

CRÓNICA DE PREVISTONIA

**A PROPÓSITO DE LOS EFECTOS EN EL CÓDIGO CIVIL DE LA
CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

**Fernando Santos Urbaneja
Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental**

*© Fernando Santos Urbaneja
2009*

fsurbaneja@telefonica.net

Publicado en:

* LexFamily.es – Revista Digital de Derecho de Familia

* Revista “Considerando” (Nº 11) Editada por el Colegio de Abogados de Lucena.

PLANTEAMIENTO

En algunas ocasiones, cuando tengo que explicar cosas demasiado evidentes, acudo a metáforas o alegorías para poner de manifiesto situaciones que, bien por sabidas, bien por estar tan inmersos en ellas, tienden a pasar inadvertidas. En definitiva, es eso de que “los árboles no nos dejan ver el bosque”.

Para tratar el tema de los efectos en el Código Civil de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, he creído oportuno acudir a este recurso y colocar al comienzo lo que he dado en llamar

CRÓNICA DE PREVISTONIA

Previstonia es un país ni grande ni pequeño pero, eso sí, muy rico y desarrollado. Cuenta con una buena sanidad, una amplia red de autovías, trenes de alta velocidad, un tejido industrial muy estimable, etc...

Los previstonios manifiestan ser felices, a su manera, aunque en las últimas décadas se aprecia un notable incremento de trastornos mentales que los expertos aún están clasificando.

El régimen de gobierno es una Monarquía Parlamentaria. En este momento ocupa el trono Previsto VIII, a quien sucederá con toda seguridad, Previsto IX. Existe además una pequeña previstocracia algo decadente, descendiente de los antiguos conquistadores del territorio y una clase media amplia y pujante.

Los previstonios se asentaron en estas tierras a comienzos del Siglo XIX, desplazando a sus originales habitantes, la tribu de los “Yaveremos”. Este pueblo pertenecía a una civilización antigua que se dedicaba al cultivo de la tierra, regida por un Consejo de Ancianos que deliberaba largamente sobre las cuestiones que el día a día iba planteando.

Tardaron muy poco en sucumbir ante el empuje de los previstonios. Muchos murieron o se dejaron morir; y los que sobrevivieron fueron confinados en las montañas, en unas colonias aisladas del mundo, donde no llegaba el tren.

Para los previstonios es crucial el momento de poner nombre a los niños. Tienen la convicción de que el nombre determina el futuro de la persona. Todos los padres quieren tener hijos brillantes, de gran éxito en la vida. Es común que los nombres de los niños y niñas comiencen por “Pro” “Pre” “Pri”, etc.... Así, suelen llamarse “Próculo”, Próspero, Prema (diosa de la bodas), Príapo (el que preside las huertas), Primus (el principal), Prion (el elevado) “Priscila”. “Primiano”, etc..., en definitiva, los padres quieren que sus hijos sean, en el futuro, hombres y mujeres de “pro”. (Previstóforos, Previstólogos, Registróforos, etc...)

No es de extrañar por tanto, que en Previstonia, una Institución de capital importancia sea “El Consejo de los Nombres”. Su composición es muy variopinta, pues al lado de científicos puros se sientan adivinos, videntes y agoreros.

Cuando unos padres quieren poner un nombre nuevo a un niño o a una niña tienen que solicitar y conseguir la autorización del Consejo.

Como ocurre en todas partes, algunos niños y niñas nacen con discapacidad psíquica o llegan a esta situación por circunstancias sobrevenidas.

Para estos casos el Consejo de los Nombres tiene sentado desde antiguo una doctrina muy clara. Si es niña se llamará o pasará a llamarse “María” y si es niño se llamará o pasará a llamarse “José”.

Lo relevante es lo que eso significa:

Hasta no hace muchos años: Su aislamiento y la pérdida completa de derechos, cuya titularidad y ejercicio se encomendaba a un “previsor”, generalmente de la familia.

Así, lo que había que hacer estaba perfectamente previsto. Todas las “Marías” y todos los “José” estaban completamente inhabilitados, daba igual el grado de afectación, sus habilidades particulares, etc....

Las cosas comenzaron a cambiar algo hace unas décadas, cuando esta situación fue cuestionada por un notable Previstóforo (parlamentario) que tenía una hija llamada María. Este prohombre, llamado “Protosixto”, perteneciente a un partido minoritario, tuvo la osadía de someter a consideración del Parlamento que quizás los “José” y las “Marías” pudiesen acometer autónomamente proyectos y llevar las riendas de su vida.

El escándalo fue mayúsculo. Pocas veces en el Parlamento se habían oído palabras tan duras. Desde el grupo mayoritario se acusó a Protosixto de irresponsable (y casi de gamberro), por querer introducir en el sistema una dosis de imprevisión que amenazaría toda la estructura de Previstonia, instalando el desorden, la inconcreción y, en definitiva, la aniquilación y la ruina del país.

Los más viejos le recordaron lo mucho que había prosperado la nación desde los tiempos de los “Yaveremos” y cómo ello se debía a la seguridad de los conceptos y estructuras que esta sociedad se había dado.

La proposición fue abrumadoramente derrotada. El Consejo de los Nombres hizo un pronunciamiento solemne afirmando la necesidad de mantener el nombre de “María” y “José” para las personas discapacitadas, como una cuestión de estricto orden público.

La verdad es que todo no se perdió porque el debate creó algo de mala conciencia y los padres y familiares de las personas discapacitadas siguieron reivindicando sus derechos y procurando su felicidad. En este sentido hubo muchas mejoras: se acabó el confinamiento, muchos volvieron a casa, algunos tuvieron oportunidad de trabajar, de viajar, de practicar deportes.

En la actualidad el disfrute de derechos es amplio pero ha surgido una nueva reivindicación, quizás la última: las personas con discapacidad ¡quieren tener su propio nombre!, quieren poder llamarse “Imprevisto/a”, “Prudencio/a”, “Próculo/a”, etc...

Han conseguido una Declaración Internacional que así lo dispone pero en Previstonia no lo tienen fácil, El Consejo del Nombre ya se ha pronunciado afirmando la vigencia y necesidad de mantener los nombres de “María” y “José” para las personas con discapacidad, aunque dice estar dispuesto a estudiar para el futuro alguna fórmula más flexible, que permita a estas personas el ejercicio autónomo de algunos derechos, previa evaluación individual y concreta.

Así están las cosas en “Previstonia”. En medio de este debate, unos pocos se han acordado de las crónicas de la vida y de las leyendas de los “Yaveremos” con un sentimiento mezcla de añoranza y envidia. Es curioso, pero la tribu está viviendo un importante despegue económico. En las colonias han construido decenas de casas rurales porque los psiquiatras recetan cada vez más “pasar un mes con los Yaveremos” y ya llega el tren.

Una cosa más, hace un mes a una niña le pusieron el nombre de “Laura”.

EL CONFLICTO “JUSTICIA” – “SEGURIDAD JURÍDICA”

Nuestro Código Civil que, como sabemos data de 1889, hizo una clara opción por “La Seguridad Jurídica” cuya más cruda manifestación aparece proclamada al comienzo del texto (Art. 6-1)

“La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”

Cuando se promulgó el Código Civil lo común entre la población era no saber leer; lo común era “ignorar” pero se decidió que eso a la ley no le iba a importar. Se podía exigir y, en su caso, sancionar aunque no se hubiese tenido (ni se hubiese podido tener) conocimiento de la obligación.

¿Dónde queda entonces la Justicia?

Los pocos que conocían las leyes tenían una posición muy ventajosa y el Derecho, quizás sin pretenderlo, daba lugar y avalaba, situaciones de dominación. Todo se sacrificaba en el altar de un nuevo ídolo, “el desarrollo económico”.

No puede decirse que los discapacitados vieran por ello agravada su situación pues su situación era ya muy precaria, pero “jurídicamente” se los declaró “inhábiles”:

¿Por qué?

Lo dice sin tapujos Adam Smith

“Repugna a la conciencia social predominante todo obstáculo a la circulación de bienes, considerando que la libre concurrencia de oferta y demanda, junto con la incentivación del egoísmo individual, conducirán a la prosperidad de las naciones y, por extensión, de los individuos”

Las personas con discapacidad podían tener patrimonio pero no disponer validamente de él, lo cual “obstaculizaba la circulación de bienes” con grave perjuicio para “la prosperidad de las naciones”.

Así, sin distinguir las voces de los ecos, se instauró un principio de “inhabilidad absoluta” y correlativa atribución de la representación plena al tutor, tras un simple procedimiento judicial.

El que quiera ilustrarse mejor al respecto que lea la obra de Rodrigo Bercovith “La marginación de los locos y el Derecho”. Está escrita en 1974, no hace un siglo.

Lo cierto es que desde que a mediados del Siglo pasado empezara en Escandinavia el movimiento familiar de reivindicación de la dignidad de las personas con discapacidad, en nuestro Ordenamiento Jurídico existe una muralla que permanece y dificulta sobremanera la culminación del proceso de normalización de este colectivo. Se trata de su estatuto jurídico en relación con la capacidad para tomar decisiones por sí mismos.

La verdad es que desde la promulgación de la Constitución y de la legislación que la desarrolla en materia de Discapacidad, casi todos los ámbitos han reaccionado en la línea esperada. El ámbito educativo, laboral, sociosanitario, medios de comunicación, etc..., sin embargo al margen de todo este movimiento renovador existe un ámbito que “resiste”, es el ámbito del Derecho Civil y, sobre todo, la práctica judicial.

Desde el Derecho Romano hemos sustentado el Derecho Civil sobre la distinción de “capacidad jurídica” (tener derechos) y “capacidad de obrar” (poder disponer de ellos). Proclamada para todos la “capacidad jurídica”, nos hemos acostumbrado a hacer dos grupos respecto de la “capacidad de obrar”.

De un lado de la línea, los que la tienen
De otro, los que no la tienen.

Así todos sabemos a que atenernos.

Hasta ahora se ha impuesto el criterio “seguridad” pero, en el contexto de un Estado Social, en plena promoción de los derechos de las personas con discapacidad, era seguro que esta situación tendría que ser revisada.

No es posible seguir manteniendo que todas las personas con discapacidad, tengan que llamarse “jurídicamente” María o José y, sobre todo, no es posible seguir manteniendo que ello signifique la pérdida completa de la “capacidad de obrar”, condenando a la inhabilidad plena a miles de personas.

Esto constituye un escándalo porque no responde a la realidad. No es cierto que estas personas sean inhábiles. No es cierto que carezcan de toda capacidad. A veces sus capacidades son “diferentes” o como decía aquella lúcida joven en un Congreso Internacional de las Asociaciones del Síndrome de Down.

“No somos incapaces, sólo somos un poco más lentos”

El problema que venimos arrastrando desde hace décadas es el de delimitar la zona de capacidad

La Convención de la ONU hace un planteamiento ¡tan revolucionario! que da vértigo.

¡Terminar con la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar!

Trasladar esto al Código Civil significaría tocar sus cimientos, su estructura esencial y podría introducir en el sistema unas dosis de “inseguridad” no asumibles.

Se plantea así de nuevo, el **conflicto entre “seguridad jurídica” y “justicia”**.

¿Se podría encontrar un puente entre estos dos valores? ¿Un equilibrio entre ambas tensiones?

Pienso que sí. Todo depende de cómo se articule la declaración (procedimiento de incapacitación) y la publicidad (registro) de las situaciones de falta de capacidad para decidir.

Aquí es donde entroncan las dos teorías¹ que desde hace años llevo proponiendo para poder conciliar ambos intereses:

De un lado: La teoría de la causa y motivo de la incapacitación.

De otro: La teoría de la doble vía.

Mi propuesta es que se contemple a la persona con discapacidad (causa) como necesitada, en un momento dado, de una asistencia o apoyo (motivo) y, como regla general, no se acuda a procedimientos de incapacitación de amplio objeto, sino a procedimientos limitados a examinar la necesidad concreta y a buscar el auxilio mas adecuado, reservando el procedimiento de incapacitación de amplio objeto para supuestos excepcionales y complejos

La sentencia judicial y su publicidad a través de los correspondientes Registros (Civil, Mercantil, De la Propiedad, etc...) permitiría dotar de seguridad suficiente al tráfico mercantil, sin tener que arrasar la capacidad de obrar de las personas con discapacidad.

En este sentido puede calificarse de "acontecimiento extraordinario" la promulgación de la Ley 1/2009 de 25 de Marzo de reforma de la Ley de 8 de Junio de 1957 sobre el Registro Civil (B.O.E. de 26 de Marzo de 2009), en la medida en que establece la obligación de inscribir en el Registro Civil Central los distintos hechos, situaciones y resoluciones judiciales o actuaciones notariales que pueden afectar a la Persona con Discapacidad.

Así, el artículo primero de esta Ley dispone que el Art. 18 de la Ley sobre el Registro Civil quedará redactado de la forma siguiente:

“Asimismo se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales, bajo la denominación de "Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos".»

¹ “Causa y motivo de la incapacitación civil: Una reflexión sobre el artículo 200 del Código Civil” – Jornadas Fundación Aequitas sobre “Revisión de los Procedimientos relativos a la Incapacidad” – Madrid 8 y 9 de Marzo de 2004 – Editorial La Llave – Pgs. 25 a 40.

“Realidad actual de los Procedimientos de Incapacitación: Alternativas a su regulación, hacia una protección efectiva” – Jornadas de la Fundación Aequitas en colaboración con el Centro de Estudios Jurídicos – Madrid 9 y 10 de Marzo de 2009

“Documento Sitges 2009 – Capacidad para tomar decisiones durante la evolución de una demencia: reflexiones, derechos y propuestas de evaluación. Pags. 19...ss.

La citada Ley contiene un conjunto de previsiones cuyo denominador común es facilitar la publicidad y, por ende, el conocimiento del estatuto jurídico de la Persona con Discapacidad. A tal fin pretende lograr una comunicación fluida entre las distintas Instituciones y profesionales competentes para que la información llegue a la mayor brevedad al Registro Civil Central

Así, la Disposición Final Quinta, bajo la rúbrica “Coordinación de información sobre incapacitaciones y patrimonios protegidos” establece:

“El Ministerio de Justicia determinará en el plazo máximo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley el procedimiento y fases en que se deberá llevar a cabo el intercambio y coordinación de la información relativa a resoluciones judiciales de modificación de la capacidad y constitución de patrimonios protegidos y designación de sus representantes legales entre el Registro Civil Central y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, así como la forma y plazos en que se procederá a intercambiar la información citada entre los citados organismos y el Consejo General del Notariado”.

Si esta reforma legal llegara a conseguir los resultados pretendidos, se habría dado un paso de gigante en lo tocante al criterio “seguridad” lo cual debería permitir, en la misma medida, avanzar en el criterio “justicia”, es decir, no restringir respecto de la Persona con Discapacidad, más derechos que los estrictamente necesarios, por el tiempo estrictamente necesario.

Sin duda existen muchos intereses en juego y muchos conflictos colaterales. No solo es la economía, están las relaciones familiares, etc....

Existía mucha expectación ante el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo al respecto. Lo ha hecho en Sentencia de 29 de Abril de 2009 y, en buena medida, ha sido decepcionante.

Los incapacitados se seguirán llamando de momento “Marías” y Josés” aunque, como es lógico, se recomienda un análisis individual de cada caso y un pronunciamiento “fino” que mida con precisión los ámbitos de capacidad e incapacidad. Pero esta canción la llevamos oyendo desde hace tiempo, desde el año 1983 cuando se modificó el entonces (hoy derogado) Art. 210 del C. Civil que establecía al igual que el Art. 760-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la obligación en la sentencia de determinar “la extensión y límites de la incapacidad”.

Si en más de 25 años esto ha sido una quimera y en torno al 95% de las sentencias de incapacidad la declaran de forma plena, debemos apostar por otras soluciones.

En otros trabajos he explicado las razones de este fracaso².

Se presenta ahora una nueva oportunidad de corregir las cosas porque la Disposición Final Primera de la ya aludida Ley 1/2009 de 25 de Marzo de modificación de la Ley sobre el Registro Civil, dice:

² Ver Nota 1.

“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006”

La citada disposición sugiere varias cosas:

Primera: La nueva denominación “procedimientos de modificación de la capacidad de obrar” revela que, al menos de momento, se mantiene la distinción entre las tradicionales categorías de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”.

Ya he señalado que, a juicio de muchos estudiosos de la Convención, ésta permitiría acabar con esta distinción. Pero también he puesto de manifiesto que ello supondría una “revolución” de tal dimensión que, en este momento, podría conducir a cotas de inseguridad jurídica muy notables.

Segunda: Aún manteniendo las dos categorías, la reforma de los procedimientos ofrece una extraordinaria ocasión para lograr que sirvan, de verdad, para delimitar la zona de inhabilidad que debe ser protegida y para encontrar los apoyos que sean más convenientes. En este sentido, las tradicionales figuras de tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada, curatela, etc... deberían ir cediendo terreno a instituciones nuevas como la “Asistencia”, sin olvidar el respeto y reconocimiento de las situaciones de “Guarda de Hecho” cuando no existan motivos que aconsejen acudir a un procedimiento de incapacitación.

En mi opinión la solución pasa por cambiar el diseño del procedimiento de incapacitación en una sola cosa. Exigir que se especifique con claridad en la demanda cual es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que ha llevado a interponerla. Ello permitiría analizar la capacidad actual de la persona en relación con un solo acto o negocio jurídico, el que importa. Esto sí es asumible. Esto se puede evaluar con alguna precisión.

Quien sostenga la falta de capacidad de la persona en relación a ese acto concreto deberá explicar qué pretende con dicha declaración y en qué medida declarar esa inhabilidad va a suponer un beneficio para aquélla.

En caso de que así se demostrase, la resolución se limitaría a declarar la falta de capacidad para realizar ese acto concreto y la designación de quien haya de ayudar o acompañar, en su caso, a dicha persona para realizar el acto o negocio jurídico en cuestión o velar para que no se lleve a cabo en caso de que esta fuera la pretensión.

Una vez realizada la labor de acompañamiento o ayuda y rendidas la cuentas al Juez de la actuación, se procedería al archivo del procedimiento sin que la persona quedase marcada con el estatuto de “incapacitada”.

La delimitación judicial en la sentencia y su inscripción en los Registros correspondientes permitirían conciliar razonablemente los valores de “justicia” y “seguridad jurídica”, máxime si se logra centralizar la información en el Registro Civil Central.

Para supuestos excepcionales y complejos, se podría acudir al tradicional procedimiento de amplio objeto (Teoría de la doble vía)

Tercera: Me consta que se han elaborado borradores para dar diseño nuevo a los nuevos “procedimientos de modificación de la capacidad de obrar” para su adaptación a las previsiones de la Convención de la ONU. Espero que lo consigan. De momento, como tantas veces ocurre, el plazo de remisión a las Cortes ya ha cumplido sin que tal remisión se haya realizado.

Por otro lado, aún antes de la prevista modificación de los procedimientos de incapacitación, ya están apareciendo algunas sentencias imbuidas de los principios de la Convención de la ONU cuyo texto fue publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 96 del día 21 de Abril de 2008 y forma parte, por tanto, del Derecho interno.