

ACCESO A LA JUSTICIA

*Almudena Castro-Girona Martínez
Notario de Barcelona.
Febrero de 2012.*

ÍNDICE

Introducción	1
¿Qué entendemos por acceso a la Justicia?	1
IMPORTANCIA Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCION	3.
¿Qué finalidad tiene la Convención?	5
PRINCIPIOS GENERALES	6
ARTICULO 13: ACCESO A LA JUSTICIA	7
ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	10
ACCESIBILIDAD FÍSICA E INTELECTUAL A LA JUSTICIA: el diseño para todos. (Artículos 9, 20 y 21).	11
ACCESO JURÍDICO: ACCESO A LA INFORMACIÓN	12
ESPECIALIZACION DE LOS TRIBUNALES Y DE TODOS LOS INTERVINIENTES: CONCRECIÓN DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 13.	14
LA CUESTION FUNDAMENTAL EL ARTICULO DOCE Y TRECE DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS	15
¿POR QUÉ ES DE VITAL IMPORTANCIA PARA TODA PERSONA?	16
ESPECIAL REFERENCIA AL PÁRRAFO CUARTO: ¿Qué medidas se pueden adoptar?	20

ACCESO A LA JUSTICIA

*Almudena Castro-Girona Martínez
Notario de Barcelona.
Febrero de 2012.*

1. INTRODUCCIÓN

a) ¿Qué entendemos por acceso a la Justicia?

Si bien en un primer momento al hablar de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia parecería que hemos de abordar exclusivamente el estudio del artículo trece del tratado internacional, me gustaría abordar el acceso a la justicia desde un punto de vista amplio de modo que primero expresaré qué hemos de entender por acceso a la justicia para después intentar fundamentar como no es posible estudiar esta materia sin referirnos, a la vez, a otros preceptos como la accesibilidad, los ajustes razonables, la capacidad o igualdad ante la ley, el acceso al empleo público y en sí toda la norma internacional que proclama ese cambio de paradigma en relación con la discapacidad.

¿Cuál es el objetivo de este estudio? La mejora de la calidad del servicio público de la justicia en relación con la igualdad y no discriminación, el igual reconocimiento ante la ley, el acceso a la justicia, la libertad y seguridad de la persona, la libertad de expresión y el acceso a la información marcando las líneas fundamentales que han de guiar a toda la normativa interna de cada país y la normativa comunitaria.

Si hiciéramos una encuesta nos encontraríamos con que la respuesta más común se ceñiría exclusivamente en el acceso por parte de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales que tienen encomendada la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, contemplando exclusivamente la óptica del ciudadano que intenta hacer valer su derecho ante los jueces y tribunales ya sea como actor o demandado.

Dejando a un lado distinciones relativas a la justicia distributiva, conmutativa o coercitiva y otras referentes a la social o individual, me centraré sólo en dos diferenciaciones:

Desde un punto de vista subjetivo, si hablamos del SERVICIO PÚBLICO DE LA JUSTICIA, ésta comprendería:

- A) Lo que podríamos denominar administración de justicia *stricto sensu*, que alude a la actividad de uno de los tres poderes del estado según la división clásica de Montesquieu, y que comprende no solo a los jueces y tribunales sino también aquellos órganos constitucionales que tienen encomendada la defensa de los derechos de las personas, el Ministerio Fiscal o Ministerio público o defensor público.
- B) La Organización administrativa que trabaja en conexión directa con la Justicia, se trata de toda la maquinaria administrativa adscrita a la misma, que incluye personal de distinto tipo¹, y que en sentido amplio abarcaría a los miembros de la administración vinculados a la justicia e incluso a los cuerpos de seguridad del Estado tal y como se infiere del propio artículo trece de la Convención.
- C) Los funcionarios u oficiales públicos en quienes el Estado delega la seguridad jurídica preventiva, es decir, fundamentalmente la institución notarial² y los sistemas de publicidad registral.

Desde un punto de vista Histórico–Objetivo, siguiendo a Mezquita del Cacho quien parte del Derecho Romano, podemos distinguir la seguridad jurídica del *respondere, postulare, y cavere* todas ellas tendentes a la cristalización de

¹ Diccionario Crítico de Ciencias Sociales. Terminología Científico-Social (Baena del Alcazar , Mariano)

² " Napoleón, ya en la época codificadora otorga al notariado francés en 1803, a través de la Ley del Ventoso, el carácter de funcionario público. Así la exposición de motivos de esta ley explica perfectamente la importancia de los notarios, por lo que merece la pena reproducirla si quiera en parte: "Al lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, la tranquilidad pública llama a otros funcionarios, quienes, consejeros desinteresados de las partes, así como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazcan diferencias entre los hombres de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestatario injusto. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: Esta Institución es el Notariado..." Castro-Girona Martínez, Juan Ignacio en la ponencia La Seguridad Jurídica en el tráfico de bienes y derechos con especial énfasis en el tema del control de la legalidad y el uso de nuevas tecnologías en el ámbito notarial"

la justicia y que deben estar inspiradas por los criterios, principio y garantías que consagra la Convención:

a) El *respondere* aludiría a la teoría y a la dogmática, en fin, la seguridad jurídica del *respondere* sería la derivada de ellas y que cristaliza en el derecho positivo, es decir en el legislador.

b) Por su parte el *postulare* haría alusión a la sanción reparadora por la vulneración del derecho positivo, es decir, la seguridad jurídica del *postulare* es la certeza de que la violación de los derechos subjetivos y, por ende, del ordenamiento jurídico, hace reaccionar al Estado a través de los jueces y conseguir una sanción para el que ha conculcado los derechos de otro y una reparación para el que se ha visto perjudicado en su situación jurídica, reparación que, en muchas ocasiones, no puede efectuarse *in natura*, sino por su estimación equivalente y que realmente no procura una certeza presente y futura. Por eso sería una seguridad jurídica paliativa de una contravención ya producida y que no podría ya restablecer auténticamente la situación anterior a aquella contravención. Se referiría a la función de Juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

c) La seguridad jurídica del *cavere*, encomendada fundamentalmente a los notarios, es la certeza de que con su actuación, es decir, a través de la autorización de los instrumentos públicos, los derechos subjetivos van a quedar garantizados y, por ello, vacunadas las relaciones jurídicas en las que intervienen consagrándose la autonomía de la voluntad tanto en las relaciones personales como en las familiares o patrimoniales evitándose la actuación del *postulare*.

IMPORTANCIA Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONVENCIÓN.

La aprobación por parte de la ONU de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (de aquí en más CDPD) ha supuesto un hecho histórico para más de 650 millones de personas en el mundo, pues sitúa a la discapacidad en el plano de los Derechos Humanos y supone un cambio de paradigma en el tratamiento y concepción de las personas con discapacidad, quienes pasan de ser consideradas como "objeto " de derechos, caridad o tratamiento medico-rehabilitador a ser "sujetos" de derechos, siendo el propósito de la Convención "*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".

Fue aprobada el trece de Diciembre de 2006 después de un proceso de negociación increíblemente rápido en el ámbito internacional en el cual colaboraron conjuntamente no sólo los gobiernos de los distintos Estados sino también la sociedad civil y, en concreto, el movimiento asociativo de las personas con discapacidad reflejando el ya acuñado lema: *"nada de la discapacidad sin la discapacidad"*.

Entró en vigor el tres de mayo de 2008 al trigésimo día de la veinteava ratificación por parte de los estados firmantes de la CDPD convirtiéndose en un instrumento jurídico vinculante para todos aquellos Estados que la han ratificado.

En España, las Convenciones y Tratados internacionales, una vez ratificados y publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno, y las normas jurídicas en ellos contenidas son de aplicación directa, teniendo un doble efecto, por un lado un efecto interpretativo, de modo que todos los operadores jurídicos (jueces, fiscales, notarios, abogados..) deben interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Convención y, por otro lado, impone a los Estados una imperiosa necesidad de adaptación de sus propios cuerpos legales³.

En el ámbito comunitario, la Convención pasa a formar parte del Cuerpo legislativo de la Unión en enero de 2011. Este acontecimiento en palabras de La vicepresidenta del Ejecutivo comunitario y Comisaria de Justicia, Viviane Reding, constituye "un hito en la Historia de los Derechos Humanos" por tratarse de "la primera vez en que la UE llega a ser parte de un tratado internacional y tiene como principal consecuencia que toda la legislación, las políticas y los programas de la Unión, deben cumplir las disposiciones de la

³ Así pues, podemos encontrar ejemplos de la aplicación de la Convención por parte de los tribunales nacionales :

AUDIENCIA NACIONAL; JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, Sentencia de 2 de noviembre de 2009; Número de procedimiento 160/2007."La entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediateamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad"

Convención, dentro de los límites de las responsabilidades de la Unión Europea⁴.

¿Qué finalidad tiene la Convención?

Como señala el Artículo 1:

"promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales a todas a las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente."

Don MacKay, representante permanente de Nueva Zelanda ante Naciones Unidas, resaltó que, entre los múltiples objetivos de la Convención no se encuentra la misión de crear nuevos derechos, sino la de garantizarlos, mediante la prohibición de toda discriminación a la persona **discapacitada**, así como promover un auténtico cambio en la percepción pública hacia ellos. La existencia de un Tratado internacional exclusivamente consagrado a los derechos humanos de las personas con discapacidad, no significa que esta parte de la ciudadanía tenga o haya de tener derechos humanos diferenciados, distintos de los universales, predicables de todo ser humano. Los derechos de estas personas son idénticos a los de los demás seres humanos, no obstante, se sabe a ciencia cierta, que estos derechos no se aplican con la misma intensidad ni garantías que al resto de personas, y precisamente, esta indefensión viene dada por la discapacidad.

De modo que este propósito constituye el fundamento de toda actuación futura orientada a adaptar los ordenamientos jurídicos a los parámetros de esta nueva norma y que el paso de la desigualdad real a la igualdad jurídica sea verdaderamente efectivo.

La revisión normativa que impone la Convención debe hacerse teniendo siempre presente el concepto de discapacidad en sentido amplio, considerando por tanto las diferentes discapacidades existentes, su grado, así como su naturaleza, que puede variar a lo largo de la vida por diferentes causas y la interacción con la sociedad, así se define la discapacidad en su artículo 1 :

⁴ <http://www.europapress.es/epsocial/politica-social/noticia-ue-ratifica-convencion-onu-derecho-discapacitados-20110105193536.html>

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"

Como destaca el preámbulo de la Convención “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”.

PRINCIPIOS GENERALES

Por su parte, el artículo 3 reconoce los Principios generales que revisten enorme importancia y están contenidos en el artículo 3º:

- 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.
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.
- e) La igualdad de oportunidades.
- f) La accesibilidad.
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer.
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

De este modo queda proscrita la “discriminación por motivos de discapacidad” entendiéndose por tal cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el **reconocimiento, goce o ejercicio**, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de

otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación, y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. (Artículo 2).

Los ajustes razonables son, según la CDPD, 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).

UNA IDEA FUNDAMENTAL:

La toma de conciencia del artículo 8

La Convención se refiere a lo que ella misma denomina “Toma de conciencia” sobre la discapacidad, traduciéndolo en obligaciones para los Estados Partes, ya que estos se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas.

b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad. Incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida.

c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

ARTICULO 13: ACCESO A LA JUSTICIA

Es el artículo trece de la Convención el que específicamente se refiere al acceso a la justicia, así establece:

“Artículo 13. Acceso a la justicia.

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes

directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.”

Este breve artículo, de tan sólo dos párrafos, implica un aldabonazo en los sistemas judiciales internos pues configura “*el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*”, como el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permiten sin discriminación alguna, la utilización del servicio público de la Justicia para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

El apartado primero implica la necesidad de adaptación de la administración de justicia desde una doble perspectiva y está íntimamente vinculado al artículo doce de la Convención como veremos posteriormente:

A) La perspectiva física: que debe guiarse por la accesibilidad universal o diseño para todos, así implica la necesidad de la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nuevos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para que los ciudadanos lleguen a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles.)

La persona con discapacidad ante el proceso exige que la Administración de Justicia adopte el conjunto de medidas, servicios y apoyos que les permitan sin discriminación alguna, la utilización de los servicios judiciales, para conseguir el eficaz **ejercicio** de sus derechos, en igualdad con los demás.

B) La perspectiva sustantiva o de **participación** de la persona con discapacidad en el proceso, ya sea como actor o demandado, testigo, jurado o demás partes intervinientes en el proceso de modo que puedan ejercitar sus derechos en condiciones de igualdad con las demás personas.

Asegurar del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad implica más concretamente: en orden al derecho de información, que sea debidamente informada desde el inicio del proceso, por parte de todas las autoridades correspondientes, y de la naturaleza de su participación en todas las diligencias en que sean requeridos, explicando de forma clara y sencilla el objetivo el posible resultado de la intervención.

A este respecto destaca la reciente reforma de la ley del jurado en España y del reglamento notarial en lo relativo a la intervención de las personas con discapacidad como testigos de los instrumentos públicos⁵.

En función de cada discapacidad habrá de hacerse efectivo este derecho (discapacidad cognitiva: lenguaje sencillo, discapacidad auditiva: intérpretes, discapacidad visual: dispositivos auditivos,...).

El derecho a la intimidad y a la propia imagen exige que en el proceso tanto la autoridad judicial como el fiscal controlen que en ningún momento pueda lesionarse, a través de publicaciones, exposiciones o reproducciones.

Además, afecta a todos los ordenes jurisdiccionales, ya sea el civil, laboral, social o administrativo o mercantil. También en esa necesidad de adaptación han de consagrarse los principios de accesibilidad, derechos a la información, autonomía personal o participación efectiva en todas las fases procesales.

El párrafo segundo es la concreción en este ámbito del artículo ocho relativo la toma de conciencia, ahora bien, va mas allá de modo que todos los operadores jurídicos deben ser conscientes de la importancia que tiene el conocimiento de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que garanticen el disfrute de iguales oportunidades y el acceso y ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.

Los poderes públicos deben impulsar la capacitación del personal de la administración de justicia e implica que las autoridades judiciales, el ministerio fiscal, y el personal de apoyo a cargo del proceso deberán recibir la debida formación, mediante el diseño de programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad.

⁵ El párrafo 1 del artículo 182, dice: “Son incapaces o inhábiles para intervenir como testigos en la escritura: 1.º Las personas que no posean el discernimiento necesario para conocer y para declarar o para comprender el acto o contrato a que el instrumento público se refiere”.

ASPECTOS CONCRETOS DEL ARTÍCULO TRECE EN RELACIÓN CON OTROS PRECEPTOS:

ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Es imprescindible hacer una breve referencia al acceso al empleo público por parte de las personas con discapacidad dentro de la administración de justicia, para ello tomamos como partida el informe elaborado por la Fundación Æquitas para el Ministerio de Justicia de España que en sus conclusiones en materia de empleo, y partiendo de la base de que se trata de una obligación para los Estados parte propone, en líneas generales y como aspectos fundamentales a destacar:

1. La implantación de un **modelo global de empleo público**. El sistema tradicional ha puesto el acento en el acceso a la función pública. Tan o más importante es la formación en el puesto de trabajo, la formación del entorno FÍSICO Y PERSONAL (incluimos aquí también la formación de los compañeros y jefes del trabajo), las adaptaciones de los puestos de trabajo, el seguimiento de la evolución del/de la trabajador/a con discapacidad, etc.
2. Se deben definir de forma precisa, y no dejada en manos de la potestad discrecional de los tribunales de selección, **los ajustes razonables precisos** en los procesos de selección y provisión de puestos de trabajo dentro de la función pública. Estas cuestiones no deben quedar al amparo de lo establecido en las bases de la convocatoria. Debe precisarse el momento en que se han de solicitar, el plazo para resolver, el sentido del silencio administrativo (a nuestro juicio, será positivo), la presentación de alegaciones, etc.
3. Defendemos la constitución de un **Órgano Asesor** especializado, con competencias al menos consultivas que participara en la redacción de las bases de las convocatorias y en todo el proceso de acceso a la función pública.

Ha de tenerse en cuenta que, actualmente, está en vigor la Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020, la cual identifica medidas a escala de la UE complementarias a las actuaciones nacionales y determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención en la Unión y está directamente

vinculada a la Convención, ofreciendo así un claro enfoque de derechos humanos.

Se centra principalmente en la supresión de barreras, y para ello identifica ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, igualdad, empleo, educación y formación, participación, protección social, sanidad y acción exterior y debe tenerse en cuenta en todo el ámbito de la justicia⁶.

ACCESIBILIDAD FÍSICA E INTELECTUAL A LA JUSTICIA: el diseño para todos. (Artículos 9, 20 y 21).

Por "diseño universal" se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado.

El "diseño universal" no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

Afrontar la accesibilidad por parte de los poderes públicos implica un reto que pasa por entender su carácter troncal. No se trata sólo de eliminar barreras físicas sino de asumir todas las vertientes que implica su protección. Se trata de un derecho básico cuyo incumplimiento conlleva automáticamente discriminación. Así Conforme al artículo 20 Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad disfruten de movilidad personal con la mayor independencia posible.

Por su parte el artículo 21 relativo a la libertad de expresión y opinión y el acceso a la información tiene una doble vertiente:

A) por un lado tiene un carácter sustantivo, es el derecho a tener libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de conseguir, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás personas y mediante cualquier forma de comunicación;

B) al mismo tiempo es un derecho instrumental, ya que permite el ejercicio de muchos otros derechos reconocidos y exigibles a la luz de la Convención (el acceso a la justicia, la movilidad, la educación, la salud, o a la participación en la vida política y pública).

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0636:FIN:ES:PDF>

Por comunicación hay que entender la que define el artículo 2 del texto internacional e incluye:

Los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipo, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso.

Se trata de que los poderes públicos adopten todas aquellas medidas que garanticen a las personas con discapacidad el acceso a la información en los servicios públicos, así como los trámites, gestiones que se realicen, desde esta perspectiva.

De modo que, como dos acciones concretas dentro del servicio público de la Justicia en relación con la accesibilidad física, proponemos:

1) Todos los edificios judiciales tienen que construirse bajo el modelo de diseño para todos lo que implica no solo el acceso al edificio en sí sino, además, el uso adecuado de las dependencias existentes, como por ejemplo los servicios higiénicos.

2) Debe establecerse un sistema de orientación y señalización, perfectamente visible, para facilitar el acceso y movimiento de las personas con discapacidad en el interior de las Oficinas Judiciales.

Además de la estrategia europea, está previsto que la Comisión Europea, dentro de su objetivo de lograr una Europa totalmente sin barreras para 2020, publique un Plan de Accesibilidad en 2012. La Ley de Accesibilidad tendrá por objeto garantizar que las personas con discapacidad tengan acceso, en igualdad de condiciones al entorno físico, el transporte y los servicios de información y comunicación. Hoy en día, las nuevas tecnologías están presentes en prácticamente todos los ámbitos de nuestras vidas, y el hecho de no poder utilizarlas, o simplemente de forma limitada, implica una gran desventaja para las personas con discapacidad.

ACCESO JURÍDICO: ACESO A LA INFORMACIÓN.

Incidiremos más adelante en la necesidad de una mayor y más específica preparación de todo el estamento judicial y de la Administración de Justicia ahora bien como medidas para que el acceso a la información en el ámbito judicial se produzca de forma efectiva por parte de las personas con discapacidad y tomando como referencia el Informe elaborado para el Ministerio de Justicia de España⁷, enunciamos, a título ejemplificativo, medidas concretas a este respecto:

1) Se debe generalizar y organizar de forma sistemática y adecuada la existencia en todos los Órganos Judiciales de los Intérpretes Jurados que permitan la efectiva intervención, en todo tipo de actuaciones judiciales, de las personas que se hallen afectadas por determinadas deficiencias sensoriales.

2) Asimismo, habrá de implantarse en régimen de generalidad Traductores del Sistema Braille.

3) Es de suma importancia que, dada la complejidad y tecnicismo de las actuaciones judiciales, se habiliten para las personas con discapacidad Servicios Jurídicos de Orientación dentro de los propios Juzgados y Tribunales. Ya existen en España en algunos Órganos Judiciales este tipo de servicios para todos los litigantes que lo precisan, pero parece que debe arbitrarse la utilización de los mismos, con especial atención a las personas con discapacidad.

Se debe promocionar una asistencia legal y defensa de calidad y especializada, mediante la creación, por parte de los Ministerios de Justicia en coordinación con los Colegios de Abogados, de turnos de oficio específicos para personas con discapacidad, con formación específica en la aplicación de la Convención de la ONU y demás normativa de aplicación.

4) La presencia de Psicólogos y de Asistentes Sociales y personas que presten asistencia a las personas con discapacidad también es recomendable, en la medida de lo posible, en el ámbito de Administración de Justicia para la mejor atención de las personas con discapacidad.

5) Ha de procurarse, por otra parte, que en el propio Órgano Judicial en el que ha de comparecer, como parte, testigo y perito, la persona con discapacidad se genere un clima de fácil entendimiento y de comprensión de toda la actuación judicial, procurándose, la utilización preferente de la oralidad y de un lenguaje

⁷ <http://el-observatorio.org/wp-content/uploads/2010/06/informe-final-expertos.pdf>

sencillo y apropiado, la asistencia de personas técnicas que faciliten la mejor comprensión y eludiendo, siempre que sea posible y sin que ello comporte situación de privilegio alguna, el alargamiento de las diligencias judiciales, pudiendo, incluso, establecerse turnos de preferencia en el tiempo de las actuaciones judiciales.

6) Según ya se sugiere en las Reglas de Brasilia habría que fomentar, respecto a las personas con discapacidad especialmente, la utilización de los sistemas de Arbitraje y Mediación como fórmula de resolución de los conflictos jurídicos en los que tengan que intervenir.

7) Se debería permitir a las personas con discapacidad que lo requieran la utilización de sus familiares o acompañantes como instrumento de apoyo para la comunicación en sus relaciones con la Administración de Justicia.

8) Que ningún funcionario público o autoridad de la Administración Pública pueda alegar desconocimiento o falta de recursos para la aplicación de los derechos de las personas con discapacidad.

ESPECIALIZACION DE LOS TRIBUNALES Y DE TODOS LOS INTERVINIENTES: CONCRECIÓN DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 13.

El párrafo segundo del artículo trece de la Convención consagra, como hemos visto anteriormente, la necesidad de capacitación de todos los que formen parte de la administración de justicia,

Todos los jueces, fiscales, letrados, procuradores y funcionarios que sirven en la Administración de Justicia tienen que mentalizarse de que en la sociedad, y más particularmente en el colectivo que acude a los Órganos Judiciales, existen personas con discapacidad, que se hallan precisadas de un trato igualitario en relación con aquellas otras que no lo son y respecto de las que es exigible una especial atención, en todos los órdenes, que les facilite el desarrollo de sus actuaciones personales en las demandas o intervenciones que realicen ante la Justicia. Esta especialización debe darse en todos los órdenes jurisdiccionales ya sea civil, social o laboral, administrativo, mercantil o penal.

Los jueces, fiscales, secretarios y funcionarios, deben tener una formación continua y actualizada en aspectos jurídicos, médicos y sociales relacionados con el mundo de la discapacidad.

Formación multidisciplinar, de carácter obligatorio y que debe ser impartida de forma periódica, por médicos forenses especialmente cualificados, jueces y fiscales especializados, notarios, y responsables de asociaciones u organizaciones que representen a las personas con discapacidad. En los temarios de oposiciones para acceder a la Administración de Justicia y al Poder Judicial, debe haber temas específicos sobre el proceso de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar” (*o de "provisión de apoyos para la toma de decisiones"*) y acceso de las personas con discapacidad a la Administración de justicia y aplicación de la Convención de Nueva York.

Es imprescindible la elaboración de manuales de buenas prácticas en esta materia, es especialmente novedoso el elaborado por la Fiscalía General del Estado en España⁸.

Es especialmente necesaria la capacitación del orden penal y la búsqueda de mecanismos que eviten que en los procedimientos penales se obvie por parte de la administración de justicia la existencia de una discapacidad que pueda luego afectar a la sentencia o a la forma en que debe cumplirse la pena.

Deben ampliarse los mecanismos de atención a las personas con discapacidad en prisión con el desarrollo de los recursos necesarios para ello.

LA CUESTION FUNDAMENTAL EL ARTÍCULO DOCE Y TRECE DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS:

Para poder hablar de acceso a la justicia es imprescindible hablar de ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad, por ello la piedra angular de la Convención es el artículo doce de la misma.

De ahí que autores como Palacios o Bariffi afirmen que la capacidad jurídica, entendida como capacidad de obrar, es “la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos“, “es una condición *sine qua non* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades⁹”.

8

http://www.fiscal.es/cs/Satellite?c=Page&cid=1240559967837&pagename=PFiscal%2FPAGE%2FFGE_busca dorDocEspecialista&vest=1240559967837

⁹ Bariffi F "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU" en "Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo." 2009.

El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos, puesto que únicamente con el reconocimiento como persona ante la ley pueden protegerse los derechos a través de los tribunales (el derecho a recurso), posibilitar la celebración de contratos (el derecho al trabajo, entre otros), comprar y vender bienes (el derecho a poseer bienes por sí solo y en asociación con otros), contraer matrimonio y fundar una familia¹⁰.

¿POR QUÉ ES DE VITAL IMPORTANCIA PARA TODA PERSONA?

Imagínense que le privan de su capacidad de tomar decisiones, firmar contratos, votar, defender sus derechos ante los tribunales o elegir un tratamiento médico, casarse, fundar una familia, hacer testamento..... simplemente porque tiene una discapacidad.

Para muchas personas con discapacidad esto es una realidad, y las consecuencias pueden ser graves. Cuando las personas carecen de la capacidad jurídica para actuar son privadas de su capacidad para defender y ejercer sus derechos, entrando en juego los mecanismos de sustitución que en la actualidad recogen todas las legislaciones nacionales¹¹.

Aunque se ha avanzado mucho en determinadas áreas en favor de la discapacidad, como por ejemplo educación, trabajo y accesibilidad, se echaba de menos un progreso en lo que se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El concepto social de la discapacidad, entendida como limitación, debe transformarse en concepto jurídico, en el sentido de

¹⁰ Bariffi F "Capacidad jurídica y capacidad de Obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU" en "Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo. " 2009 .

¹¹ Código Civil Español artículos 199 y siguientes.

Bolas Alfonso J, "la integración de los discapaces de lo Nacional a lo universal": "La tónica general del Derecho Privado, hasta el siglo XX, ha sido la de buscar la protección del discapaz. Buen ejemplo de ello es el Código Civil español que centra su normativa en este campo en la guarda y custodia de la persona y bienes del "incapacitado" a través del organismo tutelar o de la patria potestad prorrogada. Y esta protección sólo se dispensa al incapacitado, es decir no al incapaz sino al declarado judicialmente como tal. De donde resultan dos ideas básicas:

A) La preocupación del legislador privado se centra en la protección pero no en la integración de la persona discapaz en la sociedad.

B) Y se actúa como si, en general, los discapacitados formaran un colectivo homogéneo, como si todas las personas que padecen alguna limitación, especialmente intelectual, precisaran del mismo trato. Se utiliza la expresión plena capacidad, que se tiene o no se tiene, cuando en realidad debería atenderse a la idea de la "capacidad suficiente" para cada caso. "

forma diversa de ejercer la capacidad con los apoyos que sean necesarios. El aldabonazo lo han dado las Naciones Unidas¹².

La redacción definitiva del artículo doce fue fuente de graves discusiones e incluso estuvo a punto de poner en peligro la adopción misma del texto final de la convención, la polémica se centraba en la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, pues mientras los países de cultura occidental tanto de Europa como de América, liderados por los de la UE, abogaban por el reconocimiento pleno de la capacidad de obrar, otros, como los países islámicos, China y Rusia, se limitaban exclusivamente a la capacidad jurídica, lo que provocó la asombrosa inclusión de una salvedad mediante una novedosa "nota a pie de pagina" en el propio precepto que fue posteriormente suprimida en el texto definitivo que fue aprobado por la Asamblea General de la ONU, de modo que la redacción final del nombrado artículo queda como sigue:

“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

¹² Bolas Alfonso.J. "la integración de los discapaces: de lo nacional a lo universal" Según quedó dicho, resulta imprescindible que las legislaciones modernas distingan entre la discapacidad física y la intelectual, ofreciendo respuestas distintas a situaciones distintas partiendo del principio de pleno reconocimiento de la igualdad y personalidad de todos los seres humanos. Durante siglos los legisladores han utilizado un mismo idioma, hipócrita e insolidario, pues no interesaba la integración sino sólo la protección de la persona y, sobre todo, de los bienes. La sociedad del siglo XXI no puede seguir utilizando el mismo lenguaje y adoptando la misma actitud.

haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. 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."

Este precepto distingue claramente los dos conceptos clásicos de capacidad jurídica o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y que es inherente al ser humano por el sólo hecho de ser persona y la capacidad de obrar o aptitud para ejercitar esos derechos y asumir obligaciones que, frente a la anterior, admite graduaciones y que en el ámbito que nos ocupa se refiere claramente a las personas con discapacidad intelectual o psíquica puesto que las personas con discapacidad física o sensorial no tenían o tienen "cuestionada" su capacidad de obrar pues cosa distinta será la necesidad de establecer medios técnicos o eliminar barreras que les permitan ejercer esa capacidad de obrar.

Por tanto, el tema se plantea en cuanto a la discapacidad psíquica y/o psicosocial y a su vez hemos de distinguir dentro de éstas según los tipos de discapacidad, a este respecto, son algunas las voces de preocupación por parte de la doctrina de la ausencia de referencias en la convención a la diversidad dentro de la discapacidad pues, como hemos señalado anteriormente, las medidas necesarias para el goce y ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad física o sensorial son muy distintas de las que necesitan las personas con discapacidad psíquica o psicosocial.

Así y partiendo de esta concepción clásica que impera en los países occidentales y que en los trabajos preparatorios de elaboración de la convención impuso con fuerza y rigor la Unión Europea, vemos como los dos primeros párrafos del artículo se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica, inherente a toda persona, así como también el último inciso del

precepto pues habla del reconocimiento del derecho a la propiedad y en concreto el que se deriva de la herencia.

En realidad y como pone de manifiesto Pérez Bueno el primer apartado –no crea *ex novo*- sino que comprueba y refuerza una situación jurídica previa, preexistente el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica.

El segundo, es más categórico, despliega un mayor alcance y desencadena efectos más desestabilizadores, pues afirma de modo taxativo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida.

Ahora bien, los apartados más polémicos son el tercero y el cuarto, así en el párrafo tercero se reconoce la capacidad de obrar aunque sin mencionarla expresamente con esta terminología latina, pero como sabemos, no es otra cosa que "el ejercicio de la capacidad jurídica" imponiendo a los Estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo que les permita su ejercicio, lo que supone en palabras de Cayo Pérez Bueno una "verdadera carga de profundidad" a los sistemas latinos de sustitución.

Mención especial se merece el apartado cuarto pues impone a los estados la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad las **salvaguardias adecuadas y efectivas** en el ejercicio de esa capacidad jurídica, no como limitación, sino para impedir abusos, imponiendo que en todo caso esas salvaguardias o "ajustes razonables" aseguren el respeto de sus derechos y de su "*autonomía*" evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida, procurando en todo momento que esas salvaguardias sean proporcionales, adaptadas a la "*persona*" sujetas a un control por parte de una "**autoridad u órgano judicial**" **atendiendo siempre al "superior interés de las personas con discapacidad"**.

Llegado a este punto, tendremos que reconocer que estamos en presencia de una disposición de vanguardia que impone obligaciones a los Estados, que en su gran mayoría, deberán reformar la legislación doméstica sobre capacidad jurídica, reformas en las que el **tradicional modelo basado en la "sustitución" de la persona**, debe dar paso al modelo de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas que recoge la Convención, y que aboga por **un sistema de "apoyo"**.

ESPECIAL REFERENCIA AL PÁRRAFO CUARTO: ¿Qué medidas se pueden adoptar?

Es claro, por tanto, que los Estados Signatarios de la CDPD habrán de adaptar sus legislaciones a las exigencias del instrumento internacional desde el momento en que la ratifiquen, y es en este ámbito donde se mueve el polémico tema de la conveniencia o inconveniencia de la incapacitación judicial de las personas con discapacidad y la procedencia, y ahora incluso, necesidad, más aun, “*la obligación*” de establecer procedimientos alternativos, de métodos distintos que se basen en el respeto a la persona y contribuyan al desarrollo de todas sus capacidades y aptitudes, única forma de conseguir la plena integración social de las personas con discapacidad.

Esta reforma es la base para el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad y para que sea efectivo el acceso a la justicia, de modo que deben modificarse los ordenamientos jurídicos en lo relativo a: la capacidad jurídica y de obrar; las instituciones de guarda y protección; pero, además, debe revisarse el ejercicio de derechos fundamentales por parte de las personas con discapacidad, los mecanismos jurídico-privados de protección patrimonial de las personas con discapacidad; una mayor flexibilidad del Derecho sucesorio.

Reformas en los sistemas de Guarda y protección:

Vemos como el párrafo cuarto del artículo doce se refiere a la obligación de los Estados de proporcionar las salvaguardias adecuadas y efectivas para el ejercicio de derechos estableciendo una serie de condiciones tales como el respeto a la autonomía, el interés de la persona con discapacidad, la flexibilidad y temporalidad y el control por parte de de una “*autoridad u órgano judicial*” **atendiendo siempre al “*superior interés de las personas con discapacidad*”.**

Lo que nos lleva a hablar de:

A) la necesidad de reforma del procedimiento judicial de provisión de apoyos:

La persona con discapacidad que haya sido judicialmente incapacitada sufre, lo que muchos autores denominamos “la muerte civil” de la misma, dado que, se le sustituye en su actuación, de modo que, su representante legal, el tutor,

ejercerá sus derechos, pudiendo darse esa incapacitación judicial si en la persona sometida al procedimiento judicial se dan las causas previstas por la ley, es decir, “la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” de modo que la causa de la incapacitación se basa, en su totalidad, en la idea que informó al antiguo modelo médico o rehabilitador.

Las normas sustantivas civiles y procesales que regulan los sistemas de guarda y protección de las personas con discapacidad en nuestros ordenamientos civiles deben ser modificadas dado que se basan en ese modelo médico instaurando la sustitución como regla general en contra de lo que proclama la Convención.

La reforma de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de discapacidad deberá atender a los objetivos marcados por la Convención de la ONU, lo que significa que el sistema jurídico-social a implantar debe dar garantía a todas las situaciones dada la diversidad existente, debiendo primarse, siempre que sea posible, **la modificación de la capacidad parcial mediante apoyos concretos y temporales**, pero sin ignorar las situaciones más severas que, siendo excepcionales, requerirán para el ejercicio de sus derechos y la protección de los intereses de las personas en determinados actos, **la modificación total de la capacidad de obrar, su sustitución y no un mero apoyo**, lo que podríamos denominar, apoyo intenso. Esto implica una tarea compleja y delicada de reforma legislativa que exige ir paso a paso.

El proceso debe ser el siguiente:

- 1- Acuerdo sobre los objetivos a lograr, partiendo de que todas las personas son iguales, con los mismos derechos, pero que para la efectividad de su reconocimiento y ejercicio hace falta la adopción de medidas desiguales.
- 2- Examen de las legislaciones actuales.
- 3- Detectar las lagunas y las insuficiencias de las legislaciones vigentes.
- 4- Elaborar propuestas de reforma.

Además, la reforma del derecho sustantivo debe acompañarse con una especialización de los Juzgados que conozcan de los procedimientos de “adecuación de la capacidad jurídica de obrar” (o de “provisión de apoyos para la toma de decisiones”).

No basta con crear estos órganos judiciales, cuasi - especializados, mediante un cambio del cartel de fuera de los juzgados, manteniendo su misma estructura personal e idénticos medios materiales que cualquier otro juzgado de 1ª Instancia. Es necesario que se les dote de los medios personales y materiales especiales y necesarios para cumplir su función.

Es fundamental que estén atendidos por personal, dotado de cierta sensibilidad y una formación específica en la materia. Es necesario por tanto hacer una buena programación, para garantizar, no solo que exista esa formación especializada, sino que la misma sea actualizada de forma periódica, dando cumplimiento con ello al Art 4 de la Convención.

En los procedimientos para el establecimiento de apoyos y salvaguardias, cuando el solicitante sea persona distinta de la propia persona con discapacidad, quien solicite el establecimiento de dichas medidas, deberá especificar con claridad cuál es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que le ha llevado a iniciar el procedimiento. Así, el promotor de un procedimiento de este tipo deberá argumentar qué pretende con dicha solicitud y en qué medida el establecimiento de la medida de apoyo va a suponer un beneficio para la persona con discapacidad.

El objetivo de la reforma impulsada por la Convención debe ser no sólo la protección sino la integración y el fomento de la autonomía. La integración social y laboral se va consiguiendo poco a poco, pero se echa de menos la integración jurídica de las personas con discapacidad, su participación no sólo en la vida social, laboral, educativa, etc., en las mismas condiciones que cualquier persona y sin discriminación alguna, sino también su intervención en las decisiones de tipo patrimonial –y no sólo personal- que le afectan en su vida corriente, en lo que le afecta o puede afectarle. La integración tiene que ser en todos los aspectos de la vida ordinaria, y esto habrá que tenerlo muy en cuenta a la hora de interpretar la capacidad suficiente para ello. En este sentido insisto de nuevo en que no hay propiamente un estándar de capacidad, todas las personas tienen más capacidad para unas cosas que para otras por lo que hay que estar al caso concreto y a las circunstancias del entorno en el que la persona se integra. Por ello, por ejemplo, en el ámbito procesal, no deben tratarse de la misma forma los distintos supuestos que pueden presentarse, así, piénsese, que no es lo mismo la situación de una persona discapacitada psíquica de nacimiento que vive con sus padres, que la de una persona mayor con demencia senil rodeada de familiares y de bienes susceptibles de ser vendidos.

El sistema legal debe dar cobertura a todas las situaciones, debiendo primarse, siempre que sea posible, la modificación de la capacidad parcial mediante apoyos concretos y temporales, pero sin ignorar las situaciones más severas que, siendo excepcionales, requerirán para el ejercicio de sus derechos y la protección de los intereses de las personas en determinados actos, la modificación total de la capacidad de obrar, su sustitución y no un mero apoyo.

Para ello es preciso idear formas de protección aún más flexibles, temporales, revisables y voluntarias, tendentes más a las atenciones de la persona que a las del patrimonio y a ayudarle a tomar y realizar decisiones adecuadas más que a privarle de capacidad.

La tendencia señalada es mundial.

El objetivo ha de ser el de lograr el equilibrio entre el libre desenvolvimiento de las personas con discapacidad en sus derechos y libertades, con pleno respeto a su autonomía personal, suavizando en consecuencia los mecanismos de representación y aumentando los de asistencia o apoyo, y por otro lado la también necesaria seguridad jurídica que debe existir en esta materia, de tal modo que al mismo tiempo que se respetan los derechos y la autonomía de las personas con discapacidad se disminuyan al máximo los casos conflictivos y los contenciosos ante los Tribunales de Justicia.

Esto nos lleva a hablar de

B) La necesidad de establecer formas más flexibles, temporales basadas en la autonomía de la persona controladas por la "autoridad" atendiendo al superior interés de la persona con discapacidad: la jurisdicción voluntaria.

Quizás, el principal problema al que se enfrenta la Convención consiste en que, por el momento, solo disponemos de pequeños ejemplos prácticos en la legislación que priman la autonomía de las personas y esas prácticas no son suficientes para determinar la manera de asegurar el acompañamiento en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y por tanto, una eficaz implantación del sistema de apoyos.

Los Estados miembros y las organizaciones de personas con discapacidad, deben poner a prueba los modelos prácticos de apoyo a la toma de decisiones con el fin de resolver esta importante cuestión.

Ahora bien no podemos olvidar que desde finales del siglo pasado si ha existido una tendencia en las legislaciones internacionales: la flexibilización de las instituciones de guarda y protección pensemos en la *betreuung* alemana que se sustenta en la jurisdicción voluntaria, en la salvaguardia de justicia francesa o los mandatos de protección futura o en el administrador de sostengo italiano y los poderes preventivos o el patrimonio protegido en España.

A este respecto destaca a nivel español la reciente reforma del derecho foral catalán que en su exposición de motivos enuncia varios principios que informan su regulación basándose directamente en la Convención:

- a) la necesidad de respetar en la mayor medida posible la autonomía de la voluntad y la capacidad de las personas.
- b) la superación definitiva del dogma de la necesidad de la incapacitación judicial para la adopción de medidas de protección para los mayores de edad.
- c) la superación del dogma de que solo pueden establecerse instituciones seguras y estables si ha mediado un previo proceso contradictorio.
- d) la constatación de que la rigidez de los controles de los sistemas tutelar no siempre se acomoda a las necesidades de la persona y cuidado de los bienes¹³.

El punto fundamental, consiste en establecer **confianza y dotar de seguridad jurídica** a los sistemas de apoyo para todas las personas con discapacidad, caso contrario, las propias personas con discapacidad podrían quedar al margen de la vida económica y social, pues todo sistema que sea fuente de inseguridad es rechazado por la sociedad, así lo proclama la Convención al hablar de “autoridad u órgano judicial”.

Esto enlaza con la llamada Jurisdicción Voluntaria que descargaría los juzgados y tribunales y desjudicializaría la vida de las personas.

Como señala Fernández Bujan permite resolver supuestos no contenciosos en los que un particular solicita la intervención de una autoridad jurídica. En algunos casos, será necesario que esta autoridad sea la judicial, pero existen otros muchos, fundamentalmente si no hay contradicción o controversia, en que los jueces pueden ser liberados de estas funciones siendo sustituida por otra autoridad, caso de los notarios, afirmando el citado autor que "Los

¹³ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ca-125-2010.t1.html

expedientes que afectan a dichos supuestos serán tramitados con mayor brevedad, simplificación e inmediatez mejorando la situación jurídica de las personas con discapacidad, al agilizar e incrementar las garantías de los procedimientos judiciales y extrajudiciales que afectan a este colectivo".

Dentro de ese concepto de autoridad del artículo 12 tenemos a la institución del notariado latino germánico¹⁴, autoridad pública que ejerce su función por delegación del Estado controlando la legalidad de los actos y contratos que autoriza gozando los mismos de fuerza ejecutiva y probatoria y dotando de seguridad jurídica a las relaciones personales, económicas, patrimoniales y sociales en las que interviene.¹⁵

¹⁴ Carrión García de Parada P. "El notariado en Europa" Reúnen tales características los notariados pertenecientes a la Unión Europea agrupados en el denominado CNUE¹⁴, que son en la actualidad, y por las ampliaciones comunitarias, junto a los países tradicionales como Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Portugal, otros que se han ido incorporando como Polonia, Estonia, Letonia, Lituania, Hungría, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia y, desde el 1 de enero de 2007, Rumania y Bulgaria. Se mantienen fuera los países que mantienen un concepto muy diferente, como hemos visto, del notario, como son Gran Bretaña, Irlanda, Chipre, Dinamarca, Finlandia y Suecia.

¹⁵ Carrión García de Parada P. "El notario latino es el verdadero autor del documento; pero es también intérprete, técnico, mediador u operador jurídico, profesional, consejero o consultor jurídico. En el sistema latino existe un asesoramiento documental institucional en interés de las partes, de los particulares, ya que el Notario latino averigua, interpreta, colabora en la formación de su voluntad, les asesora con el fin de que sus relaciones jurídicas puedan producir los efectos pretendidos de acuerdo con el ordenamiento jurídico que ha de regir la relación, cumpliendo los requisitos legales exigidos por éste y encajando aquella voluntad en una figura admitida por éste.

Suele reconocerse al documento notarial latino un grado especial de eficacia, que contrasta con la que se atribuye al documento privado. La Ley valora que el documento notarial es obra de un profesional técnico en derecho privado, que de modo inmediato y decisivo, con su asesoramiento y consejo, contribuye a que las voluntades particulares documentadas reúnan las condiciones de idoneidad requeridas para la producción de los efectos perseguidos. Por eso el documento notarial goza de la doble presunción de licitud y de legalidad. Esta eficacia máxima no supone ni puede suponer en ningún caso que el hecho documentado no pueda ser impugnado, aunque ello aunque sólo puede llevarse a cabo en la esfera judicial, ya que en las esferas del tráfico, mientras que no se haya dictado sentencia judicial, el documento produce todos sus efectos, tanto entre partes como respecto de terceros.

El notario latino al redactar el documento recoge los hechos y la voluntad de los particulares, ésta averiguada y formada tras su asesoramiento, ajustándose a la realidad, sin añadir ni quitar nada sin el consentimiento o conocimiento de los interesados. Este ajustarse a la verdad es un hábito profesional y también un deber que el notario asume. El cumplimiento escrupuloso de este deber le ha reconocido fama pública de veraz y ha permitido que las leyes atribuyan al documento notarial un especial grado de eficacia llamado autenticidad, que quiere decir que lo visto u oído por el Notario, hechos y voluntades, y expresado por él en el documento, se estima que es conforme a la realidad sin necesidad de otra prueba, y mientras que el instrumento no sea tachado de falso y probada dicha falsedad mediante sentencia judicial. El documento notarial latino goza de autenticidad corporal, autenticidad de autoría, respecto del Notario autorizante y también de las partes, autenticidad de la fecha y autenticidad ideológica.

Con su actuación el notario asegura la legalidad del acto, facilita la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones jurídicas, promueve la justicia, haciendo "iguales" a los desiguales, asegura la titularidad de los ciudadanos y de las empresas, potencia las transacciones jurídicas y económicas transfronterizas mediante la circulación del documento notarial, defiende tanto intereses públicos como privados.

La culminación de lo que podemos denominar como el *iter* notarial debe suponer que los comparecientes e intervinientes en el instrumento público notarial lleguen a tener conocimiento, gracias precisamente a esa intervención notarial de (1) lo adecuado del negocio jurídico que se perfecciona a sus pretensiones, (2) de su adecuación a la legalidad en virtud del control de legalidad previo que es obligación del notario, (3) de que el ropaje jurídico de que ha sido revestida su voluntad es el más conforme, jurídicamente, a ella y (4) de todos los efectos, no sólo de aquellos inicialmente pretendidos, si no también aquellos que derivan expresamente de la ley, que se derivarán de su actuación.

Todo ello, unido a otras ventajas derivadas de la intervención notarial cuales serían el juicio de capacidad sobre las partes intervinientes, la emisión y formación libre de su voluntad y la fehaciencia derivada de la fe pública que ostenta el notario, contribuyen de una manera clara a conseguir unas cotas importantes de esa seguridad jurídica a que nos referíamos al principio.

Además, hemos de señalar, que en el juicio notarial de capacidad influirán no sólo las cualidades intelectivas del otorgante y la naturaleza del acto o contrato que pretenda otorgar sino también el principio general del derecho de mayor interés de la persona con discapacidad y cuya apreciación deberá efectuar el notario conforme al principio de control de legalidad que preside la actuación notarial.

Como afirma Cabello de Alba para ello goza el notario de una posición privilegiada por varios motivos: el conocimiento de la realidad social y económica de la persona de que se trate, de su situación familiar, la proximidad al caso concreto a valorar, su relación de confianza con las personas que reclaman su actuación y, lo que es más, su decisión queda limitada al caso concreto que en cada momento se plantea, rodeada de unos parámetros que le son conocidos y, por tanto, más fáciles de evaluar.

Además, dicha labor se corresponde claramente con la propia naturaleza y razón de ser de la función notarial, ceñir las disposiciones legales al caso concreto y con arreglo a las circunstancias del mismo.

Y el notario lo consigue porque ejerce un poder delegado de la soberanía del Estado, goza de predicamento y reconocimiento social, está territorialmente ampliamente implantado, está técnicamente preparado, está socialmente arraigado, goza de la confianza social, es una figura próxima a los interesados."

Se trata, nada más y nada menos, que de asumir una labor que favorezca el adecuado desarrollo de las personas con discapacidad, promoviendo, como consagra la Convención, su inclusión en la sociedad, que en la medida posible su voluntad tenga cauce adecuado para regir sus persona y bienes y, en definitiva, que más que objeto se conviertan, con la mayor plenitud posible, en sujetos de derecho pues el notariado está integrado dentro de lo que el artículo doce de la Convención de Nueva York denomina "autoridad" conforme a lo dispuesto por los artículos 60 y 61 del Reglamento Notarial y demás legislación europea.

La Convención erradica claramente los sistemas legales que restringen la capacidad jurídica por motivo de discapacidad. Pero no es sola o meramente negativa, como recuerda Ganzemüller asienta positivamente el paradigma de los apoyos, y aunque no lo define ni lo regula con detalle, sí establece las bases orientadoras, el marco de referencia oportuno, para que cada Estado en función de su realidad, su historia y su modelo normativo, genere un sistema propio acorde, en consonancia con la CDPD.

Hoy es una obligación para los Estados la implementación del sistema de apoyos y para ello es necesaria la verdadera adecuación de la intervención de las diversas autoridades publicas judiciales y no judiciales, se debe responder a la multiplicidad de casos que se dan en la realidad dada la diversidad existente cumpliendo la idea del “traje a medida” para cada persona asegurando el respeto de sus derechos y de su “*autonomía*” evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida siendo esas salvaguardias sean proporcionales, adaptadas a la “*persona*”.

Confiemos que los políticos y los legisladores nacionales y comunitarios tengan la decisión y la sensibilidad que hace falta para que los criterios plasmados en la Convención sean pronto una magnífica realidad a nivel mundial, dándose el paso definitivo en el tratamiento jurídico y social de todo lo relativo al desarrollo, protección e integración de las personas que sufren alguna discapacidad.

- - - - -