introducida en 2007, y otra referente a la filiación ilegítima)⁸. En la Ley 3/2007, sobre rectificación registral relativa al sexo de las personas, se añadió “con las excepciones que prevean ésta u otras leyes”. Pero el principio general sigue siendo el de acceso libre, porque, además, el interés se presume (según el Reglamento) en quien solicita la certificación.

⁸ Ley de 8 de junio de 1957, sobre Registro Civil.

Artículo 6. .. El Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos, con las excepciones que prevean ésta u otras leyes...

Artículo 51. No podrán manifestarse los asientos ni librarse certificación que contenga el dato de una filiación ilegítima o desconocida, sino a las personas a quienes directamente afecte o, con autorización del Juez de Primera Instancia, a quienes justifiquen interés especial.

Ley3/2007, sobre rectificación registral relativa al sexo de las personas. Artículo 7.Publicidad. No se dará publicidad sin autorización especial de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de la persona.

Reglamento del Registro Civil, Decreto de 14 de noviembre de 1958. Artículo 17 ... El interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación.

Esta situación, que podía ser adecuada en el año 1958 (año del Reglamento), plantea dudas en relación con la evolución que ha tenido la cuestión de la intimidad, desarrollada como un derecho. Ya en 1972, la Dirección General de los Registros y del Notariado establecía que “se trata de conjugar la eficacia general del Registro con el respeto a la dignidad e intimidad de la persona que puede querer que no se divulguen ciertas circunstancias... parece que este interés ha de estar relacionado con el propio estado civil.”⁹.

En el momento que contemplamos en este apartado, el del proceso sobre incapacitación, en el caso de publicación en el Registro Civil de los documentos hechos por el sujeto (aún con plena capacidad jurídica) en previsión de aquella, no tienen relevancia frente a terceros. Pueden éstos estar interesados en el estado civil, la existencia o no de separación de bienes, si tiene capacidad plena o limitada, pero no en si ha designado tutor para el futuro, o a quién ha otorgado poderes (que para su eficacia no necesitan ni dependen del Registro Civil) Por el contrario, el acceso a estos datos, muy útil para quien debe decidir en el proceso de incapacitación, puede producir efectos muy perjudiciales en otras personas. Por ejemplo, la designación como futuro tutor de uno de los hijos, excluyendo a otros, puede provocar graves consecuencias si alguno de estos otros se entera antes de que la tutela esté constituida, en una fase en que probablemente el poderdante necesite su ayuda y esté en situación de dependencia de éste.

Por este motivo ha preocupado mucho la aplicación indiscriminada de unas normas, pensadas en 1957 para un determinado contenido del Registro, a otro contenido completamente distinto.

(Madrid, III-2004) (MESA I) En esta fase [el proceso de incapacitación] se debe prestar atención a la protección de la intimidad y la legislación y principios que la regulan, tanto respecto del presunto incapaz como de las demás personas que intervienen en ella: promotores de la incapacitación, profesionales de la medicina en sus informes, familiares. Su vulneración puede acarrear perjuicios superiores a los beneficios que se pretenden obtener.

⁹ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1972.

La cuestión no afecta sólo al Registro Civil, sino al contenido general del proceso de incapacitación. Pensemos en una persona que tiene acceso a lo dicho por sus cuidadores que han solicitado su incapacitación, que por este motivo experimente una reacción adversa contra ellos; lo mismo en relación con el informe médico de un facultativo cuya confianza es necesaria para la salud mental del incapacitando, y que por este motivo ve roto el vínculo con su paciente; informes de trabajadores sociales que intervengan.. Por este motivo se trató en Madrid, el año 2004, esta preocupación. El procedimiento previsto en la Ley de Registro Civil para tener acceso a los datos que en ella se establecían como reservados es la autorización judicial¹⁰.

En el mismo sentido, un año después, en Huelva, se llegó a similares consideraciones.

(Huelva, III-2005) 10.- En todo el procedimiento judicial de autorización o ratificación de un ingreso involuntario, demanda de incapacitación, etc., debe presidir la necesidad de la confidencialidad sobre las personas que suministran la información, encajando esta necesidad en las normas que regulan el procedimiento judicial.

Un segundo aspecto referente a la necesidad de confidencialidad se produce con relación a los propios documentos de autotutela. En la normativa sobre protección de datos, los referentes a la salud merecen trato especial en orden a su protección. El contenido de disposiciones en relación con la autotutela normalmente serán motivados por cuestiones de este tipo que no deben (legalmente) ser accesibles a terceros. Su destinatario es el Juez que en el futuro conozca del procedimiento de incapacitación, pero no otros. A la hora de optar entre certificaciones literales y en extracto, y de delimitar qué asientos se incluyen en ellas, el Juez encargado del Registro Civil debe incluirse entre los obligados por la ley correspondiente a este tema.¹¹

¹⁰ Artículo 51. *No podrán manifestarse los asientos ni librarse certificación que contenga el dato de una filiación ilegítima o desconocida sino a las personas a quienes directamente afecte o, con autorización del juez de 1ª Instancia, a quienes justifiquen interés especial.*

¹¹ Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin entrar en su desarrollo, citamos sólo dos normas:

Artículo 8. Datos relativos a la salud.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos

(Madrid, III-2004) (MESA II) Es necesaria una publicidad adecuada de los documentos de autotutela, que asegure su conocimiento en el momento en que es necesario (el de la actuación de presunto incapaz), pero que, por otro lado, no viole su derecho a la intimidad, lo que debe evitar un acceso público que, en la actualidad, supone el Registro Civil. Todo ello se superaría mediante un archivo específico, con acceso limitado a los funcionarios especialmente interesados, lo que asegura privacidad y seguridad. En caso de que ello no fuera posible, sería necesaria una modificación del Reglamento de Registro Civil, que asegure que las notas relativas a autotutela fueran reservadas.

Tampoco es adecuada la publicidad mediante nota al margen de la partida de nacimiento, partida cuya ubicación en muchos casos se desconoce.

Aparte de ahondar en cuestiones ya comentadas, la siguiente introduce otro aspecto nuevo.

(Las Palmas, IV-2005) En materia de autotutela, se pone de manifiesto la deficitaria regulación de un sistema de publicidad a través del Registro Civil. Sería necesario el estudio de un sistema que asegure que el juez conoce la voluntad del incapaz en el momento del nombramiento de tutor, así como que los terceros no conozcan el contenido íntegro del documento, sino sólo su existencia y el Notario a quien el juez debe solicitarle la copia.

Ya hemos visto esta conclusión en su primera parte, relativa a lo que debe de conocer el Juez. Ahora fijémonos en lo que no deben conocer los

acudan o hayan de ser tratados en los mismos de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad.

Artículo 9. Seguridad de los datos.

1. El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garantice la seguridad de los datos de carácter personal y evite su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana del medio físico o natural.

terceros. Para ello el medio que propone es que el contenido del documento no conste en un registro público, el civil, puesto que ya consta en otro registro de acceso restringido, el protocolo notarial. La mención que en principio interesa es la de si hay documento de autotutela, y dónde se encuentra. Sólo en el supuesto de que vaya aplicarse, es decir, dentro del proceso de incapacitación, se solicitará al notario encargado del protocolo la transmisión de su contenido.

II.- LA PUBLICIDAD DE LAS LIMITACIONES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

A partir de ahora veremos la publicidad de las resoluciones que ya declaran una limitación de la capacidad de obrar de las personas. Éstas pueden actuar en el tráfico jurídico, y en sus actos más importantes interviene un funcionario público encargado, entre otras cosas, de juzgar la capacidad del compareciente. En bastantes casos, la falta de capacidad suficiente para el acto concreto será apreciada. En otros puede ser más difícil, y no podemos repetir el proceso de juicio de capacidad (informes médicos incluidos) en cada contrato que se vaya a realizar. Tampoco tiene por qué informar el incapacitado de su estado, de modo que este funcionario, el notario, debe tener un medio rápido de acceder a una información que ha de constar en el Registro Civil.

II.A. ¿A qué contenido nos referimos?

En el apartado I de este capítulo hemos visto la conveniencia de contar con información sobre poderes preventivos, autotutelas y patrimonios protegidos. Aquí añadimos todas las resoluciones referentes a la modificación de la capacidad de obrar. Si el medio escogido es el Registro Civil, hace falta una modificación legislativa que permita coordinar toda la materia. En el caso de que se opte por algún otro tipo de archivo, habría que crearlo.

(Madrid, III-2004) (MESA I) Una herramienta que se juzga útil es la existencia de un archivo unificado de situaciones de discapacidad, accesible de forma rápida y eficaz por las personas o entidades que actúan en el proceso de su declaración o regulación, y por aquellas entidades, funcionarios o profesionales que pueden intervenir en actuaciones realizadas por personas con discapacidad (esta información sería de gran utilidad para aumentar la seguridad jurídica en las actuaciones notariales)

(Bilbao, II-2006) 5.- Es imprescindible la coordinación y unificación de toda la información del registro civil en materia de modificaciones de la capacidad de obrar, poderes preventivos, autotutela y patrimonio protegido, por lo que se insta la modificación legislativa correspondiente.

Nos centramos ahora en el supuesto que incluirá mayor número de actos de importancia en la vida económica y personal de quien pretende hacerlos, el documento notarial. Una de las actuaciones del notario, como hemos visto, es el juicio de capacidad. Para ello se solicitan dos modificaciones legislativas.

(Las Palmas, VI-2007) 7. A fin de mejorar la práctica del juicio de capacidad notarial, utilizando los datos que tienen su origen en resoluciones judiciales, se hacen precisos:

- La publicación de todos los datos disponibles en los Registros Civiles, en el Registro Civil Central o en un archivo unificado, contemplado en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Registro Civil actualmente en tramitación.

- El acceso telemático de los notarios, funcionarios públicos con competencia en esta materia, al reseñado Registro o archivo, con inmediatez a la actuación notarial.

La primera de las modificaciones estaba en marcha al redactarse la conclusión; la publicación unificada de los datos correspondientes a esta materia en el Registro Civil Central¹².

La segunda no. La veremos en el segundo apartado de este tema.

Una conclusión bastante reciente. Aparece el archivo de poderes revocados, cuya consulta se ha incluido por el actual Reglamento Notarial (del año 2007) en la elaboración de documentos notariales. Se plantea ponerlo en comunicación con las bases de datos que contienen las resoluciones sobre incapacitación.

(Murcia, XI-2007) 6.- Se llama la atención sobre la oportunidad que representaría para la seguridad del tráfico jurídico y el mejor ejercicio de la función notarial el dar acceso a las bases de datos de sentencias en materia de incapacidades que se procesan en

¹² Fue aprobado en la Ley 1/2009-09-30

CENDOJ y la necesidad de su conexión con el archivo general de poderes revocados para asegurar la protección de personas incapacitadas. En este sentido se llama la atención sobre la conveniencia de insertar adecuadamente las sentencias de primera instancia en los sistemas de gestión procesal para una remisión automatizada a dicho organismo dependiente del CGPJ.

El CENDOJ es un fondo jurisprudencial de sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias. Aquí se solicita la inclusión de las sentencias de primera instancia referentes a incapacitaciones, de modo que estén accesibles a los funcionarios públicos que, en su función, tienen interés en contar con dichos datos. Exigirá, dadas cuestiones de intimidad y protección de datos, los adecuados controles de acceso que, hoy, son posibles en los medios telemáticos como el que se solicita. En realidad, una nueva petición de acceso a los indicados datos.

II.B. ¿Cómo ha de realizarse este acceso?

La presente es una cuestión de menor interés jurídico, pero de alto interés práctico, y consiste en la forma de acceso a estos datos. El acceso ha de ser inmediato a la actuación notarial, en el momento en que comparece el sujeto para exponer su voluntad, para contratar. Igualmente ha de ser seguro, sólo para quien tiene interés (y obligación) legal en manejarlos. Rapidez y seguridad que se producen mediante el acceso telemático con técnicas de firma electrónica.

La demanda de este acceso se venía produciendo desde el año 2003.

(Granada, X-2003) Tercera: Se aprecia la necesidad de una coordinación entre las instituciones de la Administración, jueces y magistrados, fiscales y notarios, favoreciendo un adecuado acceso de información al Registro Civil y posterior conocimiento de su contenido.

Se recalcan dos aspectos complementarios: envío de información al Registro Civil, y la obtención de tal información. El sistema se apreciaba como descoordinado. Realmente, a la hora de regularlo, sería conveniente tratar las dos facetas, sin olvidar la dispersión de normas reguladoras de las diversas comunicaciones que se deben hacer.

La siguiente ya se ocupaba del acceso al contenido de las sentencias por parte de los notarios. En otras situaciones similares se ha supuesto el interés legal por parte del funcionario actuante en el ejercicio de su función, que permite superar las normas de Protección de Datos que se están fijando, principalmente, en aspectos contractuales.

(Valencia, X-2004) 5º) Permitir el acceso de los Notarios a las Sentencias de incapacitación a través de un sistema adecuado por el que se pueda conocer dicha situación, entendiéndose que ello no contraviene la Ley de Protección de Datos por cuanto los propios incapacitados son los más interesados en dar publicidad a su situación.

Se recalca que el interés, aparte del general del tráfico jurídico en la elaboración de contratos seguros, es también del incapacitado. No olvidemos que la incapacitación se configura como una medida de protección. Su conocimiento por los demás (en especial quienes intervienen en los contratos que puedan hacer) redundará en su beneficio.

(Madrid, II-2006) 6.- Se aboga por una reforma del Registro civil a fin de la publicidad formal que ofrece relativa a la incapacitación sea eficaz, y atienda a las necesidades del tráfico (notarios, autoridades que expidan permisos de armas, de conducción,...)

Hemos visto que el sistema actual de publicidad no es satisfactorio. La comunicación de la propia incapacidad dependerá, normalmente, del propio incapaz. Hay que permitir un acceso directo y fácil para los funcionarios que puedan actuar, de los que se citan varios; no es sólo una cuestión notarial.

(Valencia, X-2006) 4.- Existe una demanda real de un sistema de archivo eficiente, accesible *on-line* y que contenga datos relativos al complemento de capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

Con esta última consideración se llega a los aspectos que hay que tratar en el sistema que se propugna: eficiencia, accesibilidad inmediata y con los datos precisos. Eficiencia en cuanto se trate de un sistema factible, seguro en cuanto a sus efectos; accesibilidad inmediata a la realización del acto por el presunto incapaz, que hoy se puede conseguir mediante técnicas telemáticas. Y

con todos los datos que se refieran a los límites o complementos de la capacidad.

Volvemos ahora a la conclusión con la que comenzábamos a tratar este tema.

(Las Palmas, VI-2007) 7. A fin de mejorar la práctica del juicio de capacidad notarial, utilizando los datos que tienen su origen en resoluciones judiciales, se hacen precisos: ...

- El acceso telemático de los notarios, funcionarios públicos con competencia en esta materia, al reseñado Registro o archivo, con inmediatez a la actuación notarial.

Seguimos en los mismos términos. Vemos que la conexión telemática ha aparecido en las dos últimas conclusiones citadas. ¿Qué ha ocurrido para que, a partir de 2006, se abandonen propuestas genéricas de cambio o coordinación para centrarse en una solución concreta, el acceso telemático?. Lo que ha ocurrido es que este sistema está en aplicación y funciona. Veamos su uso en otras facetas de la actividad notarial.

En el proceso de elaboración de un documento notarial sobre bienes inmuebles es preciso indicar datos catastrales. En la actualidad, está habilitado un acceso directo para notarios y registradores, como funcionarios públicos (lo que justifica el interés requerido en la consulta), mediante firma electrónica que justifica la identidad del consultante y su cargo. El resultado de la consulta es la obtención de forma inmediata de certificados catastrales, firmados electrónicamente, hábiles para surtir los efectos previstos legalmente.

En la designación de los comparecientes hay que hacer constar la representación que ostenten, en ocasiones con referencia a poderes. En su autorización exige el Reglamento Notarial la consulta a un archivo específico de poderes revocados del Consejo General del Notariado¹³. Tal consulta se efectúa telemáticamente (de forma exclusiva), con obtención de respuesta de forma inmediata, que se incorpora a la escritura.

¹³ Artículo 164 del Reglamento Notarial: *..el notario, antes de la autorización del acto o negocio jurídico de que se trate consultará el Archivo de Revocación de Poderes o el que le sustituya del Consejo General del Notariado, a los efectos de comprobar que no consta la revocación ..*

No obstante, el Tribunal Supremo ha anulado este párrafo en el año 2008.

En materia de Registro de la Propiedad ha estado vigente un sistema de consulta utilizando el fax. Presentaba los problemas de falta de seguridad jurídica y de que no era inmediato. Tras la Ley 24/2005, de impulso a la productividad, se regula un sistema de comunicaciones telemáticas, con efectos también inmediatos. En la parte actualmente en aplicación, una vez firmada la escritura se envía copia electrónica que causa asiento en el Registro de forma instantánea. En la parte que, desgraciadamente, aún no está en aplicación, se incluye la consulta telemática por parte del notario (y por extensión otros funcionarios públicos competentes, entre los que podemos contar a los jueces) de los libros del Registro, justificándose tal consulta de forma directa, es decir, sin necesidad de intervención del registrador, por su carácter de tales¹⁴.

En relación con los datos que consten en el Registro Civil, lo que se pretende es un sistema similar. A la hora de elaborar un documento notarial, hemos visto que el notario puede (y debe) comprobar la vigencia de los poderes, la situación catastral de las fincas, su estado de cargas. Todo ello de forma inmediata a la autorización del documento, puesto que la firma electrónica y las comunicaciones telemáticas lo permiten (si bien, respecto del Registro de la Propiedad, este punto en concreto está pendiente de desarrollo) ¿Por qué no va a poder averiguar, con la misma inmediatez, si el otorgante tiene limitada su capacidad de obrar? De los tres archivos vistos, uno depende del Consejo General del Notariado; otro de los registros de la propiedad; el tercero de una entidad de la Administración.

En materia judicial, estas técnicas están en marcha desde hace tiempo. En un curso sobre sociedad de la información celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo, en Santander, en julio de 2003, se habló del Punto Neutro Judicial (que ya había comenzado su andadura, de forma experimental, en el año 2001); de firma electrónica judicial a través del proyecto LESNET, que

¹⁴ La Ley 24/2005, de impulso a la productividad, modifica la ley hipotecaria con la siguiente norma: Artículo 222... 10. *La manifestación de los libros del Registro deberá hacerse, si así se solicita, por medios telemáticos. Dicha manifestación implica el acceso telemático al contenido de los libros del Registro. A tal efecto, si quien consulta es una autoridad, empleado o funcionario público que actúe por razón de su oficio y cargo, cuyo interés se presume en atención a su condición, el acceso se realizará sin necesidad de intermediación por parte del registrador. Dicha autoridad, empleado o funcionario público deberá identificarse con su firma electrónica reconocida o por cualquier otro medio tecnológico que en el futuro la sustituya. Cuando el consultante sea un empleado o funcionario público, responderán éstos de que la consulta se efectúa amparada en el cumplimiento estricto de las funciones que respectivamente les atribuye la legislación vigente. ...*

permitiría comunicaciones con otros funcionarios, incluyendo notarios y registradores. Lo que se solicita es, simplemente, su aplicación.

Capítulo noveno. Violencia doméstica, violencia de género.

I. DELIMITACIÓN Y OBJETIVOS.

Cuando las actuaciones violentas de una persona contra otra recaen sobre alguien en situación de indefensión o vulnerabilidad respecto del agresor, revisten una especial gravedad. El Ordenamiento Jurídico reacciona contra esta situación a través del Código Penal y otras leyes. En los últimos años el poder legislativo ha aumentado las disposiciones tendentes a reprimirla, por una lado, y a tratar de solucionar o mitigar sus efectos, por otro.

En cuanto respecta al objeto de este trabajo, partimos de un supuesto de vulneración que se produce dentro del hogar familiar, en el ámbito doméstico, que es donde vemos con mayor claridad la dependencia de unas personas respecto de otras. Dado que es estadísticamente grave el número de situaciones en que se produce aquella violencia, el legislador se ha ocupado del tema en tres ocasiones a lo largo del año 2003¹, y ha culminado el año 2004 con la controvertida Ley de Violencia de Género (1/2004, de 28 de diciembre), que podemos configurar como una subespecie dentro del ámbito doméstico.

¿Qué ámbito incluye la violencia doméstica? Podemos entender por tal la que se produce por los miembros dominantes dentro del hogar o el ámbito mas cerrado de convivencia, frente a quienes se encuentran en una situación de inferioridad ante ellos. A efectos legales, podemos apreciar tres niveles: el primero, el más restringido, es el que tiene por sujeto pasivo a las mujeres, cuando quien la ejerza sea o haya sido su pareja². El segundo añade a

¹ Como detalla la exposición de motivos de la Ley 1/2004: “En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.”

² Ley 1/2004. “Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de

la “*persona especialmente vulnerable que conviva con el autor*” (artículo 153 del Código Penal en su redacción tras la ley 1/2004) El tercero incluye, además, a los “*descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*” (artículo 173 del mismo Código) El primer nivel constituye lo que legalmente se define como violencia de género; los otros dos la violencia doméstica. Si bien la proliferación de casos de la primera ha motivado una ley especial, desde el punto de vista de la discapacidad es especialmente preocupante la que se ejerce sobre todas las personas vulnerables, pues sus posibilidades de defensa o utilización de las medidas protectoras son mucho menores que las de las primeras.

La gravedad del tema provocó que se le dedicaran dos Jornadas organizadas por la Fundación, en abril y en noviembre de 2005; en ellas se elaboraron las conclusiones que comentaremos.

En la primera de ellas aparece la finalidad principal de la ley (aquí la de violencia de género) y un par de medios para intentar lograrlo.

(Madrid, IV-2005) -Asegurar el cumplimiento de la protección integral de la mujer, respecto del cónyuge o pareja o que lo hayan sido; hay que coordinar a todos los profesionales que intervienen, dotándolos de medios necesarios: médicos forenses (que dispongan de lugares adecuados para valorar las lesiones sufridas, y del tiempo suficiente incluso cuando se realizan en juicios rápidos)

Asimismo informarles de los actos procesales penales pues las víctimas no son parte del procedimiento penal y deben ser debidamente informados.

El objetivo principal: la protección de la mujer respecto de su actual o pasado cónyuge o pareja. Y, ¿por qué específicamente de la mujer? Porque es

quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.”

la que más se produce. No es un fenómeno actual, pero sí que es nuevo que ahora se vea más; en este sentido ha disminuido una cierta permisividad social.³

Se proponía, como punto de partida, coordinación e información a los profesionales que deben intervenir en el proceso protector.

(Madrid, XI-2005) 1.- Los criterios asumidos por nuestros poderes públicos de no permisividad con las situaciones de violencia de género y de actuación sobre la cuestión hacen que la violencia deje de ser un problema particular para convertirse en una preocupación social. Llevan a medidas de acción positiva, mediante las cuales, a través de una desigualdad jurídica, se persigue obtener una igualdad de hombres y mujeres en la vida social, una igualdad real.

Otra forma de ver la finalidad perseguida: igualdad real de hombres y mujeres. Igualdad plasmada en nuestra Constitución. Pero que, observando la realidad, no se produce. La sociedad, además, acoge cada vez con mayor preocupación el problema. Ambas circunstancias provocan una gran alarma social. Y ésta produce la reacción legislativa del Estado.

Los principios que informan la actuación del Estado han sufrido una rápida evolución. De las que hemos citado acerca de la violencia doméstica, la primera ley que la trata, 11/2003, engloba la cuestión con la seguridad ciudadana y la integración social de extranjeros, y la solución que adopta (en cuanto a la violencia doméstica) es una modificación de normas del Código Penal, agravando la situación de los maltratados. La Ley 15/2003 (con un campo bastante más amplio que la violencia doméstica) incluye también modificaciones del Código Penal. En tercer lugar, la ley 27/2003, específica de protección de víctimas de la violencia doméstica, modifica normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ante la insuficiencia de las medidas anteriores para atajar lo que se ha convertido en una plaga social, con las mujeres como víctimas principales, la

³ En la Exposición de Motivos de la Ley 1/2004 se recoge de forma muy simple: “*En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un delito invisible, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.*”

Ley de Violencia de Género no se limita a modificaciones como las anteriores. La concusión que comentamos cita el principio de no permisividad y la adopción de medidas de discriminación positiva, que son dos criterios desarrollados en su articulado. En su esquema, la ley comienza con medidas de prevención y detección; sigue con el desarrollo de derechos de las mujeres, y finaliza regulando la tutela institucional (de la Administración), penal (volvemos al Código Penal) y judicial (adaptando la estructura del sistema judicial a la protección especial que este problema requiere)

II.- LAS VÍCTIMAS.

Por un lado se trató del origen de la situación de violencia de género, un análisis de por qué se produce.

(Madrid, IV-2005) La raíz del problema se centra en la relación de dominador-dominado en que se pueden basar las relaciones personales. Debemos superar, a través de medios educativos y de información a las mujeres y demás personas que sufren situaciones de dominación, las situaciones de violencia que de ello se deriva.

En la organización de las unidades más reducidas de convivencia, la familia, es tradicional la existencia de una relación de dominio, jerárquica, que trasciende de la organización de la convivencia y se traslada a la situación personal. Este es el origen más profundo de la violencia que se puede ejercer por el dominador sobre los dominados (mujer, hijos, parientes a cargo) Se recalca la necesidad de educación, no sólo de aquél, sino también de las víctimas que, en bastantes ocasiones, aceptan tal relación de dominio.

(Madrid, XI-2005) 2.- El origen del problema de la violencia de género estriba en el patrón cultural que sitúa al hombre y a la mujer en papeles diferentes dentro de la familia; el reparto de tareas dentro de ésta, unida a una tradicional consideración de la mujer como una persona de inferior categoría en la vida social.

No existen perfiles económico-sociales para las víctimas ni para los agresores. Afecta a todos los estratos sociales.

La evolución de la concienciación social en los últimos años; el mayor rechazo por la sociedad; un aumento de las denuncias por las víctimas que no implica un aumento de los casos, y la adopción de medidas decididas por las

Administraciones Públicas nos permiten apreciar con esperanza una mejoría en el problema que ya se está produciendo.

En relación con el texto anterior, fue particularmente interesante la exposición presentada por una socióloga, alejada de los textos legales pero cercana a la situación social en la que se desarrolla la violencia. Hace falta recordar a los juristas el origen: la diferenciación de papeles en el hogar, minusvalorando el de la mujer. Resultó importante el recordatorio de que no es una cuestión de clases sociales, sin un fenómeno interclasista.

Finalmente se recalcó que parte del auge que han tenido en los últimos tiempos las situaciones de violencia de género que salen a la luz se debe, en parte, a la mayor sensibilización de las víctimas, un campo de actuación hasta ahora no suficientemente trillado. La víctima ya no acepta serlo, no lo considera “natural”, y aumenta el porcentaje de denuncias (que provocan la movilización del mundo del derecho) aunque no se amplíe el número de agresiones.

En este sentido la siguiente:

(Madrid, IV-2005) Las estadísticas demuestran que la violencia afecta especialmente a la mujer, y así ha sido desde momentos arcaicos, pero el desarrollo cultural de nuestra sociedad ha permitido que las mujeres, que vivían humilladas y sin posibilidad de denuncia, pasen ahora a ser capaces de enfrentarse a estas situaciones. Y además se toman medidas necesarias para evitar que estas situaciones de violencia se repitan y sean sancionadas debidamente. Así, desde hace 18 años, la Fiscalía General del Estado con la circular 3/1998, que permite conocer datos estadísticos de los casos de violencia sobre mujeres y menores.

Pero, junto a mujeres y menores, también se pone de manifiesto que en las relaciones sociales en las que intervienen los sectores sociales más débiles: personas ancianas, personas discapacitadas o inmigrantes; siendo cuando se reúnen varias de estas circunstancias donde las situaciones de dominación son más humillantes.

No solamente está cambiando la mentalidad de la víctima. También la de los demás: vecinos, policía, personal de la Administración de Justicia.. deben desarrollar los medios jurídicos a aplicar para paliar el problema. Las mujeres deben encontrar, y de esto se ocupa también la ley de violencia de género, el campo que les posibilite el ejercicio de sus derechos. Para ello se

adoptan medidas dirigidas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 31), los Juzgados (título V. Capítulo I, sobre los Juzgados de violencia sobre la mujer), los Fiscales (capítulo V del mismo título, sobre el Fiscal contra la violencia de la mujer)

La conclusión termina recalando que esta situación de vulnerabilidad puede multiplicarse en el caso de que concurran otras circunstancias que, en sí, impliquen otra solución de debilidad, discapacitados, ancianos, inmigrantes. Lo desarrolla la que vemos a continuación.

(Madrid, XI-2005) 4.- La ley se aplica a uno de los supuestos de violencia dentro del ámbito doméstico, muy grave pero no el único caso, pues se comprueba que la violencia se ejerce contra personas en situaciones de inferioridad.

Quedan fuera:

Los mayores, donde se plantean características distintas, en cuanto a las personas que la ejercen (mayor incidencia de cuidadores de todo tipo); a la reacción del afectado, de aceptación en bastantes casos; de publicidad, etc.

Las personas con discapacidad, especialmente vulnerables por dificultarse la posibilidad de denuncia. No están adaptados para discapacitados, además, los centros que deben ser utilizados para aplicar las medidas que contempla esta ley (centros de acogida, comisarías...)

En estos casos deberían aplicarse, aún con mas interés, algunas de las soluciones de la ley, por ejemplo las educativas, penales o jurisdiccionales.

Aquí se trasciende del concepto “violencia de género” (sobre la mujer) volviendo al original de “violencia doméstica” (la que tiene su origen en la situación de dominio que se puede producir en el hogar) No podemos olvidar el efecto multiplicador que se produce si se suman violencia + mujer + otra vulnerabilidad. Pero no sólo esto, aún en los casos en que el elemento ausente sea la mujer, no por ello son suficientes para los demás las medidas represivas que contemplábamos en las tres leyes del año 2003. Bastantes de las medidas adoptadas en la última ley (de violencia de género) son necesarias para las demás situaciones de violencia doméstica, y por eso se demandó su aplicación, citándose las educativas, penales o jurisdiccionales.

III.- LOS MEDIOS.

En su artículo 1 la Ley 1/2004 fija su objeto. Después de definir la violencia a la que se refiere en su punto primero (que ya hemos transcrito), detalla en el segundo las medidas básicas que contempla: *Artículo 1. Objeto de la Ley. 2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.* Prevenir, coordinar los esfuerzos que se requieren, proteger y asistir son los apartados a los que nos referiremos.

III.A Prevención.

Se dedica un capítulo al ámbito educativo y otro al de la publicidad. Los dos dentro de la primera fase: prevenir que no tenga lugar la violencia de género.

(Madrid, IV-2005) También es una palabra básica: PREVENCIÓN. La prevención es el único medio para proteger a la víctima de sí misma. Labor preventiva que nos obliga a cuidar la publicidad en los medios de comunicación y a realizar un estudio en profundidad de los contenidos educativos. El Fiscal General del Estado pone de manifiesto a través de circulares, que se siga el procedimiento por encima de la retractación de las víctimas y la ocultación de pruebas.

La prevención desde la escuela y, posteriormente, vigilando la publicidad, que constituye el medio de comunicación con más potenciales oyentes.

Se incorpora la propuesta de continuar la fase represiva aún con la retractación de las víctimas. Esta retractación supone la admisión de la violencia por quien la sufre. Da al traste con toda la política formativa que constituye el inicio de las medidas a adoptar.

(Madrid, XI-2005) 5.- Dentro de las soluciones que se consideran necesarias, con independencia de la ley, para la solución del problema de la violencia de género, figuran las siguientes:

.. Prevención, a través de medios educativos y de información que contribuyan a alterar el patrón cultural origen de la violencia.

Más prevención en la educación. El capítulo correspondiente se refiere exclusivamente al sistema educativo⁴; no entra en la obligación de los padres de contemplarla en la educación de sus hijos. No obstante, se recalca el papel de la publicidad. Incluir en ésta, como normales y admisibles, los papeles que constituyen la base ideológica de la violencia permite su proliferación. El patrón cultural admitido por una persona se forma en su infancia y en su vida adulta; en ésta el vehículo es la publicidad. De ahí la importancia que se le da⁵.

III.B Coordinación y especialización

En todas las fases incluidas en la ley se hace preciso que todos los agentes actúen de forma coordinada y que, en lo posible, estén especializados en la materia.

En un primer momento, con la prevención e información. Recordemos que se prodiga en un cierto patrón cultural que es admitido tanto por el agresor como por la víctima. De ahí que la primera informada deba ser ésta, elemento que deberá concurrir de forma coordinada con los demás que estamos viendo.

(Madrid, IV-2005) La palabra fundamental en la protección de la víctima de violencia debe ser COORDINACIÓN: para prevenir las situaciones de violencia, para proporcionar información a las personas que son violentadas y que conozcan sus medios de defensa.

⁴ Comienza con una declaración de principios bastante clara: *Artículo 4. Principios y valores del sistema educativo.*

1. El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia. Igualmente, el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres y la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos. ..

⁵ La norma más contundente en esta materia es el *Artículo 10. Publicidad ilícita.*

De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

A partir de ella se desarrollan medidas y criterios a adoptar.

(Madrid, IV-2005) Coordinación entre los diferentes observatorios que se han creado en torno a esta lacra social para intercambiar información y datos estadísticos: CGPJ, CAM, ayuntamientos...

El problema está siendo analizado por muy diversos organismos. Se ha recalcado en el texto anterior la necesidad de se actúe de forma que se compartan los resultados, para que todos dispongan de una información lo más completa posible.

Pasamos ahora a un momento posterior, el de la sanción y erradicación de la violencia. La ley, por un lado, crea los Juzgados de Violencia de Género y a continuación fija su competencia, introduciendo dos nuevos artículos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Curiosamente, al fijar esta competencia, incluye los actos que hemos denominado como violencia doméstica, con un contenido, por lo tanto, más amplio que el que constituye el propio de la ley 1/2004⁶.

Por otro lado, regula la preferencia de estos juzgados recién creados; se trata de evitar que haya varios procesos abiertos relacionados con unos hechos

⁶ De su creación se ocupa el artículo 43: *Se adiciona un artículo 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:*
En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede ...

De la fijación de su competencia, el 44: *Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:*

1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género. ..

que, pese a afectar a distintas ramas del Derecho (civil y penal), deben tratarse de forma conjunta⁷.

(Madrid, XI-2005) 3.- La unificación en un solo juzgado de todos los temas referentes a la violencia de género es un paso efectivo a fin de evitar la dispersión de instancias y autoridades que conocen de este tema. Supone un importante paso a la hora de facilitar la atención jurídico-judicial que necesitan las mujeres víctimas de la violencia.

No obstante, la solución adoptada plantea bastantes problemas de índole jurisdiccional que podrían encontrar solución en unas reformas mas a fondo, la creación de una jurisdicción específica de igualdad y familia.

Es decir, hay que ir más allá; no sólo un Juzgado especial para estos casos, sino una jurisdicción con más amplias competencias, superando el sistema de inhibiciones.

(Madrid, XI-2005) 5.- Dentro de las soluciones que se consideran necesarias, con independencia de la ley, para la solución del problema de la violencia de género, figuran las siguientes:

Especialización y coordinación de todos los agentes que intervienen en sus tratamientos: jueces, fiscales, abogados, médicos, policía. La coordinación debe reducir el número de entrevistas a realizar por la víctima. ...

⁷ Y esto es lo que hace el artículo 57, que adiciona otro a la Ley de Enjuiciamiento Civil, el 49.bis:

1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, ..., deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente,...

3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, .. requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

... 5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al igual que antes veíamos en relación con los estudios u observatorios, la situación es similar pero en un momento más delicado: la violencia ya ha aparecido, ya tenemos una víctima que tiene que ir contando su historia en una lista de instancias (sanitarias, policiales, fiscal, juez, trabajadores sociales...) Tal situación, que normalmente será traumática para quien la sufre, debe reducirse al mínimo.

(Madrid, XI-2005) 6.- El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal desarrolla el derecho constitucional de tutela efectiva y concreta la función tuitiva de este profesional.

La creación de especialidades en la Fiscalía General del Estado responde a la necesidad de obtener la mayor eficacia posible en el funcionamiento de cada área de protección, por ello existe un Fiscal de Sala especializado en violencia de género y otro especializado en otras víctimas de delitos.

La mejora en la creación de la especialidad se consigue a través de:

-La unificación de los criterios en la actuación de todos los fiscales de España que trabajan en estas materias, ante la posible actuación contradictoria de los Juzgados. A esto obedece la creación de protocolos de actuación.

-La coordinación de los múltiples organismos que traban en la materia.

No solamente se ha alterado la organización judicial, sino que también la de los fiscales (Capítulo V del Título V) En la cúpula, se crea un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer; en la base, se crean secciones sobre este tema en cada una de las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales. Constituirán la plataforma sobre la que se podrá establecer la aplicación práctica de la necesidad de especialización y coordinación que se citan en la conclusión anterior.

III.C Protección

La observación de la realidad nos enseña que la víctima no sólo ha sufrido malos tratos; está en riesgo de seguir sufriendolos. La ley adopta soluciones sancionadoras (básicamente modificaciones del Código Penal), pero también permite medidas preventivas de las futuras (y muy posibles) agresiones. El capítulo IV del título V se ocupa de ellas, y regula órdenes de

salida del domicilio, alejamiento, suspensión de comunicaciones, suspensión de patria potestad, guarda o custodia de hijos o del régimen de visitas (nos falta la privación del permiso de armas, algo alejada de las anteriores) Se adoptan a partir del momento en que se inicie el procedimiento, al fijar las medidas cautelares, y podrán mantenerse después de la sentencia.⁸

(Madrid, IV-2005) Los cuerpos de seguridad del Estado deben asegurar que se evite que se comuniquen el agresor con su víctima: alejamiento, teléfono, correo electrónico,... Consiguiendo así con una pequeña limitación de los derechos fundamentales del agresor una gran protección a la víctima. pero para que los cuerpos de seguridad puedan cumplir de forma adecuada estas medidas deben contar con medios materiales y efectivos suficientes.

Las más necesarias son las que separan al agresor de su víctima, de modo que no sólo hace falta que las ordene un juez, sino también que las protejan los Cuerpos de Seguridad del Estado. Suponen una limitación de derechos anterior a la sentencia, pero deben encuadrarse en las medidas de discriminación positiva que se adoptan en las situaciones de inferioridad de unos ciudadanos frente a otros.

III.D Asistencia.

En la última fase de ayuda, la asistencia, la ley 1/2004 establece una disposición de principios⁹, que va seguida de una enumeración de contenidos

⁸ Artículo 61. Disposiciones generales.

1. Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción.

⁹ Artículo 19. Derecho a la asistencia social integral.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderá a

(que incluye información, atención psicológica y apoyo social, educativo y de carácter laboral) Finalmente implica a todos los profesionales relacionados con la materia y la extiende a la atención del resto de la familia (todo ello en el artículo 19) La finalidad de esta asistencia es la rehabilitación, la reintegración social. Respecto de las personas con discapacidad (objeto de ella), la Convención de la ONU los recoge, uniéndolos a las medidas de protección que hemos visto en el apartado anterior¹⁰.

La primera de las conclusiones en este apartado es la referente a los centros de acogida. Rota la unidad familiar de forma traumática, lo primero es alojar a los restos de la familia que se han visto agredidos.

(Madrid, IV-2005) Ayuntamientos y Comunidades Autónomas deben crear centros de acogida con medios materiales y personales. Siendo debidamente supervisados los centros de acogida protegidos. Y siendo centros accesibles que puedan proteger a mujeres discapacitadas.

Los hijos de las mujeres violentadas no tienen centros de acogida que cuenten con ellos.

Es necesario contar con medios asistenciales adecuados, especialmente para atender los daños psicológicos: la asistencia psicológica es insuficiente en la red pública y así no se pueden curar los daños psicológicos de las personas que han sufrido violencia.

Son necesarios cursos de formación para los profesionales que intervienen en todas las fases de protección.

los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional.

¹⁰ Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Artículo 16. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso. .. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.*

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

especialmente cursos en centros de acogida para que los trabajadores sociales puedan informar con precisión de los derechos de las víctimas.

Informar a las víctimas de que pueden acudir a los servicios de teleasistencia a través del convenio de Fiscalía General del Estado con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Se recalca que harán falta medios materiales, personales y asistenciales. Asimismo deberán incluir a los hijos¹¹ y en condiciones de accesibilidad. Finalmente se hace ver la necesidad de formación (de quienes atienden a esta asistencia) e información (de quienes la reciben)

A continuación se recalcaron otros dos aspectos necesitados de una vigilancia especial: el primero, recuperar la normalidad en la vida de la persona agredida (más acuciante cuando va acompañada de los hijos) El segundo, protección frente al acoso, lo que justifica las medidas de alejamiento, abandono del domicilio, privación de patria potestad y custodia de hijos o pérdida del derecho de visitas a los que ya hemos hecho alguna referencia. No obstante, las formas del acoso son demasiado prolijas, lo que necesita de un tratamiento más concreto para excluir actos que, aisladamente considerados, no se encuentran tipificados. Como los que se citan al final de la conclusión siguiente.

(Madrid, XI-2005) 5.- Dentro de las soluciones que se consideran necesarias, con independencia de la ley, para la solución del problema de la violencia de género, figuran las siguientes:

.... Atención a la víctima una vez sufrida la violencia, a fin de que en lo posible recupere la normalidad de vida que ha perdido.

La regulación del acoso. Para evitar el seguimiento de la víctima, mensajes en móviles o buzones, conversaciones con vecinos para desacreditarla, que generan un tipo de violencia (acoso crónico) ya contemplado legalmente en otros países. Es

¹¹ Artículo 19.... 5. También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida. A estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género.

necesario iniciar el estudio sobre una nueva normativa de regulación del acoso.

Por último, una valoración general, positiva, de la ley 1/2004, y un breve repaso de algunas de las medidas que se han recibido con mayor expectación. Como el analizar el tema desde las raíces culturales, puesto que hasta ahora se intentaba atajar la lacra exclusivamente con medidas represoras (en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal) El utilizar medidas educativas y de control de la publicidad (entendiendo por tal el producto de los medios de comunicación, no sólo el de los anuncios comerciales) El esfuerzo sobre un conjunto de profesionales, no sólo jueces y policías.

(Madrid, XI-2005) El resultado desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 hasta el día de hoy se valora de forma muy positiva. Por primera vez en Europa se da una solución integral, estudiando las causas (la desigualdad histórica cultural); atendiendo a la necesidad de supervisión sobre la publicidad, y su implantación en programas educativos.

Recibe también una valoración positiva la labor realizada por los servicios de atención directa a las víctimas, siendo necesario un conocimiento generalizado de los diferentes profesionales relacionados con la materia, tanto en la Administración Autónoma como la administración municipal y los trabajadores sociales, psicólogos, etc.

Desde una situación en que las víctimas no exponían sus casos porque no confiaban en el sistema, han aumentado las denuncias. Sin embargo, un buen número de supuestos de violencia siguen sin denunciarse, y es preocupante el porcentaje de las que, una vez presentadas, se intentan retirar.

Finalizamos recordando lo que comentábamos acerca de que han aumentado las denuncias debido a la concienciación social, pero no necesariamente el número de casos. No obstante, hay bastantes situaciones que quedan ocultas tras las paredes del hogar. Y resulta especialmente preocupante el número de denuncias retiradas, tristemente habituales en las noticias que nos hablan de una agresión, esta sí, mortal.

Capítulo décimo. La dependencia. Ley 39/2006.

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

La LEY 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se promulgó el 14 de diciembre de 2006 y se publicó en el Boletín Oficial del Estado al día siguiente. Sobre la base de proyectos se había estudiado esta situación en las jornadas de la Fundación Aequitas en los años 2005 y primeros meses del 2006. Sobre un proyecto ya definitivo tuvimos unas jornadas especialmente dedicadas a ella en octubre de 2006, y ya sobre el texto publicado se trató con gran amplitud en otras de enero y febrero del 2007, con alguna referencia posterior. Es, pues, una materia considerada con mucha atención, dada la importancia que tiene en relación con la actitud de nuestra sociedad sobre los discapacitados o más vulnerables, y por constituir un cambio en el sistema económico-jurídico de la cuestión. Hasta el final del siglo XX, la atención era un problema de los más cercanos (deber familiar de alimentos); en su ausencia entraba la beneficencia; en un primer lugar de entidades que se ocupaban de ella (la Iglesia, principalmente), que fueron siendo sustituidas poco a poco por la Administración.

En el actual sistema de organización social, con base en la Constitución, el dependiente ya no es objeto de beneficencia, sino titular de un derecho subjetivo, que el Estado debe proteger y asegurar. La ley que tratamos se ocupa básicamente de organizar en qué consiste. Para su estudio (a la hora de organizar las múltiples conclusiones que ha producido) hemos distinguido unas consideraciones generales y después tres puntos de vista: el del sujeto que tiene derecho a recibir la asistencia; el de los derechos que se le reconocen, y el de los mecanismos previstos para cumplirlos. Las conclusiones no se han visto limitadas por este esquema, por lo que se incluyen de forma conjunta consideraciones que afectarán a unos y otros. No obstante, dado su número, no sería claro un estudio meramente cronológico.

Veamos primero unas ideas generales, tal como se extraen del objeto de nuestro estudio.

En primer lugar, la muy amplia aceptación política que generó su aprobación:

(MADRID, X-2006) 6. Esta Ley se ha elaborado con un consenso muy amplio, contando con el apoyo de toda la Cámara; se puede decir que es la que cuenta con un mayor consenso entre los partidos políticos.

Tal como ha ocurrido con otras leyes del Derecho de la Discapacidad, la aprobación ha sido amplísima o unánime en los órganos legislativos. El motivo de fondo no genera discusión, es aceptado por todas nuestras fuerzas políticas; habrá discrepancias en cuanto a las soluciones concretas aprobadas, pero no llegan a generar votos en contra. En esta ley, no obstante, las diferencias venían provocadas por cuestiones competenciales. El Estado la promulgó en ejecución de las competencias que le atribuye el 149.1.1.º de la Constitución, pero pronto se generó rechazo por algunas Comunidades Autónomas acerca de la extensión de estas facultades, que está pendiente de resolverse¹. De hecho, se han presentado algunos recursos de inconstitucionalidad contra normas concretas de la Ley.

También se puso encima de la mesa otra visión que los estudiosos de las leyes no solemos tener en cuenta, su repercusión económica en la economía nacional, y desde un doble aspecto. El primero, la repercusión en nuestro sistema económico; el segundo, los previsibles problemas presupuestarios:

(MADRID, X-2006) 19. Dentro del impacto económico de la puesta en marcha de esta Ley, cabe destacar:

- a. la creación de 262.000 puestos de trabajo directos y 80.000 indirectos.
- b. Se prevé que la financiación por parte de la Administración General y las CC.AA. llegue a representar el 1% del PIB en lugar del 0,3% actual.
- c. Por otra parte, generará entre el 1,4 y el 1,6% del PIB.

¹ Disposición final octava de la Ley 39/2006: *Disposición final octava. Fundamento constitucional.*

Esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.ª de la Constitución.

Artículo 149 de la Constitución Española: 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

1ª 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.

Una preocupación inicial tras la recepción de la idea de que la Administración va, por fin, a sufragar los gastos ocasionados por la dependencia, es la de su financiación. No se suele pensar en la promoción que supone para nuestra economía la movilización de medios y personas que ello supone, que se reseña en la anterior conclusión. No obstante, la siguiente nos recuerda que, aunque suponga un fuerte esfuerzo presupuestario, es necesario ante el aumento de las situaciones de dependencia que se nos avecina, dadas las alteraciones en la pirámide de edad de la población.

(ALBACETE, V-2007) 1. Los cambios demográficos debidos al aumento de la esperanza de vida que han tenido lugar en la sociedad española, y los que pueden preverse, justifican una respuesta presupuestaria y legislativa, en la que se inscribe la Ley de Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En enero de 2007, en Granada, se presentaba la Ley ya promulgada y en vigor. Por ello se hizo una exposición de sus intenciones generales:

(Granada, I-2007) 1.- La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia implica un cambio de sistema en la atención de las personas que tienen limitada su autonomía personal y no pueden realizar por sí mismos los actos de la vida diaria.

También se aludía al proceso que siguió su elaboración:

La Ley 39/2006 se configuró en su tramitación como una ley para atender a los mayores. Después se extendió a los discapacitados, a los menores de tres años y a los enfermos. Consagra un cambio de sistema jurídico-económico en la atención de las situaciones de dependencia. Se configura un sistema de atención pública, universal, igualitario y participativo entre administraciones, superando los sistemas de atención privada, familiar o basado en subvenciones. Con carácter subsidiario, estas situaciones se atienden con servicios privados autorizados, con carácter familiar o con asistentes personales.

Una ley pensada en su inicio para las personas mayores, que durante su tramitación se fue ampliando a otros grupos sociales (en el apartado siguiente

se hará referencia a algunas observaciones a este respecto) Se recalcan las características de la asistencia, y en el párrafo anterior, y con más claridad en el siguiente, se incidía sobre la superación del sistema de atención familiar, que ha devenido insuficiente:

Esta situación obedece a un cambio en el modelo de sociedad: el anterior, de protección familiar con obligaciones morales, plasmadas en la obligación de alimentos, hoy deja paso a un modelo basado en la atención a la dependencia por los poderes públicos, artículos 9.2 y 50² de la Constitución Española.

Sin embargo, como todo cambio social, es gradual. Subsisten muchas situaciones en las que la atención preferida es la familiar, junto al principio de profesionalización de la asistencia.

El sistema de atención familiar se puede considerar como insuficiente, pero es el preferido en muchos casos. El dependiente quiere ser atendido en su casa y por sus más allegados. De este modo se ha incluido en la ley la posibilidad de continuar con la atención familiar, siempre que reúna las condiciones suficientes para asegurar una prestación digna, reforzando las debilidades (por ejemplo, económicas) que este medio pueda presentar³. Esta

² Constitución Española, 27 de diciembre de 1978.

Artículo 9. ... 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

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.

³ *Artículo 18. Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.*

1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.

2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.

consideración de la familia como unidad colectiva natural, protegible por la Administración, encuentra respaldo en la Convención de la ONU⁴.

También hay que tener en cuenta el propio sistema de organización normativa, una ley marco que deberá ser desarrollada:

(Granada, I-2007) 5.- Proliferación normativa.

Los sistemas legales que se están adoptando, a base de leyes marco a desarrollar por normas centrales y autonómicas, provocan una proliferación normativa que puede motivar su falta de eficacia. Hay que atender al completo desarrollo de las leyes, y en los plazos fijados para ello. Se debe hacer una llamada al desarrollo inacabado de la Ley 51/2003, en vías de ser completado a corto plazo. Esta la misma situación se presenta en la ley de Dependencia.

El desarrollo será muy complejo, tanto desde el punto de vista competencial (Estado / Comunidades Autónomas) como el jerárquico; se verán incluidas normas de todos los rangos, hasta acabar en resoluciones administrativas singulares. Pero se hizo una equiparación con el desarrollo de la Ley de Accesibilidad, 51/2003.

Y, al igual que mereció la Ley 41/2003, objeto de amplio estudio en otro lugar de este libro, una primera valoración positiva:

(ALBACETE, V-2007) 2. Dicha Ley, que atenderá a aquellas personas con o sin discapacidad que se encuentren en situación

3. *El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.*

....

Artículo 14.4: El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención.

⁴ Convención de la ONU sobre las personas con discapacidad. *Preámbulo.. x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones,..*

de dependencia y que necesiten ayuda para realizar las actividades de la vida diaria, es valorada muy positivamente. En su aplicación y desarrollo es fundamental el baremo recientemente aprobado y la gestión que se encuentra encomendada a las Comunidades Autónomas.

Es una norma que puede parecer extraña a nuestro sistema económico, pero necesaria para poder cumplir la atención que es debida a los que la necesitan, normalmente discapacitados.

II.- LOS SUJETOS.

IA. ¿Qué es la dependencia?

Comenzamos el estudio del sujeto dependiente definiendo la dependencia, tema que se trató en junio de 2005 (casi año y medio antes de aprobarse la ley) Se adoptó el concepto que nos suministra el Consejo de Europa⁵, que además es el que recoge el Libro Blanco de la Dependencia⁶.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 10. El Consejo de Europa define la “dependencia” como el estado en que se encuentran las personas que, por falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para los actos corrientes de la vida diaria.

El Libro Blanco de la Dependencia muestra la situación actual en nuestro país con realismo, sin embargo le falta una conexión con las soluciones preventivas de la propia discapacidad, que cada persona puede hacer con su propio patrimonio.

Puesto que parece que nuestro Sistema Nacional de Dependencia se basará en un sistema de copago, es de interés general que el patrimonio de las personas mayores sea

⁵ En una Recomendación relativa a la dependencia, realizada por el Consejo de Ministros, de septiembre de 1998.

⁶ Elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, fechado el 23 de diciembre de 2004, para servir de base para un proyecto de ley sobre protección a las personas en situación de dependencia.

debidamente organizado y gestionado para que pueda atender esos futuros pagos.

Estas medidas de previsión deben ir acompañadas de medidas fiscales adecuadas. Así como de cursos de formación a las personas mayores para que conozcan las distintas opciones.

Tras esta definición, se ahondó en la cuestión de la autonomía de la voluntad, es decir, falta de conexión con las soluciones patrimoniales que cada uno puede adoptar en relación con su propia discapacidad. Problema de importante aplicación práctica en esta materia, ya que al preverse el sistema de copago, sería preciso vincular las decisiones adoptadas por uno mismo con las que pueda establecer la Administración al atender a nuestra dependencia. Uno de los instrumentos para fomentar estas actuaciones propias o del entorno más cercano es la política fiscal. Un sistema de incentivos fiscales servirá para cubrir toda o parte de la atención a la dependencia, liberando recursos públicos para otros destinos.

Las siguientes conclusiones se refieren a la cuestión de “cuánto” dependiente se es, pues, dependiendo del alcance de la dependencia, así será el alcance de la prestación pública. Empezamos por examinar quién lo decide. El Libro Blanco sobre la dependencia indicaba, examinando la situación en aquel momento, que “Estas valoraciones estarán a su vez realizadas por equipos multiprofesionales, generando alguno de estos profesionales, a su vez, más de un baremo..” (pg. 81) La ley atribuye la competencia a las Comunidades Autónomas, bajo la supervisión de un Consejo Territorial⁷. En la siguiente consideración se proponía el mantenimiento de la idea del Libro Blanco, equipos multiprofesionales:

(MADRID, X-2006) 11. La valoración de la situación de dependencia se llevará a cabo por los órganos de valoración determinados por las Comunidades Autónomas, los cuales emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia. Aun no se ha establecido por quién está formada la Comisión de Valoración, aunque se sabe que estará integrada por titulados de

⁷ Artículo 27. *Valoración de la situación de dependencia.*

1. *Las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público...*

grado medio, preferentemente de la rama sanitaria. En España, debido a la escasez de estos profesionales, puede que sean trabajadores sociales. En general, no se está de acuerdo con esta decisión, ya que se considera que dicha Comisión debería estar integrada por un equipo multiprofesional, pudiendo hacerse así una valoración más correcta.

En este sentido, y centrado en las personas mayores (iniciales destinatarias de la ley), pasamos a solicitar equipos multidisciplinares que puedan contemplar todos los aspectos que afectan a las posibilidades de una vida independiente.

(Murcia, XI-2007) 5.- Se resaltan los beneficios que comportaría para una adecuada valoración de los eventuales supuestos de demencia la existencia de equipos multidisciplinares que integrados por neurólogos, psiquiatras, neuropsicólogos, psicólogos clínicos, y trabajadores sociales y enfermeras, informen sobre el estado cognitivo - emocional de las personas.

Una vez tratado por quién, venía el cómo, para lo que preveía un baremo⁸. Éste ya ha sido aprobado en el año 2007⁹, aunque aún no ha generado comentarios en estas jornadas.

⁸ Artículo 27. Valoración de la situación de dependencia.

...2. El grado y niveles de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto. Dicho baremo tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF), adoptada por la Organización Mundial de la Salud.

3. El baremo establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia, y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso.

4. El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental.

⁹ Por el REAL DECRETO 504/2007, de 20 de abril.

(MADRID, X-2006) 12. El grado y niveles de dependencia se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde por el SAAD [*Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*]. El baremo de la valoración se basa en la capacidad del posible beneficiario para la realización de las “actividades básicas” de la vida diaria.

Hemos visto que el concepto de “actividades básicas de la vida diaria” es el criterio central para determinar la dependencia y su graduación. Es adecuado para los sujetos inicialmente previstos desde el Libro Blanco y en el proyecto inicial de la ley, que se ha visto completado con otros dependientes. A estos, en los casos de discapacidad intelectual y enfermedad mental, puede no serles suficiente, y a ello se refiere la siguiente:

(MADRID, X-2006) 13. Estas actividades no pueden ser el baremo para valorar la dependencia de discapacitados intelectuales y enfermos mentales. Deberían introducirse como necesidades básicas la capacidad de autogobierno y autodefensa.

Estas personas pueden ser perfectamente capaces para realizar las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda, pero si nos fijamos en esto exclusivamente estamos suponiendo que pueden adoptar correctamente la decisión de hacerlas o no, y cuándo. Por ello el baremo ha incluido, al definir los grados de dependencia, tras la referencia a la necesidad de ayuda para realizar los actos de la vida diaria, los términos “*tiene necesidades de..*”, “*requiere..*”, “*necesita..*” “*Apoyo.. para su autonomía personal*”¹⁰. Puede ser capaz de salir a la calle, atender a su aseo personal.. pero puede necesitar apoyo para decidir cuándo, cuántas veces, lo hace.

II.B. Los dependientes.

En el sistema de esta ley se crea una nueva categoría de personas, en las que se atiende a un aspecto concreto en su situación de vulnerabilidad, la persona dependiente.

¹⁰ En el Anexo I, Baremo de Valoración de los grados y niveles de Dependencia (BVD), del R.D. 504/2007.

La siguiente conclusión trata de centrar el concepto de dependencia y la finalidad de la ley 39/2006 en la idea de la necesidad de atención para las actividades de la vida diaria. Quienes necesitan esa atención son los sujetos de esta ley. No lo son ni los afectados por la edad, la enfermedad o la discapacidad, aunque estas situaciones concurrirán con la dependencia. Esto se recalca en la primera de las dos que contemplamos:

(MADRID, X-2006) 3. Con esta Ley se incluye el término de “persona dependiente”: aquella 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, intelectual o sensorial, precisan, con carácter permanente de la atención de otra y otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria.

Y las dos siguientes vuelven a incidir en la separación de los conceptos entre persona discapacitada y dependiente, aunque con frecuencia se acumulen los dos en un mismo sujeto. La presente ley se ocupa del segundo concepto, no de la discapacidad.

(MADRID, X-2006) 4. No hay que confundir los términos de “persona discapacitada” con “persona dependiente”, no todos los discapacitados son dependientes.

(Valladolid, X-2006)12. El proyecto de ley de promoción de autonomía personal y atención a la dependencia crea una nueva categoría: la persona dependiente, ésta debe ponerse en relación con el concepto de persona con capacidades diferentes. Esta Ley reconoce el derecho a ser atendido potenciando la autonomía personal.

Discapacidad y prestaciones del sistema sanitario deben estar íntimamente relacionadas y para ello deben ser objeto de estudio conjunto para que se alcance la efectiva integración.

El concepto de “persona con capacidades diferentes” se propuso para sustituir al de “persona con discapacidad” con el fin de evitar términos negativos, pero no ha llegado a tener aceptación práctica (de hecho, no lo utilizamos en este trabajo) El de “persona dependiente” no coincide con aquel, pero es innegable que, en la mayor parte de los supuestos, los sujetos se superpondrán.

En principio se pensó en los mayores, estudiándose los procesos de envejecimiento demográfico (1) como causa inicial para un aumento de la dependencia (fenómeno que no se inicia, sino que es anterior, a la preocupación que da lugar al Libro Blanco y, después, a la Ley 39/2006) Al fijarse en la consecuencia, la dependencia, se ve que hay otros dos fenómenos existentes en nuestra sociedad: (2), que junto a los mayores hay discapacitados, estudiándose el aumento de sus situaciones de dependencia, y (3), que la atención prestada en el hogar, en última instancia por el elemento siempre presente en él, la mujer, hace aguas¹¹. Estos tres elementos se comentaron en Madrid, en octubre del 2006:

(MADRID, X-2006) 1. Esta Ley surge como respuesta al incremento progresivo de la población en situación de dependencia, por cambios demográficos y sociales, tales como el crecimiento de la población mayor de 65 años y mayor de 80 años, aumento de las tasas de supervivencia a determinadas enfermedades crónicas y de muchos discapacitados a sus progenitores, el incremento de accidentes laborales y de tráfico que generan dependencia, incorporación de la mujer al mercado de trabajo, etc...

Dentro del campo de las personas mayores, se les dedicó especial atención en las jornadas celebradas en Murcia, en noviembre de 2007. En primer lugar se intentó recordar la actualidad político-social del tema, y a continuación reclamar la aplicación de los criterios de transversalidad, la aplicación de un conjunto de normas y no sólo las específicas para estas situaciones.

(Murcia, XI-2007) 1.- En el "Año europeo de la igualdad de oportunidades para todos" llamamos la atención sobre los esfuerzos que se han desplegar desde todos los sectores y administraciones para que los objetivos de una sociedad justa y

¹¹ Basta observar el comienzo del índice del Libro Blanco de la dependencia, en su capítulo I:

“2. Los determinantes demográficos de la dependencia

2.1. *El proceso de envejecimiento demográfico incrementa las necesidades de cuidados y atención*

2.2. Las situaciones de discapacidad generan dependencia en todos los estratos de población

2.3. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación de la mujer al trabajo reducen la disponibilidad de apoyo informal..”

cohesionada alcancen un enfoque transversal incluyendo a las personas mayores en situación de dependencia.

A continuación se recordaba la extensión que alcanza la dependencia en el ámbito de las personas con discapacidad, lo que provocó su inclusión en la ley, excluyendo a los menores de tres años (un poco más adelante los veremos, entre los excluidos)

(MADRID, X-2006) 2. En un principio esta Ley iba dirigida al colectivo de personas mayores, pero en España el ámbito de la discapacidad es prioritario al de los mayores; por este motivo se hizo una Ley para todas las personas dependientes, excepto del tramo de edad comprendido entre 0 y 3 años, para los cuales se va a hacer un Plan Específico.

Hasta ahora hemos contemplado a las mujeres como un grupo que atendía a las personas dependientes en el hogar familiar. A continuación se recalca este papel, y también el hecho de que son más longevas que los hombres, lo que produzca que sean más las que serán atendidas dentro del ámbito de la ley.

(MADRID, X-2006) 5. Se puede decir que es una Ley principalmente dirigida a colectivo de mujeres, por dos motivos: el primero es que dentro de la población de “mayores” es mucho más elevado el número de mujeres que de hombres y, segundo, son las mujeres las que suministran mayoritariamente el “apoyo informal” a las personas dependientes dentro del seno familiar y esta Ley proporciona ayuda a estos cuidadores informales.

También, a efectos prácticos, la importante consecuencia derivada del esfuerzo presupuestario que va a suponer su aplicación: no puede aplicarse desde el principio a todos los que serían acreedores de sus servicios. Hay que priorizar, y el criterio más lógico es el que ha adoptado, los más necesitados primero¹². La consecuencia será la que se cita a continuación, que bastantes de los hoy dependientes no llegarán a disfrutar de la asistencia a su dependencia.

¹² Ley 39/2006, *Disposición final primera. Aplicación progresiva de la Ley.*

1. *La efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercerá progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con el siguiente calendario a partir del 1 de enero de 2007:*

El primer año a quienes sean valorados en el Grado III de Gran Dependencia, niveles 2 y 1.

(MADRID, X-2006) 17. En la primera fase de aplicación de la ley, la prioridad es la atención a las necesidades de los de mayor grado de dependencia, por lo que muchas personas que se encuentren hoy dentro del nivel de dependencia moderada quedarán en esta primera fase fuera de la cobertura que proporciona esta Ley.

II.C. Los excluidos.

Esta primera consideración que reproducimos no se refiere a la Ley de Dependencia, 39/2006, sino a la de Violencia de Género, que se ha visto en capítulo aparte. Pero interesa apreciar que la atención jurídica que en ella se contempla es una forma de atención a su dependencia; los mecanismos que con relación a las mujeres se establecen encuentran unas personas más desprotegidas que ellas, que tienen necesidad de estas medidas de protección, ajenas a la ley que aquí estudiamos.

(Madrid, XI-2005) 4.- La ley (1/2004, de Violencia de Género) se aplica a uno de los supuestos de violencia dentro del ámbito doméstico, muy grave pero no el único caso, pues se comprueba que la violencia se ejerce contra personas en situaciones de inferioridad.

Quedan fuera:

Los mayores, donde se plantean características distintas, en cuanto a las personas que la ejercen (mayor incidencia de cuidadores de todo tipo); a la reacción del afectado, de aceptación en bastantes casos; de publicidad, etc.

Las personas con discapacidad, especialmente vulnerables por dificultarse la posibilidad de denuncia. No están

En el segundo y tercer año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 2.

En el tercero y cuarto año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 1.

El quinto y sexto año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 2.

El séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1.

...

adaptados para discapacitados, además, los centros que deben ser utilizados para aplicar las medidas que contempla esta ley (centros de acogida, comisarías...)

En estos casos deberían aplicarse, aún con más interés, algunas de las soluciones de la ley, por ejemplo las educativas, penales o jurisdiccionales.

Entre las personas citadas, mayores y discapacitados, se establece un vínculo de dependencia de sus cuidadores igualmente intenso que el que se establece entre la mujer y su pareja, agravado por las dificultades que tienen para interponer una denuncia o hacer uso de medidas protectoras de las establecidas en la ley de violencia de género.

Volviendo a la Ley 39/2006, ya hemos apuntado que quedaban excluidos los menores de tres años¹³.

(Madrid, II-2006) 9.- La nueva Ley de dependencia ha de contemplar en su ámbito de protección a los menores de tres años.

¹³ 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.

...

Disposición adicional decimotercera. 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 protección 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.

Estos menores plantean dos características. Por un lado, si aplicamos los criterios de valoración regulados, todos son acreedores de la asistencia, dependientes en el mayor grado, pero normalmente atendidos de forma suficiente, éstos sí, por sus familiares (de modo que la situación más habitual sería que fueran acreedores de, pero no necesitaran, esta asistencia externa) Por otro lado, hay menores que presentan ya una situación de discapacidad, lo que provoca la necesidad de una atención que, en este caso, la familia puede no estar en condiciones de prestarles (y éstos serían acreedores de la asistencia externa, y además la necesitarían)

El Libro Blanco se ocupaba de estos últimos¹⁴, y preveía actuaciones sobre atención temprana, comunicación con los padres, discapacidades graves, necesidades de apoyo para profesionales y padres,... La Ley 39/2006 aparta la cuestión y los deja fuera de su ámbito, después de determinar que se les aplicarán (una vez regulada su situación) determinados derechos previstos en ella. Éste es el momento en que se redacta la conclusión anterior. El R.D. 504/2007 los tiene en cuenta, al establecer, junto a los criterios de valoración que contempla en su anexo I, una “Escala de Valoración específica de dependencia para personas menores de tres años (EVE)”, en su anexo II. Es decir, no están tan olvidados como parecía en el año 2006, año de redacción de la conclusión anterior.

III- LOS DERECHOS.

Empecemos por las características de los derechos que en esta ley se reconocen.

(MADRID, X-2006) 7. Garantiza un derecho subjetivo, reclamable por vía administrativa y judicial; este derecho es pleno, universal, equitativo, público y participativo entre las distintas Administraciones, marca un antes y un después en nuestra sociedad.

¹⁴ Capítulo IV, apartado 4.10: Consideraciones sobre primera infancia y dependencia
En la elaboración de los programas específicos que atiendan las necesidades de los niños/as con deficiencias y/o limitaciones graves, de 0 a 6 años, así como de sus familias, el sistema nacional de atención a dependencia deberá tener en cuenta:....

El derecho a ser asistido en la dependencia no se configura como un derecho abstracto, sin posibilidad de ser exigido para una situación concreta. Se configura como un derecho subjetivo, como indica la conclusión, reclamable. Debe ser pleno, “*c) La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada*” (art. 3.c); universal, “*b) La universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley*” (art. 3.b); equitativo, “*f) La personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades*” (art. 3.f); público, “*a) El carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*” (art. 3.a), y participativo entre las administraciones, “*o) La integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados*” (art. 3.o)

Efectivamente, marca un cambio en los criterios del Estado para paliar o remediar los efectos de las situaciones que provoquen una situación de dependencia.

Seguimos estudiando la forma de adoptar la decisión de cómo se van a ejercitar estos derechos; en suma, la atención. La engarzamos con otro de los campos que en la actualidad componen el derecho de la discapacidad (recordemos: accesibilidad, atención a la dependencia, autonomía de la voluntad)

(Granada, I-2007) 2.- La fuente preferente de determinación de un sistema de asistencia debe ser la autonomía de la voluntad, suficientemente reconocido por nuestro sistema jurídico en todo tipo de ámbitos.

Esto exige una interpretación de las figuras de representación contempladas en la ley, coordinándolo con las normas generales de nuestro sistema jurídico, que determina el siguiente orden: 1, voluntad propia, con protección frente a los supuestos de voluntad débil o fácilmente influenciable; 2, representación voluntaria, incardinada con los poderes preventivos; 3, representación legal, y 4, desarrollo de la guarda de hecho. La representación familiar, tan utilizada en estas normas, debe ser regulada y aclarada.

La Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006, plantea una nueva perspectiva en la situación de las personas con capacidad suficiente en el ejercicio de su capacidad de obrar. Esto supondrá una nueva lectura del sistema jurídico del derecho privado en materia de capacidad.

Con respecto a lo que indica esta Convención, recalcaremos el reconocimiento que hace a la habitual unión de discapacidad con pobreza, y la consiguiente obligación del Estado de tratar de mitigarla¹⁵.

Pero estábamos en el momento de fijar cómo se produce la atención al dependiente. Lo más respetuoso con el principio de libertad de las personas es preguntarles a ellas. Esto se traduce jurídicamente en el principio de autonomía de la voluntad, que se incluye en los artículos 3.k y 4 (en varios de sus puntos)¹⁶. Igualmente, a lo largo del desarrollo de la asistencia que hace la ley,

¹⁵ Convención de la ONU. *Preámbulo .. t) Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad,*

Artículo 28. Nivel de vida adecuado y protección social.

... 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

... c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;

¹⁶ *Artículo 3. Principios de la Ley.*

Esta Ley se inspira en los siguientes principios:

... k) La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley...

Artículo 4. Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia.

...2... e) A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación.

f) A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno.

g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial.

h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio.

en bastantes casos se recogen casos concretos en los que el dependiente puede opinar sobre su aplicación. Este principio general ha sido, asimismo, recogido en la Convención de la ONU a que hace referencia la última conclusión trascrita¹⁷.

Y, ¿cómo opina? La situación que no plantea ningún problema es la más corriente; el propio dependiente, con capacidad mental suficiente, expone su opinión. Pero, al igual que en los demás actos jurídicos, hay medios de manifestarla a través de otras personas, o de que estas otras personas puedan, jurídicamente, exponer una opinión en nuestro nombre. Y en este punto, esencial en el estudio del principio jurídico de la autonomía de la voluntad, es donde la ley ha sido objeto de crítica. Diversos artículos de la Ley 39/2006 llaman a representantes, representantes legales, familiares..¹⁸, sin que haya un criterio general. Por este motivo la conclusión propone un orden, que es además respetuoso con el sistema que sigue nuestro Ordenamiento Jurídico en materia de representación.

El orden propuesto es el siguiente:

1, voluntad propia, con protección frente a los supuestos de voluntad débil o fácilmente influenciable. Es evidente que la primera fuente es, como hemos visto, la manifestación de voluntad de uno mismo. Pero en materia de dependencia se puede producir el efecto de una debilidad de voluntad. La persona dependiente es muy vulnerable, aspecto que debe ser examinado por el receptor de la manifestación de voluntad.

i) Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales..."

¹⁷ Convención de la ONU. Artículo 19.- *Los Estados Partes ...adoptarán medidas ..asegurando en especial que:*

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

¹⁸ Art. 4.2.d): *la persona en situación de dependencia o quien la represente*

4.2.j): quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal.

4.4: en su caso, familiares o quienes les representen,

29.1: ... alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente...

29.2 a) A instancia del interesado y de sus representantes legales

2, representación voluntaria, incardinada con los poderes preventivos. En la representación voluntaria incorporamos los dos supuestos ya estudiados: poder ordinario, otorgado por quién mantiene plena capacidad (y por lo tanto posibilidad de revocarlo o contradecir lo dispuesto por el representante), y poder preventivo, que en el momento de su ejercicio no puede revocarse por el poderdante ni puede contradecir lo expuesto. Los dos son manifestación de la autonomía de la voluntad.

3, representación legal. En defecto de voluntad propia (directa o indirecta, por apoderados), se pueden haber establecido los sistemas regulados en la Ley (aquí, la Ley en general, en el Código Civil principalmente) para que una persona forme la voluntad en nombre de otro, la tutela.

y 4, desarrollo de la guarda de hecho. Este supuesto no está citado en la Ley 39/2006, que sin embargo se refiere a “familiares” o, con bastante vaguedad, “quienes le representen”. Los “familiares” no están incluidos en los mecanismos de representación de nuestra legislación, salvo en casos concretos e imprecisos como esta ley y la legislación sanitaria. Imprecisión por cuanto no resuelve: qué grado; unos con exclusión de otros o no (¿cónyuge?, ¿hijos?, ¿padres?...); dentro de cada grado, ¿quién o, si han de opinar varios, con qué mayorías? Probablemente esté pensando el legislador en el familiar más cercano, entendiendo por tal “el que le cuida” o conviva con él (padre al cuidado de un hijo, ¿debe ser preguntado el que le ve una vez al año, el año que toca?) En el sistema jurídico civil esta situación encaja en la guarda de hecho, que en su exigua legislación suministra una base jurídica de validez de los actos del guardador.

En similares términos a los expuestos se manifiesta la conclusión siguiente, dictada un mes después de la anterior:

(Barcelona, II-2007) 2.- Insistimos en que el sujeto principal de la ley es la persona dependiente. En consecuencia, cuando sea posible se debe atender a su autonomía de voluntad. En los múltiples supuestos en que esta ley demanda una declaración de voluntad, y su emisión sea posible, se atenderá a su decisión, bien expuesta directamente, bien a través de sus representantes voluntarios, normalmente designados en poderes preventivos. Posteriormente, se deberá atender a otros representantes legales o familiares.

La redacción de la ley presenta bastantes discrepancias al indicar quién es el encargado de manifestar esta voluntad,

además de no detallarse quién debe calificarla. Se hace necesaria una unificación de tales criterios, atendiendo al mencionado principio de la autonomía de la persona dependiente.

Finalmente, reseñemos alguna aplicación concreta de los derechos. La Ley 39/2006 detalla qué servicios se entienden incluidos dentro de su ámbito a través de un catálogo¹⁹, y también regula cómo se van a prestar, para lo que prevé varias posibilidades: a través de la red de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, es decir, directamente por la Administración en centros públicos o privados concertados; con prestaciones económicas para financiar la atención en centros concertados; mediante una prestación económica vinculada a la prestación del servicio; a través de una prestación económica para cuidados familiares, o mediante contratación de asistencia personal. En todos estos casos de prestación se tendrá en cuenta la capacidad económica del beneficiario.

Comentando las variadas posibilidades ofrecidas, en principio, deben ser prioritarias aquellas que consisten en servicios, ampliándose el número de los ofertados:

¹⁹ Artículo 15. Catálogo de servicios.

1. El Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia, en los términos que se especifican en este capítulo:

a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal.

b) Servicio de Teleasistencia.

c) Servicio de Ayuda a domicilio:

(i) Atención de las necesidades del hogar.

(ii) Cuidados personales.

d) Servicio de Centro de Día y de Noche:

(i) Centro de Día para mayores.

(ii) Centro de Día para menores de 65 años.

(iii) Centro de Día de atención especializada.

(iv) Centro de Noche.

e) Servicio de Atención Residencial:

(i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia.

(ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

2. Los servicios establecidos en el apartado 1 se regulan sin perjuicio de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

(MADRID, X-2006) 9. Las prestaciones de dependencia podrán tener naturaleza de:

a. SERVICIOS, tienen carácter prioritario. En términos generales, se considera que el abanico de servicios ofertados podría ser más amplio.

b. ECONÓMICAS, de carácter periódico, siempre en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario (no de la unidad familiar)

Con carácter secundario quedan las prestaciones de carácter económico. Respecto de estas, se solicitó que fueran periódicas, no consistentes en una indemnización por discapacidad (como pueden serlo las indemnizaciones por atentados terroristas, por ejemplo), sino en aportaciones que se prolongan en el tiempo. Esta periodicidad es la que puede asegurar (y permitir controlar) su aplicación a las finalidades de atención a la vida ordinaria del dependiente.

Además, que fueran graduables, dependiendo de dos factores: el grado y nivel de dependencia, y la capacidad económica. En cuanto al nivel de dependencia, resulta evidente que unas personas necesitarán una inversión distinta que otras para el mismo resultado. Por ejemplo, unas personas necesitarán determinadas horas de asistencia en su casa, y otras el doble, para poder vivir en su hogar en condiciones similares. En cuanto a la capacidad económica, puede optarse por tener en cuenta la capacidad económica del beneficiario o la de su familia. Esto último procedería si el sistema consistiera en una obligación familiar de asistencia cofinanciada por la Administración. Pero no es así, se trata de una obligación estatal de asistencia ejercitada a través de personas del entorno familiar (a las que además se obliga a profesionalizarse, artículo 18.3), y por lo tanto se defendía poco antes de la promulgación de la Ley, y se aprobó en ésta, que el criterio para determinar la aportación pública habría de ser la capacidad económica del beneficiario (artículo 18.2)²⁰.

²⁰ *Artículo 18. Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.*

1. *Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.*

2. *Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.*

Entre los servicios del catálogo se incluyen los de atención residencial²¹, a los que se refiere la siguiente:

(MADRID, X-2006) 14. Esta Ley debería garantizar, como prestación, una plaza residencial permanente (piso tutelado, residencia, etc...) a los discapacitados psíquicos y enfermos mentales, ya que el día, que por ley de vida, falten los padres u otros familiares que les estén cuidando, estas personas no pueden vivir solos, precisamente por su incapacidad para autogobernarse.

Y sobre la forma de prestarlos trata el siguiente apartado.

IV. LOS MECANISMOS

Sin ánimo sistemático, nos referiremos a los temas que se han ido planteando en las conclusiones sobre cuestiones concretas, más o menos amplias: la intervención de voluntarios, la financiación y aspectos de desarrollo y cooperación en la aplicación de la ley.

IV.A. Voluntariado.

(Bilbao, II-2006) 2.- La protección de las personas mayores o dependientes, colectivo social en el que todos nosotros estaremos integrados, requiere, en muchas ocasiones, la ayuda y atención del voluntariado. Por ello, se hace hincapié en la necesidad de potenciar la existencia y formación de personas comprometidas, grupos de voluntarios coordinados por

3. *El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente*

²¹ Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad. *Artículo 19... b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;*

instituciones públicas o privadas, entre cuyos fines se encuentre la atención a las personas dependientes.

El fenómeno del voluntariado ha tenido, desde hace mucho tiempo, una gran importancia en la atención de las situaciones de necesidad. Empezaron a través de instituciones religiosas, pero pronto se extendieron a otras agrupaciones de personas de la condición más variada. En los últimos tiempos se ha desarrollado y organizado tal fenómeno, cuyo trabajo vemos a menudo estamos en vistosas operaciones internacionales. Pero su más amplio campo de acción se da en nuestra sociedad más cercana, donde se ha independizado de la beneficencia para constituirse en un movimiento social.

Una actuación como la que se regula en la presente ley, que se dedica a la atención de quien no puede valerse, no debería olvidarse de esta forma, bastante extendida (y sin embargo poco “visible” cuando se dedica a nuestros necesitados más cercanos) en nuestra sociedad. Los voluntarios van a seguir desarrollando su labor. Sería conveniente coordinarlos para hacer más eficaz el fin social común, y para intentar encajarlos en los criterios de profesionalización que en ella se recogen (recordemos, “*El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social.*”, artículo 18.3)

El voluntariado no lo es sólo a título individual. Las asociaciones también se incluyen en este grupo. Y en ocasiones alguna, en términos que pueden aplicarse a muchas de ellas, merece un reconocimiento público.

(Murcia, XI-2007) 8.- La dirección y organización del congreso quiere dar expreso reconocimiento a la labor de la Fundación Alzheimer ejemplo murciano en el tratamiento, investigación de la enfermedad de Alzheimer, así como en la necesaria promoción de un marco jurídico y ético para la misma.

IV. B Financiación.

Mencionemos en primer lugar cuestiones de financiación de la dependencia, al margen del sistema de esta ley:

(CÁDIZ, X-2005) 12.- Se han de estudiar mecanismos de licuación del patrimonio y darles soporte legal, beneficios fiscales e implicación de las Administraciones Públicas. Estos

mecanismos deben ser totalmente garantistas del asesoramiento y formación para los mayores que los contraten.

(Madrid, II-2006) 11.- Se demanda una nueva regulación que permita la existencia de instrumentos financieros que atiendan a la protección de las personas dependientes: seguro de dependencia e hipoteca inversa, reconociéndole beneficios fiscales adecuados.

Se trata de figuras ya tratadas en otros apartados de este libro. Las traemos aquí a colación porque se destinan a la misma finalidad que la Ley de Dependencia: paliarla. En las dos conclusiones anteriores, que demandan un desarrollo de figuras que permitan a quienes disponen de bienes el poder destinarlos a pagar su propia atención, se hace hincapié en la necesidad de medidas fiscales que las fomenten. Si, con un impulso fiscal, se potencia que se destinen bienes (o su valor) a paliar la dependencia de unas personas, se producirá un ahorro por ese mismo importe en el coste total del sistema. Se podrán destinar a esta finalidad más medios (los de los dependientes más los públicos) que los disponibles sin este fomento (sólo los públicos) Si una persona tiene una vivienda, pero no ingresos, deberá ser mantenido con cargo a fondos públicos; si puede convertir su vivienda en ingresos, deberán invertirse en él menos de estos fondos, que irán en mayor medida a quien no tiene propiedades.

A continuación veremos la financiación propiamente dicha dentro del sistema de la Ley 39/2006. En primer lugar, mayor eficacia unificando las normas que contienen ingresos a favor de las personas dependientes.

(Granada, I-2007) 6.- Financiación:

En aras de conseguir ahorro en cuanto a la financiación del sistema se propone una reordenación de los ingresos en los casos de duplicidad de prestaciones, y de esta manera conseguir mayor eficacia de la financiación.

Lo que se trata de lograr es mayor eficacia. No se atiende bien a la finalidad que buscamos si existen una serie heterogénea de prestaciones, de muy escasa cuantía, que afectan a una personas sí y a otras no. La aportación de la Ley de Dependencia será igualmente escasa, pero para todos: para los que reciben otros fondos públicos y para los que no los reciben.

En segundo lugar, la concurrencia de fondos de la Administración Central con la Autonómica.

(MADRID, X-2006) 15. La Financiación del Sistema será asumida por la Administración General del Estado y cada una de las administraciones de las Comunidades Autónomas, siendo la aportación de cada Comunidad Autónoma cada año, al menos igual a la de la Administración General.

Uno de los principales escollos del sistema es el del reparto del gasto, junto con la necesidad de asegurar unas atenciones fijas iguales para todos los españoles, con independencia de la Comunidad donde vivan. De este nivel mínimo se hace cargo, con exclusividad, el Estado²².

El resto de las aportaciones son comunes, por el Estado y las Comunidades Autónomas. Se fijará mediante convenios, siendo la aportación de éstas (de cada una de éstas), como mínimo, igual a la estatal²³. Los

²² Artículo 9. Participación de la Administración General del Estado.

1. El Gobierno, oído el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia.

2. La financiación pública de este nivel de protección correrá a cuenta de la Administración General del Estado que fijará anualmente los recursos económicos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 32.

Artículo 32. Financiación del Sistema por las Administraciones Públicas.

2. La Administración General del Estado asumirá íntegramente el coste derivado de lo previsto en el artículo 9.

²³ Artículo 10. Cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.

1. En el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas.

2. A través de los Convenios a los que se refiere el apartado anterior, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones recogidos en el Capítulo II del presente Título, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado de acuerdo con el artículo 9.

convenios son con cada Autonomía, y es allí donde se fijarán los servicios que, además de los básicos del artículo 9, serán cofinanciados por ambas partes. Ahora solo faltan los convenios.

Y, en tercer lugar, la concurrencia de fondos de la Administración con los propios del dependiente.

(MADRID, X-2006) 16. Sistema de copago, ya que los beneficiarios de las prestaciones participarán en la financiación del coste de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica (no de la unidad familiar donde está integrado) El nivel de copago no está establecido, aunque se está estudiando que llegue como máximo al 33% del coste de la prestación.

El sistema ha sido denominado de “copago”. La persona dependiente contribuye, con su propio patrimonio, a la financiación de su asistencia. Así se recoge en el artículo 33 de la ley²⁴.

... 4. Los Convenios establecerán la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación, en los términos establecidos en el artículo 32 y en la disposición transitoria primera de esta Ley, así como los términos y condiciones para su revisión. Igualmente, los Convenios recogerán las aportaciones del Estado derivadas de la garantía del nivel de protección definido en el artículo 9.

Artículo 32. Financiación del Sistema por las Administraciones Públicas.

... 3. En el marco de cooperación interadministrativa previsto en el artículo 10, los Convenios que se suscriban entre la Administración General del Estado y cada una de las administraciones de las Comunidades Autónomas determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema. Dichos Convenios, que podrán ser anuales o plurianuales, recogerán criterios de reparto teniendo en cuenta la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad, emigrantes retornados y otros factores, y podrán ser revisados por las partes.

La aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado como consecuencia de lo previsto en este apartado y en el anterior.

²⁴ *Artículo 33. La participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones.*

- 1. Los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas, según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal.*
- 2. La capacidad económica del beneficiario se tendrá también en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas.*
- 3. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia fijará los criterios para la aplicación de lo previsto en este artículo, que serán desarrollados en los Convenios a que se refiere el artículo 10.*

Los criterios establecidos en esta norma son los siguientes:

- Participación según el coste y tipo de servicio. Este factor depende del servicio, no de la persona que lo recibe. Asimismo se deberá tener en cuenta el criterio de “necesidad” de la prestación; cuanto menos necesaria, mayor participación del perceptor.

- Participación según la capacidad económica personal del beneficiario. Hemos visto ya que lo que hay que tener en cuenta es la capacidad del beneficiario, no la de su familia. Pero además el artículo emplea los términos “*capacidad económica personal*”. Existen personas con un patrimonio alto pero con pocas rentas, y otras con altas rentas pero sin patrimonio (situación habitual con los actuales sistemas de ahorro) Por ejemplo, el vivir en una vivienda propia (sin coste) o de alquiler (con coste); ser titular de un patrimonio en valores de bolsa: si se invierte directamente en acciones, produce rentas anuales, si se invierte en fondos de acciones, no produce renta. El Ordenamiento Jurídico no dispone de una solución clara para lograr una situación justa, y por ello acude a fórmulas genéricas que pueden ser interpretadas de forma amplia. Así lo hace en este caso. Por citar otro caso similar, al tratar el Código Civil de la contribución a las cargas familiares en el régimen de separación de bienes, establece que se hará en proporción a los “recursos económicos”, evitando hablar de patrimonio o ingresos de los cónyuges. Fíjese el lector que en ambos casos estamos ante cuestiones de contribución a gastos; en el primero en concurrencia con la Administración, en el segundo en concurrencia con el cónyuge; en ambos casos, “copagadores” del gasto.

- No exclusión de ningún beneficiario por carecer de recursos. No necesita más comentario. El deber del Estado se cumple independientemente de los medios del acreedor.

IV.C. Desarrollo y coordinación.

Para fijar la participación del beneficiario, se tendrá en cuenta la distinción entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros.

4. Ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos.

(Barcelona, II-2007) 1.- En materia de dependencia el sujeto principal es la persona privada de autonomía para desenvolverse en su vida ordinaria: la persona dependiente.

La Ley de Dependencia se encuentra en trámite de desarrollo, dentro de los plazos previstos. Se debe instar a que, mediante este desarrollo, se cumpla su intención de proteger y asistir a estas personas, sin que se vea perturbada por posibles conflictos competenciales que puedan surgir.

En este desarrollo son bienvenidas normas que, dentro de la competencia de las Comunidades Autónomas, amplíen el ámbito de asistencia o los medios que para ello se destinen, regulando y dotando de presupuestos suficientes a los servicios sociales.

Ya hemos hecho referencia al sujeto principal de esta ley. Aquí (en febrero de 2007) se hace una llamada a las normas de desarrollo previstas en la propia ley, y también a las de las Comunidades Autónomas, que se referirán a los convenios y presupuestos precisos para su aplicación.

Con posterioridad a esta fecha, y refiriéndonos sólo a las normas estatales, se han promulgado:

el Real Decreto 504/2007, de 20 abril, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia;

el Real Decreto 614/2007, de 11 mayo, que establece el nivel mínimo garantizado por la Administración central;

la Orden TAS/1459/2007, de 25 mayo, que crea el sistema de información creando el correspondiente fichero de datos de carácter personal;

el Real Decreto 727/2007, de 8 junio, que aprueba los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el catálogo de servicios a que se refiere el artículo 15 de la Ley,

y alguna disposición de rango inferior.

Es decir, se está desarrollando la ley.

(MADRID, X-2006) 8. Es un elemento fundamental la coordinación y cooperación entre la Administración General y las Comunidades Autónomas. Por ello, la ley establece diversos mecanismos de cooperación, entre los que destaca el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, como responsable de acordar un Plan de Acción Integral, la intensidad de los servicios prestados, las condiciones y cuantía de las

prestaciones económicas, los criterios del baremo para el reconocimiento de la situación de dependencia, la participación de los beneficiarios en el coste de los servicios, y garantiza un Programa Individual de Atención, etc..

Conclusión meramente descriptiva de lo que hacía la ley, de inminente promulgación cuando se redactó. Se creaba en el artículo 8 de la ley²⁵.

(MADRID, X-2006) 10. La elaboración del baremo corresponde al Consejo Interterritorial, en cuya composición tendrán un lugar destacado los representantes de las Comunidades Autónomas. Constituye una parte esencial de la Ley, la determinación adecuada del citado baremo.

Continuando con el Consejo Interterritorial, una de sus funciones es la elaboración del baremo, al que ya nos hemos referido con anterioridad²⁶.

(MADRID, X-2006) 18. Una de las cuestiones de aplicación de esta Ley, es como va a afectar a la vigente concertación de plazas por la Comunidad de Madrid. En la actualidad, estas plazas concertadas son gratuitas, sin embargo la nueva Ley habla de copago, ¿Esto significa que van a coexistir los dos sistemas, el actual y el nuevo incluido en esta Ley; o el nuevo va a suplir al actual?.

²⁵ Artículo 8. Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 1. Se crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como instrumento de cooperación para la articulación del Sistema. El Consejo estará constituido por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y por un representante de cada una de la Comunidades Autónomas, recayendo dicha representación en el miembro del Consejo de Gobierno respectivo que tenga a su cargo las competencias en la materia. Integrarán igualmente el Consejo un número de representantes de los diferentes Departamentos ministeriales. En la composición tendrán mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas... Continúa la norma detallando las competencias del Consejo.

²⁶ Artículo 8.2. Sin perjuicio de las competencias de cada una de las Administraciones Públicas integrantes, corresponde al Consejo, además de las funciones que expresamente le atribuye esta Ley, ejercer las siguientes:...

e) Acordar el baremo a que se refiere el artículo 27, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración.

Nos encontramos con una posible divergencia en cuanto a criterios, de ahí la coordinación entre sistemas, además de entre administraciones, a que antes nos referíamos. Habiéndose conseguido la adjudicación de plazas gratuitas, ¿por aplicación del criterio de copago van a dejar de serlo? Recordemos la realización de convenios entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en los cuales se van a tener que revisar los servicios de la dependencia.

(ALBACETE, V-2007) 3. Para todas las personas beneficiarias de la protección de la ley de autonomía es fundamental la coordinación entre los distintos instrumentos que hasta ahora han graduado la discapacidad de las personas: el certificado de minusvalía, la sentencia de modificación de la capacidad, así como los baremos que desarrollan la ley de dependencia, de tal manera que las familias y fundaciones tutelares tengan continuidad en su atención. Estas evaluaciones deben atender, como así hacen, tanto al entorno familiar, estructurado o no, rural o urbano, nivel cultural...

Aquí se trata de coordinación entre instrumentos jurídico administrativos. Todos los citados tienen como objeto calificar la discapacidad (sentencia de incapacitación / minusvalía / baremo) Todos parten de un mismo supuesto de hecho, una persona que no puede valerse y necesita apoyos; pero cada uno se fija en distintos puntos de vista que, sin embargo, califican la misma situación. Es conveniente la convergencia, en la cual podemos incluir la remisión que hace la Ley 41/2003 al criterio administrativo (certificado de minusvalía) al que atribuye efectos jurídico – civiles para los que, hasta entonces, sólo contaba la sentencia de incapacitación.

En segundo lugar se hace una llamada a considerar elementos externos al interesado para graduar su situación. El entorno, más cercano o de la sociedad en la que vive, determinará la integración o no del discapacitado en la vida social y, por lo tanto, los apoyos jurídicos (asistencia o incapacitación) o asistenciales que se precisen. Como en tantos aspectos de esta materia, los mecanismos que se le apliquen tienen que estar hechos a medida para cada persona.

Capítulo undécimo. Otras medidas de atención a las personas con discapacidad.

En este capítulo nos detendremos en tres cuestiones que afectan a la integración social, no jurídica, de personas en situación de vulnerabilidad. La posibilidad de utilización de los medios y servicios de que disponemos en nuestra sociedad (accesibilidad); los problemas de integración, normalmente escolar y laboral, de quienes se hayan en el umbral de las normas de protección, personas con capacidad intelectual límite, y la inserción laboral de quienes tienen, por pertenecer a los dos grupos citados, una situación de inferioridad para ello.

I.- ACCESIBILIDAD. La Ley 51/2003

I.A Concepto.

El objeto de este apartado es la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, conocida también como ley de accesibilidad. Desarrolla un objetivo bastante obvio (tanto que ha permanecido inobservado hasta hace pocos años): ante una persona con discapacidad, en primer lugar intentemos que no sea discapaz, es decir, que se pueda desenvolver lo mejor posible en la vida ordinaria. Una persona que necesite una silla de ruedas para moverse, en una casa sin ascensor, o con cinco escalones en el portal, que no puede cruzar sola una calle, ni acceder al interior del edificio donde tiene que hacer alguna actividad o su trabajo, tiene una grave discapacidad. Si esa misma persona puede bajar de su piso por un ascensor, salir del portal por una rampa, cruzar la calle porque las aceras presentan pasos sin bordillo, y acceder por los mismos medios anteriores hasta su mesa de trabajo, tiene una discapacidad bastante menor. La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad le dedica un extenso artículo, donde va regulando la obligación de los Estados de atenderla, y señala una serie de medidas concretas referentes a los campos de la construcción y urbanización, servicios de información, servicios públicos o privados de uso público, formación, etc.¹

¹ Por su extensión, no transcribiremos el artículo salvo su inicio. *Artículo 9. Accesibilidad*
1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los

Ha sido objeto de bastantes ponencias en las Jornadas, pero, curiosamente, tan sólo aparece citada en un par de conclusiones y se le ha dedicado, de forma exclusiva, una, la que desarrollamos aquí.

Comienza la ley con unos principios generales; sigue con medidas de protección (coercitiva y de acción positiva) de la igualdad de oportunidades; termina con una serie de medidas para su fomento y defensa. Tiene su base en principios de nuestra Constitución que detallan las obligaciones de los poderes públicos para promover la igualdad de todos los individuos (arts. 9.2 y 14), y los derechos fundamentales (art. 10), con atención especial para los discapacitados (art. 49)².

sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. .. Sigue una lista de medidas concretas.

Los artículos citados en este apartado corresponden, salvo que se diga otra cosa, a la Ley 51/2003.

² Ley 51/2003. Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. Esta Ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución.

A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Constitución Española

Artículo 9. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social

Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 14.

Analicemos ahora, desglosándolo, el extenso comentario que mereció en las Jornadas de Huelva:

(Huelva, III-2005) 6.- Accesibilidad.- La ley (51/2003) tiene por objeto garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, entendiéndose por igualdad de oportunidades la suma de dos factores: ausencia de discriminación + acción positiva orientada a eliminar las desventajas de la discapacidad...

Una exposición del principio general, la igualdad de oportunidades entre personas diferenciadas por la discapacidad, y los dos medios con los que comienza la ley. En primer lugar, la ausencia de discriminación. Al definir qué es discriminación, incluye las acciones directas o indirectas que tienen por sujeto pasivo al discapacitado, pero añade el incumplimiento de las medidas de acción positiva³.

Este segundo concepto es el que ha supuesto un cambio radical de la concepción que teníamos de nuestras relaciones con las personas con discapacidad. No hacía falta una ley para que supiéramos que a estas personas no se les puede impedir el hacer cosas por causa de su discapacidad. Sí que ha hecho falta una ley para que nos enteremos que, obligatoriamente, los “capaces” han de hacer algo para que lo “discapaces” puedan integrarse en la vida ordinaria. Ya no basta una actitud pasiva, sino que se necesita una actuación positiva. Los que no están impedidos para usar un determinado

Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Artículo 49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

³ *Artículo 4. Vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades.*

Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

servicio deben hacer algo para que puedan utilizarlo (hacerlo accesible a) los que tienen un impedimento⁴. Además de la ley, lo recogía aproximadamente en las mismas fechas la Convención de la ONU⁵. No va dirigida sólo a la Administración, como ocurría hasta ahora, sino a todos. Por utilizar un ejemplo bastante claro: el que construye una casa puede verse constreñido a preparar una rampa donde iba una bonita escalera; a habilitar alguna de las viviendas de un edificio nuevo para que pueda ser utilizado por personas con movilidad reducida...⁶

Se plantea un importante problema en relación con la acción positiva. ¿Hasta qué punto debe quedar obligada una persona en su actividad por este motivo? ¿Cuánta acción positiva debe realizar, por ejemplo, en el campo de la construcción, señalización, adaptación de puestos de trabajo, etc.? La ley no lo determina, pero se remite al concepto de “diseño razonable” como uno de los principios que fija. Entiende por tal aquel aplicable a todo tipo de productos y servicios, “*de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible*” (art. 2.d) Pero no fija cuál es esa extensión posible. El apartado anterior del mismo artículo se refiere al principio de accesibilidad universal, que “*Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin*

⁴ Artículo 8. *Medidas de acción positiva.*

1. *Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad. ..*

⁵ Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad. Artículo 5. *Igualdad y no discriminación.*

.. 3. *A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.*

4. *No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.*

⁶ Artículo 10. *Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación.*

1. *El Gobierno, sin perjuicio de las competencias atribuidas a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales, regulará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad.*

.. 2... *Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos:*

Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos.

perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”, con lo que nos aparece un concepto que, sin embargo, no vuelve a desarrollar.

En su exposición de motivos reconoce que *“la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones internacionales, trabajan en estos momentos en la preparación de documentos programáticos o jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad”, con cuyas intenciones se integra. Pues bien, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas en 2006, nos define este concepto: “Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2)*

..Todo ello conduce a la integración del discapacitado, en igualdad de condiciones, en su ámbito social, laboral, económico y cultural.

Este es el objetivo principal de la ley, con independencia de su más completo desarrollo en el artículo 1 antes transcrito: la integración en las mismas condiciones, el ejercicio de todos los derechos sin que la discapacidad sea un motivo que impida la igualdad de derechos y oportunidades.

.. En función del principio de transversalidad, es decir, de la necesidad de mejorar las condiciones de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de su vida, y que debe presidir toda normativa tras las leyes 51/2003 y 62/2003 (configuradas como una declaración de principios), se deben establecer medidas específicas que permitan una auténtica inserción, social y laboral, de las personas con discapacidad. ..

El principio de transversalidad se ha introducido en los últimos años en nuestra legislación en los campos de la educación (que no tratamos aquí) y la discapacidad. Implica que las políticas en esta materia no deben limitarse a disposiciones específicas para estas personas, sino que se refieren a todas las

actuaciones de la Administración⁷. En suma, se trata de establecer la integración social desde el principio, desde la primera aplicación de las leyes, y no consistir en medidas correctoras posteriores a las mismas, que puedan tener en cuenta correcciones o excepciones a su aplicación general.

... Entre los principios que destacan, el que reconoce el derecho de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias a participar en la preparación, elaboración y adopción de decisiones que les conciernen; así como la posibilidad de protección mediante procedimiento arbitral.

Participación de lo que hemos dado en llamar el movimiento asociativo de la discapacidad. Ya veíamos que en cuanto la familia dejó de ser extensa para acercarse a la nuclear, y con los inicios de la “visibilidad” de los discapacitados (influida porque debían aparecer en sociedad, ante la insuficiencia de la protección familiar), se desarrolló en nuestro país el movimiento asociativo. Asociaciones en un primer momento, después sus agrupaciones en federaciones, confederaciones o comités, a los que se sumaron las fundaciones (principalmente tutelares), conformaban un conjunto de entidades en cuya base se hallan los parientes y las personas con discapacidad. Esta agrupación les hizo ganar influencia en la toma de decisiones por las autoridades (administrativas o políticas) Ahora se reconoce como uno de los principios que regula la Ley 51/2003⁸.

Para conseguir la plena igualdad, la ley impone al Gobierno la obligación de dictar una normativa básica, conforme al calendario y fases que establece en las Disposiciones Finales de este texto

⁷ Se define en el artículo 2.f: *Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.*

⁸ Artículo 2.e: *Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.*

legal: son nueve importantes normas cuyo plazo termina el próximo mes de diciembre.

Las disposiciones finales de la ley establecían que se redactarían normas regulando el Consejo Estatal de las personas con discapacidad, el Real Patronato sobre Discapacidad, un plan nacional de accesibilidad, las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de los servicios públicos, acceso a la sociedad de la información, medios de transporte, espacios públicos y edificaciones y currículo formativo en “diseño para todos”.

Los plazos para la promulgación eran, en algún caso, de seis meses; en general, de dos años, próximos a cumplirse al redactarse esta conclusión. Dos de ellas están en vigor, sobre el Consejo Estatal de las Personas con Discapacidad (Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre) y sobre espacios públicos y edificaciones (Real Decreto 505/2007, de 20 de abril); lenguas de signos (Ley 27/2007, de 23 de octubre), que veremos después, y sobre medios de transporte (Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre) Respecto de las otras sigue siendo válida la observación presentada en el año 2005.

I.B. El lenguaje de signos.

Veremos ahora un supuesto concreto de accesibilidad, no contemplado expresamente en la ley, pero que constituye un ejemplo de aplicación práctica de la necesidad de habilitar los medios para que un grupo de personas puedan comunicarse con el resto de la sociedad (o con sus oficinas públicas) La cuestión se planteó en relación con el lenguaje de los sordos, la **lengua de las señas o de los signos**.

Esta particular adaptación ha sido objeto de una conclusión detallada que data del año 2003. Con posterioridad, la Convención de la ONU la ha incluido entre los temas a considerar en el mundo de la discapacidad. Lo trata en dos puntos: el artículo referente a la libertad de expresión y al acceso a la información, en el que reconoce que los medios de comunicación han de ser accesibles, con una referencia especial a esta lengua. Y también en el que se refiere a la educación, donde se exige su aprendizaje y promoción.⁹ Ni que

⁹ Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad 2006)

Artículo 21. Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir

decir tiene que se incluyen los demás medios que permitan un intercambio de información entre personas con una discapacidad que afecte a los medios de comunicación ordinarios, basados en la voz, el oído y la vista, refiriéndose expresamente al lenguaje de señas y al braille.

En Madrid se trató referida al primero de ellos.

(Madrid, VII-2003) NOVENA.- En cuanto al uso y aprendizaje de las lenguas de señas:

a) En la educación de las personas sordas, debe fomentarse y protegerse la educación en la modalidad lingüística (gestual, oral o bilingüe) que mejor se adapte a las habilidades y capacidades comunicativas de cada una de ellas, sin que, en ningún caso, sean aceptables actitudes excluyentes de una modalidad u otra. Debe favorecerse la adquisición de un medio de comunicación,

y facilitar información e ideas en igual dad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:

.. b) Aceptar y facilitar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad en sus relaciones oficiales;

.. d) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;

e) Reconocer y promover la utilización de lenguas de señas.

Artículo 24 Educación

.. 3. Los Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas:

a) Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares;

b) Facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;

c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. ..

por parte del niño sordo y desde edades tempranas, de mayor capacidad comunicativa, a fin de facilitar la integración social de las personas sordas. También debe favorecerse la formación de los intérpretes gestuales y de los adultos sordos.

La educación debe, si es posible, hacerse en el medio de expresión que permita al educando acceder a ella. Por ello el artículo 24 de la Convención de la ONU impone el aprendizaje del braille o de la lengua de señas (24.3, a y b), y como aplicación concreta exige la contratación de maestros “adaptados” para ello (24.4)¹⁰.

b) Debe eliminarse, en el proyecto legislativo de Igualdad de Oportunidades y No Discriminación de las Personas con Discapacidad, la restricción de la “no obligatoriedad de su aprendizaje”, pues éste puede ser obligatorio cuando, en atención al superior interés del niño (necesidades y habilidades comunicativas), así se precise. Para la determinación de dicho interés superior es imprescindible la más amplia y profunda formación de los profesores e intérpretes y la adecuada configuración curricular de la enseñanza. En cambio, debe mantenerse el principio de la no obligatoriedad de su uso, ya que el uso de una lengua (de cualquier lengua) se deriva de la estricta libertad individual.

Sobre el proyecto de la Ley 51/2003, surge el comentario solicitando en determinados casos que su aprendizaje sea obligatorio, en los casos en que se trate de un interés superior. El texto definitivo de la ley se remite a una futura ley, para la que se da un plazo de dos años, en la que se posibilita el aprendizaje por los que tienen tal discapacidad¹¹, para su uso en ámbitos que la propia ley define para su aplicación¹². Entre estos ámbitos, lamentablemente, no se

¹⁰ Ver nota anterior

¹¹ Ley 51/2003.

Disposición final duodécima. Lengua de signos

En el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno regulará los efectos que surtirá la lengua de signos española, con el fin de garantizar a las personas sordas y con discapacidad auditiva la posibilidad de su aprendizaje, conocimiento y uso, así como la libertad de elección respecto a los distintos medios utilizables para su comunicación con el entorno. Tales efectos tendrán una aplicación gradual en los diferentes ámbitos a los que se refiere el artículo 3 de esta Ley.

¹² Ley 51/2003-

encuentra el de la educación. El principal campo en que la Convención de la ONU trata esta cuestión queda fuera de nuestra legislación, pendiente por lo tanto de desarrollar.

Cabe indicar que no es sólo la legislación española la que se olvida de la cuestión de la educación en materia de accesibilidad. La exposición de motivos cita tres directivas europeas, en cuyo desarrollo se dicta. Tales directivas regulan la igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE), la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (Directiva 2000/78/CE), y la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo (Directiva 2002/73/CE) Igualdad de trato y empleo. Falta la educación.

Volviendo a la lengua de las señas, la ley que la regula¹³ inicia su contenido regulando su aprendizaje (arts. 7 y 8) y su posible utilización en una serie de áreas: educación (aquí sí), formación y empleo, salud y cultura, deporte y ocio (art. 10), con su correspondiente desarrollo.

c) Las lenguas, sean orales o gestuales, tienen un valor cultural intrínseco y esencialmente instrumental de configuración psíquica de la persona, que permite su libre desarrollo e integración social, en plenas condiciones de igualdad.

Artículo 3. Ámbito de aplicación.

De acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, esta Ley se aplicará en los siguientes ámbitos:

- a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.*
- b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.*
- c) Transportes.*
- d) Bienes y servicios a disposición del público.*
- e) Relaciones con las Administraciones públicas.*

La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

¹³ Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

d) No es necesario su reconocimiento como “lengua oficial”, pero sí es absolutamente imprescindible que sea considerada como lengua de especial protección por su papel cultural y de integración social (ex arts. 3.3, 9.2, 14 y 49 de la CE)

Estos dos últimos apartados recalcan el valor como instrumento de desarrollo personal y de cultura e integración. Y la integración social si que se encuentra protegida en la constitución, de donde se deriva la necesidad de regularla. Acudiendo a la Convención de la ONU, incluye entre las definiciones de su artículo 2 la siguiente: *Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;...* Toda la protección que requiera el lenguaje, como instrumento social, debe ser aplicada al que estamos tratando.

Cambiando el punto de vista,

e) El aprendizaje de las lenguas de señas nunca pueden excusar del deber constitucional de aprendizaje de la lengua oficial del entorno social y familiar, a fin de evitar el aislamiento social.

Aquí quienes tienen que aprender la lengua que les permita comunicarse son los propios discapacitados. Hasta ahora se trata de que la sociedad les admita y facilite su integración; ha llegado el tiempo de recordar que deben hacer el esfuerzo de relacionarse, no se puede pretender que los demás ciudadanos y servicios sean los únicos que se vean constreñidos a aprender a comunicarse con ellos.

II.- PERSONAS CON CAPACIDAD INTELECTUAL LÍMITE.

II A. Delimitación.

Pasamos a examinar las observaciones y propuestas realizadas con relación a un grupo de personas que presenta una dificultad especial. Son quienes cuentan con una inteligencia un tanto limitada, con un coeficiente intelectual entre el 71 y el 84%, lo que les permite realizar bastantes actividades de la vida social, pero que por su limitación les coloca en una situación de riesgo. Si se intenta acudir a las medidas protectoras legales (incapacitación) se produce el efecto de que, o no se decreta ésta dado el nivel intelectual que

presentan, o les supone un trauma normalmente no comprendido. Con todo esto, encuentran difícil la integración social y laboral.

Se delimitó el problema de forma bastante clara en Valladolid, en el 2007.

(Valladolid, X-07) 6. Las personas con inteligencia límite normalmente no entran en las categorías oficiales que delimitan la discapacidad jurídica. En consecuencia, no suelen tener acceso a las ayudas que definen la ley o las administraciones. Sin embargo, se trata de sujetos que tienen los mismos derechos a proteger que las personas con discapacidad, y dificultades para ejercerlos. En esta vía se hace necesaria una norma que regule su situación, con un régimen jurídico propio

Sobre su concepto, se determinó que

(Barcelona, V-2006) 1. La materia de las personas con inteligencia límite requiere un estudio multidisciplinar. Se debe tomar en consideración que la inteligencia límite es una característica cognitiva de la persona, que actúa como modulador de la capacidad o capacidades del ser humano; no son “border-Line” sino personas que tienen una inteligencia límite.

La necesidad de un estudio multidisciplinar sigue el concepto de transversalidad que antes veíamos. Por lo demás, este grupo escapa a la dualidad capaz / incapaz que aún informa la mayor parte de nuestra legislación y práctica civil; no son ni capaces ni incapaces, simplemente su inteligencia está en el límite de lo precisado para una vida social considerada como “normal” o “habitual”

En este sentido referente a su ubicación jurídica, la siguiente indicaba que

(Barcelona, V-2006) 4. En el ámbito jurídico las personas con inteligencia límite se encuentran desprotegidas o “en tierra de nadie”, así, no pueden encuadrarse en ninguno de los conceptos jurídicos relativos a la capacidad de las personas, esto es, no son incapaces ni incapacitados, tampoco plenamente capaces ni discapacitados a los efectos de las medidas de la ley

de protección de las personas con discapacidad de noviembre de 2003, por ello proponemos la creación de equipos de trabajo conjunto integrados por los distintos profesionales relacionados con esta materia, médicos, juristas, docentes y familiares, que elaboren estudios jurídicos, sanitarios y educativos así como propuestas tendentes a establecer el adecuado marco de protección jurídica que estas personas necesitan.

La misma consideración, más desarrollada, y con una propuesta más concreta de crear grupos de trabajo multidisciplinarios para determinar su situación jurídico-social. Para poder hacerlo, son precisas medidas de sensibilización de los que serán sus integrantes.

(Barcelona, V-2006) 2. Se constata una falta de conciencia en la sociedad de la problemática de esta materia y una descoordinación entre los distintos profesionales implicados: profesores, médicos, logopedas, juristas, psiquiatras, neurólogos ... por ello es necesario realizar una labor de concienciación social, de forma que la existencia de personas con inteligencia limite sea admitida y asumida por parte de la sociedad evitando que se utilice la categoría genérica e indefinida de "fracaso escolar".

La respuesta social individualizada consiste en apreciar si son aptos en la relación que mantienen con cada uno de los profesionales (en el colegio, en el trabajo, en la Sanidad, en el Derecho...), de modo que se realizan calificaciones aisladas. Esto puede producir personas que acumulan fracaso escolar, desempleo, falta de atención médica, alejamiento de las medidas jurídicas que podrían interesarles..., todo junto en el mismo sujeto. La carga se convierte en muy pesada, pero cada uno de los que se han relacionado con ellos no lo aprecia. La separación de la sociedad es una consecuencia que llega sola.

II.B Medidas

La situación actual es de ausencia de regulación que les pueda ser aplicable. No obstante, de acuerdo con los principios que informan la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, se abren bastantes esperanzas. Esta Convención se fija en la inserción social de las personas, no en si superan o no determinados porcentajes o requisitos, administrativos (calificación de minusvalía) o judiciales (la incapacitación)

(Valladolid, X-07) 8 Tenemos puestas bastantes esperanzas en el desarrollo de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fija su ámbito en situaciones de discriminación e indefensión, no en categorías médico-jurídicas; tampoco en porcentajes, sino en situaciones personales o sociales. Estamos pendientes de su incorporación al Ordenamiento Jurídico español, y la adaptación de la normativa en vigor en los aspectos que no coincidan con los criterios o exigencias de la Convención.

Las personas con inteligencia límite quedarían equiparadas a las personas con discapacidad ante problemas que les fueran comunes.

¿Qué podemos hacer ante la cuestión de las personas con inteligencia límite?

(Barcelona, I-2006) 16. Es urgente empezar a fijar normas de protección y de definición de las personas con inteligencia límite favoreciendo su autonomía e inserción en la vida laboral.

En este corto texto encontramos las ideas básicas de lo que se puede hacer ante el problema: (1) definir (detectar) a las personas en esta situación; (2) medidas para su protección; (3) favorecer su autonomía, y (4) la inserción laboral. Lo analizaremos en cuatro apartados.

II.B.1 Detección y definición.

(Bilbao, II-2006) 10.- Debemos concienciarnos de la situación de las personas con inteligencia límite, promoviendo medidas para la detección precoz y una educación adecuada que estimule todas sus capacidades y aptitudes, facilitando su integración en la sociedad. Reclamamos una mayor sensibilidad y responsabilidad social hacia este colectivo, por parte de los poderes públicos, el sector privado y la sociedad civil.

(Barcelona, V-2006) 3. Se insta a los poderes públicos a la adopción de medidas legislativas y ejecutivas multidisciplinarias que tiendan a la prevención, detección precoz, planificación y atención personalizada de las personas con inteligencia límite. A este respecto, se recibe con gran expectación el "Plan director de

Salud mental, adicciones y atención a las personas con inteligencia límite” del departamento de salud de la Generalitat de Cataluña, si bien, se advierte de la necesidad de coordinación y comunicación entre los distintos profesionales en la ejecución del mismo.

La identificación de las personas con inteligencia límite requiere una concienciación de los demás (los que identifican) de que el problema existe. Y la mejor forma de detección es la precoz, cuanto antes, mediante la definición de las pautas de comportamiento y desarrollo social (la actitud en la escuela es un eficaz campo de pruebas donde puede producirse), mediante el análisis de las patologías y comportamientos que la pueden presuponer. En la infancia, sus síntomas pueden confundirse y achacarse a un crecimiento o maduración tardíos, o a simples problemas de educación. No obstante, la participación de profesionales (a la cabeza de ellos el personal docente) debe, con la debida formación, ayudar a identificar el problema desde la infancia.

Hay que atender a la detección temprana, no esperar a un fracaso en su vida laboral y social para empezar a tomar medidas.

(Valladolid, X-07) 7. Sus problemas principales son el fracaso escolar, previsible en parte por una detección precoz, y los problemas de inserción laboral...

II.B.2 Protección / integración.

También se reseña en la conclusión anterior lo que hay que hacer con ellos, la integración en la sociedad. Esto requerirá en algunos casos medidas de protección, pero el medio propuesto pasa por la educación. Si no pueden seguir el ritmo del resto de sus compañeros, la solución actual que acaba con ellos en el fracaso escolar debe ser sustituida por la adecuación de los medios de educación (en la misma medida que, para las personas con discapacidad, según ordena la Ley 51/2003 que ya hemos analizado) Ya lo hemos visto en una conclusión anterior (Barcelona, V-2006 . 5), “evitando que se utilice la categoría genérica e indefinida de fracaso escolar”.

¿Quién debe adoptar estas medidas?: “los poderes públicos, el sector privado y la sociedad civil”. En suma, todos. No es una cuestión ajena a los particulares y sociedades de carácter privado; no debe quedar en una serie de medidas públicas o administrativas que las potencien, sino que ha de ser una

actuación en todos los ámbitos, multidisciplinar y de todos los que día a día nos relacionamos con ellos.

II.B.3 Favorecer su autonomía

Frente a las clásicas medidas de restringir su intervención en la vida jurídica y social, la integración es hoy una de las finalidades de toda la normativa y actuación en relación con discapacitados. Con mayor razón con estas personas, porque con los apoyos suficientes tienen más fácil que los que tienen otras discapacidades la participación en la vida en común. Por ello en la última conclusión trascrita se incluyen la planificación y atención personalizada. Debe intentarse que, en la mayor medida posible, sean autónomos, que no dependan de otros, porque son los que pueden presentar mayor índice de éxito en este campo.

II.B.4 Inserción laboral.

Hemos visto antes la importancia de la detección temprana, en edad escolar. Recalamos ahora la fase posterior, la vida laboral. Su inserción produce un efecto en cascada para las demás consecuencias que buscamos: socialización (relación con los compañeros u otras personas a través del trabajo), autonomía (disposición de medios de vida propios), autoestima (el sujeto no se siente apartado, sino partícipe de la vida social) y respeto social (el border-line se convierte en un elemento productivo, capaz de desempeñar un trabajo para el que basten sus habilidades) Con ello enlazamos con el apartado siguiente.

III. LA INTEGRACIÓN EN EL TRABAJO.

Recordemos un par de normas constitucionales: el artículo 35 establece que todos españoles tienen derecho al trabajo, y el artículo 49 regula la obligación de los poderes públicos de amparar el disfrute de los derechos (entre ellos el anterior) por las personas con discapacidad.¹⁴ De aquí deducimos que:

¹⁴ Constitución Española.

Artículo 35.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

los discapacitados tienen el mismo derecho al trabajo que cualquier otro; que el Estado debe actuar para permitir su ejercicio, con “atención especializada” y que los “amparán especialmente”.

El acceso al trabajo es una de las asignaturas pendientes en relación con las personas con discapacidad, cuyos problemas en este campo son bastante asimilables a lo que tienen capacidad intelectual límite. En un sistema tradicional, los únicos trabajos a los que accede el discapaz se refieren a la empresa familiar. En el sistema actual, tienen iguales derechos que el resto de la población en esta materia, pero normalmente no se piensa en ellos. No obstante, hay trabajos que no requieren una capacidad intelectual ordinaria; otros tampoco requieren que el trabajador disponga de todos sus sentidos, o a los que una determinada discapacidad física pueda no afectarles.

Las leyes normalmente han tratado este tema en relación con personas con plena capacidad intelectual y física, que por las circunstancias que sean pasan a sufrir algún problema físico. En estos casos se ocupan de ver si tal discapacidad ocasiona una minusvalía (concepto de derecho laboral) que le permite seguir realizando su trabajo, otro distinto, o ninguno. En relación con lo anterior, se activan en mayor o menor medida los sistemas de previsión social.

En las jornadas de la Fundación Aequitas no se ha utilizado el esquema anterior. Se ha partido de situaciones de discapacidad, no importa si anteriores o sobrevenidas, para analizar los beneficios que puede reportar, a los trabajadores y a la sociedad. Por ello se han tratado la integración laboral, la responsabilidad social para conseguirla y unas referencias específicas sobre la función pública. Estos tres configuran los tres apartados que veremos.

III.A LA INSERCIÓN LABORAL

Empezamos el estudio del tema en el año 2002, y ya entonces se repasaban los efectos beneficiosos que podían producir.

2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

(Sevilla, XII-2002) Superación de la idea de que la persona discapaz necesita una sobreprotección tutelar y familiar. Las personas discapaces son diferentes, no una persona incapaz. Propugnamos la integración en la vida laboral, pues necesita de los beneficios no sólo económicos sino también personales que ello le reporta. También, en los casos en los que el trabajo no pueda ser desarrollado por la persona discapaz, son aconsejables las terapias ocupacionales, sin perjuicio de la promoción que toda persona discapacitada precise en su proyección de futuro

Denunciamos la doble discriminación en la que se encuentra la mujer discapacitada.

...

Beneficios económicos. El discapacitado avanza (raramente llega) hacia la autonomía económica; genera gastos, debe ser capaz (apto para ello) y que se le permita generar los correspondientes ingresos.

Personales. Son innegables sus efectos en cuanto a la autoestima, gravemente dañada en los casos de discapacidad moderada intelectual o física, casos en los que se es consciente de la existencia “diferente” comparados con los demás que pueden acceder a un empleo. Y en cuanto a la socialización: sin el trabajo, el núcleo de personas con las que uno trata es la familia. Con la inserción laboral, ampliamos el número de núcleos a dos.

Como alternativa cuando una integración no es posible, se proponen terapias ocupacionales. Si no se pueden obtener todos los beneficios del trabajo, al menos acerquémonos a ellos.

Y una última referencia a la mujer. En la medida en que se le considere discriminada en el mundo laboral (aún hay estadísticas que reflejan menores retribuciones que las de los varones), concurriendo una discapacidad la dificultad es doble.

Unos años después, al término del periodo que estudiamos, se celebran unas jornadas en Valladolid con la cuestión laboral como principal argumento.

(Valladolid, X-07) 2 La integración en el trabajo de las personas con discapacidad contribuye a llenar sus aspiraciones personales. Aquella debe ser estable y posibilitar el desarrollo y

crecimiento profesional como los demás trabajadores, incluyendo formación continuada. La finalidad deber ser una integración en igualdad con las personas sin discapacidad, lo que permite el desarrollo personal y social. Sólo con carácter subsidiario se debe acudir a medidas de empleo protegido.

Esto exige igualdad de trato en cuanto a sueldos, formación, desarrollo y posibilidades del liderazgo.

En estas personas, más susceptibles a que su actividad profesional impacte en su ámbito personal, es más necesario conciliar todos estos aspectos.

Comienza y finaliza el texto con referencias a los efectos personales que ocasiona una actividad laboral, en el sentido que hemos expuesto anteriormente.

En medio pasa a introducir la cuestión referente a cómo se ha de producir la integración. En primer lugar, estable y en desarrollo, como los demás trabajadores, con formación continuada.

En segundo lugar, en igualdad. Si se es capaz de desarrollar un determinado trabajo, la condición de discapacitado no permite un trato distinto en cuanto al acceso, retribución o promoción en la empresa. Si esta igualdad no es posible, corresponde a la Administración promocionar que estas personas puedan ejercer su labor. Desde el punto de vista de ésta, con medidas que se integran en la discriminación positiva; desde el punto de vista de la empresa, aparece como un empleo protegido.

Seguimos analizando cómo se debe producir la integración: de forma individualizada, con medidas adecuadas y con motivación.

De forma **individual**.

(Valladolid, X-07) 4. En todo el proceso productivo hay que tener en cuenta la individualidad de las personas con discapacidad, huyendo de una catalogación genérica. La personalidad se integra por el grado de discapacidad mas las circunstancias sociales y personales que le afecten, lo que ocasiona, dada la variabilidad de éstas, un concepto mutable.

El criterio tradicional asistencial y caritativo, concepto con carácter estático, debe ser sustituido por otro basado en la diversidad y variabilidad humana, concepto dinámico.

Una persona con discapacidad es el resultado de determinadas circunstancias personales + su inserción social. Esto produce el resultado de que todas las discapacidades son diferentes, y que, variando las condiciones sociales en que se mueve, si bien puede permanecer igual la situación personal (por ejemplo, una ceguera), la discapacidad es variable.

Tradicionalmente se ha catalogado en grupos y grados a las personas con discapacidad; una vez clasificados, permanece inalterada su ubicación. Sin embargo, no hay grupos formados por personas iguales, y tampoco permanecen estables las condiciones de discapacidad de cada uno. Esta idea debe trasladarse al proceso productivo, y ser puesta en relación con las posibilidades de promoción, formación y liderazgo a que antes se hacía referencia.

Con qué **medidas**.

(Valladolid, X-07) 5 Dentro del proceso de integración laboral de las personas con discapacidad y con inteligencia límite, es preciso utilizar medidas de:

Selección de las personas y formación ocupacional.

Intermediación entre las personas y las empresas hasta su acceso al puesto de trabajo.

Una vez incorporado, apoyos consistentes en el seguimiento de su adaptación al puesto de trabajo y la formación continuada.

Las vías de integración laboral que se detallan en esta conclusión son de aplicación sucesiva, no alternativa. Comienzan con la preparación del trabajador para su puesto de trabajo. Una vez definido éste, habrá que seleccionar la persona que pueda hacerse cargo de él, y esta persona deberá formarse adecuadamente para ello. Para ello son útiles los centros ocupacionales.

Una vez preparado el trabajador, son precisas acciones de intermediación entre éste y la empresa que precise los servicios, comprendiendo todos los pasos hasta que se hace cargo del puesto.

Y una vez en el puesto de trabajo, es preciso un seguimiento o control de su desempeño y de la continuación del desarrollo de su formación laboral, lo que le permitirá la progresión de la que sea capaz en su vida laboral.

Y con la suficiente **motivación**.

(Valladolid, X-07) 11 Un grave obstáculo que impide la integración laboral es el resultado fáctico de que la persona con discapacidad obtiene un nivel de renta, si no trabaja, que dista poco o nada del que obtendría si trabajara. Debe promoverse su incorporación al mercado laboral ofreciendo una mejora en su nivel real de vida.

El efecto descrito se produce en la realidad. Dados los servicios (retribuciones) asistenciales, ocurre a menudo que, sin hacer nada, tiene iguales o mayores ingresos que si trabaja. Y si accede al trabajo, pierde pensiones o ingresos. Lo que da como resultado que el interesado se queda en casa; no sufre perjuicio económico pero no accede a los beneficios personales, sociales o productivos que podría percibir.

En la sala se propuso que el acceso al trabajo no supusiera la pérdida de pensiones (o de parte de ellas), de modo que el trabajar supusiera, siempre, un incentivo para su situación patrimonial.

III.B LA RESPONSABILIDAD SOCIAL

Veíamos al principio de este apartado el derecho de los ciudadanos con discapacidad al trabajo, y el deber de los poderes públicos de promocionarlo. Pero un derecho constitucional no se acaba con la protección pública. Los demás integrantes de la sociedad deben respetarlo, pues si no caen en situaciones de discriminación. Dentro de este grupo cobra especial importancia el mundo de la empresa.

(Valladolid, X-2006) 2. La responsabilidad social corporativa o de la empresa ha de sentirse como una obligación que deriva de la propia constitución que consagra el derecho de toda persona al trabajo. A este respecto, es necesario un mayor esfuerzo de las empresas que permita establecer programas de formación, equipos de apoyo y seguimiento, integración e inserción de las personas con discapacidad. Sirviendo de ejemplo la Comunidad de Castilla León, con la presencia del grupo Siro.

En el anterior texto tenemos esa misma declaración de principios, una llamada a las empresas y a los medios que pueden emplear para su cumplimiento, y el reconocimiento de que ya hay empresas que prestan especial atención a esta cuestión¹⁵.

Decíamos que el mundo de la empresa. Pero para que sea efectivo, sería mejor referirnos a los mundos que concurren dentro de la empresa.

(Valladolid, X-07) 1. Para una completa inserción laboral de las personas con discapacidad deben intervenir todos los elementos de la empresa: la dirección, la propiedad y el resto de los trabajadores. Sin la colaboración de todos éstos, encargados, jefes, compañeros, la integración en el proceso productivo no será completa.

Todos los elementos que intervienen en ella, y muy especialmente el resto de los trabajadores. No son los que van a proporcionar el empleo; incluso en ocasiones se verán incómodos por posibles medidas de discriminación positiva que a ellos no les benefician. Pero la Constitución, y una elemental idea de justicia (tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales), afectan a los ya indicados poderes públicos, al mundo empresarial y al resto de trabajadores, incluyendo aquí a la dirección.

Claro que una cosa es justicia y otra caridad. No estamos ante esta última; no puede estructurarse un sistema sobre la base de que algunos de sus miembros ejerzan de caritativos con otros. Habitualmente, el sujeto pasivo de la caridad queda apartado del proceso social. Debe arbitrarse de modo que todos perciban los estímulos adecuados para actuar.

(Valladolid, X-07) 3 La integración de las personas con discapacidad en el proceso productivo será efectiva si se hace a través de un compromiso social rentable. Así se asegura la sostenibilidad de los empleos. Es una responsabilidad social corporativa, no una cuestión de caridad empresarial.

En este sentido cabe saludar la experiencia de las entidades de la vida civil, tanto en el mundo empresarial como en

¹⁵ El citado grupo Siro es un conjunto de empresas con especial atención al empleo de personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las que las que no lo son.

el asociativo, que están practicando ya la inserción laboral de los más desfavorecidos.

El sistema debe arbitrarse de modo que integrar trabajadores con discapacidad no suponga una pérdida para el empleador. Deben adaptarse los sistemas de selección y productivos de modo que no suponga un perjuicio para alguno de los elementos intervinientes, porque en caso contrario nos vemos abocados a medidas coercitivas (con el consiguiente rechazo por el que las padece) o de caridad. Una vez establecida la completa integración, de modo que no suponga una pérdida para ningún elemento (imaginemos también otra medida coercitiva, pero para otro elemento: un porcentaje de los trabajadores son despedidos para ceder sus puestos a personas con discapacidad), se pueden aplicar las medidas que procedan, incluso discriminación positiva, para fomentar el empleo de estas personas.

En el mundo real ya estamos viendo empresas comprometidas con esta cuestión, y tiene mucho que decir el movimiento asociativo, verdadero portavoz y agrupación del grupo objeto de este problema.

III.C LA FUNCIÓN PÚBLICA

En casa del herrero, cuchillo de palo. Dos toques de atención a quien debe garantizar la protección práctica y legal de las personas con discapacidad. La primera, ya antigua:

(Sevilla, XII-2002) ...

En el acceso a la función pública, deberán adaptarse las pruebas exigidas a la función que se vaya a desarrollar

Las pruebas que se realizan para el acceso al empleo público versan sobre temas relacionados con el trabajo a realizar, o con otras cuestiones. Si de lo que se trata es de seleccionar una persona para un determinado puesto de trabajo, exigir conocimientos no relacionados con éste le impone a alguien con capacidad intelectual disminuida unas normas de competencia que le sitúan en inferioridad. De ahí que se solicitara la concreción a los temas que interesan, obviando los demás.

(Valladolid, X-07) 12. En la función pública, no hay previsto un ajuste razonable que permita que las personas con discapacidad puedan ejercer sus funciones con arreglo a sus capacidades.

La cuestión es suficientemente clara. Si se está intentando un ajuste razonable de todos los medios y servicios, empezemos por los que dependen directamente de la Administración. Y, en materia laboral, todos los que le permitan realizar (empezando por el acceso al puesto de trabajo) su labor en igualdad de condiciones que los demás.

Y, en una conclusión referida inicialmente a las personas con capacidad intelectual límite, se retomó la cuestión de la función pública.

(Valladolid, X-07) 7 Sus problemas principales [*de las personas con capacidad intelectual límite*] son el fracaso escolar, previsible en parte por una detección precoz, y los problemas de inserción laboral. Para paliar estos últimos en el ámbito del empleo público, se proponen:

Las convocatorias de turno independiente para la selección laboral, que permite personalizar y ajustar las pruebas (no discriminación)

Que en el concurso-oposición, se valoren las habilidades de los aspirantes en relación con las funciones a desarrollar, no con otros conocimientos ajenos.

Y la adopción de medidas indirectas para el fomento del empleo (acción positiva)

En Valladolid volvimos a escuchar la solicitud de que las pruebas tengan relación con las actividades a desarrollar, no con otros conocimientos. Y se añaden las solicitudes de acción positiva y convocatorias en turno independiente. No dejan de ser una derivación de la anterior. Seleccionemos puestos de trabajo accesibles, y escojamos los trabajadores entre ellos, sin competencia externa para ellos. Se trata de una acción positiva que no es extraña a otros ámbitos.

Capítulo duodécimo. Las personas vulnerables en materia de Sanidad.

I.- LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE.

En el mundo de la enfermedad todos los pacientes somos personas vulnerables. La vulnerabilidad llega a ser una discapacidad en casos en que nuestras facultades se encuentran alteradas, de forma temporal o definitiva, produciendo el efecto de que no somos capaces de opinar sobre lo que se va a hacer con nosotros.

El Ordenamiento Jurídico dedica a la Sanidad un artículo de la Constitución (de 1978), el 43, ocupado en la protección a la salud, y otro, el 49, contempla la de los discapacitados. Posteriormente, la Ley General de Sanidad (del año 1986) incluye la posibilidad de opinar, por parte del paciente, en las decisiones que le afecten¹, pero se ocupa de la política sanitaria. Es después cuando se desarrolla la preocupación por el respeto a la voluntad del paciente.

Llegamos al momento de determinar para qué sirve la voluntad del paciente, lo que aparece claro en la teoría, pero que no lo está tanto en la práctica. La cuestión es la siguiente: ¿quién decide lo que se va a hacer con una persona? Pensemos que estamos ante actuaciones que pueden afectar a la vida, a la dignidad, al desarrollo de discapacidades, enfermedades, etc. Las posibles soluciones son las siguientes:

- decide el médico. Es el que más sabe de esto, de modo que se le entrega un enfermo y resolverá qué se hace con él.
- decide la familia del paciente. En la práctica es bastante común que quien adopte las decisiones sean los parientes, ocultándose al enfermo la información sobre, por ejemplo, el carácter terminal de su patología, “para que no sufra”.
- decide el paciente. Tiene derecho a ser informado de su situación y a decidir los tratamientos que se le van a aplicar.

¹ Ley General de Sanidad. Artículo 10. Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: ..

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

Planteadas así la cuestión, sigamos con las normas jurídicas. El siguiente paso importante lo constituye el Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, suscrito el 4 de abril de 1997, conocido como Convenio de Oviedo. En él se tratan, entre otras cuestiones, el consentimiento (del enfermo) y su derecho a la información². Este Convenio fue ratificado por España el 23 de julio de 1999.

Para desarrollar las cuestiones allí tratadas se promulga la Ley 41/2002³. Tras los derechos a la información sanitaria y a la intimidad, se dedica un capítulo al consentimiento informado⁴, dentro del cual encontramos la base general de respeto de la autonomía del paciente. A este principio se dedicaron dos conclusiones en el año 2006.

(MADRID, IX 2006) 1. El principio de autonomía de voluntad del paciente es un principio básico recogido en la Ley 41/2002, sobre tal descansa toda la regulación relativa al consentimiento informado (artículo 8.1), el cual debe ser libre y voluntario. Será nulo cualquier consentimiento prestado de forma coactiva.

² Convenio de Oviedo. Sobre el consentimiento, veamos la siguiente norma:

Artículo 5. Regla general.

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

A continuación trata de la protección de las personas que no tengan capacidad para expresarse libremente y quienes sufran trastornos mentales.

³ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Aparece el término “autonomía del paciente”, que es como definimos el principio general de exposición y respeto de las decisiones de los pacientes.

⁴ Capítulo IV, con un expresivo título: “El respeto a la autonomía del paciente”, y que comienza así:

Artículo 8. Consentimiento informado.

1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información pre vista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso. ..

(Valladolid, X-2006)13. Es imprescindible el consentimiento informado en materia de salud, por ello es necesario que sean escuchadas tanto las personas mayores como las personas con capacidades diferentes y menores con suficiente grado de madurez.

Al respeto general que se pide a la autonomía de la voluntad, ya recogido en las leyes que hemos citado, se añaden dos situaciones problemáticas: las personas con capacidades diferentes (otra denominación para lo que estamos llamando personas con discapacidad en este trabajo) y los menores maduros.

En los casos de discapacidad se prevé el consentimiento⁵ por representación; parte del supuesto de falta de capacidad para adoptar decisiones y regula que, en principio, lo decidirá su representante legal. Si no lo hay, *las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho*. Ya hemos comentado (y criticado) al tratar de la Ley de Dependencia la poca exactitud de estos términos. ¿Qué familiares? ¿los más próximos en grado, por mayoría o unanimidad dentro de cada grado, previa investigación por el médico que requiere el consentimiento de quiénes y cuántos son estas personas, o bien del que le haya acompañado al hospital? En cuanto a la referencia a personas vinculadas de hecho, la imprecisión es aún mayor. Probablemente intente

⁵ La norma que regula esta cuestión, a la que nos vamos a referir, es el artículo 9 apartados 3 y 5.

3. *Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:*

Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

..

5. *La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.*

referirse a las parejas de hecho, pero la inseguridad en que se queda el médico que ha de intervenir es muy preocupante. Recordemos la solución, con base en las normas sobre representación de nuestra legislación, de entender por tales a los guardadores de hecho; entendamos que quien, vinculado al paciente, le acompaña, se ocupa de él, es en ese aspecto su guardador de hecho, y tienen (el guardador y el médico que le hace caso) base jurídica para defender la validez de la decisión. Recordemos el artículo 304 del Código Civil: *“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”*.

Pero a lo que se refería la conclusión no era a los actos del representante, sino a los de la persona con discapacidad y al llamado “menor maduro”.

Del artículo 9.3 de la ley 41/2002 (que hemos transcrito en nota anterior) podemos deducir que, dado que procederá la representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia. En los casos en que, debidamente informado, comprendida la información, sea capaz de tomarlas, no procederá la representación y se atenderá a la voluntad expresada por el que ha sido encontrado capaz para este acto, a pesar de su posible discapacidad más general.

En cuanto al menor, la situación es similar, pero, a mi entender, algo más grave. Fijémonos que estamos en supuestos en que, por ley, se trata de un incapacitado jurídicamente, situación que en bastantes casos de discapacidad no se producirá (los que, con deficiencias intelectuales, permanentes o transitorias - por ejemplo, una persona sedada - no han sido objeto de un proceso de incapacitación legal) En los casos de menores, no hay dudas de que están incapacitados legalmente. Procede la representación en esta materia *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”*. Luego si es capaz de comprenderlo, no procede la representación, el menor es considerado maduro y capaz para la toma de decisiones sobre las intervenciones de carácter médico.

Vemos que se produce una proximidad entre el paciente al que se suministra la información con el que lo hace y puede aclarar las dudas que puedan surgir, la situación en la que va a aplicarse y el juicio de capacidad que se realiza. Esta inmediatez permite que su apreciación prime sobre las disposiciones jurídicas generales (la incapacitación o el artículo que dice que los menores de 18 años son incapaces)

Como un caso específico dentro de la forma de prestar el consentimiento, se ha regulado su manifestación de forma previa a su aplicación, de modo que todo el apartado siguiente es la extensión de un supuesto especial dentro del presente.

Este consentimiento puede ser revocado en cualquier momento.

(MADRID, IX 2006) 3. La revocación o modificación del consentimiento previo, en cualquier momento, es un derecho que reconoce la propia ley (Art. 8.5)⁶.

Tal revocación afecta al consentimiento incluido en las voluntades anticipadas, que ahora veremos, y al prestado para una intervención inminente.

Veamos ahora una cuestión que afecta tanto al consentimiento ordinario, inmediato a la intervención (o tratamiento), como al expresado en un documento de voluntades anticipadas. ¿Cómo afecta al médico?

(MADRID, IX 2006) 2. Este consentimiento o su negativa a ciertas intervenciones no puede nunca coaccionar el buen hacer del facultativo con arreglo a la *lex artis*. Por tanto el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, pero no puede obligar al médico a aplicar un tratamiento contrario la *lex artis*.

Por tal concepto (*lex artis*) podemos entender el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la Medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente. La ley 41/2002 sólo se refiere a la *lex artis* cuando se trata el documento de voluntades anticipadas, para excluir de su contenido las instrucciones que la contradigan. Posiblemente parte de la base práctica de que el consentimiento inmediato a la intervención sólo se referirá a una autorización o rechazo de las propuestas del facultativo. Sin embargo, este límite a lo que el paciente proponga se aplicará en todos los supuestos. Salvado ese escollo, es decir, si las instrucciones son congruentes con la buena praxis, se consideró necesario en la reunión en el hospital Ramón y Cajal de Madrid (con una audiencia casi exclusiva de personal sanitario), aclarar una grave preocupación.

⁶ Ley 41/2002. Artículo 8 ... 5. *El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.*

(MADRID, IX 2006) 11. No hay responsabilidad penal en el cumplimiento estricto de la voluntad del paciente debidamente informado, aunque éste pierda la vida.

En la práctica médica la cuestión no es baladí, dada la abundancia de reclamaciones contra actuaciones terapéuticas.

Se resaltaron también otros posibles efectos de las decisiones a adoptar. En primer lugar, las dudas que se pueden plantear, cuya solución deberá respetar las actuaciones en caso de urgencia.

(MADRID, IX 2006) 5. Ante situaciones de conflicto o discutibles, debe el facultativo acudir a la autoridad judicial o al ministerio fiscal. Todo sin perjuicio de las situaciones de urgencia vital en las que no haya consentimiento del paciente (Art. 9.2.b)⁷.

Como contrapunto, se recordó que la obligación primera del personal sanitario es cumplir las instrucciones recibidas acerca del tratamiento (con las excepciones reguladas en la Ley), y no esperar a que otra autoridad las ordene.

(MADRID, IX 2006) 6. Las dilaciones en la toma de decisiones, si causan algún daño al paciente, pueden generar responsabilidad patrimonial.

Examinemos, por último, dos importantes (y discutidas) salvedades. La primera, la objeción de conciencia. El médico considera que no puede practicar el tratamiento que se le reclama.

(MADRID, IX 2006) 4. La objeción de conciencia es un derecho constitucional (también reconocido en alguna normativa

⁷ Ley 41/2002. Artículo 9. Límites del consentimiento informado y consentimiento por representación.

.. 2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

.. b.- Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

autonómica para las instrucciones previas), lo cual exige un compromiso por parte de la administración de garantizar la asistencia sanitaria alternativa al paciente.

No entraremos en un estudio pormenorizado sobre el derecho de objeción de conciencia en general. Se alega en su defensa el artículo 16.1 de la Constitución Española, que luego hace una aplicación concreta referida a las obligaciones militares en el artículo 30.2⁸. La legislación central (Ley General de Sanidad y la ley 41/2002) nada dicen acerca de este tema. En relación con los documentos de voluntades anticipadas, las de Madrid, Valencia y Murcia la prevén. La primera de ellas no regula nada más, no establece solución expresa al hecho de la negativa a un tratamiento por este motivo. Sin embargo, las de Valencia y Murcia regulan la obligación de la Administración de disponer las medidas precisas para que otro médico lo aplique. El objetor queda apartado del caso, pero la Administración, en cumplimiento de su obligación de proteger la salud⁹, ha de poner los medios adecuados para que aquella voluntad se cumpla. La solución es perfectamente trasplantable al consentimiento o instrucciones prestadas sin necesidad de tal documento.

La segunda, igualmente delicada, sobre la afección a otras personas, y en particular a los casos de embarazo.

(MADRID, IX 2006) 7. La decisión sobre la vida y la salud propia no pueden perjudicar a la de otras personas ni a los nasciturus (personas aún no nacidas), aun contra la voluntad del paciente.

⁸ Constitución Española. *Artículo 16.*

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

Artículo 30.

1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

⁹ Constitución Española. *Artículo 43.*

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

El análisis de estos supuestos se relaciona con los supuestos en que se permite la interrupción voluntaria del embarazo, con cuya normativa y jurisprudencia se habrá de integrar.

II. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS EN MATERIA DE SANIDAD

II.A **¿Qué entendemos por voluntades anticipadas?** En el principio de respeto a la autonomía de la voluntad del paciente existe un aspecto concreto que ha cobrado importancia propia. Se trata de aquella situación en que se encuentra una persona que, no estando en condiciones de exponer su voluntad en esta materia (situación no extraña en la medicina; de forma indefinida o temporal, todos tenemos el riesgo de estar incapacitados para exponerla), ha dejado instrucciones previamente manifestadas. Popularmente se le denomina testamento vital. En las leyes recibe nombres como “voluntades anticipadas”, “voluntad anticipada”, “instrucciones previas”.

(ALBACETE, V-2007) 4. El documento de voluntades anticipadas (u otras denominaciones con la que legislativamente se ha recogido en las Comunidades Autónomas) es un instrumento útil para conocer cuál es la voluntad del paciente cuando este no puede expresarla por sí mismo.

La apertura de un registro de alcance nacional en el presente año supone garantía de su eficacia.

Se recalcan aquí su concepto básico, su campo de actuación y se incluye una referencia a la conveniencia de un registro donde se contengan (mas adelante volvemos sobre éste)

De lo que se trata es de ver hasta qué punto estas instrucciones previas tienen eficacia legal. Materia que se complica por cuanto estas cuestiones sanitarias están transferidas, de modo que nos encontramos, en España, con diecisiete normas que la regulan (en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, además, con más de una disposición jurídica)

Volvamos al esquema legislativo que antes citábamos. Se empieza a desarrollar la cuestión de la autonomía de la voluntad en nuestro país con el Convenio de Oviedo, ratificado por España. Lo contempla su artículo 9, que ya

regula el respeto a estas instrucciones, pero sin entrar en su detalle¹⁰. Se pone en marcha la lenta maquinaria legislativa estatal, y también las autonómicas, de modo que en el año 2001 se publican leyes de ordenación de la Sanidad en Madrid y Extremadura; en el año 2002, Aragón (15 de abril), Navarra (6 de mayo), Canarias (14 de noviembre), Cataluña (29 de diciembre) y el País Vasco (30 de diciembre) La Ley estatal es de 14 de noviembre (algunas de las citadas son posteriores, pero por las fechas, no esperaron a la central para iniciar su tramitación), y le dedica un solo artículo¹¹. Después siguieron las demás Comunidades, hasta el estado actual. Esta multiplicidad generó el primer comentario:

(CADIZ, X-2005) 1.- Resulta necesario acometer un proceso de reforma armonizada de las leyes autonómicas sobre voluntades

¹⁰ Convenio de Oviedo. *Artículo 9. Deseos expresados anteriormente. Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.*

¹¹ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Artículo 11. Instrucciones previas.

1. *Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

2. *Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.*

3. *No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al Ordenamiento Jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.*

4. *Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.*

5. *Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*

anticipadas, con el fin de sujetarlas a los principios rectores de la ley estatal 41/2002.

A pesar de lo indicado, las normas autonómicas no contienen grandes discrepancias entre sí y con la nacional. Sí que se pueden apreciar estas diferencias en cuestiones de gran interés, porque trascienden del ámbito estrictamente local: la conexión de los registros entre sí y las diferencias de criterios en cuanto a las personas que pueden acceder a ellos. Sería precisa una regulación muy concreta para permitir un acceso en todo el ámbito nacional (que más adelante puede ser el de la Unión Europea)

De su estudio, las conclusiones dictadas se han centrado en el documento que las contiene y en el registro que debe publicarlas. Pero, antes de detenernos en su desarrollo, conviene hacer un pequeño esquema de las legislaciones, que en su desarrollo autonómico son mucho más completas que el corto artículo 11 de la Ley 41/2002.

II.A.1 El otorgante. ¿Quién lo puede otorgar? Detengámonos ante el supuesto que puede plantear mayores problemas, el del menor maduro. En el consentimiento informado, se le permitía darlo; se producían circunstancias de inmediatez entre el suministro de información por el médico, la comprobación de si era suficientemente comprendida y el consentimiento. Ello no ocurre así en el documento de voluntades anticipadas.

(MADRID, IX 2006) 9. El menor maduro puede prestar el consentimiento informado a las operaciones médicas, aunque se exige la mayoría de edad para las voluntades anticipadas (aunque existen legislaciones autonómicas con divergencias)

El que lo va a aplicar no sabe si ha sido suficientemente comprendido. La situación excepcional (consentimiento otorgado por un incapaz legal) ha desaparecido, de modo que se vuelve al principio general de capacidad jurídica.

II.A.2 El contenido previsto puede contener tres tipos de disposiciones:

i. Referentes a cuidados y tratamiento de la salud. Es el contenido básico. No pudiendo exponer el consentimiento informado en el momento en que este es requerido, sino con anticipación, incluirá todas aquellas cuestiones en las que tal consentimiento hace falta. Algunas legislaciones incluyen como subgrupo la

exposición de valores vitales o personales que puedan servir para interpretar lo anterior.

ii Destino del cuerpo y donación de órganos. España es el país puntero en cuanto a donaciones de órganos para trasplantes, pero aún así siempre sería bienvenida una más amplia disposición en este sentido. La ley de trasplantes, en su aplicación práctica, no contiene un instrumento eficaz que permita prescindir de consentimientos familiares. La legislación sobre voluntades anticipadas sí, lo contempla expresamente con los efectos que ahora veremos.

iii Nombramiento de representante ante la Sanidad. No pudiendo prestar el sujeto el consentimiento, ha designado alguien que lo preste por él. Las normas que lo regulan continúan privando de capacidad para esta representación a los que intervienen en su otorgamiento (notario, testigos, funcionarios), a los que lo aplican (médicos) y a otros en los que se aprecia una posibilidad de riesgo (en algún caso concreto, personal de entidades financiadoras o de seguros médicos)

II.A.3 La forma del documento también contempla tres posibilidades. La ley 41/2002 exige que conste por escrito; las autonómicas lo amplían: ante notario, ante tres testigos o ante un funcionario de la Sanidad. Nos detendremos en este punto al hablar del documento.

II.A.4 Efectos.

Coinciden las legislaciones en que el documento de voluntades anticipadas es obligatorio para el médico. Éste es el gran avance. No sólo estamos ante un ruego o suministro de información para que quien tiene que aplicarlo se forme una voluntad, sino que es la expresión de una orden que, por el principio de autonomía de voluntad del paciente, ha de cumplirse.

Esto implica que el médico que lo cumpla estará protegido por lo hecho de acuerdo con esas instrucciones frente a reclamaciones de los parientes, tan habituales en estas situaciones. Por fin tiene un escudo protector: lo realizado no es una elección del médico, de la cual haya de responder (habitualmente ante los tribunales), sino una obligación que no le podrá acarrear responsabilidad.

Alguna legislación contempla la objeción de conciencia, pero debemos entenderla como una posibilidad de excusa particular, que no se puede dar por la Administración Sanitaria, que habrá de velar por que se cumplan las instrucciones.

Se contienen en todas las leyes dos excepciones a la obligatoriedad:

- i Las contrarias al Ordenamiento Jurídico, en las que podemos englobar la eutanasia.
- ii. Y las contrarias a la *lex artis*, “Conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la Medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente”.

También debemos incluir entre sus efectos el hecho de que sea revocable.

Pasemos ahora a examinar las cuestiones que han sido objeto de comentarios en las jornadas.

II.B EL DOCUMENTO

En nuestro sistema económico-jurídico se busca la seguridad jurídica. En virtud de ésta, la Administración moviliza sus recursos (producción de determinados efectos, protección judicial y por la Administración en general) sin necesidad de que se produzca una contienda acerca de la eficacia de los actos jurídicos; estos, en determinadas circunstancias, se aplican sin necesidad de llegar a una sentencia judicial que lo ordene (en virtud de documentos se transmiten derechos, se ejecutan directamente por los Tribunales, otorgan preferencia a unos interesados sobre otros, etc.) Esas “determinadas circunstancias” consisten en cumplir una serie de requisitos que, en el fondo, implican que la Administración ha controlado el acto desde su formación, y por eso puede defenderlo. El instrumento principal para ejercer este control es el documento público¹². Se caracterizan por su autor (funcionario público) y por el cumplimiento de los requisitos que le impone la ley. La Administración ha supervisado previamente las obligaciones que debe cumplir el funcionario, ha detallado sus competencias (qué tipo de actos puede hacer, y dónde), y le ha marcado la forma de actuar, exigiéndole, así, que compruebe la capacidad del

¹² Código Civil, artículo 1214: *Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.*

sujeto que lo otorga, si está suficientemente informado, cómo se redacta el documento para que tenga efectos legales, y, normalmente, imponiéndole la redacción. Cumplidos todos estos requisitos, se pueden proteger sus efectos.

En materia de voluntades anticipadas hemos visto tres tipos de formas. Dos de ellas con la intervención de funcionario público: el notario o el funcionario público que determina cada legislación, normalmente el encargado del Registro de Voluntades Anticipadas. La tercera, con testigos. En las jornadas se ha reiterado la necesidad de intervención de funcionario. En relación con la seguridad jurídica, como principio de nuestro Derecho.

(Bilbao, II-2006) 9.- El Documento de Voluntades Anticipadas, por la importancia de su contenido, que dignifica el proceso de la muerte y ayuda a la calidad de la relación asistencial, debe dotarse de altos niveles de seguridad jurídica...

¿Cómo afectan estas cuestiones de seguridad jurídica a la materia de la Sanidad? Pensemos en la aplicación del documento. Tenemos un médico ante un paciente a quien ha de practicarse alguna intervención o actuación que puede tener consecuencias en cuanto a su vida, su dignidad o importantes efectos físicos. Y que para decidir qué hacer tiene ante sí un documento. Si está dotado de seguridad jurídica, si es un documento público, tiene una seguridad legalmente suficiente de que el otorgante tenía capacidad bastante cuando lo hizo, sabía lo que hacía, y estaba informado de ello. Además, tendrá certeza acerca de la fecha en que se elaboró.

Si no está dotado de seguridad jurídica (documento privado ante testigos) se encontrará con un texto firmado por cuatro personas (otorgante y tres testigos) De estas cuatro firmas, se supone que una corresponde a su paciente, el mismo que no puede comunicarse con él ni, por tanto, confirmárselo. Las otras tres pertenecerán a personas desconocidas, que no están presentes (ni siquiera se sabe si eran tres personas o una sola firmando varias veces) cuya información acerca del tema no se conoce, su idoneidad tampoco. ¿Da este documento suficiente seguridad para afectar a la vida de un sujeto? ¿Se la da al Juez que, posteriormente, puede examinar una reclamación en este sentido? ¿Se la da al Ordenamiento Jurídico para defender sus efectos? La respuesta es que no.

(CÁDIZ, X-2005) 2.- Es necesario reforzar en la legislación estatal, y especialmente en la autonómica, el requisito de la forma pública notarial como mecanismo apropiado para otorgar

voluntades anticipadas, con el fin de potenciar el control de la capacidad e identidad del otorgante y el respeto a los límites legales.

En otras materias de derecho privado, siempre que se ventilen intereses que se consideran importantes, personal o económicamente, se impone la forma de documento público. En materia de discapacidad, como hemos visto a lo largo de este libro, también. En materia de contratación pasan por la escritura pública los contratos bancarios cuando se pretende que los proteja la Administración garantizando que sean ejecutivos; los contratos que afecten a la estructura de las sociedades mercantiles; los que producen derechos sobre los inmuebles, especialmente la propiedad. En materia de situaciones que afecten a las personas en su ámbito personal, capitulaciones matrimoniales, los poderes más importantes (entre ellos los que facultan para la representación en cualquier asunto judicial) En materia de sucesiones, los testamentos, aceptaciones o renunciaciones de herencias.

En unos asuntos en que está en juego la vida de las personas, la legislación sobre voluntades anticipadas da la vuelta al sistema y permite el documento privado. No es esto acorde con el principio de seguridad jurídica, precisamente donde más hace falta.

(MADRID, IX 2006) 8. En ciertas ocasiones la Ley exige la forma escrita, pero ésta es siempre recomendable, y más aún la intervención notarial para evitar dudas sobre la capacidad y legalidad.

La última conclusión citada se refiere a todo tipo de instrucciones al médico, no sólo el documento de voluntades anticipadas. Pero en la vida diaria, la comunicación directa paciente-medico no puede verse retrasada por la exigencia de documento público, y la comunicación directa entre ambos la hacen innecesaria. No obstante, se recalca la conveniencia de que conste por escrito, aún en casos en que estrictamente no lo exija la ley. Aquel documento, en cambio, normalmente no es inmediato a la actuación médica, ni se ha a hacer ante la misma persona (notario, funcionario o testigos) que la va a aplicar. Ésta desconoce, por lo tanto, la capacidad del otorgante. Es conveniente que se le apliquen, a un caso de la gravedad que puede tener el presente, los máximos estándares de seguridad jurídica.

En Cádiz se trató también de un caso bastante concreto; la salud mental y el documento de voluntades anticipadas. Plantea graves dudas acerca de la

capacidad y la concurrencia con otras posibles medidas judiciales, solicitando su regulación específica.

(CÁDIZ, X-2005) 10.- Debe establecerse una regulación expresa de las voluntades anticipadas en materia de salud mental (que incluya reforzamiento de las garantías, formalización exclusiva notarial, limitación temporal y posible revocación por vía judicial); y todo ello con el debido respeto a la autonomía de la voluntad del paciente psiquiátrico. Dicha regulación deberá pronunciarse sobre la posible convivencia entre el documento de voluntades anticipadas, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las medidas de protección del procedimiento de incapacidad.

Por un lado establece el respeto de la autonomía de voluntad. Para ello, solicita reforzamiento de garantías para asegurar la capacidad. Por otro lado, presenta esta posible colisión con otras medidas, que habrá de ser tenida en cuenta. En los procesos de incapacitación puede producirse medidas que afecten al ámbito personal; con independencia de estas medidas, también pasan por control judicial los internamientos (a ello se refiere el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³)

II.C EI REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.

¿Cómo se entera el médico de que hay un documento de voluntades anticipadas, y de su contenido? Las vías son dos: el propio centro sanitario donde trabaja, o un registro externo a ese centro donde pueda consultarlo.

Todas las legislaciones regulan que el documento se entregará en el centro sanitario y se hará constar en la historia clínica (obrante en ese mismo centro) Pero, salvo que uno viaje siempre con el documento encima, no es ninguna garantía de que esta información llegue a su destino, que puede estar situado a cientos de kilómetros de donde se halla perfectamente archivado (o, simplemente, a quinientos metros)

¹³ Empieza el artículo indicando que “1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.” Y a partir de aquí regula con cierto detalle las incidencias que producen estas medidas.

La otra posibilidad, prevista por la Ley 41/2002 y las legislaciones autonómicas, es la inscripción en un registro al que tengan acceso los médicos que en un momento determinado le traten. Las leyes lo han previsto, pero su aplicación es bien dispar. En algunas Comunidades está regulado y funcionando; en otras simplemente previsto, y otras no han empezado el proceso de su creación. La seguridad jurídica que esta situación nos otorga (seguridad jurídica y médica) es bastante deficiente.

Veremos el trato que esta cuestión ha merecido en las jornadas Aequitas. En primer lugar, las conclusiones anteriores a la fecha de la ley que lo regula.

(Barcelona, I-2006) 13. Se reconoce la eficacia de las voluntades anticipadas, si bien es necesaria la creación de órganos nacionales de coordinación y de un registro a nivel nacional, asegurando el conocimiento de la voluntad del otorgante del documento notarial en el momento oportuno. El modelo a seguir podría ser el registro general de actos de última voluntad.

En Barcelona (más de un año antes de la promulgación de su ley reguladora) se limitaron a recomendar su creación, y se expuso un modelo de estructura, el Registro General de Actos de Última Voluntad. Nos encontramos ante una serie de registros autonómicos donde constará el contenido del documento. El nivel mínimo preciso incluye el acceso desde cualquier lugar de España a la información sobre dónde se encuentra el de cualquier persona; el mismo sistema se sigue en el R.G.A.U.V. (Registro General de Actos de Última Voluntad, o sea, de testamentos): hay muchas notarías donde consta el contenido de los documentos, y un registro central cuya consulta permite acceder a la información de dónde está el que nos interesa. Sin embargo, como veremos a continuación, la ley ha sido bastante más ambiciosa.

(CÁDIZ, X-2005) 3.- Urge la puesta en marcha de un registro nacional de voluntades anticipadas que se coordine con los registros autonómicos y comunitarios, potenciando el uso de medios telemáticos para su acceso y consulta, pero con el debido respeto y protección del derecho a la intimidad del paciente.

En esta conclusión vemos tres aspectos básicos en la materia.

Coordinación con los demás registros, a fin de que nuestras voluntades anticipadas se nos puedan aplicar allí donde estemos (en todo el territorio nacional y en el ámbito comunitario, como ambiciosamente proclama)

Utilización de métodos telemáticos. En ninguna materia como en ésta es más precisa la celeridad en el acceso a la información. Nos referimos al acceso último, por parte del médico que trata al otorgante, que se encontrará en una situación, cuanto menos, delicada. Los otros accesos ya no son tan urgentes (los que producen la inscripción), pero, establecida una red telemática para relacionarse con el registro, es inexcusable el empleo de otros medios más lentos.

Respeto a la intimidad. Las cuestiones relacionadas con la salud son de las más sensibles en la materia de protección de datos, una de las plasmaciones legales del ámbito más íntimo de las personas. Ello exigirá que sólo los interesados o profesionales sujetos a guardar secreto tengan acceso a él, y justifica la distinción entre la información sobre la existencia de un documento y la referente a su contenido (en el Real Decreto 124/2007, recogida en su artículo 2¹⁴)

En Bilbao se dedicó una mesa redonda al documento de voluntades anticipadas, con ponencias sobre las cuestiones jurídicas del documento, otra sobre su aspecto biomédico, y una tercera sobre un registro que ya está en funcionamiento, el de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En relación con éste, se concluyó:

(Bilbao, II-2006) ... Para su completa utilidad, es necesaria su inscripción en un registro al que tengan acceso, con las adecuadas medidas de confidencialidad, seguridad e inmediatez, el personal sanitario. Estos registros deben ser accesibles desde

¹⁴ Real Decreto 124/2007. Artículo 2. *Artículo 2. Objeto y finalidad.*

.... 2. *El Registro nacional de instrucciones previas tiene por objeto la constatación, salvo prueba en contrario, de:*

- a) *La existencia de instrucciones previas inscritas en los distintos registros autonómicos únicos en los que estarán registradas con sus contenidos.*
- b) *La localización y fecha de inscripción de la declaración que haya realizado la persona otorgante, así como de la eventual modificación, sustitución o revocación de su contenido, cualquiera que sea el registro autonómico en el que hayan sido inscritas.*
- c) *El contenido de las instrucciones previas.*

cualquier centro de atención médica, cualquiera que sea el lugar del país en el que se produzca la necesidad, a través de las adecuadas conexiones entre los distintos registros actualmente existentes, que mediante la técnica de la firma electrónica, permiten su práctica.

Falta el desarrollo de la legislación que extienda su implantación, por parte de bastantes Comunidades Autónomas, y su conexión, por parte del Estado.

Se recalca quién ha de poder acceder al Registro, cómo, y la necesidad de implantación en todo el territorio nacional de una red de registros que estén conectados.

Y una última solicitud en el mismo sentido, poco antes de la promulgación de la ley que lo regulaba (Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero), y que incide sobre cuestiones que ya hemos tratado.

(MADRID, IX 2006) 10. Es imprescindible la creación de un registro unitario, de acceso telemático y a nivel nacional (o supranacional) de actos de voluntades anticipadas.

II.C.1. ¿QUIÉN ACCEDE? En cuanto a quién puede tener acceso, el principal es el personal sanitario que será el destinatario final, el usuario de la información recibida.

Un supuesto de aplicación del documento que tratamos es el siguiente: el médico de una Unidad de Cuidados Intensivos se encuentra con una persona sobre la que se pueden realizar varias actuaciones, que no puede decirle cuáles acepta. Un sistema adecuado permite que, desde la misma unidad, el médico pueda informarse de forma inmediata de si hay un documento de este tipo, y de su contenido. Las técnicas actualmente existentes de firma electrónica permiten que ello se haga con rapidez, confidencialidad, identificación de quien solicita la información, si es un médico o no, y con garantía de integridad y no alteración de su contenido. No es suficiente si tiene que comunicarse con un responsable de su Comunidad Autónoma, y éste con el funcionario a cargo del registro central, que emitirá un certificado con los datos requeridos. No sirve de nada tener que esperar si le acompaña un pariente que, por ejemplo, autoriza o rechaza una de las varias intervenciones, una asistencia religiosa y no permite la donación de órganos. Si se retrasa la información será tarde para el paciente y para los posibles destinatarios de sus órganos.

Este acceso debe ser seguro, confidencial e inmediato. Sin embargo, no es esto lo que ha hecho la ley reguladora¹⁵. Da la impresión de que ha partido de la situación fáctica actual para darle forma legal, cuando lo que se pedía era otra cosa: definir el sistema más adecuado de acceso y darle forma legal. Da la impresión, además, de que se ha desarrollado un proceso teniendo en cuenta los medios tradicionales de comunicación con los registros, a base de escritos (para solicitar la información y para suministrarla), cuando, precisamente en este caso, ese sistema no sirve, no nos da la celeridad que se necesita. Sobre la base anterior, se ha introducido la posibilidad de usar medios telemáticos, pero no se encajan de forma suficientemente clara en el sistema anterior.

¹⁵ Real Decreto 124/2007, de 2007. Artículo 4. Acceso al Registro nacional de instrucciones previas.

1. Se encuentran legitimados para acceder a los asientos del Registro nacional:

a) Las personas otorgantes de las instrucciones previas inscritas en él.

b) Los representantes legales de las personas otorgantes o los que a tal efecto hubieran sido designados de manera fehaciente por estas.

c) Los responsables acreditados de los registros autonómicos.

d) Las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

2. La persona otorgante de instrucciones previas o, en su caso, sus representantes legales o los designados en el documento registrado ejercerán su derecho de acceso mediante la presentación de la oportuna solicitud escrita al encargado del registro quien, previa comprobación de la identidad del peticionario, procederá a expedir la oportuna certificación acreditativa.

3. Los responsables de los registros autonómicos y las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autónoma y por el Ministerio de Sanidad y Consumo podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de comunicación telemática, previa solicitud del facultativo que estuviese tratando al otorgante. A tal efecto, deberán disponer de un certificado de clase 2 CA emitido por la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda o de un certificado de firma electrónica reconocida, emitido por un prestador de servicios de certificación homologado, conforme a las prescripciones sectoriales y a la legislación de firma electrónica. A tal fin, se establece un sistema que garantice técnicamente la identificación de la persona destinataria de la información, la integridad de la comunicación, la disponibilidad las 24 horas del día, la conservación de la información comunicada y la confidencialidad de los datos.

4. Las personas designadas por las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas podrán acceder al Registro nacional de instrucciones previas a través de sus respectivos registros autonómicos, en la forma que en cada caso se determine.

5. Las personas que, en razón de su cargo u oficio, accedan a cualquiera de los datos del Registro nacional de instrucciones previas están sujetas al deber de guardar secreto.

En suma, el acceso se podrá hacer por una serie de personas (art. 4.1), entre las cuales no se encuentra la principal, el que necesita con urgencia la información, el médico que trata al otorgante. Se prevé que éste lo solicite a su propio registro autonómico o al responsable designado en su Comunidad Autónoma (art. 4.3), que a su vez deberá dirigirse al encargado del registro central a través de solicitud escrita, quien finalmente expedirá certificado del contenido de sus libros (art. 4.2) Para cuando llegue la información de la voluntad anticipada a su destino, su aplicación será probablemente imposible.

II.C.2.- ¿CÓMO? Después de regular el sistema anterior, el legislador de 2007 decide adaptarlo al medio que, repetimos, es necesario para que el registro pueda servir para algo, el acceso telemático, para lo que prevé la utilización de certificado de firma electrónica reconocida (para cuyo desarrollo se aplicará la Ley 59/2003, de 19 de diciembre) ¿Por qué no se ha habilitado directamente al facultativo? En el certificado de firma utilizado podría hacerse constar su condición profesional, con lo que nos ahorraríamos el paso por el funcionario de su autonomía (el encargado del registro autonómico o la persona designada por la autoridad sanitaria) Su posible actuación en cuanto a comprobar la condición de médico puede constar en el certificado de firma electrónica que se le suministre. Y fuera de esta función le queda una labor de pasarela (en el sentido informático, una especie de puente) que, para ser suficientemente rápida, sustituirá la intervención humana por la de un ordenador.

II.C.3. CONEXIÓN DE LOS REGISTROS. El registro que se crea debería tener formato electrónico, única forma de asegurar un flujo de información suficientemente rápido para dar solución a la necesidad planteada. Parece ser que esta es la solución adoptada, que sin embargo no está suficientemente clara en el Real Decreto que lo regula al detallar que será un “fichero automatizado”¹⁶.

¹⁶ Artículo 5. Fichero automatizado.

1. Para facilitar el conocimiento de la existencia y localización de las inscripciones de los documentos de instrucciones previas realizadas en todo el territorio nacional, el Ministerio de Sanidad y Consumo, mediante orden ministerial, creará el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro nacional de instrucciones previas, con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal....

La solución prevista, en vez de una conexión telemática entre diversos registros, prevé el traslado de su contenido a un registro central. Inscrito un documento en cualquier registro autonómico, deberán trasladarse al central sus datos y su contenido¹⁷. Este sistema confiere mayor facilidad de consulta que el previsto en las conclusiones que llevamos vistas hasta ahora, al simplificar los archivos que hay que consultar, en el caso de los registros autonómicos informatizados, y acelerar el proceso de obtención de información en los casos de registros autonómicos que almacenen o realicen sus inscripciones en formato papel.

Terminamos con una valoración realizada después de la promulgación del Real Decreto.

(ALBACETE, V-2007) 4. ...

La apertura de un registro de alcance nacional en el presente año supone garantía de su eficacia.

Se refiere a la eficacia del documento de voluntades anticipadas, que era de lo que se trataba. Esperamos una mayor eficacia del registro.

¹⁷ Artículo 3. Procedimiento registral.

1. Inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de este lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada; a tal efecto, dará traslado de los datos e información mínima que se recogen en el anexo, así como de la copia del documento de instrucciones previas registrado que se remitirá por la citada vía telemática.

2. Recibida la comunicación telemática de los datos e información mínima a que se refiere el apartado anterior, se procederá a su inscripción, así como a la de la copia del documento de instrucciones previas en el Registro nacional de instrucciones previas, y se notificará el acto de inscripción y registro al registro autonómico, en el término de siete días, por el mismo procedimiento telemático...

Capítulo decimotercero. Derecho de obligaciones y contratos. La ley 41/2003.

I. EL DERECHO DE OBLIGACIONES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

En materia de discapacidad es bastante habitual acudir al Derecho de Sucesiones, que se verá más adelante. Sin embargo, junto a las soluciones que éste permite para asegurar el futuro del discapacitado, es preciso también asegurar el presente o, mediante contratos de efecto inmediato, prevenir situaciones que vendrán en un momento posterior. El Derecho de Obligaciones nos brinda algunos instrumentos. De éstos, presentan gran interés los que han sido previstos por la Ley 41/2003, que merece tratamiento aparte. Sin embargo, con esto no se agotan sus posibilidades actuales, ni las posibles figuras que ayudarán a la finalidad expuesta. Se propuso un impulso de estas previsiones en Barcelona:

(Barcelona, II-2007)4.- Disponemos asimismo de herramientas para intentar prevenir esta situación (la regulación de nuestro futuro) desde un punto de vista económico.

Entre estas se hallan:

- La renta vitalicia, ya contemplada en nuestra legislación.
- La hipoteca inversa, en una futura ley de Reforma del Mercado Hipotecario, que permite a los mayores de sesenta y cinco años o dependientes financiar con su vivienda habitual unos ingresos para el futuro
- Y el seguro de dependencia.

En estos casos es muy importante la forma de determinar la situación de dependencia; las garantías jurídicas que las permitan, y ventajas fiscales que las promuevan.

Se citan tres propuestas. Una, ya existente, que tendrá su apartado especial y que reseñaremos junto con el contrato de alimentos, la renta vitalicia.

I.A. La segunda, la **hipoteca inversa**, en perpetua previsión en la Banca y en los proyectos legislativos. A pesar del nombre, lo realmente interesante es el contrato de préstamo garantizado con ella. En el préstamo ordinario, el capital se entrega al inicio, y se va devolviendo periódicamente (normalmente con periodicidad mensual) Para atender a los mayores que no

dispongan de ingresos suficientes pero sí de algún bien que puede ser garantía de otras obligaciones (normalmente la vivienda), no es solución adecuada la entrega de presente del capital, porque no se sabe cuánto ni cuándo se va a emplear. En el préstamo que se garantiza con la hipoteca inversa el importe se va entregando periódicamente, normalmente también mes a mes, previo cálculo por el banco de un plazo previsible de duración y, en función del mismo, del importe a entregar cada vez, que se destinará, por ejemplo, a completar la pensión o a financiar una residencia. Al fallecer el preceptor (prestatario) se determina el saldo, cuya devolución estará desde el principio garantizada con hipoteca sobre la vivienda. Y los herederos recibirán la vivienda.. y la deuda, que a partir de entonces se empieza a devolver. La proliferación de la propiedad de la vivienda, tradicional en nuestro país (el 92% de los mayores de 65 años disponen de vivienda en propiedad), provoca que la mayor parte de la población de edad avanzada disponga de ella; se trata de convertirla en un medio de generar ingresos suficientes para vivir y mantener su uso.

En el momento de redactar esta conclusión, febrero de 2007, continuaba la espera y los rumores de su pronta regulación. Serían importantes los beneficios fiscales que se les concedieran, en especial en la hipoteca. Los gastos de su constitución, principalmente el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, provocan un desembolso importante (recordemos que no se recibe todo el capital, como en los préstamos ordinarios), que puede ser paliado con la correspondiente exención fiscal.

Con posterioridad, la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha introducido su regulación en su disposición adicional primera¹. Se podrá constituir por

¹ Por su novedad, la transcribimos casi completa:

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Regulación relativa a la hipoteca inversa.

1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por hipoteca inversa el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante y siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a.- que el solicitante y los beneficiarios que este pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia,

b.- que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas,

c.- que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios,

d.- que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

entidades de crédito y aseguradoras, sobre la vivienda habitual exclusivamente (en caso contrario no es nula, pero pierde los incentivos que se le otorgan), y por mayores de 65 años, o afectados de dependencia severa o gran dependencia. Es curioso que se acude a criterios manejados en relación con disposiciones laborales o en materia de pensiones, alejándose del de porcentajes también utilizados para la discapacidad (como en la ley 41/2003) La disposición es periódica (o con una disposición única) y exigible al fallecimiento o, de forma anticipada, al transmitirse la vivienda (que por ello deja de ser la habitual del beneficiario) Finaliza la norma con la exención del impuesto de transmisiones patrimoniales y la reducción de honorarios notariales y registrales.

2. Las hipotecas a que se refiere esta disposición sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial.

.....

5. Al fallecimiento del deudor hipotecario sus herederos o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación.

En caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

6. Cuando se extinga el préstamo o crédito regulado por esta disposición y los herederos del deudor hipotecario decidan no reembolsar los débitos vencidos, con sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia. A estos efectos no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

7. Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.

8. Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los Documentos sin cuantía previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.

9. Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, Inscripciones, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 %.

10. Podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante. A estas hipotecas inversas no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición....

I.B Y la tercera vía propuesta era acudir al sistema de seguros, el llamado **seguro de dependencia**. El riesgo asegurado es la situación de dependencia; se paga la prima mientras se pueden generar ingresos, para financiar los pagos cuando las circunstancias no lo permiten. La misma ley citada en el párrafo anterior lo regula en su disposición adicional segunda², permitiendo establecerlo a las compañías de seguros y mutualidades de previsión social, o a través de planes de pensiones. En este seguro procede la prestación para atender a la situación de dependencia una vez que ésta tiene lugar, para lo cual hay una remisión a la ley 39/2006, que la regula.

Consideremos ahora una reflexión del año 2007.

(ALBACETE, V-2007) 16. La autonomía de la voluntad nos permite diseñar el modo en el que queremos asegurar la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad (incluso la propia) Los profesionales del derecho deben esforzarse por conocer y aplicar los diversos instrumentos jurídicos y fiscales que nos brinda el Ordenamiento Jurídico para esta protección: las donaciones modales, condicionales, con reversión, con reservas,... los patrimonios protegidos, hipotecas inversas, seguros de dependencia, contratos de alimentos, de rentas, vitalicios y, por su puesto, el testamento. Siendo

² *DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Regulación relativa al seguro de dependencia.*

1. *La cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones.*

2. *La cobertura de la dependencia realizada a través de un contrato de seguro obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora de la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y dentro de los términos establecidos en la ley y en el contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación.*

El contrato de seguro de dependencia podrá articularse tanto a través de pólizas individuales como colectivas.

...

3. *Los planes de pensiones que prevean la cobertura de la contingencia de dependencia deberán recogerlo de manera expresa en sus especificaciones. En todo aquello no expresamente previsto resultará de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, y su normativa de desarrollo.*

imprescindible que a estas figuras se les de un adecuado y favorable tratamiento fiscal.

Podemos apreciar tres cuestiones. La primera, un recordatorio de que el Ordenamiento Jurídico ofrece posibilidades para la protección. La última, una idea que ya hemos tratado: que la mejor forma que tiene el Estado para cumplir su obligación de atención a los discapacitados es que sean éstos o sus más allegados quienes lo organicen, y se puedan financiar a base de desgravaciones fiscales.

La propuesta intermedia es un aviso destinado a los profesionales del derecho. No sólo a los abogados de las asociaciones de discapacitados, sino especialmente a los que no lo son. Todos los juristas que intervienen en la vida civil, en la que se desenvuelven las personas con discapacidad. Y cita unas cuantas posibilidades entre las que se encuentran las que hemos comentado y las que veremos a continuación.

Dentro del derecho de obligaciones haremos referencia especial a la ley 41/2003, una visión general (su contenido específico se irá analizando por partes) y a una de las figuras que en ella se regulan, el contrato de alimentos. En otro capítulo trataremos con mayor detalle del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

II LA LEY 41/2003³

La Fundación Aequitas ha dedicado más esfuerzos al estudio y divulgación de esta Ley que a cualquier otra materia, y eso se nota también en el número de conclusiones que se le dedican. Por ello hemos separado algunas que se redactaron

II.A ANTES de la promulgación de la ley.

³ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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.

(Sevilla, XII-2002) Se aprecia el cambio legislativo que se introduce con el proyecto de regulación de Estatuto Patrimonial del Discapacitado. Desde este foro se agradece toda la colaboración de apoyo para asegurar el desarrollo de este estatuto, así como se solicita que se apoye indiscutiblemente como una mejora en el ámbito de la discapacidad

En las primeras Jornadas, celebradas los días 22 y 23 de abril de 2002, se presenta en público lo que entonces se llamaba el Estatuto Patrimonial del Discapacitado. En éstas no se redactaron conclusiones, pero volvemos a verlo expuesto en las segundas, celebradas en Sevilla los días 2 y 3 de diciembre del mismo año. En ambos casos fueron ponentes dos de los Patronos de la Fundación; uno, diputado, Don Vicente Martínez-Pujalte López, impulsor en el Parlamento; el otro, notario, elaborador de la figura, Don Juan José López Burniol. Previamente, un primer proyecto que lo llamaba “fideicomiso social” había sido distribuido para informes entre los colaboradores, y ya se había convertido en el “patrimonio especialmente protegido de las personas discapacitadas”.

En el primer proyecto ya se contemplaban la indignidad del que no prestara alimentos al discapacitado; una ambiciosa excepción al sistema de legítimas (que resultó bastante rebajada en el segundo texto), y la autotutela (a la que se añadieron los poderes preventivos en esta segunda versión) En este sentido se pidieron regulaciones de aspectos que aún no contenía nuestra legislación:

(Sevilla, XII-2002) Destacamos la necesidad de introducir reformas legislativas en aquellas materias que están deficientemente reguladas como la autotutela, certificado de minusvalía, poderes preventivos, falta de publicidad de voluntades anticipadas en ámbito nacional y europeo, presencia de la voluntad del discapacitado,...

Avanzando en el tiempo, las Jornadas celebradas el 30 y 31 de octubre de 2003, en Valladolid, coincidían casi en el tiempo con la promulgación de la ley (el 18 de noviembre), por lo que ya se trabajó sobre el texto que habría de ser definitivo:

(Valladolid, X-2003) Este proyecto, impulsado por Entidades relacionadas con personas con discapacidad, ha obtenido una excepcional unanimidad de todos los grupos políticos en su

tramitación parlamentaria. El espíritu social de esta ley une las voluntades de todos. La valoración del proyecto de ley estudiado es sumamente positiva: fomenta la formación de recursos a favor de la persona con discapacidad, permite la liberación de recursos de las Administraciones Públicas, que se ven sustituidos por aportaciones de familiares, de terceros o de las propias personas con discapacidad. Medida que beneficia directamente a un colectivo que se puede estimar en 430.000 personas, y da un giro muy importante en la orientación de la legislación: se parte de un concepto más realista, centrado en la situación de discapacidad, frente al concepto estrictamente jurídico de incapacitación.

A partir de ese momento las Jornadas siguieron presentando y discutiendo sobre la Ley, lo que ocasionó un gran número de conclusiones.

II.B DESPUÉS de su publicación:

II.B.1 SU FUNDAMENTO.

Debemos hacer un alto para ubicar la Ley en el sistema de atención a la discapacidad. El contexto en que puede plantear su estudio es el del traslado de la asistencia de los discapacitados desde la familia hacia el Estado. No obstante, aquella se mantiene, es el ámbito natural de asistencia. En el ámbito familiar la persona con discapacidad es un individuo distinto de los demás, en el ámbito estatal es un elemento de una categoría de ciudadanos. En este esquema, ante la insuficiencia de medios de que disponen las familias, las Asociaciones (fundadas e integradas por familiares) funcionan como una extensión de éstas. No obstante, el traslado de responsabilidades al Estado hace que la atención de estas personas deba ser asegurada, y así lo dispone el artículo 49 de la Constitución Española⁴. Su desarrollo se realiza a través de dos vías: potenciando la protección privada, familiar, a través de bonificaciones fiscales, o prestando personalmente el servicio público. Este desarrollo ha producido tres leyes. Las dos primeras ya las hemos visto: la Ley 51/2003, donde se intenta

⁴ Volvemos a transcribirlo: *Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

una integración personal en la vida social, y la Ley 39/2006, donde se configura como una responsabilidad pública. La tercera, que aquí examinamos, potencia las facultades de autoorganización de la propia atención a la discapacidad (poderes preventivos, autotutela) y a las familias como primeras prestadoras de la asistencia (facultades patrimoniales, el patrimonio protegido, la atribución de la herencia familiar)

La Ley 41/2003 empieza a desarrollar la **obligación constitucional** de protección a las personas con discapacidad:

(Las Palmas, IV-2005) La Constitución Española, en su art. 49 CE, recoge la obligación de los poderes públicos de protección de las personas con discapacidad, y se desarrolla en la Ley 41/2003, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad. La mejora general de las condiciones de vida hace posible que, en no pocos casos, el discapacitado sobreviva a sus padres, verdaderos protectores del mismo, por lo que su seguridad económica adquiere una importancia capital.

La Ley responde a la realidad social: la creciente preocupación por la situación de las personas con discapacidad y la lucha contra la discriminación y por la eliminación de barreras físicas, jurídicas y mentales.

Junto con observaciones puramente jurídicas, se recalca una circunstancia social importante: dadas las situaciones actuales, los hijos discapacitados probablemente sobrevivirán a sus padres. Dada la reducción del tamaño de la familia, ésta habitualmente estará compuesta por los progenitores, que desaparecen, y el discapacitado, que permanece. Por lo tanto, no sólo nos encontramos con la necesidad de ayudar a los familiares más cercanos, sino con la de arbitrar medios para que otras personas (normalmente parientes más lejanos) continúen con la labor de asistencia.

II.B.2 En algún caso se ha planteado una **VISIÓN GENERAL** de la Ley.

(Tenerife VI-2005) 1.-La Ley 41/2003, además del Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad, trata todos los aspectos patrimoniales de estas personas.

Dentro de este ámbito patrimonial, destaca la regulación de la delegación de la facultad de mejorar sucesoria del art. 831

del Código Civil; del derecho de habitación y del contrato de alimentos.

Aunque en parte se trate de instituciones ya contempladas antes por nuestro Ordenamiento Jurídico, su regulación concreta facilita su uso.

Patrimonio protegido, delegación de la facultad de mejorar, contrato de alimentos o vitalicio. Herramientas puramente patrimoniales para permitir la financiación de la asistencia a la persona con discapacidad. Empieza a hacer ver que, si están reguladas sin la suficiente claridad o protección dentro del Ordenamiento Jurídico, no se aplican. Por ello la cita menciona dos posibilidades existentes pero con insuficiente regulación, la facultad de delegar y el llamado contrato de alimentos. Se verán más adelante en detalle.

(Bilbao, II-2006) 4.- La ley 41/ 2003 incorpora al Ordenamiento Jurídico, junto al patrimonio protegido, otros instrumentos legales, tales como los poderes preventivos, la autotutela y el contrato de alimentos, cuyo conocimiento y difusión resulta imprescindible. Estas instituciones legales permiten, respetando en todo caso la autonomía y libertad individual, adoptar medidas encaminadas a satisfacer las necesidades personales y patrimoniales de una posible discapacidad, lo que permitirá un mejor desarrollo de las soluciones aportadas por el anteproyecto de ley de autonomía personal y apoyo a la dependencia.

Donde se hace referencia al primer grupo de medidas que se citaban (además de la llamada al patrimonio protegido) Aquí se reseñaron las que permiten la autodecisión acerca una futura discapacidad (contrato de alimentos hecho por el propio alimentista)

II.B.3 SUJETOS A LOS QUE SE APLICA.

También se ha hecho hincapié sobre la admisión de efectos jurídico civiles a situaciones de discapacidad, con independencia de la incapacitación judicial.

(Madrid, III-2004) (MESA VI) Se debe destacar un aspecto positivo de la Ley:

La Ley de Patrimonio Protegido rompe el esquema de que sin la incapacitación judicial no se puede hacer nada. Para constituir un patrimonio protegido, basta la incapacitación administrativa.

Hasta la Ley 41/2003 el derecho privado reconocía, como único elemento para distinguir a las personas necesitadas de especial protección, la incapacitación jurídica. Las personas se distinguen por un proceso judicial. En cambio, en el campo del derecho público, el criterio es tratar de definir, valorar y cuantificar la discapacidad, mediante un concepto propio. Incapaz (en el derecho civil) frente a discapacitado (en el derecho administrativo)

El uso de estos conceptos ha tenido dispar eficacia. El concepto de incapaz se ha visto inadecuado para prestar una solución correcta. La inmensa mayoría de las personas con discapacidad están inatendidas por las instituciones del derecho civil; el porcentaje de los incapacitados es bastante exiguo, la inmensa mayoría carecen de protección frente a la vida jurídico-económica regulada por esta rama del Ordenamiento Jurídico. En cambio, el concepto de discapacitado (como persona que supera unos determinados porcentajes) se ha visto útil, ha servido para la concesión de ayudas, pensiones, medios de vida, residencias, etc.

El gran mérito de la Ley 41/2003 es adoptar el concepto administrativo de discapacitado y atribuirle efectos civiles; no solamente para la constitución del patrimonio protegido, sino también para otros efectos sucesorios. Ello introduce mayores posibilidades de que la protección que pretende brindar el Derecho Civil cumpla su objetivo.

(Las Palmas, IV-2005) Las reformas en materia sucesoria que incluye la Ley 41/2003, plantean problemas en la práctica, puesto que en algunos casos se establecen en beneficio de las personas con discapacidad y en otros exige la incapacitación judicial de estas personas.

No obstante, sería conveniente una mayor unificación, particularmente en las figuras en las que el incapaz o discapacitado es sujeto pasivo, perceptor de una ayuda.

(ALBACETE, V-2007) 5. La importancia de los documentos de autoprotección implica que la apreciación de la capacidad del otorgante es un elemento esencial para su adecuado

funcionamiento. A este respecto es esencial el “nuevo” concepto de CAPACIDAD SUFICIENTE que tiene su máxima expresión en el artículo doce de la convención de la ONU sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad, en el que expresamente se reconoce el derecho de las personas con discapacidad para tomar sus propias decisiones.

Aquí superamos el concepto administrativo de discapacidad para aceptar otro puramente civil: cada acto puede requerir una capacidad particular para su realización, lo que exige un examen individualizado de tal acto y de la persona que lo realiza para determinar si es capaz o no. O sea, si tiene la capacidad suficiente para ello. En el ámbito de ésta, es él quien controla sus asuntos⁵. Esta capacidad suficiente deberá ser apreciada y respetada por quienes intervengan en los actos jurídicos, sean terceros (por ejemplo, funcionarios que los autoricen) o partes (quienes contraten con ellos, especialmente en los casos en que no haya este control por funcionario)

II.B.4 Del mismo modo se ha recalcado el cambio que se apunta en el SISTEMA SUCESORIO del derecho común (lo que con mayor detalle se tratará en otro capítulo)

El sistema sucesorio incluye un entramado de instituciones íntimamente ligadas entre sí; algunas constituyen límites para las demás en cuanto intervienen parientes cercanos, campo ordinario de las disposiciones sucesorias que permiten, mediante una transmisión hereditaria, fomentar las posibilidades económicas de las personas con discapacidad. La legitima es una institución omnipresente, limita a todas las demás y por ello es la protagonista principal de las conclusiones. Aquí agrupamos las que la tratan dentro del sistema sucesorio general; más adelante se tratará con mayor detalle, dentro del derecho de sucesiones.

(Madrid, III-2004) (MESA VI)

⁵ En otras cosas, el artículo 12 de la Convención de la Onu establece que: *5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*

Como aspecto negativo la Ley de Patrimonio Protegido mantiene, en su mayor parte, el sistema de legítima establecido en el derecho común. Dentro de las transmisiones patrimoniales la herencia será muy habitual para conseguir los fines que pretende esta ley, y el sistema de legítimas de nuestro derecho común es un serio obstáculo.

(Tenerife VI-2005) 2.- La valoración de la ley 41/2003 es positiva, dado que es beneficiosa para la persona con discapacidad. Pese a no haber alterado el sistema general del derecho sucesorio español, lo que no constituía su objeto, su situación se ha mejorado respecto a la normativa anterior a la ley.

Es especialmente notable la alteración que realiza la ley 41/2003 del sistema de legítimas en relación con la necesidad más habitual de las familias medias actuales, cual es la disposición para después de su fallecimiento de la vivienda familiar. A ello ayudan la regulación de la sustitución fideicomisaria, el derecho de habitación y la delegación de la facultad de mejorar.

Reconociendo el obstáculo, se rompe una lanza a favor de las modificaciones que contienen las tres instituciones citadas.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 5. Existe una demanda general para ampliar la libertad de testar, que supere los límites de las legítimas.

6. La Ley 41/2003 ha reformado ampliamente, entre otros, el artículo 831 C.c., y ha establecido un instrumento de gran utilidad (sobre todo para padres jóvenes de hijos con discapacidad), que requiere una mayor divulgación.

(Bilbao, II-2006) 6.- Destacamos las mejoras que, en el ámbito sucesorio, se introducen por la ley 41/2003, aunque se hace necesario una reforma profunda del derecho sucesorio que se adecue a las nuevas necesidades sociales, en especial en lo que afecta a las personas con discapacidad.

En estas dos últimas vuelven las alabanzas hacia las modificaciones introducidas, sin perjuicio de recordar que la reforma debe de ser bastante más amplia.

II.B.5 DESARROLLO DE LA LEY.

Se recalca por un lado que hay que estar atentos al desarrollo reglamentario de la Ley.

(Madrid, III-2004) (MESA V) Es necesario controlar el desarrollo reglamentario que en su día se efectúe de la Ley 41/2003, de 2 de diciembre.

(Tenerife VI-2005) 7.- Es necesario que el desarrollo reglamentario de la Ley 41/2003, impuesto por ella, se lleve a efecto, lo que permitiría suplir las oscuridades que impiden que la ley se lleve a la práctica con la debida agilidad.

(Madrid, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 19. La Ley 4/2003 es una ley directamente aplicable, y su desarrollo reglamentario sólo precisará algunos puntos determinados que necesitan aclaración. Foros y seminarios como éste, ayudarán a que este reglamento recoja las peticiones de las asociaciones y fundaciones del mundo de la discapacidad.

Comentándolas de forma conjunta vemos varias observaciones. Hay que controlar (y promover) el desarrollo reglamentario de la ley. No debemos continuar con la tradición de retrasos (y a veces ausencias) de las normas que han de aplicarla. Ni que decir tiene que el propio texto legal lo previó, con el consabido plazo de seis meses⁶. Ni que decir tiene que el plazo de seis meses se ha eternizado. Ya se han detectado supuestos dudosos, que habría que aclarar (para lo que suelen ser útiles las normas de desarrollo) Hay proyectos de ley que ayudarán (por ejemplo, el de reforma de la Ley del Registro Civil)⁷, pero podrían haberse detallado antes algunas cuestiones que dificultan una aplicación correcta.

⁶ Ley 41/2003. *DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Desarrollo reglamentario. El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta Ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor.*

⁷ Que, llegado a buen puerto en la Ley 1/2009, ha servido para alguna aclaración puntual pero importante.

Pero la Ley es suficientemente detallada para ser aplicada ya. El mundo del derecho y la discapacidad no puede esperar a la publicación de otras normas para ponerla en funcionamiento, y así se está haciendo.

Otras conclusiones contienen referencias a otras situaciones de desarrollo. La primera, al resto de la Administración.

(Huelva, III-2005) 2.- En aplicación de lo dispuesto en ley 41/2003, debe compelerse a las administraciones autonómicas al establecimiento de organismos que protejan a las personas en situación de desamparo, bien prestando la debida asistencia, bien asumiendo las tutelas que, por ministerio legal, les han sido impuestas.

No basta con las leyes si las entidades que se encargan de aplicarlas no existen. La ayuda pública se debe suministrar a través de las oficinas u organismos que sea, pero existentes. En cuanto a las tutelas, se echan en falta las entidades públicas a las que se encarga, por ley, la guarda de los incapacitados desatendidos.

La siguiente hace referencia a las necesarias actuaciones de las administraciones competentes a la hora de establecer un tratamiento fiscal que promueva la utilización de los instrumentos que se crean en la ley, y finaliza con una solicitud de medidas judiciales de protección que no lleguen a la incapacitación. Ya se ha hecho referencia a estas medidas en otros lugares de este trabajo.

(Barcelona, I-2006) 12. Se recomienda el fomento de la constitución del Patrimonio Protegido, solicitando mejoras fiscales, el contrato de Alimentos, los poderes preventivos, el uso de instrumentos judiciales de protección que no implican incapacitación y proporcionan seguridad a las personas con discapacidad y sus familias.

II.C EL CONTRATO DE ALIMENTOS

Dejaremos la figura principal (o más desarrollada) de esta ley (el patrimonio protegido) para el siguiente capítulo. Acabaremos éste con otro contrato en ella regulado.

La Ley 41/2003 introduce en el Código Civil el llamado “contrato de alimentos”, creando para él un capítulo, en el que incluye los artículos 1.791 al 1.797. Esta introducción ha recibido en las Jornadas Aequitas comentarios bastante favorables dentro de los comentarios generales de la Ley, y ha sido objeto de tan sólo dos conclusiones acerca de dos cuestiones concretas. Como en el caso del Patrimonio Protegido, conviene examinar en qué consiste este contrato, y ubicarlo dentro del sistema jurídico-patrimonial de nuestro Derecho, y en particular en el servicio a las personas con discapacidad (puesto que, a diferencia del anterior, este contrato no se refiere sólo a estas personas)

Hasta el año 2003, el Código Civil dedica un título (título XII del libro IV) a unos contratos que denomina “aleatorios”, término que, desafortunadamente, completa con “o de suerte”. Se trata de unos contratos que generan prestaciones de varias personas, una de las cuales (de las prestaciones) está indeterminada. Es decir, uno de los obligados no sabe en qué medida o por cuánto tiempo ha de cumplir su prestación.

Dentro de estos contratos, regula el denominado de “renta vitalicia”, que define así: *“El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión.”*(art. 1802) El capital que se entrega es cierto, la renta también, pero es incierto el tiempo de duración. Trasladado esto al campo en que interviene como acreedor una persona dependiente y/o con discapacidad, si el importe de la renta no llega a cubrir sus necesidades futuras, o si excede de esta necesidad, es a riesgo o beneficio del dependiente. Es decir, lo que es una cierta seguridad para el deudor (que ha recibido el capital), se convierte en un contrato “de suerte” para el acreedor (que percibe la renta) La situación no es muy adecuada para lo que en realidad necesita éste, que se cubran sus necesidades, ni más (no se trata de hacer negocio) ni menos (ni de no llegar a fin de mes)

Así que la práctica genera otro contrato, que no estaba regulado en el Código Civil, pero que responde a la necesidad real: el deudor (que aquí llamaremos alimentante) sigue recibiendo un capital, pero lo que tiene que entregar al acreedor (en adelante el alimentista) son cuidados o, dicho de forma más jurídico-civil, “alimentos”, que tendrán la extensión que se pacte, no

necesariamente la que, a otros efectos, regula el Código⁸. La asistencia comprenderá el pago de rentas, los gastos del alimentista, la prestación de asistencia personal o la de vivir en su compañía, según se regule. Este contrato sí que se ajusta bien a lo que necesita la persona dependiente, y como tal se practicaba (con especial incidencia en algunas zonas, como Galicia, lo que motivó su inclusión en la Compilación de su Derecho Foral) Ahora bien, la ausencia de una regulación concreta puede generar problemas en su ejecución, y así se produce una abundante Jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado (éste resuelve los recursos contra la calificación de los Registradores, en este caso de la Propiedad, ante documentos públicos, normalmente escrituras públicas, que no consideran inscribibles en todo o en parte) En estas sentencias y resoluciones normalmente se comienza argumentando sobre la existencia de este contrato como autónomo⁹.

⁸ El Código, al tratar de los alimentos que son obligatorios entre determinados parientes, establece: *Artículo 142. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

En materia de contratos, esta extensión cede ante la que se pacte.

⁹ A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1987 dice que *“una figura negocial que si bien caracterizada por la parquedad con que la doctrina civilista la trata, no es desconocida por la jurisprudencia de esta Sala, que ya ha tenido ocasión de admitirla, argumentalmente en Sentencias de 14 de noviembre de 1908 y 16 de diciembre de 1930, y de modo directo en las de 28 de mayo de 1965 y 6 de mayo de 1980; se trata del llamado «contrato vitalicio», o de «pensión alimenticia» o, también, de «alimentos vitalicios», negocio independiente del de «renta vitalicia» y caracterizado, como muy bien indica la citada Sentencia de 28 de mayo de 1965, por ser un «contrato autónomo, innominado y atípico susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarias a las leyes, a la moralidad o al orden público»”.*

A su vez, la Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado , de 26 abril de 1991: *“a) que como ha declarado el Tribunal Supremo -Sentencias de 28 de mayo de 1965, 6 de mayo de 1980, 1 de julio de 1982, 18 de abril de 1984, 13 de julio de 1985, 30 de noviembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988-, el contrato por el que las partes al amparo del principio de libertad de estipulación pactan que una de ellas se obligue respecto de la otra a prestarle alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan mediante la contraprestación que fijen, no es una modalidad de la renta vitalicia sino un contrato autónomo innominado y atípico, con sus variedades propias según los fines perseguidos, y regido por los pactos, cláusulas y condiciones que se incorporen al mismo dentro de los límites fijados por el art. 1255, y subsidiariamente, por las normas generales de las obligaciones;..”*

La ley 41/2003 regula esta figura en los artículos 1.791 al 1.797. Dado que se trataba de una figura ya existente, se ha defendido que no hacía falta contemplarla. Pero la ausencia de esta normativa generaba una cierta (mas bien real) inseguridad; el hecho de que con frecuencia el T.S. y la D.G.R.N. tuvieran que entrar, no sólo en el estudio de si el contrato existía, sino de sus consecuencias prácticas, hace recomendable dotarlo de un cuerpo legal que aleje las dudas (si no las propias de los contratantes, sí las del que ha aplicar este contrato) Traslado esto a la situación de la discapacidad, ante la consulta del aportante de los bienes y el discapaz (supongamos padre e hijo), la respuesta que buscan no es que su notario o su abogado les diga que los Tribunales y la Dirección General de los Registros y del Notariado terminarán por darles la razón, sino que consideran más tranquilizador que se les diga que hay una determinada norma que obliga a satisfacer los alimentos, y otra que regula su garantía (en la Resolución citada en la nota anterior se trataba de una negativa por el Registrador a inscribir la garantía de la prestación de los alimentos; las sentencias implicaban el transcurso de un tiempo bastante largo en el que sus derechos no habían sido atendidos, y, en algunas de ellas, otras resoluciones judiciales de rango inferior que no habían reconocido tales derechos)

La normativa introducida los define, de modo que sustituye los obligatorios “*sustento, habitación, vestido y asistencia médica*” del artículo 142 por los más correctos “*vivienda, manutención y asistencia de todo tipo*” del nuevo 1.791, para, más adelante, permitir regular su extensión¹⁰ y hacer depender la extensión de la prestación, no del importe de lo aportado (tanto recibo, tanto pagaré, en el modelo de la renta vitalicia) sino de las necesidades del perceptor (tanto necesitas, tanto pagaré, separándonos de la estructura de aquel contrato)

También se ocupa de lo que ocurrirá por fallecimiento del alimentante o imposibilidad de prestarlos de la forma en principio convenida (art. 1.792); que no les son aplicables las causas de extinción de los alimentos obligatorios de los parientes, salvo el fallecimiento del alimentista (art. 1.794); la regulación para el caso de incumplimiento por el alimentante (art. 1.795 y 1.796), y la posibilidad de utilizar como garantías reales (o sea, que vinculan directamente el inmueble entregado, cualquiera que sea su posterior dueño) la condición

¹⁰ Artículo 1793. *La extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato y, a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe.*

resolutoria (se resuelve el contrato) o la hipoteca (se subasta el inmueble para generar dinero para su pago) (art. 1.797)¹¹.

A lo largo de las Jornadas se presentaron tan sólo dos conclusiones explícitas, aparte, como hemos visto ya, de una crítica general favorable a su regulación. La primera hace referencia a una vieja conocida, la regulación fiscal.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 11. El contrato de alimentos necesita un nuevo tratamiento fiscal, pues el actual impide, en la mayoría de los casos, su utilización.

¹¹ Aquí se incluyen los artículos no citados antes:

Artículo 1791. Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.

Artículo 1792. De producirse la muerte del obligado a prestar los alimentos o de concurrir cualquier circunstancia grave que impida la pacífica convivencia de las partes, cualquiera de ellas podrá pedir que la prestación de alimentos convenida se pague mediante la pensión actualizable a satisfacer por plazos anticipados que para esos eventos hubiere sido prevista en el contrato o, de no haber sido prevista, mediante la que se fije judicialmente.

Artículo 1794. La obligación de dar alimentos no cesará por las causas a que se refiere el artículo 152, salvo la prevista en su apartado primero.

Artículo 1795. El incumplimiento de la obligación de alimentos dará derecho al alimentista sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1792, para optar entre exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación, en ambos casos, de las reglas generales de las obligaciones recíprocas.

En caso de que el alimentista opte por la resolución, el deudor de los alimentos deberá restituir inmediatamente los bienes que recibió por el contrato, y, en cambio, el juez podrá, en atención a las circunstancias, acordar que la restitución que, con respeto de lo que dispone el artículo siguiente, corresponda al alimentista quede total o parcialmente aplazada, en su beneficio, por el tiempo y con las garantías que se determinen.

Artículo 1796. De las consecuencias de la resolución del contrato, habrá de resultar para el alimentista, cuando menos, un superávit suficiente para constituir, de nuevo, una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida.

Artículo 1797. Cuando los bienes o derechos que se transmitan a cambio de los alimentos sean registrables, podrá garantizarse frente a terceros el derecho del alimentista con el pacto inscrito en el que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, además de mediante el derecho de hipoteca regulado en el artículo 157 de la Ley Hipotecaria.

El tratamiento fiscal de la figura en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales la grava con una doble imposición. Si en el contrato de compraventa, en el que se transmite un bien a cambio de una cantidad de dinero (que, recordemos, puede pagarse de forma inmediata o aplazada, o sea, convertirse en una serie de pagos periódicos) se abona el impuesto por el importe del bien transmitido, una sola vez, en los contratos de renta vitalicia y similares, como el presente (que consisten en que entrego un bien y a cambio recibo una serie de pagos, en dinero o en servicios), se tributa una vez por la transmisión del bien y otra por la renta o asistencia, para lo que se hace una valoración que detallan las normas fiscales. El resultado final es que se tributa dos veces.

Dado que, desde el punto de vista de atención a personas dependientes y/o discapacitadas, el contrato de alimentos resulta más adecuado (porque cubre precisamente las necesidades del perceptor) el tratamiento fiscal habría de ser más favorecedor. En cambio, resulta más oneroso en el montante de la operación.

La siguiente recoge un riesgo. El de que este tipo de contratos pase a poder considerarse como una forma de negocio (no necesariamente masificado) En los casos de contratos privados, suficientes para transmitir un capital que no consista en inmuebles, solamente intervienen el alimentante y el alimentista. Y éste es una persona con una posición jurídicamente débil debido a su situación de necesidad. Puede ir acompañada de un deterioro de su capacidad, que no se controla por nadie. Siendo débil la situación de una de las partes, existe peligro para ésta. Ante la gravedad del riesgo, se propuso:

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 13. Debería intervenir la Administración Pública en el control de los contratos privados que puedan llevar a cabo las personas mayores con el fin de asegurarse unos cuidados a cambio de sus bienes.

En los casos en que se recoja en escritura pública (entre otros en que se así lo consideren oportuno las partes, todos los que impliquen transmisión de inmuebles) se produce la intervención de un funcionario ajeno, con especial atención a la capacidad jurídica para el acto concreto, del mismo modo que ocurrirá con otras alternativas de transmisión del patrimonio familiar (por ejemplo, en testamento) En los contratos privados, la persona dependiente está completamente desprotegida. Para transmitir un patrimonio, que puede ser

elevado (en valores mobiliarios, por ejemplo), al depositante de estos valores, que hará físicamente la transmisión, no llegará sino un documento sin ningún control externo, lo que puede ocasionar un perjuicio al propio aportante o a otros (por ejemplo, herederos)

Capítulo decimocuarto. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

I. CONCEPTO

Comenzamos el estudio de la figura a la que se ha dedicado más esfuerzo, en su elaboración y en su difusión posterior, por la Fundación Aequitas. Recordemos que, en la actualidad, la atención a las personas con discapacidad es una obligación del Estado, recogida en el artículo 49 de la Constitución. Tal atención puede prestarse por el propio Estado o por las personas más cercanas al sujeto, la familia, y por extensión de ésta por el mundo asociativo creado por éstas a través de Asociaciones y Fundaciones tutelares. De estas dos posibilidades de atención, en la segunda de ellas, la que se presta en el seno de las familias, el discapacitado es un sujeto único, difícilmente concurren varios en el mismo núcleo familiar. En las Fundaciones Tutelares, su reducido tamaño hace que se pueda prestar una atención individualizada (pensemos en una Fundación con cincuenta pupilos, atendida por un Patronato con doce miembros, delegados tutelares, algunos trabajadores sociales; la ratio personas con discapacidad/cuidadores es muy baja) En la atención prestada por el Estado, el sujeto es un número dentro de una categoría, un grupo (pensemos en este caso en una Entidad Tutelar pública con más de mil tutelados – por ejemplo, las Entidades Tutelares de Madrid y Andalucía los superan, unos 1.200 en un caso y 1.400 en otro-) La ratio personas con discapacidad/cuidadores es muy elevada.

Por este motivo la actuación - obligatoria - del Estado puede consistir en prestar la asistencia personalmente o promover (financiar) que se preste por la sociedad civil más cercana a la persona con discapacidad, normalmente la familia, a través de deducciones fiscales y favoreciendo la unificación del patrimonio familiar para destinarlo al mantenimiento de uno de sus miembros.

Estos dos últimos elementos se agrupan en el Patrimonio Protegido. Se faculta la formación de un conjunto de bienes destinado a la atención de una persona con discapacidad, y se promueve mediante medidas fiscales. Recordemos que no constituye una actividad de “beneficencia estatal”, sino que contribuye al cumplimiento de una obligación constitucional del Estado. Es, por una lado, una forma de prestar una mejor (en cuanto más individualizada y cercana atención; es mejor que los fondos con los que se mantiene al discapaz sean administrados por un pariente cercano, seleccionado por el constituyente del Patrimonio, a que lo sean por un funcionario que no le conoce, sólo sabe

que es el pupilo nº x dentro de su categoría) Por otro lado, todos los fondos privados (de los aportantes, normalmente familiares) que se integren en patrimonios protegidos liberarán recursos públicos para otros destinos (esperemos que para la mejor atención de quienes no disponen de parientes tan animosos, lo que no deja de contribuir a la redistribución de la riqueza) En este sentido puede entenderse la siguiente:

(Bilbao, II-2006) 3.- Destacamos la importancia de la figura del patrimonio protegido como instrumento que permite la autonomía y desarrollo de las personas con discapacidad, si bien, para una mayor eficacia, se hace imprescindible:

a) el incremento de los beneficios fiscales, como ya se ha realizado por la comunidad autónoma de Castilla León y

b) una mayor información y difusión de su contenido y eficacia a los colectivos implicados.

Vemos que es esencial que se promueva su constitución a base de medidas fiscales. Este punto constituirá un apartado especial. Ahora vamos a ver el Patrimonio. Las conclusiones no son un resumen de las ponencias, por lo tanto no puede esperarse que con ellas formemos un desarrollo de la figura. Sólo se centran en valoraciones generales o específicas, y en propuestas de algunos puntos concretos. Para su estudio elaboraremos un esquema tradicional (en los sistemas jurídicos), en el que encajaremos lo que se ha incluido en el conjunto de conclusiones de las Jornadas.

El Patrimonio se describe, más que define, en el artículo 1 de su ley reguladora: *1. El objeto de esta Ley es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad y establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.* Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

Al estudiarlo se ha convenido que se trata de una especie de patrimonio separado (conjunto de bienes, derechos y obligaciones que forman una entidad individualizada de los demás que pueden constituir el de una o varias personas, es decir, que funciona de forma independiente aunque tengan el mismo titular) que no llega a tener personalidad jurídica propia. Dentro de los patrimonios separados, se configura por ser “de destino”. El vínculo que agrupa estos bienes, derechos y obligaciones, provocando que funcione de forma aislada, es

su finalidad: “*la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*”, que más adelante nos informa la Ley que son las personas con discapacidad (art. 2) Características que se recalcaron en la siguiente:

(Valencia, X-2004) Asimismo quedó claro que el llamado “patrimonio protegido” no es un “patrimonio separado” sino más bien un “patrimonio de destino” y no goza de personalidad jurídica.

He indicado en dos ocasiones que se compone de “bienes, derechos y obligaciones”, y por este lado viene el primero de sus problemas. Las obligaciones generan responsabilidad, que a su vez puede provocar la enajenación de los bienes. El beneficiario podrá tener sus propios bienes, con régimen de administración por sus padres, tutores o por él mismo (pensemos en una persona con discapacidad física no susceptible de incapacitación), que generará sus deudas particulares. Y por otro lado tiene un patrimonio protegido administrado por otros, que generará a su vez sus propias obligaciones. Puede plantearse el caso de que la administración de su patrimonio ordinario genere deudas que los acreedores quieran cobrar realizando bienes del protegido (que de esta forma se destinan a fines distintos de aquellos para los que se constituyó) Este punto fue objeto de dos comentarios. El primero, sobre el texto del proyecto que estaba a punto de constituirse en Ley:

(Valladolid, X-2003) Se haría necesaria la regulación de la responsabilidad patrimonial que corresponde al Patrimonio Protegido de la Persona con Discapacidad que, con arreglo a su naturaleza, ha de ser especial y subsidiaria respecto del patrimonio general de la persona con discapacidad, intensificando la separación y las características del patrimonio de destino.

El segundo se refiere también a la falta de regulación de lo que podrían ser deudas del propio patrimonio.

(Las Palmas, IV-2005) Una de las lagunas fundamentales de la Ley, por lo que se refiere al patrimonio protegido, es la falta de regulación de la responsabilidad por deudas, en el ejercicio de la administración del patrimonio.

Entre las enmiendas presentadas por el PSOE se incluía la siguiente: “*Los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido sólo responderán*

de las obligaciones contraídas por su titular o sus representantes, para la satisfacción directa de las finalidades que determinaron su constitución con el carácter de patrimonio protegido”, y se justificaba como una “salvaguarda del patrimonio protegido, para evitar actos de disposición, afianzamiento o garantía simulada que pudiera hacerse con los bienes que integran el patrimonio protegido, pero que no guardan relación con dicha masa patrimonial”. Centrado, como vemos, en posibles fraudes. Desconozco las argumentaciones que se hicieron para rechazar esta enmienda. Pero la justificación alegada era, en mi opinión, insuficiente; no se trata sólo de proteger frente a fraudes, para lo que probablemente se pensó que bastaba la autorización o control judicial. Se trata de evitar que, debido a la administración de otros (los tutores, por ejemplo, o la propia persona con discapacidad en quien no ha confiado el aportante para la gestión del patrimonio), y sobre otro patrimonio (el resto de sus bienes), pueda dejarse sin efecto la finalidad pretendida, que era el elemento esencial de su constitución.

II ELEMENTOS PERSONALES

Los sujetos que intervienen en su creación son dos: el aportante y el beneficiario.

II.A En cuanto al **aportante**, se produce una cierta confusión entre dos posiciones que, en cuanto a su papel, no acaban de coincidir: el constituyente y el aportante.

Aportante será el que transmita bienes para integrar el patrimonio. Constituyente será el que lo cree. Normalmente coincidirán, pero puede que no ocurra así. A este segundo corresponde fijar las reglas por las que ha de regirse la aportación inicial y todas las demás. Y el contenido del documento de constitución es el inventario de los bienes (se supone que de la primera aportación), las reglas de su administración, fiscalización o conservación.¹

¹ Artículo 3 .. 3 .. *Dicho documento público o resolución judicial tendrá, como mínimo, el siguiente contenido:*

a. El inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido.

b. La determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización. Dicha determinación se realizará conforme a lo establecido en el artículo 5 de esta Ley.

Este sujeto no ha merecido atención especial en las conclusiones de las Jornadas porque tampoco presenta problemas especiales. La Ley permite que lo sea prácticamente cualquier persona², tanto en la fase inicial de constitución como en una posterior de aportación de nuevos bienes.

Podrán ser, por lo tanto, constituyentes del patrimonio unas personas (el propio discapacitado, sus padres, tutores o curadores o el guardador de hecho) Otras, los demás, pueden pedir al beneficiario, o a sus padres, tutores o curadores, que lo creen con la aportación que ofrecen. En caso de que la solicitud no sea admitida por los padres o tutores, los constituyentes podrán acudir a la autoridad judicial que, en su caso, la aprobará y constituirá. Conviene fijarse en que la negativa ha de ser a constituirlo, no necesariamente a constituirlo según lo que pretenda este aportante ajeno al círculo más cercano. Esto tendrá especial importancia en cuanto se pretendan aportar unos bienes, designándose a sí mismo como administrador (o nombrando alguno ajeno a ese círculo) Solicitud que tiene sentido en cuanto a la primera aportación, pero que si mantenemos la regla de un discapacitado → un patrimonio (opinión que no es pacífica entre los que estudiamos el tema), arrastraría la administración de las futuras aportaciones que hiciera cualquier persona. Eso sí, cada aportante puede fijar el destino de los bienes que transmite una vez extinguido el patrimonio³, puesto que aquí no es imperativo un destino común.

c. Cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

² Artículo 3. Constitución.

1. Podrán constituir un patrimonio protegido:

a. La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente.

b. Sus padres, tutores o curadores cuando la persona con discapacidad no tenga capacidad de obrar suficiente.

c. El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.

2. Cualquier persona con interés legítimo podrá solicitar de la persona con discapacidad o, en caso de que no tenga capacidad de obrar suficiente, de sus padres, tutores o curadores, la constitución de un patrimonio protegido, ofreciendo al mismo tiempo una aportación de bienes y derechos adecuados, suficiente para ese fin.

³ Artículo 4 . 2. Cualquier persona con interés legítimo, con el consentimiento de la persona con discapacidad, o de sus padres o tutores o curadores si no tuviera capacidad de obrar

II.B El segundo elemento personal es el **beneficiario**, la persona con discapacidad destinataria del Patrimonio y de la atención que con el mismo se pretende.

II.B.1 Ya se ha comentado el importante paso que da nuestro Derecho Privado al introducir el concepto de discapacitado, o persona con discapacidad, como posible sujeto de sus normas, superando el poco efectivo concepto de incapaz. No sólo se introduce, sino que se define: “Artículo 2. ... 2. A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a. Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 %.
 - b. Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 %.
3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.”

Dentro de las personas con discapacidad hay algunas que tienen la posibilidad de desenvolverse por sí mismas en la vida jurídica frente a otras que carecen de ella. Estas últimas son objeto de privación de su capacidad de obrar mediante la incapacitación. Pues en este punto se introduce otra modificación importante. En la constitución del patrimonio, el beneficiario (como hemos visto, persona con discapacidad) puede crearlo, no cuando no haya sido incapacitado (solución ortodoxa dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico), sino cuando tenga capacidad de obrar suficiente. Suficiente y referida al acto concreto, la atribución de bienes para su mantenimiento. Recordemos el artículo 3.1. *Podrán constituir un patrimonio protegido: a) La propia persona*

suficiente, podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Estas aportaciones deberán realizarse siempre a título gratuito y no podrán someterse a término.

En caso de que los padres, tutores o curadores negasen injustificadamente su consentimiento, la persona que hubiera ofrecido la aportación podrá acudir al fiscal, quien instará del juez lo que proceda atendiendo al interés de la persona con discapacidad.

3. Al hacer la aportación de un bien o derecho al patrimonio protegido, los aportantes podrán establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos o, en su caso, a su equivalente, una vez extinguido el patrimonio protegido conforme al artículo 6, siempre que hubieran quedado bienes y derechos suficientes y sin más limitaciones que las establecidas en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente. Se fija en la capacidad natural, no en la ausencia de incapacitación.

Vuelve a aparecer el concepto al tratar de las aportaciones posteriores a la constitución, que han de ser consentidas, en primer lugar, por el beneficiario que tenga tal capacidad (art. 4⁴), con la peculiaridad de que, a diferencia de los padres o tutores, si el discapaz deniega tal permiso no está previsto el recurso a una autorización judicial.

Y, finalmente, en la enajenación de bienes del patrimonio, hace falta en principio autorización judicial, pero “... *la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.*” (artículo 5.2)

Fijémonos, no obstante, en que en los casos de constitución y aportación, estamos ante un funcionario público en cuya forma de actuar ya está contemplado el juicio de capacidad. Los notarios, en toda su actuación. Todos los supuestos de autorización de documentos notariales exigen un previo juicio de capacidad, hecho por el notario, referido al acto concreto de que se trate. En el caso de actos judiciales, no es extraña la audiencia a menores o posibles incapaces siempre que tuvieran, en opinión del Juez, suficiente juicio.

Este concepto fue objeto de comentario en el año 2006 en algunas conclusiones: la primera. que ya ha sido comentada, y que volvemos a traer a colación:

(Madrid, II-2006) 1.- Debemos acabar con la confusión que actualmente existe en torno al concepto de discapacidad. Esta confusión se debe a la complejidad de las leyes sobre esta materia. Se ha valorado positivamente que la ley 41/2003 en su artículo tercero haga referencia a un concepto de “capacidad suficiente”

Las otras dos, como la anterior, parten de la introducción del concepto en esta Ley y recuerdan su aplicación general:

⁴ Ver nota anterior.

(Tenerife VI-2005) 3.- .. Es loable la introducción del concepto de capacidad suficiente a la hora de aceptar aportaciones al patrimonio protegido, de gran interés para otros supuestos.

(Las Palmas, VI-2007) 9. En nuestra legislación, y en la jurisdicción voluntaria en particular, debe respetarse el concepto de capacidad suficiente para cada acto, introducido en la Ley 41/2003. Son abundantes los casos en que menores o personas con discapacidad deben hacer manifestaciones de voluntad en los asuntos que les afectan, con independencia de si están incapacitados o no.

II.B.2 Revisemos ahora otros comentarios acerca de la persona a cuyo favor se constituye el Patrimonio:

Una referencia a los grados de parentesco entre aportante y beneficiario:

(MADRID, VI-2005, Foro Justicia y Discapacidad)

... 2. Habría que reformar la ley para ampliar las personas legitimadas a constituir un PPD, incluyendo a los abuelos y a hijos y nietos de la persona con discapacidad, quien resultaría muy beneficiada por esta medida.

Recordemos que pueden constituir el Patrimonio:

1) el beneficiario con capacidad de obrar suficiente; si no la tiene, sus padres, tutores y curadores, y el guardador de hecho en determinadas circunstancias (ver nota anterior del artículo 3 de esta Ley) Estas personas lo pueden hacer directamente.

Y 2) Cualquier persona con interés legítimo. Que habrá de pedir al beneficiario con capacidad suficiente, en caso contrario, sus padres, tutores y curadores, que lo constituyan, y si éstos no hacen, al Juez.

Quedan fuera del primer grupo los hijos y nietos, personas a las que al redactar la conclusión se consideró conveniente incluir. Es corriente el supuesto en que, en orden al cuidado de las personas con discapacidad, se lleve a cabo por abuelos o nietos, al ser inadecuados por los motivos que sean (por ejemplo, dependencia de drogas) los parientes intermedios. Y esos abuelos o nietos cuidadores habrán de solicitar la intervención de quien no es adecuado para

cuidar a sus padres o hijos con discapacidad, o acudir a un proceso judicial. Cualesquiera que sean los motivos, lo que está claro es que el legislador, al menos en este caso, no ha considerado la situación social en la que se mueve la relación aportante - beneficiario (la más común será padres - hijos, que trataremos en este comentario, pero no es la única) De ahí la solicitud de ampliación que se contiene en la conclusión comentada.

Otra referida al problema del patrimonio con varios titulares.

(MADRID, VI-2005, Foro Justicia y Discapacidad)

... 4. Debería ser incluida en la Ley 41/2003 la posibilidad de constituir un único PPD a favor de dos o más hermanos con discapacidad.

En uno de los Proyectos de Ley se incluía la siguiente norma en su artículo 1.2: *El patrimonio protegido únicamente podrá tener más de un beneficiario cuando se trate de hermanos.*

Esta posibilidad desapareció del texto definitivo, probablemente por el temor de que se constituyeran entidades con personalidad distinta de su titular, o que en la práctica pudieran funcionar así.

Partamos de una situación no inhabitual en nuestra sociedad. Imaginemos unos padres con dos hijos con discapacidad que requieren atenciones distintas. Quieren atribuir parte de (o todos) sus bienes para el mantenimiento de sus hijos, que se emplearán según las necesidades concretas de cada uno. Queda la posibilidad de asignar los bienes por mitad a los dos patrimonios, o en las proporciones que calculen los padres que se van a emplear por los hijos. Con esto se da solución parcial para los patrimonios en los que se van haciendo aportaciones anuales, previendo los padres lo que, a corto plazo, va a necesitar cada uno. Pero no a los casos en que se dotan con bienes con los que (con los propios bienes o sus rendimientos) se van a ayudar o mantener los hijos. Un supuesto más específico se contiene en el artículo 3.1.c de la Ley⁵, aportación a título de herencia para cubrir necesidades hoy indeterminadas. No podemos conocer en el presente qué porcentaje va a necesitar emplear cada

⁵ c. *El guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica podrá constituir en beneficio de éste un patrimonio protegido con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquéllos y en los que hubiera sido designado beneficiario; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 303, 304 y 306 del Código Civil.*

uno. Y en el presente es cuando debemos decidir, puesto que la actual Ley no nos permite lo que sería la solución más adecuada: un solo patrimonio del que usarían los hijos en la proporción determinada según sus necesidades futuras, no necesariamente por mitad.

El legislador, para hacer las cosas más fáciles, o menos arriesgadas, adopta la respuesta de no solucionarlas. Contribuiría bastante la posibilidad de hacer un sólo patrimonio del que dispusieran los dos beneficiarios según sus necesidades reales, no las previstas.

Y una última aplicación concreta en la práctica.

(MADRID, VI-2005, Foro Justicia y Discapacidad)

14. Se recuerda que se puede constituir PPD a favor de personas mayores no discapacitadas, lo que puede tener gran aplicación práctica.

Un simple recordatorio a la sociedad civil. Constantemente se habla de padres a hijos (lo acabamos de hacer), pero también puede ser al revés. Es habitual el caso de que los padres son mantenidos por los hijos, que habrán corrido dispar fortuna en su vida y unos dispondrán de diferentes recursos que los otros. Aquí tenemos una forma de proporcionar los medios suficientes, agruparlos bajo una única administración (el hijo que convive con ellos, por ejemplo) y obtener unos beneficios fiscales de lo aportado. En cuanto a la referencia a “no discapacitados” en la última conclusión, posiblemente la conclusión citada está pensando en mayores no incapacitados, más que en los no discapacitados que quedarían excluidos del ámbito de la ley.

III OBJETO.

Ya ha quedado indicada la finalidad que se persigue con los bienes que lo integran. El artículo 1 de la Ley lo define: *“la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. Tales bienes y derechos constituirán el patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.”* Donde vemos la finalidad, y también su composición: los bienes y derechos aportados, y sus rendimientos.

Se debe hacer referencia a los dos tipos de patrimonios que, en la práctica, se constituirán (de ahorro o de gasto, como los denomina Carlos

Marín Calero⁶) Para esta distinción debemos partir de la idea de que la situación aplicable a cada uno depende de las circunstancias y patrimonio disponible por quien lo aporta, y de las necesidades y posibilidades del que lo recibe:

(ALBACETE, V-2007) 17. La constitución de cada Patrimonio Protegido exige un análisis individual del tipo de bienes que se aportan, el patrimonio y las necesidades del beneficiario.

Con carácter general, podremos dividirlos en los dos que se han citado: de ahorro y de gasto.

El primero, **patrimonio de ahorro**, que es en el que se piensa de inmediato tras una lectura de la norma citada, es el compuesto por un conjunto de bienes de suficiente valor para producir rendimientos que permitan satisfacer las necesidades de los titulares. Sin embargo, este no será el Patrimonio más común. Normalmente, quienes disponen de bienes con cuyos rendimientos pueda mantenerse una persona encontrarán instrumentos suficientes para que se aplique al discapaz y luego vuelva a los demás destinatarios finales. No necesitará acudir al Patrimonio Protegido; encontrarán otros medios que satisfagan la doble finalidad de mantener a una persona y que al final los bienes acaben en otra. De ese caso podemos excluir la aportación de un inmueble para su propia residencia o para la percepción de rentas más o menos seguras a través de un alquiler. Si en vida de los padres se destinan unos bienes para la atención del discapacitado, al fallecer éstos el patrimonio especialmente protegido, creado por vía sucesoria y compuesto por estos mismos bienes, es una opción adecuada para mantener tal atención.

El segundo, **patrimonio de gasto**, es un conjunto de bienes que se irán aportando sucesivamente, para que con ellos se mantenga la persona con discapacidad, lo que conllevará su consumo. Aportaciones periódicas y de poco importe (comparadas con las anteriores) Se trata de ir cubriendo los gastos ordinarios de una persona, en la medida de las posibilidades de generar ingresos el aportante y de cubrir sus necesidades el beneficiario. Aquel mantiene el control de lo que se va atribuyendo, también del régimen de administración, presente y futuro (normalmente los padres-aportantes la mantendrán, pero además determinan el sistema para cuando falten) En este régimen de

⁶ “La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2005. Esta obra recibió el III Premio Aequitas.

administración cobra gran importancia, en los supuestos de discapacidades intelectuales leves y moderadas, lo que se reserve para su uso por el propio beneficiario, desde el dinero de bolsillo hasta las cantidades que los padres (suponemos como principales aportantes a éstos, lo que constituirá el supuesto más usual) consideren que sus hijos son capaces de administrar. Con aumento de la autoestima del hijo y sin riesgo de sus otros gastos. Repetimos aquí la cita de dos conclusiones que ya hemos visto, pero que es importante recordar:

(Tenerife VI-2005) 3.- Aún con la presencia de padres o guardadores, la persona con discapacidad puede tener el control, la administración y la disponibilidad total, un concepto de propiedad, sobre los bienes que pueda manejar en cada caso. La Ley 41/2003 favorece la constitución de patrimonios modestos, permitiendo regular la intervención de su titular en su gestión, según sus capacidades...

(Bilbao, II-2006) 3.- Destacamos la importancia de la figura del patrimonio protegido como instrumento que permite la autonomía y desarrollo de las personas con discapacidad,...

Debemos hacer referencia al **volumen** del Patrimonio Protegido. En los proyectos iniciales se detallaba el límite máximo: el necesario para el mantenimiento del discapaz. Se trata de establecer una normativa sustantiva y fiscal para una finalidad, cubrir las necesidades de determinadas personas, y no para hacer negocios (en los que podrían intervenir, como destinatarios o beneficiarios, otras personas) Ya el primer Proyecto, que lo denominaba “fideicomiso social”, indicaba que consistiría en “... *en una aportación de bienes y derechos adecuados para atender las necesidades económicas del beneficiario. Además, integra el patrimonio confiado al fideicomiso social cualquier aportación de igual clase realizada posteriormente por el fideicomitente o por terceras personas, así como los rendimientos que pueda generar. Art. 3.1)*”

El Proyecto de 18 de febrero de 2002 establecía que “3.2. *Los bienes adscritos al patrimonio protegido no podrán exceder de la cuantía adecuada, señalada por el aportante, para la más amplia realización de su objeto, atendidas las circunstancias personales y familiares del beneficiario titular.*” En el texto de la Ley se ha encomendado esta tarea, de muy difícil control según los textos vistos, a la normativa fiscal.

La Ley 41/2003 lo trata en tres lugares. El primero, en el artículo 1, “*para garantizar la afección de tales bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, a la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares*”; el segundo, en el artículo 5, “*4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.*” Este artículo trata de la administración, y el punto 4 fija sus fines. Luego haremos mención a él.

El tercero es la normativa fiscal, que aplica los beneficios fiscales en un importe que calcula suficiente para su satisfacción, pero que difícilmente será aplicable a los patrimonios que hemos denominado de ahorro. Lo veremos con más detalle más adelante.

IV REQUISITOS FORMALES

IV.A Su formalización.

La Ley 41/2003 ha regulado que los Patrimonios Protegidos se constituyan, en principio, en escritura pública (la Ley habla de documento público, pero el único documento público que contempla nuestro Ordenamiento Jurídico que pueda recoger el contenido previsto es la escritura pública notarial o, en su defecto, la sentencia) Al igual que los restantes actos jurídicos que afectan a las situaciones principales relativas a la capacidad de las personas, exige el máximo nivel de seguridad que prevé nuestro ordenamiento.

No resultan afectados sólo intereses patrimoniales, sino también intereses personales de personas con discapacidad. El Código Civil, para la designación de tutor (propio o de los hijos), para todas las disposiciones referentes a una tutela, exige testamento (en la práctica se identifica testamento con el testamento abierto notarial, siendo residuales las demás formas previstas en nuestro ordenamiento, de modo que no se ha previsto en éstas un sistema de notificaciones similar al del primero) o documento público notarial. En la presente Ley se sigue tal tendencia.

La segunda forma regulada es la de sentencia judicial, para los supuestos en que, ofrecida por un tercero (“*cualquier persona con interés legítimo*”, art. 3.2) la constitución de un Patrimonio, y rechazada por los padres

o tutores, puede aquél acudir al Juzgado que, si lo estima procedente, lo constituirá directamente.

El documento de constitución, escritura o sentencia, contendrá, como mínimo, los bienes aportados y el sistema de administración⁷.

Todo esto es suficientemente claro y pacífico en la doctrina; no ha ocasionado debate y no ha sido objeto de ninguna conclusión en las Jornadas de la Fundación Aquitas.

IV.B Su publicidad.

Una vez constituido, el siguiente paso es darle publicidad, y en esta materia sí que se han planteado algunas propuestas. Veremos primero el régimen previsto en el artículo 8 de la Ley 41/2003: regula los supuestos de publicidad en el Registro que contiene los datos acerca de las personas, el Civil; en el que contiene datos acerca de inmuebles, el de la Propiedad, y se refiere también a las participaciones en medios de inversión.⁸

La publicidad en el Registro de la Propiedad no presenta dudas a considerar. Dado el carácter voluntario de la inscripción, no se impone ninguna comunicación de oficio, aunque, siguiendo el sistema habitual en las transmisiones de bienes inmuebles se procederá a su práctica en la mayoría de

⁷ Artículo 3: 3. *El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.*

⁸ Artículo 8. *Constancia registral.*

1. *La representación legal a la que se refiere el artículo 5.7 de esta Ley se hará constar en el Registro Civil.*

2. *Cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en un patrimonio protegido, se hará constar esta cualidad en la inscripción que se practique a favor de la persona con discapacidad en el Registro de la Propiedad correspondiente.*

La misma mención se hará en los restantes bienes que tengan el carácter de registrables. Si se trata de participaciones en fondos de inversión o instituciones de inversión colectiva, acciones o participaciones en sociedades mercantiles que se integren en un patrimonio protegido, se notificará por el notario autorizante o por el juez, a la gestora de los mismos o a la sociedad, su nueva cualidad.

3. *Cuando un bien o derecho deje de formar parte de un patrimonio protegido se podrá exigir por quien resulte ser su titular o tenga un interés legítimo la cancelación de las menciones a que se refiere el apartado anterior.*

los casos; no tiene ningún sentido no hacerlo. Lo mismo es extensible a los demás bienes registrables y sus respectivos registros.

Tratándose de fondos, acciones o participaciones, no se trata de que surta efectos de publicidad frente a terceros, sino de que el depositario de estos fondos tenga conocimiento de su régimen de administración. El legislador va un poco más allá e impone al notario la obligación de comunicárselo.

Y en tercer lugar (el primero en el artículo 8) tenemos al Registro Civil. Debe tenerse en cuenta la tendencia a incluir, junto con la publicidad de las circunstancias puramente personales (nacimiento, matrimonio, defunción), otras económicas (capitulaciones), aunque éstas últimas desde el punto de vista de terceros que pudieran verse afectados. En los últimos años es bastante intensa la corriente que solicita la inclusión de otros datos de repercusión patrimonial (lo que ha sido objeto de examen en otro punto de esta trabajo) En esta línea, el legislador incluye, ya, los patrimonios protegidos, pero sólo en los casos en que el administrador no sea el beneficiario. En el patrimonio protegido la Ley le otorga un status superior al del mero administrador de un conjunto de bienes ajenos; lo instituye representante legal⁹, e incluye la publicidad en el Registro Civil. Lamentablemente, la Ley se queda ahí, y deja sin tratar cómo se ha de publicar, qué ocurre desde el momento de la constitución hasta el de la aparición en los libros del Registro Civil. Por ello ha sido objeto de debate en las Jornadas.

(MADRID, VI-2005, Foro Justicia y Discapacidad) 3. Es fundamental revisar el sistema de comunicaciones de la constitución de PPD. El sistema actual genera una gran cantidad de problemas y dudas no resueltas. Entre las posibles actuaciones dirigidas a corregir esta situación, resulta indispensable la creación de un Registro Nacional de PPD o incluirlo dentro de un nuevo libro del Registro Civil Central de carácter más amplio que proteja a las personas con discapacidad.

⁹ Artículo 5... 7. *El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.*

Lo que importa es el hecho de la publicidad. Es secundario si ésta se lleva a cabo en el Registro Civil (lo que exigiría la modificación de su ley reguladora para que fuera realmente efectiva) o en otro archivo que se pudiera crear. Lo importante es dar solución a la conveniencia de que se publiquen, de que se pueda justificar de una forma rápida la existencia de un Patrimonio Protegido, con el contenido que se proponía a continuación:

(Tenerife VI-2005) 6.- La comunicación de constitución de patrimonios protegidos, nombramiento de administrador y reglas de administración, que se debe de realizar al Registro Civil, debería poderse hacer a través de un archivo específico para las personas con discapacidad. Este archivo permitiría un conocimiento directo de todas las resoluciones judiciales y documentos públicos acerca de la capacidad de las personas y de sus representantes. Esto daría la debida seguridad a la gestión del patrimonio de las personas con discapacidad.

La idea se asumió e incluyó con mayor detalle en el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley del Registro Civil. Allí se asimilaba a la publicidad de otras situaciones actuales de representación en situaciones de discapacidad¹⁰. Por un lado, se determinaba que la competencia para la publicidad de los Patrimonios Protegidos correspondería al Juzgado del domicilio del beneficiario (el más fácil de determinar; en materia de discapacidad la competencia del Juzgado del lugar de nacimiento plantea el problema de que, en bastantes casos, éste no es localizable por el que tiene que notificar, y el añadido de que, si se tiene que consultar, se ignora en cuál) Además se incluiría en el Registro Civil Central, donde con más facilidad y seguridad se podrían efectuar las consultas (objeto principal de la publicidad y, por tanto, del propio Registro Civil) Las inscripciones se practicarían por duplicado, un ejemplar para el Registro del domicilio y otro para el Central, y se harán constar por nota de referencia en el del nacimiento.

El proyecto, corrigiendo la laguna que aparece en la Ley 41/2003, añadía al artículo 3.3 un párrafo referente a la obligación del Notario autorizante de la escritura de constitución o aportación de bienes, por vía

¹⁰ Sigo aquí el Proyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 24 de noviembre de 2006.

Posteriormente se ha aprobado la Ley 1/2009, que recoge el texto del proyecto que aquí se estudia.

telemática, al Registro del domicilio, que iniciaría el proceso de doble inscripción y las notas de referencia que hemos visto¹¹.

El proyecto ha sido paralizado, de modo que la carencia de regulación se mantiene¹².

V EFECTOS: LA UTILIZACIÓN DEL PATRIMONIO

Sobre la vida del Patrimonio Protegido, del que hemos tratado hasta aquí su creación, la Ley regula su administración y su extinción, cuestiones que no han ocasionado mucho debate pero que, a fin de completar su estudio, resumiremos aquí:

V.A En cuanto a la **administración**, distingue dos supuestos: que el administrador sea el propio beneficiario o que lo sea otra persona¹³. El primero

¹¹ Proyecto de reforma de la Ley del registro Civil. *Disposición final primera. Modificación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre... Uno. Se añade al artículo 3.3 un último párrafo con la siguiente redacción:*

«Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la formalización del documento público, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución.»

¹² Como hemos dicho, se aprobó en la Ley 1/2009.

¹³ Volvamos a la Ley 41/2003. *Artículo 5. Administración.*

1. Cuando el constituyente del patrimonio protegido sea el propio beneficiario del mismo, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución.

2. En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente.

En ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido no siendo de aplicación lo establecido al efecto en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los constituyentes o el administrador, podrán instar al Ministerio Fiscal que solicite del juez competente la excepción de la

será más habitual de lo que una primera lectura nos sugiere, pues recordemos que los conceptos de incapaz jurídicamente y persona con discapacidad no coinciden. La mayor parte de las personas con discapacidad física no son susceptibles de ser privadas de su capacidad de obrar, pero sí de necesitar apoyos financieros para su mantenimiento. Pueden ser beneficiarios, y normalmente serán los mejores administradores. En este caso, el párrafo 1 del artículo 5 se remite a las normas fijadas en la constitución del Patrimonio. Fíjese que en el documento de constitución, no en el posterior de aportación.

El siguiente supuesto que regula es aquel en que el administrador sea una persona distinta del beneficiario. Habrá que atender a lo previsto en el documento de constitución, pero con el límite de que se deberá prever la autorización judicial en los mismos supuestos en que la necesitan los tutores, con tres excepciones a su régimen:

1), que se solicite al Juez, a través del Fiscal, la exención en los supuestos en que se considere oportuno (art. 5.3)

2), que no será precisa la subasta pública para la enajenación de bienes (art. 5.2, párrafo 3º. Este punto concreto ha sido objeto de crítica favorable:

(Las Palmas, IV-2005) La Ley ha suprimido, con acierto, el requisito de la pública subasta para la enajenación de bienes inmuebles pertenecientes al patrimonio protegido. Con ello, el legislador ha dado carta de naturaleza a lo que ya era un clamor

autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza.

4. Todos los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido, así como sus frutos, rendimientos o productos, deberán destinarse a la satisfacción de las necesidades vitales de su beneficiario, o al mantenimiento de la productividad del patrimonio protegido.

5. En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal.

7. El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de éste para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.

en la doctrina y en la práctica: que la pública subasta para la enajenación de bienes inmuebles de menores e incapaces sujetos a tutela, no constituye una garantía para el menor o el tutelado, sino un obstáculo, una complicación y un peligro ante las redes organizadas de “subasteros”.

Los términos de la conclusión son suficientemente claros. Como se ha comentado en relación con la tutela, cuando los tutores van a enajenar bienes de los pupilos el requisito de la subasta provoca unos perjuicios (mayor lentitud en la formalización de la operación que puede ocasionar que se perjudique o, si hay urgencia en la transmisión, que no llegue a tiempo) y el obtener menor precio que el que se puede conseguir en el mercado ordinario.

Y 3) Dejo para el final el, a mi juicio, más importante, *“la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente”* (art. 5.2, 2º párrafo) Ya he comentado antes la importancia teórica y práctica de la introducción del concepto de “capacidad suficiente” en nuestro derecho privado patrimonial. Aquí tenemos una aplicación concreta. No comprenderá los supuestos en que el beneficiario haya sido declarado incapaz (se le ha privado de esa capacidad de obrar, luego es insuficiente, aunque después de las modificaciones que apliquen la Convención de la ONU, la situación puede cambiar) Pero la mayor parte de los discapacitados no lo han sido, y quedará al juicio de los propios interesados o, si se trata de actos en que intervenga un funcionario público entre cuyas funciones figure la de apreciar la capacidad de las personas (como es el caso de los actos notariales), al de éste. Resulta indispensable el otorgamiento, también, por la persona con discapacidad. El administrador no tendrá, en este caso, que solicitar la autorización judicial.

Con carácter general para todos los supuestos de enajenación, aunque referido al tutor (reflexión que deberemos extender a cualquier administrador), se debe examinar detalladamente su conveniencia o necesidad para el discapaz.

(ALBACETE, V-2007) 9. El interés de la persona con discapacidad hace que sea imprescindible que en las disposiciones de su patrimonio, el tutor justifique la utilidad de la enajenación y el reintegro patrimonial correspondiente, todo ello debidamente supervisado por el Ministerio Fiscal. Es especialmente importante esta labor de supervisión en aquellos casos de disposición de bienes del patrimonio de la persona con discapacidad que no están debidamente recogidos en los archivos correspondientes. ...

En algunos casos (inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad, fondos o depósitos gestionados por alguna entidad) constará la constitución del patrimonio y se prevé un control ajeno (en los inmuebles, el control notarial, previo al registral, solucionará de forma suficiente el riesgo) En la mayor parte de los supuestos, este control externo se realizará a través de la autorización judicial. El elemento que habrá de analizarse es, como viene siendo habitual, el interés del titular del patrimonio protegido y su conveniencia para cumplir su finalidad.

V.B El **control** de esta administración se atribuye al Ministerio Fiscal. La Ley le atribuye facultades para instar cualquier cambio en su estructura (administrador, cautelas, incluso su extinción) A continuación la obligación de rendición de cuentas anuales, salvo que el administrador sea el beneficiario o sus padres (de igual modo se trata de forma diferente la rendición de cuentas en la patria potestad y en la tutela)

En su apoyo prevé la posibilidad por parte del Fiscal de “*requerir documentación adicional y solicitar cuantas aclaraciones estime pertinentes*”. El Proyecto de Reforma de la Ley del Registro Civil daba contenido a estas facultades¹⁴, e incluía a los organismos tributarios, notarios, registradores, y “cualquier otro organismo público”. Además, como hemos visto, la ley, al tratar de la supervisión del Patrimonio, crea, sin regularlo, un órgano de apoyo al Ministerio Fiscal para las actividades que éste debe realizar en relación con

¹⁴ *Disposición adicional tercera. Legitimación del Ministerio Fiscal para obtener información de Organismos públicos en relación con el ejercicio de la tutela o guarda de hecho.*

1. *El Ministerio Fiscal estará legitimado para solicitar y obtener la información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de la cuenta general justificativa de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.*

2. *Estarán obligados a facilitar la información a que se refiere el párrafo anterior, con sujeción a sus respectivas normas de procedimiento, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, los centros u organismos públicos de gestión tributaria de las comunidades autónomas, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, los Notarios y cualquier otro organismo público que por razón de sus funciones y competencias pueda tener información de la relevancia patrimonial o contable a que se refiere esta norma.*

Recordemos que se ha convertido en la Ley 1/2009.

éste¹⁵. Una Comisión regulada en Reales Decretos 177/2004, de 30 de enero, modificado por el R.D. 2270/2004, de 3 de diciembre, y adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En las Jornadas de Tenerife, en 2005, se proponía añadir algunos profesionales para formar parte de la Comisión; en suma, los que intervienen en la constitución del Patrimonio. La coordinación, al igual que en otras actividades en materia de discapacidad, ya vistas en este trabajo, debe incluir a todos los agentes sociales.

(Tenerife VI-2005) 10.- Debe promoverse la colaboración, sobre todo a nivel de información y comunicación, de los distintos funcionarios y profesionales que intervienen en materia de discapacidad, especialmente entre el Ministerio Fiscal y los Notarios en el ámbito de la constitución de patrimonios protegidos.

En el Reglamento de desarrollo de la Ley 41/2003, que crea una Comisión de Asistencia al Ministerio Fiscal en la supervisión del patrimonio protegido, deben estar representados los distintos profesionales y funcionarios que intervienen en relación con esta figura, tales como trabajadores sociales, notarios, asesores fiscales, secretarios de juzgado, médicos forenses, etc.

VI SU EXTINCIÓN

Esta cuestión no ha sido objeto de ninguna conclusión en las jornadas, signo de que no plantea demasiadas dudas en la práctica. No obstante, haremos alguna referencia a su regulación.

Las causas de extinción son tres, aunque la ley cita sólo dos. Muerte (y, en rigor jurídico, declaración de fallecimiento) del beneficiario, o desaparición de la condición de persona con discapacidad. La causa que se olvida es la desaparición de los bienes que lo integran, por su consumo en la finalidad prevista.¹⁶

¹⁵ 3. Como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones previstas en este artículo, se crea la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y en la que participarán, en todo caso, representantes de la asociación de utilidad pública, más representativa en el ámbito estatal, de los diferentes tipos de discapacidad.

¹⁶ Artículo 6. Extinción.

Regula sus consecuencias, bastante previsibles para el lector que haya llegado hasta aquí: en el supuesto de fallecimiento, se integran con la herencia; en el caso de pérdida de la condición de discapacitado, pasa a administrarlo directamente, aunque no se ha previsto la documentación necesaria para ello (¿basta con documento público, escritura en la que se justifique que ya no hay grado de discapacidad?, ¿será precisa resolución judicial, especialmente en los supuestos en que ésta haya sido la vía de su constitución?) En ambos casos, y con preferencia a estas consecuencias, deberá darse a los bienes el destino previsto por el aportante u otra similar.

En el tercer supuesto se plantea una interesante duda: si se ha consumido, y con el tiempo se constituye otro, ¿se regirá por las mismas reglas de administración o podrán establecerse otras? Es decir, como no se contempla como causa de extinción, ¿será el mismo patrimonio (administrado por personas ya determinadas) o será otro (cuyas reglas de administración puedo fijar)?

VII. DESARROLLO NORMATIVO

La Ley 41/2003, como suele ser habitual, prevé su desarrollo reglamentario¹⁷. Y, como también suele ser habitual, los plazos han sido

1. El patrimonio protegido se extingue por la muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario o por dejar éste de tener la condición de persona con discapacidad de acuerdo con el artículo 2.2 de esta Ley.

2. Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por muerte o declaración de fallecimiento de su beneficiario, se entenderá comprendido en su herencia.

Si el patrimonio protegido se hubiera extinguido por dejar su beneficiario de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 2.2 de esta Ley éste seguirá siendo titular de los bienes y derechos que lo integran, sujetándose a las normas generales del Código Civil o de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.

3. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la finalidad que, en su caso, debiera darse a determinados bienes y derechos, conforme a lo establecido en el artículo 4.3 de esta Ley.

En el caso de que no pudiera darse a tales bienes y derechos la finalidad prevista por sus aportantes, se les dará otra, lo más análoga y conforme a la prevista por éstos, atendiendo, cuando proceda, a la naturaleza y valor de los bienes y derechos que integren el patrimonio protegido y en proporción, en su caso, al valor de las diferentes aportaciones

¹⁷ **DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA.** Desarrollo reglamentario.

El Gobierno aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para el desarrollo de esta Ley en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor.

superados con holgura. Desde las Jornadas se ha solicitado el cumplimiento de esta necesidad. Desde antes de la promulgación de la Ley, a la vista del Proyecto que se estudiaba, ya bastante completo:

(Valladolid, X-2003) Es esencial un desarrollo rápido y completo del Reglamento de la futura Ley del Patrimonio Protegido de la Persona con Discapacidad, y de los instrumentos necesarios para alcanzar la aplicación práctica de los fines previstos en el proyecto, así como los recursos necesarios para ello.

Y, una vez pasado un tiempo prudencial, se avanzan algunas directrices para su desarrollo, incidiendo en el tema principal, el fiscal:

(Las Palmas, IV-2005) Los grandes costes que conlleva la protección de las personas dependientes, ya sea por discapacidad o por edad, exigen un estudio coordinado del Libro Blanco de la Dependencia y del patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Si el patrimonio protegido tuviera una regulación fiscal adecuada, sería una forma de ahorro que completara las carencias que presentará el Sistema de Dependencia Nacional.

VIII ASPECTOS FISCALES

Hemos dicho antes que la política fiscal es esencial para la aplicación de esta figura. Así se recordaba un mes antes de la publicación de la ley:

(Valladolid, X-2003) Es necesario un adecuado sistema fiscal que promueva la constitución de Patrimonios Protegidos y la aportación de bienes que lo integran, para que esta figura cumpla su finalidad real.

Tal atribución no es graciosa, ni es una cuestión de beneficencia. Es una forma de cumplir con un mandato constitucional, y, de entre las varias formas posibles para el Estado (asumir la función él mismo o fomentar que la asuman y regulen las personas más cercanas al discapaz), la más eficaz. No obstante, frecuentemente se ha calificado como insuficiente para cumplir su fin social:

(Huelva, III-2005) 4.- Ley 41/2003.- La aplicación de las herramientas jurídicas que proporciona esta ley depende, en gran medida, de una adecuada política fiscal. El tratamiento que recibe en este aspecto es muy deficitario. Por ello, la utilización del patrimonio protegido, del contrato de alimentos, de la fiducia del artículo 831 del Código Civil, implican un coste impositivo que lleva a una falta de aplicación de la ley. Es preciso revisarla con una regulación adecuada en esta materia.

(Las Palmas, IV-2005) Las presentes jornadas han puesto de manifiesto que la Ley 41/2003, que regula el patrimonio protegido del discapacitado:

.... tiene un planteamiento ambicioso y refleja positivas intenciones por parte del legislador, pero en la práctica defrauda, fundamentalmente, por su corto alcance fiscal. No va a satisfacer muchas de las necesidades de las personas con discapacidad.

El comentario es general: bienvenida la Ley; la figura del Patrimonio Protegido puede ser muy útil, pero necesita un tratamiento fiscal que en ella no se da de forma suficiente.

Veamos cuál es este tratamiento en relación con el ámbito de aplicación de la normativa estatal de los impuestos; quedan fuera los Territorios Históricos con competencia propia en esta materia (en la Comunidad Autónoma del País Vasco)

VIII. A IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

El acto de aportación afecta al Impuesto Sobre la Renta de las Personas Físicas, dado que implica un incremento (o pérdida) patrimonial, y por otro lado la política fiscal lo incluye en las reducciones de la base imponible. Haremos un repaso de las normas afectadas y de las propuestas presentadas en relación con ellas; no entraremos en un estudio de detalle de carácter fiscal.

VIII. A.1 Desde el punto de vista del **aportante**, si es pariente en línea directa (supuesto que será habitual: padres, hijos, abuelos) o colateral hasta el tercer grado (hermanos, tíos o sobrinos), cónyuge, tutor o acogedor, no está sujeta como incremento patrimonial, y el beneficiario se subroga en la

posición del aportante (art. 16.4.b IRPF¹⁸) Además, será objeto de reducción la base imponible, por lo aportado, hasta un límite de 10.000 euros anuales (al publicarse la ley, 8.000); si excede, hay un plazo de cuatro años para hacerlo por el exceso. Con esto quedan prácticamente fuera de las reducciones las aportaciones a lo que llamábamos un patrimonio “de ahorro”, es decir, el previsto para generar rentas de las que se mantenga el discapaz, salvo que las aportaciones se hagan de forma fraccionada en el tiempo.

(Tenerife VI-2005) 5.- .. En cuanto a los aportantes, no les alcanzan los incentivos fiscales a quienes no sean parientes del beneficiario en el grado regulado en la Ley, y tampoco a las aportaciones realizadas por éste a su propio patrimonio, lo que es un olvido de la Ley con grandes consecuencias para el patrimonio de las personas con discapacidad.

En realidad el caso de aportación de propio discapacitado no es un olvido. Se considera que se trata simplemente de un traspaso de parte del patrimonio de un régimen de administración a otro, lo que no genera ninguna consecuencia fiscal. En cuanto a la exclusión de los que están fuera del círculo familiar definido, es simplemente una decisión de política fiscal que, desde el punto de vista del mundo de la discapacidad, debe ser objeto de crítica negativa. ¿Por qué puedo aportar a una ONG (que no tiene relación de parentesco) y deducirme en mis impuestos, y no se me permite si aporto a una persona concreta? ¿Por qué puedo aportar a mi sobrino, pero no si el discapacitado es su hijo?

Es también desafortunado y confuso el trato de los actos de disposición que pueden ser, en ocasiones, convenientes e incluso necesarios.

La Ley dispone que, si se produce una disposición durante los cuatro años siguientes, se pierden todas las ventajas fiscales aplicadas. Con esto se olvida que, en los patrimonios “de gasto” (aquellos en los que se aportan bienes para ser utilizados, lo que normalmente implicará su enajenación, piénsese en

¹⁸ El artículo 16.4.b de la Ley sobre el IRPF queda con la siguiente redacción: *En el caso de aportaciones no dinerarias, el contribuyente discapacitado titular del patrimonio protegido se subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados, pero sin que, a efectos de ulteriores transmisiones, le resulte de aplicación lo previsto en la disposición transitoria novena de esta Ley.*

Hoy es la Disposición Adicional 18ª, tras la Ley 35/2006.

un paquete de acciones, un fondo de inversión...), será necesaria su enajenación salvo que se trate de aportaciones en metálico. Como hemos visto, excluidos de los beneficios fiscales los patrimonios de ahorro y aquellos de gasto que no consistan en aportaciones dinerarias, la normativa fiscal deja fuera de la circulación todas las demás posibilidades.¹⁹

En primer lugar, la ya referida enajenación será, en muchos casos, el medio de cumplir su finalidad:

(ALBACETE, V-2007) 18. .. También es necesaria la supresión de la limitación de disponer, por necesidad o para atender los gastos ordinarios del beneficiario, que por cuatro años establece la ley del patrimonio protegido.

En segundo lugar, hace depender la situación fiscal de una persona de actos realizados por otra (o sus administradores) El aportante se arriesga a perder todos los incentivos que tiene para una aportación, a través actos ajenos que no puede controlar. Esto también desincentiva las aportaciones (a través de la obligación de tributar por todo el incremento patrimonial que se haya generado, sin haber disfrutado del mismo, se produce el efecto de que es mejor no aportar nada)

El aportante puede también ser una sociedad. En este caso, cuando sea computable como gasto, tiene parecidos beneficios que los vistos para las personas físicas, lo que no se entiende bien si resulta que éstas, cuando no tengan la relación de parentesco que hemos visto, no pueden disfrutar estos beneficios. Aparte de eso,

(Madrid, II-2006) 17.- Se pide una mejor regulación que aporte claridad a la deducción como gasto de las aportaciones al patrimonio protegido por sociedades.

¹⁹ La Dirección General de Tributos, además, considera como acto de disposición el gasto de los aportado. Afortunadamente, la Ley 1/2009 incluye una norma que corrige la situación: *Artículo segundo. .. Dos.- Se añade al artículo 5.2 un último párrafo, con la siguiente redacción:*

«En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria.»

VIII. A.2 La posición fiscal del **beneficiario** consiste en que tributa como rendimiento del trabajo por los importes que hemos visto, y en el exceso por el impuesto de donaciones²⁰. En cuanto a la primera consecuencia,

(Madrid, II-2006) 16.- Se solicita que no compute, a efectos de la renta del discapaz, la aportación que consista en el derecho de habitación (L. 41/2003)

Si no tributa la vivienda habitual, por la misma razón debe ser excluido este supuesto.

El exceso tributará como donación, por su impuesto correspondiente.

(Madrid, II-2006) 15.- Se solicita el establecimiento del derecho a solicitar aplazamientos en el pago del impuesto de Sucesiones y Donaciones para importes superiores al máximo beneficiado.

²⁰ El artículo 16.4.a y c de la Ley del IRPF quedaba como sigue: a) *Cuando los aportantes sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo hasta el importe de 8.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto.*

Asimismo, y con independencia de los límites indicados en el párrafo anterior, cuando los aportantes sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 8.000 euros anuales.

Estos rendimientos se integrarán en la base imponible del contribuyente discapacitado titular del patrimonio protegido por el importe en que la suma de tales rendimientos y las prestaciones recibidas en forma de renta a que se refiere el apartado 3 del artículo 17 de esta Ley exceda de dos veces al salario mínimo interprofesional.

Cuando las aportaciones se realicen por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido.

.. c) No estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la parte de las aportaciones que tenga para el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo

En cuanto al IRPF, la redacción actual, según Ley 35/2006, de 28 de noviembre, es similar en su artículo 54, pero con el límite de la aportación en 10.000 euros, que sustituye al de 8.000.

Es decir, si resulta que alguien hace una aportación de bienes por encima del límite deducible en renta, al menos que se le permita diferir el pago del impuesto de donaciones para que pueda ir siendo satisfecho con rendimientos de lo aportado. En caso contrario (que es el actual), el aportante debe calcular lo que sea suficiente para proporcionar el rendimiento al beneficiario, más su impuesto de donaciones.

Como comentario con carácter más general respecto de la posición del beneficiario:

(CÁDIZ, X-2005) 9.- La necesidad de mejorar el contenido de la ley 41/2003 en aras especialmente a la mejora de su regulación fiscal, tanto en el momento de la aportación (ampliándose el colectivo de personas aportantes y sujetarlo a fiscalidad "cero"), en el de la obtención de rendimientos del patrimonio (con una regulación sencilla en la administración de los bienes y con exención fiscal total), y finalmente en el momento de la utilización de las rentas, donde no deben tributar como rendimientos del trabajo ni tener límites como mínimo exento. De no hacerse así, una ley como ésta, buena por definición, quedará sin aplicación práctica.

Cabe destacar que en los Territorios Históricos con competencia propia en materia de impuestos (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) el tratamiento ha sido distinto²¹. Simplemente se contemplan tres efectos: no incremento patrimonial,

²¹ Impuesto de la Renta de las Personas Físicas de Álava, Norma Foral 3/2007:

Artículo 44.- Supuestos especiales.

1. *Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio:*

f) *Con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad.*

Artículo 87. Deducción por aportaciones realizadas al patrimonio protegido de la persona con discapacidad.

(Redacción con efectos desde 01-01-07)

1. *Los contribuyentes podrán aplicar una deducción del 30 por 100, con el límite anual máximo de 3.000 euros, por las aportaciones al patrimonio protegido de la persona con discapacidad, regulado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, 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.*

2. *La deducción a que se refiere el apartado anterior se podrá aplicar por los contribuyentes que tengan con la persona con discapacidad una relación de parentesco en línea directa o colateral, hasta el tercer grado inclusive, así como por el cónyuge o pareja de hecho de la persona con discapacidad o por aquellos que lo tuviesen en régimen de tutela o acogimiento.*

la deducción de la cuota por el treinta por ciento de lo aportado hasta un importe de tres mil euros anuales, y la exención del impuesto de sucesiones y donaciones. En todos los casos, siempre que se trate de parientes en línea directa, colateral hasta el tercer grado (hasta sobrinos), cónyuge o pareja de hecho o quienes tuvieran al discapaz en régimen de tutela o acogimiento. La norma primera (deducción en la cuota) está dirigida a los patrimonios de gasto (aportaciones periódicas para que con ellas se mantenga el beneficiario); la segunda (impuesto de sucesiones y donaciones) abarca también el supuesto del patrimonio de ahorro, que así, a diferencia del régimen general, se ven posibilitados.

VIII. B La transmisión constituye el hecho imponible del **Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana** (tradicionalmente conocido como Plus Valía municipal) del que se ha olvidado el legislador (puede que de forma intencionada, tal como se trata fiscalmente este tipo de Patrimonio), pero no los comentaristas.

(Madrid, II-2006) 14.- Se solicita la exención o no sujeción en el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana,..

Se solicita el mismo trato que se intenta en relación con el impuesto de donaciones, la exención.

VIII. C También afectará al beneficiario en su **Impuesto sobre el Patrimonio**. En esta materia, la Ley transmite la cuestión a las Comunidades Autónomas en su Disposición Adicional Segunda: “*Las comunidades autónomas podrán declarar la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, de los bienes y derechos referidos en [esta Ley]*”. A este respecto,

En ningún caso darán derecho a la aplicación de esta deducción las aportaciones efectuadas por la propia persona con discapacidad titular del patrimonio protegido.

3. Tratándose de aportaciones no dinerarias se tomará como importe de la aportación el que resulte de lo previsto en el artículo 20 de la Norma Foral del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

4. Las adquisiciones de bienes y derechos que correspondan a las aportaciones al patrimonio protegido de la persona con discapacidad a que se refiere el presente artículo, estarán exentas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Las de Vizcaya y Guipúzcoa tienen el mismo contenido.

(Madrid, II-2006) 13.- Necesidad de elevar el mínimo exento en el Impuesto sobre el Patrimonio de los patrimonios protegidos. Ha de ser superior al límite ordinario. Las Comunidades Autónomas han de reconocer este hecho.

Más adelante veremos el caso de Castilla y León, que ha declarado, no ya un mínimo exento, sino la exención total de este impuesto.

VIII. D Nos queda reseñar, por orden cronológico, unas conclusiones con un alcance más general.

(Tenerife VI-2005) 5.- La regulación fiscal del Patrimonio Protegido es demasiado compleja y, en algunos puntos, desafortunada. Sería conveniente una adecuación de la normativa fiscal a los supuestos contemplados por la legislación civil. Esta falta de adecuación, o una excesiva complejidad, pueden provocar que no se apliquen las posibilidades legales creadas. ..

Es decir, si vamos a hacerlo complejo, que siga a la legislación civil. Si no se hace así, o si la complejidad es excesiva, se pierde eficacia.

CÁDIZ, X-2005) 7.- Es imprescindible articular soluciones al sistema de copago que parece ser recoge el texto articulado de la Ley reguladora de la Autonomía del paciente y de la dependencia, bien a través de una revisión de la fiscalidad del patrimonio protegido, bien a través de nuevas figuras financieras adecuadas a las personas mayores en previsión su propia dependencia, contratos vitalicios, contratos de alimentos,... pero siempre acompañado de un tratamiento fiscal adecuado de exenciones y bonificaciones.

El tratamiento de la fiscalidad de las medidas de protección de personas con discapacidad debe ser objeto de un tratamiento conjunto y coordinado, y ahí se citan algunas heterogéneas. La Ley de Dependencia (39/2006), que aquí se reseña en proyecto, recoge efectivamente el copago.

(Barcelona, I-2006) 6. Recogemos con satisfacción la modificación fiscal que recoge la ley de Castilla-León en las aportaciones a patrimonios protegidos y solicitamos su estudio

en las distintas Comunidades Autónomas para generalizar esta mejora legislativa.

Por fin una loa en esta materia de fiscalidad, en la que todo son críticas. La Ley de Castilla y León establece la exención del impuesto sobre el patrimonio²², además de contemplar esta Comunidad una generosa reducción en el Impuesto de Donaciones. Esta exención afectará a lo que hemos venido en denominar “patrimonio de ahorro”; aquel constituido con la intención de que, con sus rendimientos, sea atendida la persona con discapacidad.

En este punto de alternativas legislativas, puede citarse la ya vista de los Territorios Históricos del País Vasco.

(Valladolid, X-2006) 1. Destacamos la importancia de la figura del patrimonio protegido como instrumento que permite la autonomía y desarrollo de las personas con discapacidad, si bien, para una mayor eficacia, se hace imprescindible:

a) el incremento de los beneficios fiscales, como ya se ha realizado por la comunidad autónoma de Castilla León,

b) que se establezcan beneficios fiscales para el supuesto en el que la propia persona con discapacidad realice la aportación y / o constitución del Patrimonio protegido, supuesto que hoy en día, carece de beneficio fiscal alguno.

c) Es indispensable una mayor información y difusión de su contenido y eficacia como instrumento jurídico de protección

²² Decreto Legislativo 1/2006. Artículo 14. [Impuesto sobre el patrimonio] Exención de los patrimonios especialmente protegidos de contribuyentes con discapacidad.

Estarán exentos de este impuesto los bienes y derechos de contenido económico computados para la determinación de la base imponible que formen parte del patrimonio especialmente protegido del contribuyente, constituido al amparo de la Ley 41/2003, 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.

Artículo 29. [Impuesto de donaciones] Reducción por las donaciones realizadas al patrimonio especialmente protegido de contribuyentes con discapacidad.

En la donación realizada al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, constituido al amparo de la Ley 41/2003, 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, respecto de la parte de aquellos bienes y derechos sujetos a este impuesto, se aplicará una reducción del 100 % del valor de los mismos, con el límite de 60.000 euros.

que no implica incapacitación y proporciona seguridad a las personas con discapacidad y sus familias, pudiendo servir de complemento a las soluciones aportadas por el anteproyecto de ley de autonomía personal y apoyo a la dependencia.

Las dos primeras cuestiones ya han sido comentadas; la información y difusión es a lo que se lleva dedicando la Fundación Aequitas a través de sus Jornadas, desde antes de la promulgación de la Ley hasta la fecha.

IX VALORACIONES ACERCA DEL USO DEL PATRIMONIO PROTEGIDO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

(MADRID, VI-2005, Foro Justicia y Discapacidad) 1. Se están constituyendo más patrimonios protegidos (PPD), pero no los suficientes a pesar de ser un magnífico instrumento de protección patrimonial de las personas con discapacidad, por el pobre tratamiento fiscal que tiene. Es necesaria una voluntad económico-fiscal para apoyar las novedades incluidas en la ley.

Otra causa por la que no se constituyen más PPD es que los familiares de los posibles beneficiarios no conocen, en muchas ocasiones, debidamente esta figura. También se deben arbitrar fórmulas que otorguen fiabilidad a las entidades que puedan asumir la función de administradores, pudiendo asesorar los Notarios, Abogados, Trabajadores Sociales, Fundaciones Tutelares, etc., acerca de esta figura y de las entidades recomendables para la administración. ..

Problemas con los que ya estamos familiarizados. El tratamiento fiscal, la difusión, el recordatorio de la necesidad de una voluntad económico-fiscal. Al pasar por Hacienda se hizo allí un loable esfuerzo para evitar que, a través de esta figura, hubiera algún resquicio por el que pudiera eludirse el pago de algún impuesto. Se olvidó que el Estado está cumpliendo una obligación al promocionar esta figura. Por orden, esta última es la primera finalidad a conseguir en la Ley.

(Madrid, II-2006) 12.- Causas de la escasa utilización de la figura del patrimonio protegido:

- a) Sus escasas ventajas fiscales,
- b) Imposibilidad de disposición durante cuatro años,
- c) Falta de una responsabilidad separada,

- d) Necesidad de documentar cada aportación por separado, no previendo aportaciones periódicas,
- e) Los no parientes del discapaz no gozan de los beneficios fiscales por las aportaciones al patrimonio protegido.

Nuevamente, unas cuestiones que ya nos son conocidas, aparte de la falta de previsión de aportaciones periódicas.

Para terminar, más de lo mismo:

(Valencia, X-2006) 3.- Los patrimonios protegidos de la Ley 41/2003 ha sido poco utilizados posiblemente por lo reducido de sus beneficios fiscales y por la existencia de alternativas más conocidas y sencillas. Debe mejorarse su tratamiento.

Y las últimas observaciones acerca de la necesidad de un tratamiento fiscal conjunto y más amplio que el que recoge la ley: no sólo el impuesto sobre la renta, y, dentro de éste, la necesaria supresión de la limitación de disponer en cuatro años, que ya hemos comentado.

(ALBACETE, V-2007) 18. Es imprescindible la mejora fiscal de los distintos tributos que afectan a la figura del patrimonio protegido, el impuesto de la renta, la plusvalía municipal y de renta que afectan al beneficiario, sucesiones y donaciones, etc., pues sin estas mejoras esta figura es prácticamente inaplicable. También es necesaria la supresión de la limitación de disponer, por necesidad o para atender los gastos ordinarios del beneficiario, que por cuatro años establece la ley del patrimonio protegido.

(Murcia, XI-2007) 7.- Se destaca la conveniencia de revisar el tratamiento fiscal de instituciones de protección de las personas con discapacidad, como el patrimonio protegido, para hacerlas más atractivas.

En el fondo volvemos a unas consideraciones generales sobre la política fiscal: hay que invitar a los particulares interesados a contribuir al mantenimiento de las personas con discapacidad; de las dos formas posibles, con atribución de fondos públicos o con estímulos en sus impuestos, esta última se ve como más adecuada. El tratamiento del patrimonio protegido va por esta línea, pero debe ser incentivado.

Capítulo decimoquinto.- Derecho de sucesiones.

I CONSIDERACIONES GENERALES.

En el Derecho de Sucesiones se relacionan un conjunto de instituciones para regular la transmisión del patrimonio y derechos de una persona a otras. Es importante en materia de discapacidad porque el patrimonio del discapacitado, que normalmente no puede generarlo con su trabajo, se adquiere principalmente por herencia. Y a través de esta institución pueden los padres (cuyo esfuerzo y bienes están empleando, de presente, en atender a las necesidades de aquellos) intentar que su patrimonio siga destinado en el futuro a estos fines. Las herramientas agrupadas en el derecho de sucesiones no están aisladas, de modo que, además de la revisión de instituciones concretas, en las Jornadas Aequitas se ha propuesto una revisión general:

(Granada, X-2003) Novena: Es imprescindible realizar un estudio profundo sobre:

- el testamento mancomunado.
- la supresión en general de las legítimas.

.....

- la sustitución ejemplar, como institución que abarque la totalidad del patrimonio de la persona discapacitada.

Sobre las legítimas y la sustitución ejemplar se tratará más adelante. Interesa aquí recalcar la solicitud de una revisión general. En el mismo sentido en las siguientes:

(CÁDIZ, X-2005) 8.- La atención debida a las personas con discapacidad y dependientes hace imprescindible una revisión del derecho de sucesiones. La supresión de las legítimas, la utilización de formas testamentarias hoy admitidas en los derechos civiles autonómicos, como el testamento mancomunado, el testamento de hermandad, el heredero de confianza... darían nuevas posibilidades a las familias con personas dependientes.

(Bilbao, II-2006) 6.- Destacamos las mejoras que, en el ámbito sucesorio, se introducen por la ley 41/2003, aunque se hace necesario una reforma profunda del derecho sucesorio que

se adecue a las nuevas necesidades sociales, en especial en lo que afecta a las personas con discapacidad.

A las instituciones citadas con anterioridad se ha incorporado aquí la del heredero de confianza¹, facultado para aplicar instrucciones reservadas del causante, junto con un mayor detalle de las figuras forales que recogen el testamento mancomunado. En la siguiente se amplían los supuestos:

(Madrid, II-2006) 2.- Es necesario enfrentar una reforma legislativa que atienda a las necesidades sucesorias de las personas con discapacidad:

a) En cuanto a la figura del fideicomisario legitimario, creada por la Ley 41/2003, es necesario un estudio sobre la extensión de su contenido material y ello, previo a una reforma legislativa o desarrollo reglamentario de la Ley.

b) Es necesaria la reforma del Art. 776 del Código Civil para dejar claro que la esencia de la sustitución ejemplar es la de ser una previsión testamentaria de los padres de los hijos discapacitados.

c) Se reitera la crítica al encorsetado sistema de legítimas actual: hacia una mayor libertad de testar.

d) Valoración positiva del Art. 831, del derecho de habitación del Art. 822 y el vitalicio: solucionan problemas actuales de la dependencia y a la sucesión en el patrimonio sin perjuicio de que sea necesaria una reforma legislativa en la materia fiscal.

e) Igualmente la sucesión contractual, hoy prácticamente en desuso por estar anclada en la idea de troncalidad, tiene que desvincularse del concepto clásico de familia de manera que pueda permitirse entre extraños. Este movimiento de reforma debería introducir el protocolo familiar, no como una mera declaración de intenciones, sino que recoja deberes y derechos efectivos. Igualmente debería estudiarse la incorporación de los patrimonios fiduciarios y la fundación familiar, exclusivamente en el supuesto de personas con discapacidad. Esta actualización ha

¹ Ley 1/1973, Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

“Ley 289. Concepto.

El testador puede instituir herederos de confianza o fiduciarios a personas individuales o jurídicas a quienes faculte para hacerse cargo de toda o parte de la herencia a disponer de ésta conforme al destino expresado en las Instrucciones escritas o verbales que confidencialmente les haya dado.”

de producirse también en relación con las personas mayores dependientes.

Mas adelante se tratarán las propuestas en los apartados a), b), c) y d)

En el último apartado (e) aparece con mayor detalle la sucesión contractual. Y, finalmente,

(Valladolid, X-2006)4. A este respecto, destacamos las mejoras que, en el ámbito sucesorio, se introducen por la ley 41/2003, como el artículo 831, el legado de habitación, el fideicomiso legitimario a favor de la persona con discapacidad... aunque se hace necesario una reforma profunda del derecho sucesorio para adecuarlo a las nuevas necesidades sociales, en especial en lo que afecta a las personas con discapacidad.

Analizando el conjunto de conclusiones anteriores, podemos ver que los aspectos cuya reforma se solicita, para favorecer la transmisión de un patrimonio en bloque a una persona con discapacidad, son, básicamente, los tres siguientes:

1.- La legítima. La trataremos como un apartado independiente un poco más adelante.

2.- El testamento mancomunado. Se entiende por tal el que hacen dos personas, normalmente los dos cónyuges, en los que se dispone sobre los bienes comunes y los privativos de cada uno. Donde este tipo de testamento no es admitido (la mayor parte del territorio nacional), la costumbre es que ambos padres otorguen dos testamentos iguales, de forma que con su aplicación se obtenga el resultado que los dos han previsto. Pero son dos documentos separados, y revocables. Es decir, uno de los progenitores puede cambiar el suyo cuando quiera, incluso sin comunicarlo al otro o cuando éste ha fallecido. De este modo no hay ninguna seguridad jurídica de que lo convenido por los dos llegue a aplicarse.

El testamento mancomunado es igualmente revocable por cualquiera de los dos, no surte efectos de presente. Pero las regulaciones que lo tratan se ocupan en detallar qué pasa cuando uno de los otorgantes lo revoca: si se debe notificar al otro; qué tipo de disposiciones de éste, el que no revoca, quedan anuladas. El carácter bilateral queda asegurado.

3.- El tercer aspecto a reformar es el de la sucesión contractual. O sea, regular la transmisión del patrimonio por contrato. Aquí interviene un tercero, que será el destinatario principal de los bienes, y que consiente las condiciones o contraprestación que se le impone; la atribución de bienes se convierte en irrevocable, a diferencia de la que se produce en testamento, que es revocable. El derecho romano la prohibió, en defensa de la libertad de regulación de la propia sucesión. En los derechos germánicos se admitió, y la recepción de aquél, en las Partidas, introdujo definitivamente la prohibición en nuestro derecho común (hoy plasmado en el Código Civil)

Las legislaciones forales, no obstante, la vienen admitiendo. Es una forma de permitir la transmisión, sin dividirla, de la explotación familiar. Esta indivisión permitirá que perdure y, si sus rendimientos lo admiten, irá acompañada de cargas a favor de los otros hermanos y, en mayor medida, tendentes a la atención de los padres. De este modo la encontramos en las legislaciones de Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, Galicia, Vizcaya y el Fuero de Ayala (aplicable en una pequeña región del Noroeste de Álava)

Hoy esta necesidad de mantener agrupado el patrimonio familiar se plantea en el campo de la discapacidad. Hay que asegurar el futuro del discapaz, encontrar alguien que se comprometa a atenderle, y regular las ventajas o contraprestación que a cambio va a recibir. A diferencia de las mejoras hechas en testamento, los contratos sucesorios son irrevocables, quien empieza a cuidar de un discapacitado o dependiente (incluso los propios disponentes, los padres) tiene seguridad jurídica de que la contraprestación no será modificada; incumplida la atención, las normas de los contratos facilitan su anulación, incluso sin intervención de los beneficiarios (que pueden no estar en condiciones de exigir el cumplimiento)

Nos quedan otras conclusiones muy específicas. La primera recuerda que, en las modificaciones que introduce la Ley 41/2003, unas exigen la incapacitación judicial para poder ser aplicadas (sistema tradicional de nuestro derecho en relación con las personas con discapacidad, aplicable sólo a los incapacitados) Otras, y es la gran novedad de esa Ley, se fijan en el supuesto administrativo, más ágil y cercano a la realidad, de la discapacidad. Y finalmente no podemos olvidar otras que, no exigiendo para su aplicación ningún requisito referente a la capacidad, encuentran su campo más amplio de aplicación en este mundo, como el 831 del Código (que veremos más adelante), o son útiles a los fines que en esta rama se persiguen (mejoras, posibilidades de pago de la legítima en metálico..)

(Las Palmas, IV-2005) Las reformas en materia sucesoria que incluye la Ley 41/2003, plantean problemas en la práctica, puesto que en algunos casos se establecen en beneficio de las personas con discapacidad y en otros exige la incapacitación judicial de estas personas.

Igualmente se ha recalcado el hecho de que el Derecho Sucesorio nos presenta una serie de instituciones, pero que deberán aplicarse a medida a cada uno de los supuestos. Para realizar esta aplicación concreta hace falta un contacto individualizado entre el usuario del servicio y quien lo presta, el notario. Aquí no sirven aplicaciones generalizadas. Y, afortunadamente, en el derecho español la intervención en esta materia del profesional-funcionario público está tan extendida y se ve tan natural que no nos paramos a pensar en ella. La sociedad está tan acostumbrada a identificar notario - derecho de sucesiones que ni siquiera se fija en que el testamento abierto notarial es una de las tres formas ordinarias que contempla el Código Civil (las otras dos son el testamento cerrado y el ológrafo, en que no hay asesoramiento ni elaboración notarial), hasta el punto de que la aplicación de estas últimas es meramente anecdótica. Pese a ello, se consideró que no estaba de más recalcar en qué consiste esta labor notarial:

(Valladolid, X-2006)3. La labor de asesoramiento y protección del Notario en el ámbito familiar y sucesorio es imprescindible y nace del diálogo, de la dedicación y atención personal del Notario con cada otorgante, quien recibe la voluntad y preocupaciones de las personas y crea, en base a las mismas y con los instrumentos que el Ordenamiento Jurídico le brinda, el sistema de protección jurídica que más se adecua a la persona que requiere su función.

Finalizamos con una cuestión que debe ser tenida en cuenta en la regulación de bastantes materias: el tratamiento fiscal que va a recibir. En el derecho actual las diversas instituciones jurídicas tienen su función en la vida social. Y cada una de las herramientas que nos suministra el derecho privado tiene su consecuencia fiscal. Los sistemas tributarios con los que convivimos gravan a través de impuestos prácticamente todos los negocios jurídicos que hacemos.

Asumiendo esta situación, si nos encontramos en un sistema social que debe ayudar a determinadas personas que están en situación de inferioridad respecto de otras (a fin de que todas sean, en lo posible, iguales), debemos

deducir que los negocios jurídicos de los que se sirven aquellas para intentar su igualación deben ser primados desde el punto de vista de su coste. Y en el coste el importe principal es el fiscal. Esta idea es aplicable a todos los actos, no solamente a los de carácter sucesorio. Pero, con el actual sistema tributario, las adquisiciones mortis causa (las herencias, dicho en término vulgar) son los actos que soportan un gravamen mayor.

(ALBACETE, V-2007) 14. Dentro de la materia sucesoria, son imprescindibles mayores beneficios fiscales para las transmisiones “inter vivos” o “mortis causa” que beneficien a una persona con discapacidad, especialmente es necesaria una mayor flexibilidad (o, mejor aún, supresión) en la regulación de las legítimas así como la reforma del derecho sucesorio para adaptarlo a las nuevas necesidades sociales, en especial en lo que afecta a las personas con discapacidad.

La conclusión anterior así lo recogía (con las ya conocidas solicitudes de modificación del sistema de legítimas y sucesorio en general) El tema de la discapacidad es, además, especialmente sensible al derecho de sucesiones. Ya se ha indicado que la única posibilidad de adquisición de un patrimonio es la herencia (a efectos fiscales, las donaciones siguen el mismo o peor tratamiento); el discapaz difícilmente accederá a un puesto de trabajo que le permita mantenerse y, además, ahorrar un capital para asegurar su futuro.

Esta situación se superpone al hecho de que, no accediendo por lo general a empleos bien remunerados (o simplemente no accediendo a ninguno), sumado a la necesidad de mayores medios económicos para la vida ordinaria, hace falta un patrimonio generado por otros (los padres, generalmente) para cubrir estos gastos. Y la vía por la que este patrimonio de otros accederá al discapaz es muy frecuentemente la herencia. Si esta vía está gravada con impuestos altos, estamos en lo contrario que estamos defendiendo hasta ahora, y defiende también la Constitución.

De ahí la petición de tener en cuenta la situación de discapacidad para aplicar beneficios fiscales en general (en la vía marcada por la ley 41/2003) y para las adquisiciones por causa de muerte en particular.

II LAS LEGÍTIMAS

En el sistema del Código Civil, la legítima es *la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos (art. 806)*, designados por motivos de parentesco. Hay una parte de los bienes de la herencia que tienen que ser entregados a los hermanos de la persona con discapacidad (examinamos el caso más habitual, varios hijos con uno de ellos con discapacidad)

En las legislaciones forales se contemplan algunas variaciones. En algunas se puede sustituir por un valor, con lo que se puede pagar con bienes extrahereditarios, pero los problemas con relación al mundo de la discapacidad se mantienen. El discapacitado normalmente tiene dificultades para, por sus propios medios, ingresar bienes con que abonar la legítima de los hermanos.

Otras variaciones solucionan bastante el problema. Son las llamadas legítimas formales. Los legitimarios (los hijos en este caso) han de ser tenidos en cuenta, o nombrados o apartados en la sucesión, pero no tienen ningún derecho material, pueden ser excluidos de la herencia. En algunas, siempre que se dejen los bienes a algún descendiente (Aragón y Vizcaya); en otros, sin esta necesidad (Navarra y la Tierra de Ayala)

La discusión, referente al derecho de sucesiones en general y en relación con el mundo de la discapacidad en particular, se ha centrado en la regulación del Código Civil. Hay bastantes autores que se cuestionan el sistema de legítimas en general, entendiendo que las circunstancias sociales que lo justificaban (basadas en una familia extensa y en la contribución múltiple a la generación del patrimonio familiar) han desaparecido, quedando sólo un obstáculo a la libertad de testar. En este sentido:

(Granada, X-2003) Novena: Es imprescindible realizar un estudio profundo sobre:
... -la supresión en general de las legítimas.

(Las Palmas, IV-2005) Debemos plantear un debate nacional sobre el sistema de protección de las legítimas: si queremos mantenerlas o no; si, caso de mantenerlas, deben continuar como están o hay que modificarlas.

(Madrid, II-2006) 2.- Es necesario enfrentar una reforma legislativa que atienda a las necesidades sucesorias de las personas con discapacidad:

.... c) Se reitera la crítica al encorsetado sistema de legítimas actual: hacia una mayor libertad de testar.

Una segunda vía, que apunta ya la última de las conclusiones anteriores, se centraba en el problema de la discapacidad. Ya hemos comentado las dificultades del discapacitado para generar por sí mismo un patrimonio que le permita mantenerse en condiciones adecuadas. Dejemos de un lado la existencia de pensiones no contributivas, que por su importe no son suficientes. Por lo tanto, es bastante habitual el deseo por parte de los padres (u otros ascendientes) de dotar al discapacitado de bienes para ello. Teniendo hijos con discapacidad y otros sin ella, el destino preferido del patrimonio es la atención de los primeros. Las posibilidades de atribución se ven dificultadas por la obligación de asignar a los últimos una parte de los bienes de la herencia. En el supuesto bastante habitual de patrimonio familiar concentrado en una vivienda (de la que necesitará el discapacitado para tener un hogar o, con su venta, financiarse su futura asistencia), la obligación de atribuir un porcentaje, aunque sea pequeño, a los hermanos, dificulta esta posible venta. En consecuencia, la propuesta va dirigida a suprimir los límites legitimarios en caso de discapacitados.

En la siguiente podemos examinar la supresión de la legítima y su formalización mediante la utilización del fideicomiso de residuo, regulada por la Ley 41/2003. Además, hay propuestas más ambiciosas en su extensión:

(Sevilla, XII-2002) En el ámbito del derecho de sucesiones se apoya la supresión de la legítima en los supuestos en los que exista un familiar discapacitado, así como la posibilidad de testamentos mancomunados.

(Tenerife VI-2005) 2.- La valoración de la ley 41/2003 es positiva, dado que es beneficiosa para la persona con discapacidad. Pese a no haber alterado el sistema general del derecho sucesorio español, lo que no constituía su objeto, su situación se ha mejorado respecto a la normativa anterior a la ley.

Es especialmente notable la alteración que realiza la ley 41/2003 del sistema de legítimas en relación con la necesidad más habitual de las familias medias actuales, cual es la disposición para después de su fallecimiento de la vivienda familiar. A ello ayudan la regulación de la sustitución fideicomisaria, el derecho de habitación y la delegación de la facultad de mejorar.

En cuanto a las legislaciones forales que comentábamos, debemos fijarnos en aquellas que permiten una mejora (entiéndase como el hecho de desigualar, dejar más a unos hijos que a otros) mayor que la del Código Civil, llegando a no tener que dejar nada material a algunos de estos hijos. Estas legislaciones se han desarrollado en la zona Norte de España, zonas montañosas que permiten un determinado tipo de explotación agrícola (prácticamente las únicas explotaciones existentes hasta el siglo XIX) que no admite división (si se divide, cada porción resultante no da para mantener a una familia) Si hay que repartirla entre varios hijos, la explotación (que además constituye el alojamiento familiar) desaparece. Por ello se mantiene la posibilidad de atribuirlo a uno de ellos, a quien se puede imponer la carga de medidas de aportaciones al resto de la familia. Por eso este sistema de legítima se completa con la posibilidad de testamentos mancomunados (los dos padres hacen el testamento conjuntamente, con disposiciones vinculadas) y pactos sucesorios (contratos entre los cónyuges y con el sucesor, prohibidos en el Código Civil) En este sentido el mantenimiento del caserío en Vizcaya, la libertad de testar de la Tierra de Ayala, las amplias facultades de la compilación de Navarra, el derecho foral de Aragón (originario de la zona montañosa del Norte, que con su Compilación se extendió al resto de la región)

Aplicada a la situación de la discapacidad, nos encontramos con un mismo punto de partida: la conveniencia de no dividir el patrimonio familiar para poder destinarlo al mantenimiento del discapacitado. De modo que las soluciones forales que tienden a mantener la indivisión, eliminando su obstáculo, la legítima, son igualmente útiles. De ahí que , en caso de descendientes discapacitados, se haya propuesto su eliminación.

III LA FIDUCIA SUCESORIA

(Tenerife VI-2005) 1.-La Ley 41/2003, además del Patrimonio Protegido de las Personas con Discapacidad, trata todos los aspectos patrimoniales de estas personas.

Dentro de este ámbito patrimonial, destaca la regulación de la delegación de la facultad de mejorar sucesoria del art. 831 del Código Civil; del derecho de habitación y del contrato de alimentos.

Aunque en parte se trate de instituciones ya contempladas antes por nuestro Ordenamiento Jurídico, su regulación concreta facilita su uso.

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 5. Existe una demanda general para ampliar la libertad de testar, que supere los límites de las legítimas.

6. La Ley 41/2003 ha reformado ampliamente, entre otros, el artículo 831 Cc, y ha establecido un instrumento de gran utilidad (sobre todo para padres jóvenes de hijos con discapacidad), que requiere una mayor divulgación.

(Madrid, II-2006) 2.- Es necesario enfrentar una reforma legislativa que atienda a las necesidades sucesorias de las personas con discapacidad:

... d) Valoración positiva del Art. 831, del derecho de habitación del Art. 822 y el vitalicio: solucionan problemas actuales de la dependencia y a la sucesión en el patrimonio sin perjuicio de que sea necesaria una reforma legislativa en la materia fiscal.

Veíamos que estas peticiones iban acompañadas de otras referentes a testamentos mancomunados y pactos sucesorios. Hay una última modificación en el Código Civil que también ha recibido críticas muy favorables. La Ley 41/2003 da una nueva redacción al artículo 831 del Código Civil, que regula la denominada fiducia sucesoria o delegación de la facultad de mejorar.² No

² Artículo 831: 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior (La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro), podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de éstos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

haremos un análisis exhaustivo de la disposición, que no es nueva. La reforma del Código Civil de 1981 la incluía, con una redacción bastante más escueta. Ahora se revitaliza la norma, solucionando los problemas de interpretación que se habían planteado y orientándola hacia las situaciones de discapacidad, que constituirán su ámbito ordinario de aplicación. Sin embargo, este artículo no exige la existencia de discapacitados, sólo la de descendencia común. Por lo tanto será útil en relación con cualquier situación digna de especial protección, incluso la del propio cónyuge administrador, por los motivos que el disponente considere oportuno: discapacidades leves o moderadas, situaciones económicas adversas, etc.

¿Cuál es su papel en relación con la discapacidad?. Hemos visto que la futura atención a un discapacitado requerirá la posibilidad de aplicar todo, o la mayor parte disponible, del patrimonio familiar, a aquella finalidad. En un momento determinado habrán de decidirse las condiciones e importe de la mejora, que podrá ser directamente atribuida al descendiente con discapacidad o a favor de quien en el futuro va a encargarse de él. Este momento puede tener lugar en vida de los dos progenitores o faltando uno de ellos; además, una vez hecho, puede convenir su cambio o revocación. Para estos casos surge la fiducia sucesoria; el cónyuge sobreviviente podrá determinar los porcentajes a atribuir, no sólo de su patrimonio, sino del correspondiente al fallecido. Además, se incluye la posibilidad de vincular los dos, de modo que la legítima de uno de ellos (el fallecido en primer lugar) pueda abonarse con bienes de éste o del viudo. Esta es una importante novedad de la redacción de 2003, pues

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí.

permite de forma real al supérstite escoger, entre todo el patrimonio familiar, con qué bienes se abona la legítima. Recordemos que en el sistema del Código Civil habían de entregarse en bienes de la herencia, lo que suponía una previa liquidación de la comunidad conyugal y que éste no podía utilizar bienes propios para ello.

IV EL DERECHO DE HABITACIÓN

Además de los textos que a continuación se verán, el derecho de habitación en materia sucesoria se introduce por la Ley 41/2003 al modificar el artículo 822 del Código Civil³. A lo largo de las conclusiones ha sido objeto de menciones para saludar su creación y recalcar su utilidad en el ámbito de la discapacidad, por cuanto contribuye a dotar de una vivienda a la persona con discapacidad.

Analizando esta norma, vemos que regula dos supuestos de constitución: por disposición expresa del titular, bien por donación o por legado, y por disposición legal, si bien en este caso puede excluirse por el progenitor. En ambos casos requiere que el beneficiario tenga el concepto de discapacitado conforme a esta ley (>33 % de discapacidad intelectual o >65% de discapacidad física); a diferencia de otras normas de derecho de sucesiones, no precisa incapacitación judicial. Vemos que para atribuirlo demanda también que se trate de la vivienda habitual; en el caso de atribución por ley es más estricto, y se aplica si aquel lo necesita. En ambos casos se requiere la convivencia entre el causante y el beneficiario.

Para el primer caso (atribución expresa), regula que no se computará en las legítimas, ni para su cálculo ni para su pago; en el segundo, “en las mismas

³ Artículo 822.

La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación.

condiciones”, o sea, sin computarlo en las legítimas, es la ley quien lo atribuye, tanto si hay testamento que nada decida como en la sucesión intestada. En ambos nos encontramos con la finalidad de mantener al discapaz en su residencia, cualquiera que sea el destino previsto para ella. También para ambos casos se exige una relación disponente-legitimario, lo que nos podrá dar la combinación de ascendientes-descendientes directos (sin otro intermedio, es decir, abuelo-nieto faltando el padre), cónyuges (u otras relaciones de pareja a las que la legislación puede llegar a reconocer esta legítima) y descendiente-ascendiente.

Hay alguna conclusión específica:

(MADRID, VI-2005, FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD) 12. Resulta de gran trascendencia práctica el reconocimiento de un derecho de habitación por ministerio de la ley, introducido por la Ley 41/2003.

Como principales problemas del derecho de habitación, se encuentran, en primer lugar, la exigencia de convivencia de la persona con discapacidad en el domicilio sobre el que se constituye dicho derecho, lo que dificulta la vida autónoma e independiente de aquel, y en segundo lugar, el carácter intransmisible del derecho, que no tiene en cuenta futuras necesidades del beneficiario para adaptar este derecho a medios más adecuados.

Que se refiere a dos problemas prácticos:

El primero, no jurídico sino práctico. Incide en las circunstancias que se desean para el discapacitado; que en lo posible no sea dependiente, el fomento de la vida autónoma. Al exigir el requisito de la convivencia con el titular, quedan excluidos de su ámbito de aplicación aquellos casos en que el discapacitado, con los controles y apoyos que sea, vive de forma independiente a sus padres, en vivienda propiedad de éstos. Resulta contrario a la tendencia a favorecer la autonomía de los discapacitados.

El segundo, el carácter intransmisible. Cuando una persona con discapacidad transmite su vivienda (de forma personal o a través de sus representantes) es, normalmente, porque necesita cambiar de forma de vida, y el supuesto más habitual es el ingreso en una residencia (este supuesto será bastante probable en el caso de habitacionista-ascendiente del originario titular, los padres que viven en una vivienda que fue del hijo) En estos casos la

finalidad de la transmisión suele ser financiar la nueva residencia, pero el titular del derecho no puede convertirlo en una ayuda para obtener los fondos que necesitará para este cambio (que normalmente le vendrá impuesto por las circunstancias)

Otro problema se plantea cuando se trate de cambio de vivienda dentro de las que puedan componer una misma herencia. Al ser intransmisible, al abandonarse la primera, que era la residencia común, se extingue; no se puede sustituir una por otra sino por voluntad de los demás herederos, y con el coste fiscal correspondiente.

V LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR

En Derecho de Sucesiones, la sustitución es una figura jurídica en virtud de la cual se llama a una herencia o conjunto de bienes a dos personas. A su vez incluye dos variantes: en la primera, la más habitual en la práctica, se establece un orden excluyente, “instituyo heredero a mi hijo, y en su defecto a mis nietos”; sólo llega a heredar una de éstas personas, y precisamente por el orden que ha fijado el testador. La segunda variante hace un llamamiento sucesivo, heredará el primer llamado, y después el segundo.

Este segundo tipo de sustitución, con carácter sucesivo, tiene tres manifestaciones en nuestro derecho común. La primera, respecto de bienes de hijos menores de 14 años que no lleguen a esta edad (sustitución pupilar); la segunda, respecto de personas incapacitadas (sustitución ejemplar), y la tercera, respecto de otros supuestos (sustitución fideicomisaria) La regulación es distinta para las dos primeras y para la tercera. En materia de discapacidad, nos interesa la sustitución ejemplar.⁴

Es antigua la discusión doctrinal acerca del ámbito de aplicación de esta figura: si se aplica a todos los bienes del incapaz o sólo a aquéllos bienes que

⁴ Regulada en el artículo 776 del Código Civil: *El ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental.*

La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón.

La terminología es bastante antigua, de modo que puede chocar al que por primera vez tenga contacto con textos legales de este tipo.

procedan del que la establece. La discrepancia se apoya en una escasa y ambigua posición de la Jurisprudencia, poco abundante en esta materia.

Los argumentos básicos son, en el primer caso, tesis amplia, que se trata de un testamento hecho por otro, el incapaz; estamos ante una excepción regulada legalmente al 670⁵ del Código Civil, que establece el carácter personalísimo del testamento y no permite hacer testamento por otro. En el segundo caso se defiende que debe primar el principio general del artículo 670, todas las excepciones deben interpretarse restrictivamente y en este caso la interpretación restrictiva consiste en que sólo se puede regular lo que uno mismo le deja al incapacitado.

No es este el lugar de profundizar en los argumentos de una y otra postura. Los autores se inclinan por la tesis más amplia; la Jurisprudencia del Tribunal Supremo defiende también mayoritariamente esta interpretación⁶.

Discusiones doctrinales aparte, ¿qué tiene que regular en esta materia el derecho de la discapacidad? Recordemos la fase actual de su evolución, que considera que quien mejor puede organizar la asistencia personal y jurídica que requiere una situación de discapacidad es el propio interesado (mientras conserva su capacidad), y en segundo lugar las personas más cercanas al mismo, sus padres o ascendientes, los que normalmente le atienden mientras pueden y luego organizan su futuro sistema de vida, en el que hay que incluir su situación patrimonial. Los padres, aparte de su buena voluntad, disponen de otro medio para organizar la futura atención del discapaz: su patrimonio. Por ello se han desarrollado figuras jurídicas de relevancia patrimonial; no basta con poder designar un tutor, es de justicia poder recompensarle mejorándole en el destino final del patrimonio familiar, incluyéndose el del propio del incapacitado si se considera preciso.

⁵ Código Civil. Artículo 670. *El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario.*

Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente.

⁶ Las sentencias de 6 de febrero de 1907, 10 de diciembre de 1020, 10 de junio de 1941, 20 de mayo de 1972, y, con mayor rotundidad, la de 26 de mayo de 1997, declaran que en esta figura se testa por otro. En el otro lado, lo rechaza la sentencia de 20 de marzo de 1967.

Esto incluye una defensa de la tesis más amplia en tema de sustitución ejemplar; los padres regulan la sucesión de todos los bienes del sustituido, del incapaz (con excepción de aquellos que tienen un destino fijado, sus legítimas, que tendrán poca aplicación en este caso porque ellos mismos serán, si viven, los legitimarios) Esta interpretación es, además, acorde con la regulación de la materia que surge de la Ley 41/2003 y las actuales tendencias en este derecho. La normativa más reciente potencia la autonomía de la voluntad, en primer lugar del discapacitado, en segundo de sus padres, a la hora de regular su futuro, su asistencia, su patrimonio. No se puede defender la misma interpretación en 1967 que en 2005, habiendo nacido normas en el intervalo (la de reforma de la tutela en 1983, la citada ley 41/2003, la propia Constitución en 1978) que cambian por completo las posibilidades de decisión de los padres sobre la situación patrimonial de los hijos discapacitados. Los padres pueden organizar la situación patrimonial de la tutela, la administración de los bienes de un patrimonio protegido, la administración y cuantía de los derechos hereditarios de otro (art. 831), etc. El artículo 776, sin necesidad de modificaciones, debe interpretarse en la forma más amplia en cuanto a las facultades de los padres.

En este estado de cosas se trató en alguna de las jornadas:

(Granada, X-2003) Novena: Es imprescindible realizar un estudio profundo sobre:

... -la sustitución ejemplar, como institución que abarque la totalidad del patrimonio de la persona discapacitada.

No obstante, apareció un obstáculo importante para esta tesis. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de fecha 6 de febrero de 2003, defendió la tesis restrictiva conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 1967. Con independencia del análisis jurídico que merezca (ha sido recibido con comentarios jurídicos bastante contrarios, especialmente en cuanto a su argumentación y a apartarse de la sentencia más reciente, de 1997, que además sigue la jurisprudencia mayoritaria), se consideró en las jornadas una solicitud de cambio de criterio. Una resolución de la D.G.R.N. no puede alegarse jurídicamente como preferente a una sentencia del Tribunal Supremo, pero paralizará bastantes inscripciones en los Registros de la Propiedad, que dependen de esta Dirección General. De ahí las peticiones expresas que a continuación transcribimos.

La primera, solicitando una interpretación de la norma acorde con la extensión amplia de la figura:

(Huelva, III-2005) 5.- En materia de sustitución pupilar y ejemplar, que tras sentencia del Tribunal Supremo de 1997 se configuran como una disposición testamentaria hecha en nombre de otro y que incluye todo su patrimonio, solución positiva para protección de las personas con discapacidad. Sin embargo, la Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió en 2003 en un criterio contrario, es decir, que incluye sólo los bienes recibidos por sucesión y del sustituyente. Esta interpretación, que es perjudicial para las personas con discapacidad, debe ser superada retornando al criterio inicialmente expuesto.

La segundo llegando a solicitar la modificación del artículo en cuestión, como medio más contundente de zanjar la cuestión:

(Madrid, II-2006) 2.- Es necesario enfrentar una reforma legislativa que atienda a las necesidades sucesorias de las personas con discapacidad:

... b) Es necesaria la reforma del Art. 776 del Código Civil para dejar claro que la esencia de la sustitución ejemplar es la de ser una previsión testamentaria de los padres de los hijos discapacitados.

VI LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA

A lo largo de las conclusiones referentes al Derecho de Sucesiones se han podido apreciar referencias al fideicomiso legitimario, la sustitución fideicomisaria, en la modificación realizada por la Ley 41/2003. Recordemos que consiste en aquella figura en la que se designan dos (o más) personas, que heredarán con carácter sucesivo, unos después de otros. Aparte de los comentarios favorables que ha merecido, tan sólo dos reclaman un mayor desarrollo de su regulación:

(Madrid, II-2006) 2.- Es necesario enfrentar una reforma legislativa que atienda a las necesidades sucesorias de las personas con discapacidad:

a) En cuanto a la figura del fideicomisario legitimario, creada por la Ley 41/2003, es necesario un estudio sobre la extensión de su contenido material y ello, previo a una reforma legislativa o desarrollo reglamentario de la Ley.

(Valladolid, X-2006)4. A este respecto, destacamos las mejoras que, en el ámbito sucesorio, se introducen por la ley 41/2003, como el artículo 831, el legado de habitación, el fideicomiso legitimario a favor de la persona con discapacidad... aunque se hace necesario una reforma profunda del derecho sucesorio para adecuarlo a las nuevas necesidades sociales, en especial en lo que afecta a las personas con discapacidad.

La sustitución fideicomisaria es una de aquéllas que se comentaban en el apartado anterior, que contienen un llamamiento a una persona en primer lugar (fiduciario) y a otra después (fideicomisario) En su regulación (arts. 781 y siguientes del Código Civil) se establecen una serie de límites en los que no entraremos, y uno en concreto que es el que aquí nos interesa: la sustitución fideicomisaria no podrá gravar la legítima. Hasta aquí, o mejor dicho, hasta la Ley 41/2003, esto era una aplicación más de la norma que considera nulas las cargas o gravámenes sobre esta parte de la herencia (artículo 813 del mismo cuerpo legal) La ley citada prescinde, por primera vez en nuestro derecho civil, de la legítima en los casos de discapacidad, si bien con un carácter limitado. La modificación, desde el punto de vista económico-práctico, será de una aplicación bastante reducida; desde el punto de vista teórico, es uno de los logros principales de la Ley 41/2003.

En la regulación se modifican tres artículos⁷, con similar contenido. Prevé la existencia de varios descendientes, uno al menos de los cuales está

⁷ Ley 41/2003. Artículo 10. Modificación del Código Civil en materia de régimen sucesorio. Dos. Se modifica el artículo 782 del Código Civil que queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 782.

Las sustituciones fideicomisarias nunca podrán gravar la legítima, salvo que graven la legítima estricta en beneficio de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos establecidos en el artículo 808. Si recayeren sobre el tercio destinado a la mejora, sólo podrán hacerse en favor de los descendientes».

Tres. Se añade un tercer párrafo al artículo 808 del Código Civil con la siguiente redacción, pasando a ser cuarto el actual párrafo tercero:

«Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos».

Cuatro. Se modifica el artículo 813 del Código Civil, quedando redactado su segundo párrafo del siguiente modo:

incapacitado (aquí si que se exige incapacitación judicial, no basta la discapacidad) Permite atribuir todo el patrimonio a éste, y que luego pase a sus coherederos, aunque se invadan los bienes que eran, hasta ahora, intocables por formar parte de la legítima.

En la primera de las conclusiones transcritas se solicita una regulación más detallada en cuanto a su extensión material. Hace referencia a que, según su contenido, no hay una sino varias sustituciones fideicomisarias: una regulada en el Código Civil, en que deben entregarse todos los bienes a los fideicomisarios, salvo gastos⁸. Es decir, que no puede vender. Otra en que se le autoriza a vender (llamada fideicomiso de residuo) Y una última en que puede cambiar el destino de estos bienes (sustitución preventiva de residuo) Estas dos se apoyan tan solo en los términos “*salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa*” del citado artículo 783. Como en ningún caso podía gravar la legítima, no había grandes diferencias en su trato y límites. Pero ahora se permite ese gravamen. ¿Sólo para la sustitución propiamente dicha, es decir, sin que el fiduciario (el incapacitado) pueda vender a través de sus representantes legales? ¿O también a aquéllas que, no teniendo una regulación detallada, son figuras admitidas en nuestro Derecho? De ahí la solicitud de un estudio y desarrollo de su contenido material. Porque, no olvidemos, el asignar un capital a un incapaz para que se mantenga, normalmente incluye la posibilidad o necesidad de gastárselo o venderlo.

La segunda de las conclusiones se apoya en el interés teórico de esta ley, el gravamen de la legítima, y solicita una revisión de nuestro Derecho Sucesorio en los supuestos de discapacidad. Enlaza con las consideraciones que ya hemos visto sobre el sistema de legítimas de nuestro cuerpo legal.

Vitoria, diciembre de 2007

«Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

⁸ Artículo 783:El fiduciario estará obligado a entregar la herencia al fideicomisario, sin otras deducciones que las correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo el caso en que el testador haya dispuesto otra cosa.

INDICE

Capítulo primero. Sobre el objeto de este libro.	7
I.- El nuevo derecho de la discapacidad.....	9
II.- Seis años de Jornadas Æquitas.....	14
Capítulo segundo. Las personas con discapacidad.	
I.- Derechos de las personas con discapacidad	19
I.A.- Derechos fundamentales.....	19
I.B.- Status propio	22
I.C.- Medidas para lograrlo.....	24
I.D.- Referencia a algunos derechos fundamentales .	
I.D.1.- Información	28
I.D.2.- Vida autónoma.....	29
I.D.3.- Educación	30
I.D.4.- Tutela judicial.....	32
II.- Capacidad / discapacidad	33
II.A.- Supuestos de discapacidad.....	33
II.B.- Relimitación de la discapacidad	34
II.C.- Enfoque positivo de la discapacidad	36
II.D.- Medidas a adoptar.....	39
II.D.1.- Protocolos de actuación	39
II.D.2.- Coordinación.....	40
II.D.3.- Política empresarial	42
Capítulo tercero. La incapacitación jurídica.	43
I.- Fase inicial del proceso de incapacitación	46
I.A.- Con carácter previo al procedimiento.....	46
I.B.- Expediente único	50
II.- Durante el procedimiento	52
II.A.- Especialización.....	52
II.A.1.- Los abogados	
II.A.2.- La Administración	
II.A.3.- Los fiscales	
II.A.4.- Los juzgados	
II.A.5.- Todos los agentes	

II.B.- Unificación de criterios	60
II.C.- Medios materiales	61
II.D.- Coordinación	62
II.E.- Equipos multidisciplinares	64
III.- La resolución del procedimiento	66
III.A.- Análisis de las causas de incapacitación	66
III.B.- Graduación de las resoluciones	68
III.B.1.- Capacidad suficiente	69
III.B.2.- Causas de la ausencia de graduación	70
III.B.3.- Criterios	71
III.B.4.- Su necesidad	72
III.B.5.- Carácter restrictivo	74
IV.- Crítica del procedimiento	76
IV.A.- Con carácter general	77
IV.B.- Aspectos más específicos	79
IV.C.- Adaptabilidad	80
V.- La jurisdicción voluntaria	81

Capítulo cuarto. Otros campos de la discapacidad

I.- Menores de edad	91
I.A.- Consideraciones generales	91
I.A.1.- Los fines	91
I.A.2.- ¿Cómo?	92
I.B.- El acogimiento	94
I.C.- Medidas procesales	97
II.- Tratamientos ambulatorios forzosos	100
III.- Medidas penales / penitenciarias	110
III.A.- De carácter penal	110
III.B.- De carácter penitenciarios	112
III.C.- Medidas de seguridad	113

Capítulo quinto. La tutela.

I.- Consideraciones generales	115
II.- Hasta el tutor	118
I.A.- Pretutela	118
I.B.- Patria potestad prorrogada	120
III.- La tutela institucional	122
IV.- Responsabilidad de los tutores	125
V.- La retribución de la tutela	128

VI.- Las fundaciones tutelares	129
Capítulo sexto. Previsión de la propia representación	
I.- Autotutela	141
I.A.- Sobre el acto de designación	143
I.B.- Utilización de la autotutela.....	146
II.- Poderes preventivos	149
II.A.- Hasta 2003	149
II.B.- A partir del año 2003	150
Capítulo séptimo. La guarda de hecho	
I.- Su regulación hasta la situación legal actual.....	155
II.- Facultades de representación	158
Capítulo octavo. La publicidad de la asistencia jurídica.	
I.- En los procesos de limitación de la capacidad de obrar. .	165
I.A.- Datos a publicar.....	165
I.B.- Acceso a los datos	171
II.- La publicidad de las limitaciones a la capacidad de obrar	175
II.A.- Contenido	175
II.B.- Acceso	177
Capítulo noveno. Violencia doméstica, violencia de género.	
I.- Delimitación y objetivos	183
II.- Las víctimas	186
III.- Los medios	188
III.A.- Prevención.....	189
III.B.- Coordinación y especialización	190
III.C.- Protección	193
III.C.- Asistencia	194
Capítulo décimo. La dependencia. Ley 39/2006	
I.- Consideraciones generales	199
II.- Los sujetos	204
II.A.- ¿Qué es la dependencia?	204
II.B.- Los dependientes	207

II.C.- Los excluidos.....	211
III.- Los derechos	213
IV.- Los mecanismos	220
IV.A.- El voluntariado	220
IV.B.- Financiación	221
IV.C.- Desarrollo y coordinación	225

Capítulo undécimo. Otras medidas de atención a las personas con discapacidad.

I.- La accesibilidad	229
I.A.- Concepto	229
I.B.- Lenguaje se signos.....	235
II.- Personas con capacidad intelectual límite.	239
II.A.- Delimitación	239
II:B.- Medidas	241
II.B.1.- Detección y definición	242
II.B.2.- Protección / integración	243
II.B.3.- Autonomía.....	244
II.B.4.- Inserción laboral.....	244
III.- Integración en el trabajo	244
III.A.- La inserción laboral	245
III.B.- La responsabilidad social	249
III.C.- La función pública	251

Capítulo duodécimo. Las personas vulnerables en materia de Sanidad.

I.- La autonomía del paciente	253
II.- Las voluntades anticipadas en materia de Sanidad ..	260
II.A.- ¿Qué entendemos por voluntades anticipadas..	260
II.B.- El documento	264
II.C.- El registro de voluntades anticipadas	267
II.C.1.- ¿Quién accede?	270
II.C.2.- ¿Cómo?	272
II.C.3.- Conexión de los registros	272

Capítulo decimotercero. Derecho de obligaciones y contratos. La Ley 41/2003

I.- El derecho de obligaciones en materia de discapacidad ..	275
--	-----

I.A.- La hipoteca inversa	275
I.B.- El seguro de dependencia.....	278
II.- La ley 41/2003	279
II.A.- Antes de su promulgación	279
II.B.- Después de su publicación.....	281
II.B.1.- Su fundamento.....	281
II.B.2.- Visión general	282
II.B.3.- Sujetos a los que se aplica	293
II.B.4.- Sistema sucesorio.....	285
II.B.5.- Desarrollo de la ley	287
II.C.- El contrato de alimentos.....	288

Capítulo decimocuarto. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad

I.- Concepto	295
II.- Elementos personales	298
II.A.- El aportante	298
II.B.- El beneficiario	300
III.- Objeto	304
IV.- Requisitos formales.....	307
IV.A.- Su formalización.....	307
IV.B.- Su publicidad.....	308
V.- Efectos: la utilización del patrimonio	311
V.A.- La administración	311
V.B.- El control	314
VI.- Su extinción	315
VII.- Desarrollo normativo	316
VIII.- Aspectos fiscales	317
VIII.A.- Impuesto sobre la renta de las personas físicas	318
VIII.A.1.- El aportante	318
VIII.A.2.- El beneficiario	321
VIII.B.- I.I.V.T.N.U (plus valía municipal).....	323
VIII.C.- Impuesto sobre el patrimonio.....	323
VIII.D.- Consideraciones generales	324
IX.- Valoraciones	326

Capítulo decimoquinto. Derecho de sucesiones

I.- Consideraciones generales	329
-------------------------------------	-----

II.- Las legítimas	334
III.- La fiducia sucesoria.....	337
IV.- El derecho de habitación.....	340
V.- La sustitución ejemplar	342
VI.- La sustitución fideicomisaria	345