

HACIA UNA PROPUESTA DE MODIFICACION LEGISLATIVA DEL CODIGO CIVIL Y DE LA LEY PROCESAL ESPAÑOLA, EN APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: MEMORIA JUSTIFICATIVA.

ÍNDICE:

1. La situación de partida.
2. El impacto de la Convención Internacional
3. Hacia un sistema de provisión de apoyos
4. Cómo establecer un “procedimiento de provisión de apoyos”
 - 4.1. El origen o inicio del procedimiento. Legitimación para instarlo
 - 4.2. El cauce procesal.
5. De los medios humanos y materiales que la modificación propuesta requiere
6. Respecto de la regulación del internamiento involuntario.

1. La situación de partida.

No constituye intención de este documento realizar un análisis exhaustivo, con consideración de los distintos antecedentes

legales, de la regulación y efectos que nuestro ordenamiento ha reservado para quienes presentaban determinadas limitaciones en el ejercicio de su capacidad derivadas de lo que hoy entenderíamos como discapacidad; sí que es preciso recordar cómo en nuestro derecho, hace sólo tres décadas, se evolucionó de un modelo de protección al modo germánico, de tutela familiar, a otro modelo de tutela personal, sustanciada en la autoridad judicial.

En ambos casos se trataba, en esencia, de delimitar que la persona carecía de la “capacidad de obrar”² que la ley atribuye, de principio, a cualquier persona, y, determinado esto, de concretar una institución que supliera la voluntad de quien está en tal situación de discapacidad, o estableciera un modelo de representación permanente, que se constituiría así como un corolario necesario de la previa concreción o determinación de la ausencia o limitación de la capacidad. A tal efecto, se partía de un procedimiento previo de determinación de tal situación de “incapacidad” que, desde el planteamiento formal de respeto a los derechos personales, había de efectuarse con las garantías

² Es ilustrativo el análisis de estos conceptos que realiza la A.P. de Asturias, en Sentencia de 2.11.2011, con cita de otra de Castellón de 2.3.99: «La capacidad jurídica es la aptitud innata de toda persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, vinculando dicha aptitud el Código Civil a la condición misma de la persona en cuanto el artículo 29 dice que «el nacimiento determina la personalidad», pero la posibilidad de la titularidad de derechos y obligaciones sólo se reconoce a quienes se estima que reúnen las cualidades necesarias para «governarse por sí mismos», y, en contraposición, la incapacitación supone una privación de dicha capacidad de obrar aunque no absoluta»,

propias de un procedimiento judicial contradictorio y en el que se garantizasen aquellos. Se trataba, pues, fundamentalmente, de que quienes presentaban discapacidad intelectual, o enfermedad mental, sobre todo (sin olvidar las serias limitaciones establecidas en la ley para la discapacidad sensorial, e incluso la alarmante referencia explícita que el art. 200 CC hace a las deficiencias de carácter f), habían de pasar por un procedimiento judicial contradictorio, formalmente proteccionista, sin apenas participación activa de la propia persona afectada y en la que la posibilidad de conocer su voluntad se agotaba en una escueta, y necesariamente superficial, entrevista con el juzgador, que, gráficamente la ley denomina “examen”³.

Sin embargo, tras las protestas solemnes que la ley civil, y su tratamiento procesal, efectuaban, de reconocimiento de derechos, la práctica cotidiana lo que ha evidenciado, salvo contadas y más que honrosas excepciones –sin que su valor singular les confiera una representatividad de la que carecen-, ha sido una actuación a menudo superficial, genéricamente grosera, en la que el procedimiento de incapacitación se convertía en un mero requisito, un trámite procesal, hacia la determinación y consagración de una figura de tutela total, de manifiesta vocación

³ Como expresivamente ha escrito PEREZ BUENO, L.C., “El factor de la discapacidad debilita el alcance realmente tuitivo de los sistemas de garantía genéricos”. En DISCAPACIDAD, TERCER SECTOR, E INCLUSION SOCIAL. Estudios homenaje a Paulino Azúa. Colección CERMI, Madrid, 2010.

expansionista, que en la realidad restringía los ámbitos de decisión personal de quien, tras pasar por aquel procedimiento era, en la mayor parte de los casos, valorado como completamente incapaz para adoptar ningún tipo de decisión con consecuencias jurídicas.

La propia vocación de la reforma de 1983, que imponía al juzgador la obligatoriedad de establecer en la sentencia la “extensión y límites” de la incapacidad, adaptándola al perfil individual de la persona a la que aquella resolución se refería, ha precisado de un largo plazo de sensibilización para ser asumida en la práctica judicial cotidiana, sin que aún hoy se haya garantizado el conocimiento individualizado y exhaustivo que la reforma proponía, y que, de esta forma, se podría considerar aún hoy, no ha llegado a ser aplicada en todos los juzgados y en todos los casos, quizás por actuaciones profesionales poco exhaustivas (generalizable tanto a jueces como a fiscales y letrados). A ello ha colaborado activamente el incremento de carga judicial y, sin duda, la ausencia de recursos personales cualificados que permitiesen realizar una valoración más fina y atinada en cada caso⁴.

⁴ ARSTEIN-KERSLAKE, A. El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos.

En cualquier caso, y como apuntábamos, el denominado “proceso sobre la capacidad de las personas” (art. 756 a 763 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil), se ha convertido en un mero requisito procesal para concluir, en buena parte de los supuestos, con una etiqueta generalizadora de “incapacidad total”, y, por ende, de asimilación de la situación de la persona con discapacidad objeto de aquél a la de un menor de edad, mediante la determinación de un tutor que suple, sustituye y representa a su pupilo, o de unos padres que, de forma aún más gráfica y elocuente, ven cómo, con independencia de la edad, deseos, opinión y criterios de su hijo o hija con discapacidad, éste queda convertido, por mor de la sentencia judicial (en definitiva el contenido es el mismo que cuando el representante es un tutor) y a través de la gráfica figura de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, en un menor permanente. En otros casos, (ciertamente minoritarios, pero existentes) el proceso concluye con una suerte de etiqueta de menor entidad, la de de “curador”, que acota la intervención del representante para los actos de contenido personal o patrimonial más importantes para la vida de la persona sobre la que se ha pronunciado una declaración judicial que lo constituye en persona con “incapacidad parcial”.

En ambos casos, no hay previsión alguna de que quien complete, represente o supla, la ausencia de capacidad así establecida esté obligado a tomar en cuenta o respetar la propia

voluntad o preferencias de la persona cuya proyección justifica su intervención.

Y en ambos casos también, el procedimiento judicial previo ha obedecido quizás a un cierto remedo del “modelo médico o sanitario” de la discapacidad intelectual: al juez le ha correspondido determinar, en todo caso, la existencia de la incapacidad y su grado, es decir hacer una suerte de diagnóstico jurídico; y, establecido esto, -que se ofrece así como la cuestión base, determinado que la persona no se ajusta al “patrón de la normalidad”, y que por tanto no alcanza el nivel esperado para ostentar una suprema y básica capacidad personal-, establecer una figura que, “a manera de tratamiento sintomático y compensador”, complete, sustituya y represente, para toda la vida, a la persona a la que se refiere la decisión judicial, puesto que si bien la ley prevé la revisión de la misma, ésta es una cautela con escasísima aplicación práctica en nuestros tribunales. Y todo ello, sin otra intervención directa de la persona que se refiere el procedimiento que la ya aludida del “examen de éste” a la que se remite el actual art. 759 de la LEC.

2. El impacto de la Convención Internacional.

En ese panorama han sido innumerables las llamadas que, desde jornadas, seminarios, congresos, publicaciones, etc., de

reflexión sobre la aplicación del Derecho al ámbito de la discapacidad, han denunciado que aquel uso de nuestras básicas previsiones legales venía estableciendo un evidente divorcio entre el propio Derecho - como instrumento de protección, garantía de derechos y defensa y, en consecuencia, como exigible instrumento de inclusión social-, y los avances que en los paradigmas sociales de la discapacidad se han producido en los últimos años. Sin que tales denuncias hayan conseguido mucho más allá que avanzar en la sensibilización (cierta, pero de escaso impacto real) de operadores jurídicos, jueces, y profesionales del derecho, que en algunos casos han comenzado a conocer o ser conscientes de que, desde ese divorcio, el Derecho se convertía más en una tara que en un instrumento de cambio social y de promoción para avanzar en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Eso explica que muchas familias se resistan a tramitar un procedimiento de incapacitación respecto de su hijo o familiar con discapacidad intelectual o enfermedad mental, que parece establecer una nueva carga, un estigma social para aquél. O que muchas organizaciones del sector tampoco sean proclives a usar esa herramienta más que en situaciones en las que la defensa de intereses patrimoniales la hacían necesaria o imprescindible.

En esa situación irrumpe como una carga de profundidad (en palabras de PEREZ BUENO)⁵, la fundamental Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Diciembre de 2006⁶, y, en particular, el expreso contenido de su artículo 12, que actúa así como un revulsivo, un potente huracán que, aún no erigiéndose para eliminar instituciones jurídicas consolidadas y que parecen constituir entrañable patrimonio común, es obvio que las cuestiona y condena al exilio, al denunciar la realidad social que yace bajo ellas. De forma que, en definitiva, como en el cuento de Andersen que narra la historia del “Traje nuevo del Emperador”, examinar la situación actual a la luz de lo establecido en dicho precepto supone desenmascarar la realidad de ocultación y sustitución que ha conducido a lo que los documentos generadores de la propia Convención calificaron gráficamente como de “invisibilidad social”, y, en definitiva, a la exclusión social, de quienes tienen una discapacidad intelectual, cuya voluntad, deseos, intenciones, o libertad, en definitiva, quedan, por tal hecho no sustantivo, relegados y jurídicamente excluidos. En este sentido, principios como los consagrados en la Convención relativos a la participación e inclusión social o la

⁵ PEREZ BUENO, L.C., 2009.

⁶ Para el análisis de la Convención y su impacto, especialmente, ver “Capacidad Jurídica y Discapacidad”, Observatorio Permanente de la Discapacidad y derechos Humanos. Cuaderno de Trabajo nº.7.España.

igualdad de oportunidades, procuran invertir este tipo de tendencias que querríamos considerar pretéritas.

Como acertadamente ha establecido SEOANE⁷ *“la separación social de las personas con discapacidad⁸ ha tenido como consecuencia la ausencia de integración, con menoscabo de su condición humana y de sus mermadas posibilidades de desarrollo. En las sociedades contemporáneas, la discapacidad no puede servir como instrumento de exclusión y marginación. Los derechos básicos de la persona no dependen de su mayor o menor capacidad sino que derivan de la igual dignidad de todos los seres humanos. No está en manos de la sociedad “normal”, ni en manos de nadie, el despojar a las personas con discapacidad de sus derechos, aunque sí lo está el facilitar su ejercicio”.*

El texto del citado artículo 12 justifica o impone, pues, que la posición de acercamiento entre éste y la vigente regulación del “proceso sobre la capacidad” o de las figuras de tutor, curador,

⁷ SEOANE RODRIGUEZ, J.A. Derecho y Retraso Mental. Fundación Paidea. La Coruña, 1999.

⁸ Un inciso: Cuando hablamos de persona con discapacidad lo hacemos desde las bases que en tal sentido establece en el artículo. 1 de la propia Convención, y, por tanto, cuando aquí hablamos de persona con discapacidad, lo hacemos con aquella, refiriéndonos a *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*. Estamos, pues, ante una definición que no es cerrada, enumerativa, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas; en un concepto social de la discapacidad que evoluciona e interactúa. CABRA DE LUNA M.A., y otros. DERECHOS HUMANOS DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

patria potestad prorrogada, defensor judicial o guarda de hecho emplazadas en derivación de éste en nuestro vigente ordenamiento, resulten difícilmente conciliables. Sus contenidos últimos parecen poco dispuestos a aguantar un maridaje forzado de más que escasa viabilidad, puesto que la expresa afirmación que, a manera de frontispicio, realiza el citado precepto al afirmar la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, impone –así, por imperativo legal- al Derecho español una profunda revisión⁹ que, en nuestra opinión, ha de conducir a la sustitución o desaparición de cuanto no casa o simplemente fricciona con esa afirmación básica de capacidad igual para todos que aquel artículo proclama¹⁰.

Aquellas figuras jurídicas que encarnaban la sustitución, representación y ocultación que denunciábamos, y que de alguna manera parecen transferir la capacidad personal a un tercero, resultan difícilmente conciliables con un planteamiento positivo que, lejos de negar la capacidad para buscar suplirla, parte de afirmar su existencia y, por ende, lo que busca es potenciarla,

⁹ Así lo reconocen los vocales del Consejo General del Poder Judicial P. AGUIRRE y M.TORRES VELA, en GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CONDISCAPACIDAD EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, A LA LUZ DE LA CONVENCION DE LA ONU Y DE LAS REGLAS DE BRASILIA. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2011.

¹⁰ PEREZ BUENO, L.C, es aún más gráfico: “es una carga de profundidad contra instituciones jurídicas seculares, de arraigo asaz prolongado, que a van a tener que ser suprimidas, borradas de la faz de los códigos y leyes, y sustituidas por nuevos modelos, en consonancia con el paradigma de plena igualdad que estatuye la convención”. En DISCAPACIDAD, TERCER SECTOR E INCLUSIÓN. op. Cit.

evidenciarla, manifestarla adecuada y formalmente en cada momento, en cada situación precisa y que empiezo, a tal fin, proclamando inequívocamente la concurrencia de una capacidad jurídica en las personas con discapacidad, que, pese a esa aparente paradoja, no puede estar sujeta a restricciones.

Hay, además, un argumento de puro realismo que aboga también por una necesaria revisión, ambiciosa y profunda, de normas que están llamadas a ser elementos importantes en la vida de muchas personas con discapacidad, y de muchas familias: la evidencia que supuso la aplicación de la citada reforma de 1983 del Código Civil, de que no basta una bien intencionada modificación legal que aspire a un uso generalizado, sino que, ante situaciones de impacto directo en los derechos inmediatos de la persona, no debe dejarse margen para que sea la buena praxis del profesional la que reconozca y haga efectivos tales derechos y, en definitiva, que no cabe realizar una acomodación terminológica que deje en manos de los profesionales la concreción de su alcance, sino que es precisa una modificación sustancial, que evidencie y demuestre que la sociedad cree en esa base común de capacidad jurídica innegociable que sólo precisa del apoyo necesario para mostrarse¹¹.

¹¹ SEONE RODRIGUEZ, J.A. op.cit.: "Y es que en rigor se nos ha de reclamar la conversión de la solidaridad en justicia en materia de retraso mental: .. dar a cada persona con retraso

Se podría, quizás considerar que lo anterior pudiese ser una interpretación rigorista o que enfatice más allá de lo que el texto de la Convención directamente impone. Voces se han oído durante estos años, desde la entrada en vigor de la Convención, que así lo han afirmado, y que abogaron por ese maridaje forzado del que hablábamos, es decir por casar las figuras jurídicas existentes (tutor y curador, especialmente) de manera que, ya que es innegable la presencia quita –que no siempre pacífica- de la Convención, los acomodásemos a ésta y los reconvirtiésemos, en una suerte de sofisma jurídico evidente, en los apoyos de los que la Convención habla. Se trataría, pues de afirmar que nuestra legislación es perfectamente asimilable, coherente con el espíritu y el texto del artículo 12 de la Convención; que sólo con un cierto esfuerzo en su interpretación, que la dotase de mayor flexibilidad, bastaría para no tener que hacer cambios en unas normas que, como el viejo sillón de la casa familiar, nos parecen tan entrañables, tan cotidianos que no parece que podamos imaginar el Código Civil sin ellos.

Quienes así pensaban nos han tachado poco menos que de rupturistas a los que decíamos que la actual redacción del Título

mental lo suyo, lo que le corresponde, que no es otra cosa que el reconocimiento y el respeto de su dignidad y libertad iguales y de todos los derechos –y obligaciones- que de ello se derivan”.

IX, Libro Primero del Código, es incompatible con lo proclamado por la Convención.¹²

Y esta polémica que, curiosamente, apenas ha llegado a ser académica y se ha nutrido, sobre todo, de las opiniones de quienes desde las organizaciones sociales seguimos viendo el Derecho como un instrumento de cambio y un medio privilegiado para favorecer la inclusión social, de un lado, y de la de jueces, a veces profesores y representantes de la Administración, del otro, entiendo que se ha visto finalmente superada al establecerse el criterio propio de interpretación, e incluso de valoración y reproche, por parte del órgano encargado del seguimiento de la Convención, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas. Este Comité en sus observaciones al Informe presentado por el Estado Español ante el mismo e Septiembre pasado ha reprochado directamente al Gobierno español, de una parte, el retraso en aplicar una nueva legislación que “regule el alcance y la interpretación del artículo 12”; y, de otro, le ha recomendado que ***“revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia***

¹² En ese punto, y ese debate, se sitúa también la Sentencia del tribunal Supremo de 25 de Abril de 2009 que veremos más adelante.

para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona¹³.

Es por todo esto por lo que abogamos por una modificación profunda y ambiciosa del Código Civil y de la ley procesal en este aspecto, , para transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa existencia incuestionada de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica, y, desde el realismo, establezca un sistema de provisión de apoyos, obligatoriamente flexible y atemperado a cada persona, a cada decisión, a cada momento. En definitiva, un nuevo enfoque, sustancial y procesal, que se adecue al nuevo paradigma en la visión de la discapacidad, que sustituya o jubile por obsoletos e impropios modelos sanitarios,

¹³ El texto de las observaciones a este artículo es de enorme interés por lo que entiendo preciso transcribirlo íntegramente:

“33. El Comité observa que la Ley N° 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

34, El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.”

Puede consultarse el texto integro de las observaciones, en español, en:

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>

rehabilitadores o paternalistas, y acomode nuestro derecho al modelo social que la Convención establece, en el que la discapacidad “no reside en la persona sino en el entorno que no le permite desarrollar sus potencialidades. La discapacidad resulta, según este modelo, de la interacción entre las capacidades de la persona y las barreras que plantea el entorno y las actitudes. Así, las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que las personas sin discapacidad siempre que ésta se construya sobre los valores del respeto y de la inclusión de todas las personas”¹⁴.

El modelo que establece la Convención no es solamente, una visión diferenciada y que, por tanto, puede ser adecuada o diluida al llevarla a la realidad nacional (en la que ya es ley de aplicación directa). Estamos ahora, ante una cuestión básica de Derechos Humanos^{15 16}.

¹⁴ SASTRE CAMPO, A., y MARQUES DE LA CALLEJA L. Un nuevo contexto para la efectividad de los Derechos de las personas con discapacidad. En Guía de buenas prácticas... Op.cit.

¹⁵ Como reconocen PALACIOS y BARRIFFI, y el Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 2008.

¹⁶ BARRIFFI F.J. y PALACIOS A., Coordinadores. *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos*. A la fecha de redacción de este trabajo no conozco aún edición impresa.

“Este cambio de paradigma también debe ser enmarcado dentro del mayor cambio global respecto de la perspectiva de derechos humanos en relación con la discapacidad, lo cual está claramente consagrado en toda la CDPD. El tratamiento de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos no es un asunto meramente semántico, sino que tiene importantes consecuencias tanto en el diseño e implementación de políticas públicas, como en la adopción de leyes, o en un sentido más general, en las respuestas sociales hacia el fenómeno de la discapacidad.”

En apoyo de esos planteamientos no solo está, y nos obliga, el expreso texto legal, directamente aplicable, que constituye el artículo 12 de la Convención, sino la realidad de modelos similares existentes en nuestro entorno internacional. Es el caso, por ejemplo, de la reforma de la incapacidad operada en Alemania en la pasada década, orientada por el principio de necesidad y de intervención mínima o el de la regulación del Código Civil italiano mediante la “amministrazione di sostegno”¹⁷; El Código Civil francés establece la “sauvegarde de justice”¹⁸. A su vez, el Código Civil Alemán (BGB), regula la existencia de un asistente legal, nombrado por el Juzgado de tutela, a petición de la propia persona que lo precisa. Finalmente, en la legislación de los EE.UU. en determinadas materias –singularmente en lo relativo al internamiento involuntario- también ha venido rigiendo el principio de intervención menos restrictiva. No obstante, son todas ellas figuras que precisarán de una reforma para mayor acomodación a la Convención, en vigor con posterioridad a los textos considerados.

Algún paso, aunque insuficiente, y entiendo que escasamente dotado de eficacia, se ha dado también en el derecho foral catalán, al reformarse el Código Civil de Cataluña. En éste se ha

¹⁷ Artículo 404 Codice Civile

¹⁸ Artículo 491.

optado por una solución intermedia en la que, pese a la referencia explícita a la Convención Internacional en su Exposición de Motivos, se mantienen las figuras tradicionales de tutor y curador, si bien se genera una nueva, “de la asistencia”¹⁹, un tanto en la línea de algunas de esas otras instituciones vecinas, pero que entiendo puede generar algunos problemas de aplicación.²⁰.

3. Hacia un sistema de provisión de apoyos.

Que la Convención, pues, rompe con el modelo tradicional, y que, por tanto, la concreción del modelo legal que ha de amparar en el futuro el derecho de quienes no pueden adoptar por sí mismos determinadas decisiones es obligada, resulta evidente de confrontar el propio texto del tan citado artículo 12 con lo establecido en la actualidad en nuestro Código Civil²¹. Y a la misma disparidad nos llevara si lo que consideramos es el cauce

¹⁹ Ley 25/2010, de 29 de Julio, del Libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. BOE. Nº. 203. 21.8.2010. Pág. 73429.

²⁰ MAZA DOMINGO, J. Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 de modificación del Código Civil de Cataluña. http://www.elderecho.com/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya_11_258055003.html. “En cualquier caso el régimen jurídico del asistente será similar al de los tutores e integra también la obligación de rendir cuentas si tiene atribuidas funciones de administración.”

²¹ Gráficamente, el Título IX, del Libro I “De las Personas”, del Código Civil, se denomina “De la incapacitación”, y comienza su fundamental artículo 199 (que tan eficaz ha sido, sin embargo, para garantizar la tutela judicial de esta materia), refiriéndose que será una sentencia judicial quien declare la “incapacidad”.

vertebrado para reconocer esta situación y atemperarlas a cada momento, a cada persona y a la dimensión de cada necesidad²².

De ahí que consideremos que no puede sostenerse una posición de compromiso, de continuidad, que pretenda que la reforma necesaria “salve los muebles” de las instituciones tradicionales, puesto que éstas no se avienen con lo establecido en la Convención, como podemos apreciar de su propio texto:

Artículo 12:

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.*

De lo transcrito se evidencia que, conforme a su texto, carece de cualquier eficacia y solvencia sostener la antigua diferencia doctrinal española entre “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar”²³, pese a toda la literatura jurídica que tales conceptos han

²² Esa es la misma terminología que usa la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que se refieren a “procesos de incapacitación”. Arts., 757 a 762.

²³ PEREZ ONTIVEROS VAQUERO, C., En LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR. EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCION, SUS IMPLICACIONES

generado . El texto de la Convención no es conciliable con ese planteamiento; no admite matices: la capacidad jurídica de quienes tienen alguna discapacidad –cualquiera que sea ésta- se reconoce en total igualdad de condiciones respecto de la del resto de los ciudadanos. No hay otro elemento de ponderación, ni puede haber otro instrumento de consideración diferenciado, sino tratar de la misma forma, con las mismas normas, a las personas con discapacidad que al resto de los ciudadanos. No caben, por tanto, diferencias de matices ni construcciones doctrinales que permitan justificar una consideración diferenciada y a la postre segregadora²⁴.

Como decimos, el concepto de “capacidad jurídica” que el texto citado utiliza no se atiene a aquella distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que establece un único modelo que no permite graduación o menoscabo parcial. Así pues, lo establecido en ese apartado es incompatible con la circunstancia, reconocida en los artículos 199 y 200 del Código Civil español, que permite que una “enfermedad o deficiencia persistente” justifique la privación de su capacidad a quien la padece.

EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL. Capacidad Jurídica y Discapacidad Op.ct.

²⁴ BARIFFI, F. Capacidad Jurídica, Discapacidad y derechos Humanos. Op. Cit: *“Está claro que se trata de un concepto que tiene como principal motivo beneficiar o dotar a la persona de herramientas legales para evitar la discriminación, por lo que de ningún modo la “discapacidad” puede tomarse como causa o motivo de restricción de derechos”*

Esto no impide reconocer la situación obvia de que la discapacidad puede determinar muy diferentes niveles de limitación en actividades de la vida diaria y, desde luego, en la adopción de decisiones. Más bien esa obviedad lo que establece es la necesidad de que la institución de apoyo haya de estar estrictamente medida, acotada a las necesidades de la persona, a las propias necesidades, trascendencia y efectos de la decisión, e incluso al momento en que ésta se adopta²⁵.

Pero ¿cómo superarlos obstáculos que, en mayor o menor grado, condicionan la posibilidad de que la persona pueda adoptar decisiones válidas y que éstas generen plenas consecuencias jurídicas? La clave, en la aportación de la Convención, está en el concepto de “**APOYOS**”, es decir, en la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, identifique y, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas como expresión de esa capacidad, surta efectos.

²⁵ DE ASIS ROIG, R. Sobre la Capacidad, en Capacidad Jurídica, Discapacidad y derechos humanos. Op.cit. *“Por otro lado, la CDPD opta por el enfoque de la situación frente al enfoque de la identidad, lo que obliga a que cuando se abandone ese modelo de apoyo, por ejemplo en situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, se haga en razón de la situación determinada, y nunca en razón de la discapacidad.”*

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.

Se trata de un concepto que ya era conocido en el movimiento social -especialmente en el ámbito de la discapacidad intelectual, en el que tiene ya un largo y contrastado recorrido-, y que proviene del sustancial cambio que supuso el nuevo paradigma del concepto de discapacidad intelectual (cuyo origen no es éste el lugar apropiado para considerar), que, en definitiva, reorientó la visión de la misma al centrarla precisamente en la determinación y facilitación de los apoyos necesarios para garantizar el pleno derecho a la inclusión²⁶.

No son ajenos a estos modelos los conceptos de vida independiente, diseño para todos o ajuste razonable procedentes del ámbito internacional, y que, por vía de directivas comunitarias, alcanzan valor legislativo en nuestro país con la trascendental Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las personas con discapacidad.

²⁶ Es el propio concepto de discapacidad intelectual que en nuestro país han introducido y precisado SCHALOCK y VERDUGO.

Supone, en definitiva, una modificación, sustancial de la visión que gráficamente expresa el vigente texto del art. 215 del Código Civil, que obedece a un sistema en el que, tras reconocer la “*situación de incapacidad de la persona*” en los términos establecidos en el art. 200, procede a regular las medidas necesarias para la “*guarda y protección*” de la persona y bienes de los incapacitados mediante la concreta panoplia de recursos legales que el propio precepto clasifica.

Con la Convención no podrá admitirse encauzar a todas las personas con discapacidad hacia un proceso de criterios estándar, de encasillamiento elemental; el nuevo sistema obliga a una determinación específica, individual y hasta diferenciada cronológicamente, de apoyos determinados a medida²⁷. Se tratará, pues, de precisar que es lo que cada persona, según su situación, precisa para expresar su decisión. En unos casos se tratará quizás de completar, en otros de evidenciar, pero, en cualquier caso, partiendo de la incuestionable existencia de una capacidad válida²⁸.

El propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 29 de Abril de 2009 en la que por parte del Ministerio Fiscal se le enfrentaba con

²⁷ El viejo concepto del “traje a medida”, o del juez como un cartógrafo, expresados gráficamente por Rafael Leña y José Antonio Seoane, respectivamente, llega así hasta sus últimas consecuencias.

²⁸ El propio contenido final del término utilizado ayuda a entender el concepto: “apoyo; lo que sirve para sostener”. J. CASARES. Diccionario ideológico de la lengua castellana.

la necesidad de pronunciarse por primera vez con las modificaciones que impone la Convención, desde un análisis con cierta premura, sin cuestionar ésta y su obligada aplicación, concluye, que, como mínimo, de la misma resulta una exigencia de flexibilidad, de acomodación personal y temporal que –aunque esto no lo reconoce el T.S.- no se aviene con la rigidez de las estructuras procesales y jurídicas que aplicaba hasta hora nuestro ordenamiento.

Es decir, el criterio y, sobre todo, el expreso texto del precepto citado de la Convención obliga a que la posición del Juzgador sea más exhaustiva, a que requiera de un conocimiento más preciso, más adecuado, más atinado a las tres dimensiones que estamos considerando: situación y necesidades de la persona, momento cronológico y alcance o naturaleza de la decisión adoptar. De ahí que tampoco quepa admitir ya la validez de decisiones atemporales, poco menos que permanentes, como venían siendo en definitiva tanto las sentencias de incapacidad (la práctica demuestra que la vía de revisión de estas prevista en el art. 761 es evidente que apenas si tiene entidad real), como las determinaciones (en aquéllas o mediante autos posteriores) de nombramiento de tutor o curador.

4. Cómo establecer un “procedimiento de provisión de apoyos”.

Podremos coincidir (seguramente con bastantes reservas) en las bases previas de cuanto llevamos expuesto. Posiblemente comenzarán a decantarse posiciones diferentes cuando de lo que hablamos sea de cómo articular un procedimiento, en unos casos extraprocesal y en otros mediante una vía procesal adecuada, que permita establecer e identificar los apoyos, y acceder en su caso, a resoluciones judiciales que hagan efectivos los derechos proclamados y, en consecuencia, determinen cada situación específica y concreten los apoyos necesarios; es decir, resoluciones que acoten, en caso preciso, un régimen general de apoyos, determinen la intensidad y vigencia de estos y, finalmente, establezcan también, en aplicación del precepto de la Convención, los sistemas de garantía o salvaguarda para su aplicación, en los términos que la misma establece:

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 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.

En línea con cuanto venimos exponiendo, no se trata sólo de diluir la actual denominación y pasar de un “proceso sobre la capacidad de las personas” a un “proceso de modificación de la capacidad”, por cuanto ni aún las propias denominaciones casan con las afirmaciones que dejamos expuestas.

Se trata de ir a un procedimiento que, en plena coherencia con lo que impone la Convención, sea de **“determinación de apoyos”**. Y, también en coherencia con cuanto hemos expuesto, el contenido de este proceso dependerá de las necesidades de tales apoyos que presente la persona (siempre en la triple dimensión que hemos reiterado), de manera que, cuando estos apoyos sean intensos y permanentes, sea muy posible que la decisión respecto del alcance de los mismos deba ser prolongada en el tiempo, sin perjuicio, claro está, de arbitrar las medidas de

salvaguarda que sí que deben ser aplicadas y revisadas con mayor agilidad, eficacia y continuidad²⁹ que en el sistema actual.

Precisamos, desde ahora, que si bien el concepto de apoyos es amplio y define no sólo a aquellos establecidos de forma expresa por la autoridad judicial, sino también a los que se articulen bien de manera natural, por la propia persona con discapacidad, bien por los operadores jurídicos como medio de facilitar la manifestación de voluntad, este trabajo nuestro procura admitir unos y otros, si bien tendrán mayor trascendencia y habrá de establecerse al respecto de su aplicación mayores garantías cuando se orienta sobre todo a considerar los primeros, es decir, aquellos cuya existencia será precisa y obligada y, para cuya total garantía, entendemos meridiana la necesidad de remitirnos a la autoridad judicial, como valedor imparcial y garante de los derechos.

Así pues, tratamos de definir y de dar relevancia legal a los niveles básicos de apoyos que la propia realidad ofrece. De un lado, la consideración y el reconocimiento de lo que podríamos llamar apoyos naturales: el familiar, el vecino, el amigo, la persona que, en definitiva, actúa como referente en cada caso y

²⁹ Entendemos obvia la ruptura con el sistema actual que establece un cierto remedo de tales salvaguardas que se constriñe a la revisión anual de cuentas o la necesidad de autorización judicial para determinadas y específicas operaciones, siempre, por cierto, de contenido patrimonial.

situación, por decisión de la propia persona con discapacidad, que ayuda para la realización de determinadas actuaciones -algunas de las cuales pueden tener trascendencia jurídica-, pero cuya validez resultará de la constatación de la decisión del interesado que, en tales caso, no es, por tanto, representado o sustituido, sino simplemente asistido, apoyado, bien para exponer o expresar su voluntad, bien para acceder a comprender cuestiones a los que no alcance sin ese apoyo.

Tales apoyos, decididos por la propia persona con discapacidad, podrán ser establecidos bien de manera informal, bien de manera documental y de constancia, lo que permite definir para qué actuaciones se acotan y puede ofrecer mayor solvencia. De ahí que hayamos querido introducir en la propuesta la previsión, que, por otro lado ya existía en el derecho y en la práctica, de que en un documento notarial la persona con discapacidad identifique los apoyos que designe, y delimite sus áreas de actuación, lo que supone una evidente garantía y aporta un plus de seguridad.

Se trata, desde la aplicación del principio de intervención mínima, de no precisar de más regulación legal que la imprescindible; partir de desarrollar en toda su eficacia el postulado de la plena capacidad que la Convención proclama, y, por tanto, no regular más que aquello en lo que sea preciso

delimitar una necesaria asistencia para el ejercicio de tal capacidad. Así, la regulación legal, y, más aún, la intervención judicial, se justifican en la necesidad de enunciar y, sobre todo, de garantizar el derecho de la persona con discapacidad a arbitrarse de tales apoyos, y cuando no pudiese, a que las administraciones públicas, las dependencias y administraciones, los registros y operadores, se los proporcionen. Obviamente, entendemos que precisarán de mayor regulación legal aquellos supuestos en que la garantía y carácter erga omnes de los apoyos articulados, su entidad, o la de las decisiones a que los mismos se refieren, hagan precisa la existencia de una decisión judicial ecuánime y fundada en estos criterios, decisión especialmente necesaria cuando la limitación en el ejercicio de los derechos sea tal que no se trate sólo de limitaciones en la expresión de la voluntad.

Otra cuestión a resolver es si con la misma denominación consideramos tanto los apoyos “formales” (entendiendo por tales, los establecidos de una forma regular, institucional y, por ende, jurídica), como los “informales” nacidos tanto del propio contexto de la persona, familiar, personal, social, pero también administrativa). Mantener la misma denominación puede dar lugar a confusiones, pero también tendrá la ventaja de evidenciar que partimos de una homogeneidad en el concepto, de una igualdad

de base que acota la distinción –y no es poco- a la entidad del apoyo y, por ende, a las garantías que acompañen a éste.

Es decir, son apoyos válidos los acompañamientos para determinadas decisiones realizados por personas del entorno familiar o personal, del centro o entidad que preste servicios a la persona con discapacidad o de la que apoye los derechos de la persona en cuestión. Podrán serlo también los adoptados en una oficina administrativa por el funcionario o encargado de ésta para ayudar a comprender o para asegurarse la expresión y alcance de la decisión adoptada por la persona con discapacidad. Podrán serlo, en esa misma dimensión cualitativa, los adoptados o los que deban facilitarse por un particular en situación de interlocución similar a las del funcionario (por ejemplo, en un comercio, un servicio profesional, una dependencia de salud...). En todos ellos, lo que deberá establecerse será un sistema de garantías que evite, en todo caso, que el sistema de apoyo utilizado vaya más allá de la voluntad, opinión, intención de la persona con discapacidad y, menos aún, desvíe éstas para beneficio de quien desempeña el apoyo (lo que puede tener trascendencia jurídica).

Ese nivel no requerirá, por tanto, de tramitación judicial y será adoptado en el caso de personas cuya discapacidad no les haga precisar de apoyos intensos y permanentes, sino de apoyos

necesarios para formalizar, por ejemplo –y sin ánimo de definir la extensa casuística- la solicitud de una determinada ayuda o prestación, la revisión de éstas o de valoraciones, la tramitación de actuaciones médicas o de salud, educativas, .. En todo caso, estas actuaciones quizás requieran de una validación legal que reconozca el derecho a su determinación personal y a la presunción de validez de las decisiones así adoptadas.

En consecuencia, en otros casos será necesario que la determinación del sistema de apoyos precise de una valoración más exhaustiva, su dibujo necesite de una observancia mayor y, por tanto, se entenderá conveniente asegurar la intervención de la autoridad judicial como mayor garante de los derechos de la persona como, por otro lado, impone la Convención (“*por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial*”).

Confieso que al realizar esta reflexión he partido de no albergar razones totalmente concluyentes para adoptar una posición definitiva sobre si el cauce procesal debe ser el de un procedimiento contradictorio o si es mejor el de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Pero también añadido que mi –seguro que torpe- criterio, se ha ido decantando cada vez más –en la medida que prende el nuevo criterio- por alejar esta necesaria regulación de la propia de un procedimiento judicial puro y duro,

contencioso, que a la postre estaría más que llamado a mantener clichés caducados, y sin duda tendría fácil caer en la inmediata tentación de “lo malo conocido”, del procedimiento habitual, de lo que se ha hecho siempre.

Por el contrario, quienes hemos intervenido en este trabajo convenimos en que se ofrece cada vez más como un cauce adecuado, que rompe con todas las condenas y estigmas que el procedimiento vigente establece, una vía de jurisdicción voluntaria que, garantice, en todo caso, y en situación de contradicción -o bien si la concurrencia de determinadas circunstancias lo hiciesen aconsejable: intereses contrapuestos, entidad de la decisión,..- la ágil transformación a un procedimiento contradictorio.

En este caso el juez, cualquiera que sea la vía por la que se ha instado su decisión –que veremos a continuación-, se pronunciaría determinando los apoyos y definiendo de manera obligada el alcance de estos, de la estructura de recursos humanos que será necesaria para su aplicación, de su determinación temporal –como en los alimentos perecederos, la “fecha de caducidad” de estas medidas debe ser una nueva e imprescindible aportación en la resolución- y, finalmente, de sus rigurosas y adecuadas salvaguardas o garantías. Seguido el procedimiento, el Juez dictará una resolución –el Auto es la forma

más apropiada-, que habrá de contener todos esos parámetros y que, al margen de su obligada revisión, puede ser recurrible.

4.1. El origen o inicio del procedimiento. Legitimación para instarlo.

Planteado así el sistema de provisión de apoyos, entendemos que debe flexibilizarse el cauce para instarlo evitando la rigidez del actual sistema, que realiza una enumeración cerrada. En nuestra propuesta, parece aconsejable dar preferencia sustancial a la propia persona con discapacidad –es una consecuencia obvia de la aplicación del principio de autonomía de la voluntad-, y, tras ésta, a las personas más allegadas en su entorno personal o social: cónyuge, o persona con la que mantenga relación similar, ascendientes o descendientes, hermanos... pero añadiendo a estos también parientes de segundo grado (en el caso de mayores es frecuente la intervención de sobrinos en su cuidado), y abriendo el cauce de legitimación a los representantes legales de las entidades que les atiendan, prestan servicios o defienden sus derechos, evitando la disfunción actual existente³⁰. A esta vía de legitimación expresa se unirá la posibilidad de que cualquier otra persona (autoridad

³⁰ En mi actividad forense cotidiana he encontrado sin sentidos como el de que una entidad que venía atendiendo a una persona con discapacidad desde que era menor de edad, careciese de legitimación, y no pudiendo intervenir en el procedimiento, hubiese de instar la resolución judicial de protección a través del Ministerio Fiscal; o que otra entidad representativa, que había denunciado la inadecuada atención a una persona con discapacidad, a la que no se le ofrecían los recursos precisos, careciese de legitimación en el procedimiento en que había de adoptarse la medida de protección adecuada.

judicial en otros procedimientos, funcionarios, personal sanitario, docente o de trabajo social, personal evaluador en procedimientos de reconocimiento de discapacidad u otros, ..) pueda comunicar al Juzgado aquellas situaciones en las que entienda adecuado establecer apoyos para personas con discapacidad que lo puedan precisar, pero abriendo más la relación que establece en ese sentido el actual texto de la LEC. Todo ello, obviamente, sin menoscabo de la posibilidad de participación activa que también corresponde al Ministerio Fiscal.

En cualquier caso, entendemos que si, conforme a lo expuesto, cualquier instancia puede comunicar al Juzgado la conveniencia de adoptar apoyos para una persona, en relación con determinadas situaciones corresponderá al Juzgado, sin necesidad de que la acción sea expresamente instada por el Ministerio Fiscal (y sin perjuicio de su posterior intervención), iniciar procedimiento en tal sentido si estima concurren las condiciones necesarias para ello.

4.2. El cauce procesal.

Como indicaba podría optarse por remitir la decisión precisa sobre si la determinación de estas actuaciones debe ser como jurisdicción contenciosa o voluntaria a un momento más avanzado del debate.

Ciertamente, parece abogar por el uso de la jurisdicción voluntaria el hecho de que el abordaje de la cuestión objeto del procedimiento no revista la misma trascendencia que la que suponía un procedimiento de incapacidad en la forma en que éste venía siendo contemplado en la ley hasta la reforma que impone la Convención. Quienes sostenían que la adecuada garantía de los derechos de la persona a la que se refería aquel procedimiento sólo encontraba respuesta en un procedimiento contradictorio, partían, en definitiva, de la premisa básica que la Convención destierra que la sentencia lo que pretende establecer es una sustancial modificación de la capacidad de obrar. Si, por el contrario, compartimos que no es ésta la intención del procedimiento, sino la de identificar los apoyos precisos, y que tal decisión es necesariamente individualizada, coyuntural y ha de tener como imprescindible corolario la previsión de garantías y salvaguardas de su aplicación, parece conveniente adoptar un procedimiento ágil, sin demasiadas exigencias formales (que han de adaptarse a la situación de cada caso), que posibilite la participación activa del juzgador, que integre los medios de formación de su criterio más adecuados, así como la propia adaptación de la propia resolución a una situación personal y, por tanto, posiblemente cambiante.

La necesidad de una próxima reforma de la Ley de Jurisdicción Voluntaria³¹ debe ser un medio, y constituye una ocasión idónea para dotar a ésta de un cauce procesal que, respetando los criterios indicados, permita hacer efectivas intenciones y objetivos que hoy parecen difícilmente conciliables con la visión de una regulación de la jurisdicción voluntaria propia de una norma decimonónica.

Por el contrario los medios de la oficina judicial actual, la posibilidad de seguimiento de la aplicación de las resoluciones, el contacto incluso telemático con instituciones y oficinas públicas, etc., permitiría facilitar la ágil tramitación que la opción por el sistema de determinación de apoyos impone.

Ello sin perjuicio de que, cuando la adopción de tales decisiones haya de realizarse en un planteamiento contradictorio, bien porque la petición de apoyos no sea aceptada, requerida o compartida por la propia persona con discapacidad o ésta discrepe de su alcance y condiciones, bien porque el Juzgador lo estime, por la concurrencia de condiciones que lo aconsejen

³¹ Hay que recordar que el Gobierno ha incumplido de forma notoria el mandato que le imponía la Disp. Final 18ª de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de presentar, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de aquella, una propuesta legal en tal sentido. Durante año 2008, se tramitó un propuesta de ley que fue retirada por el propio Gobierno durante su tramitación con lo que, en lo aquí nos interesa, continua abierta la ocasión de regular este cauce procesal lo que, por tanto, podría realizarse casi de forma coetánea o inmediata, a la modificación de la Ley procesal que impone la Convención.

(decisiones de especial trascendencia, intereses contrapuestos en las personas llamadas a prestar los apoyos, ..) deba optarse por un procedimiento contradictorio. Para este supuesto abogamos por el cauce del juicio verbal, por las ventajas de agilidad e inmediatez, (y hasta de normalización procesal), si bien el principio de unidad de acto debe quedar condicionado por la exigible audiencia personal que el Juzgador debe mantener con la persona con discapacidad, a la que debe oír de manera ineludible, no sólo para establecer y fundar su propio criterio, sino para conocer la voluntad, preferencias, opinión de aquélla, manera directa, sin intermediación e incluso flexibilizando lo más posible el lugar y entorno.

En tal supuesto, es decir, ventilándose la determinación de apoyos en el ámbito de un juicio verbal, deberá garantizarse la intervención activa de la persona a la que se refiere el procedimiento ; por tanto, a las limitaciones que la ley ya impone para este procedimiento –limitación de la capacidad de disposición de las partes, interdicción del allanamiento o el acuerdo- debe unirse la prohibición de la rebeldía procesal y ello sobre la base de que la adopción de una posición respecto de la determinación de un sistema de apoyos, cuando éste puede afectar en forma sustancial a la toma de decisiones de la persona con discapacidad, no puede considerarse como un derecho y, por tanto, su ejercicio como algo opcional, sino que ha de

garantizarse la participación activa de la persona afectada, con la paralela obligación de intervención profesional -aunque para su efectividad habrá que adoptar las medidas necesarias para que el beneficio de justicia gratuita garantice contar, de forma rápida y adecuada, con profesionales, y ello sin descuidar el necesario abordaje de un mayor esfuerzo en la formación de estos.

5. De los medios humanos y materiales que la modificación propuesta requiere.

Cuanto llevamos expuesto podría ser tachado de irreal y, lo que es peor, podría quedar en el inconcreto éter de las buenas intenciones legales, si al mismo tiempo no se ofrecen al Juzgador la posibilidad de contar con los medios materiales y, sobre todo, humanos, precisos para poder abordar la multiplicidad de decisiones que se le van a solicitar.

Reiteradamente hemos oído las protestas de los profesionales de la judicatura que mantienen que determinadas reformas pueden tener una adecuada finalidad, pero que finalmente quedan vacías, la reforma se hace inefectiva y, finalmente, se genera mayor frustración y desconfianza respecto del sistema, si no se dota a los órganos judiciales de medios

efectivos para llevar a cabo su labor³². Por ello será imprescindible profundizar en la actuación, ya iniciada en los últimos años, de asegurar una cobertura suficiente de juzgados especializados en esta materia y que estos cuenten con equipos multiprofesionales, integrados por profesionales cualificados que aseguren al juzgador criterios técnicos o valoraciones periciales emitidos con inmediatez, valoraciones profesionales que permitan a aquél establecer el proyecto de apoyos con la solvencia de un conocimiento adecuado de lo que la persona precisa. También es necesario profundizar en la formación no solo de jueces y magistrados, sino de todos los operadores jurídicos: abogados, secretarios judiciales, funcionarios de justicia, notarios... porque la inercia provocada por muchos lustros, siglos incluso, de común formación en unos criterios que hunden sus raíces en el Derecho Romano, generará casi obligatoriamente, resistencias e incertidumbres. El propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad lo ha debido de advertir en el examen del caso español, y de ahí que lo recomiende expresamente en sus observaciones: **“Se recomienda, además, que se**

³² En ese sentido, de puro realismo, y de exigencia de que cualquier cambio normativo vaya acompañado por la dotación de medios materiales y humanos para que pueda ser cierto y eficaz, se pronuncian las Conclusiones del Seminario de Jueces de Incapacidades celebrado por el Consejo General del Poder Judicial en Abril de 2011, y lo ha expresado la Secretaria del Foro de Justicia y Discapacidad, de dicho Consejo, Rocío Pérez Puig en Jornadas “Ciudadanos de Pleno Derecho”, celebradas en Pamplona, organizadas por FEAPS Navarra, en Septiembre 2011.

proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes³³.

En cualquier caso, la aplicación efectiva de los apoyos, y su adecuada garantía, comprobación de su idoneidad y revisión, hace necesario que el Juzgado cuente con la información precisa, y esto difícilmente se puede garantizar dependiendo de otras administraciones cuya colaboración no siempre está garantizada, por lo que requerirá de una estructura de personal cualificado, con posibilidad de desplazarse allí donde el apoyo se tiene que hacer efectivo, y de acercarse, de forma real, a las necesidades de la persona con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, poniendo toda la información que recabe, al servicio del Juzgado y, con ello, de la propia persona a la que se refiere.

Incluso sería conveniente establecer relaciones de cooperación con las entidades sanitarias, de protección social, así como con las organizaciones de atención a personas con discapacidad, que, sin duda, a menudo pueden ofrecer al Juzgado información más cercana, rica y, por tanto, global, holística,

³³ Observación 34, del citado Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención

respecto de la persona con discapacidad, que la que puede determinar un informe, un “examen”, o una entrevista puntual.

En ese contexto, reivindicamos, especialmente, la colaboración de las organizaciones sociales con la autoridad judicial. Pocas personas, y prácticamente ninguna institución, pueden presumir de contar con mayor información acerca de una persona con discapacidad intelectual o enfermedad mental, aparte de su propia familia, que la entidad o centro del movimiento asociativo que le viene atendiendo. Sus reportes de información, lo que conocen sus profesionales, es un bagaje de crucial importancia y de interés indudable para el contexto en el que el juzgador habrá de delimitar apoyos y establecer garantías.

Somos plenamente conscientes de que, sólo si el Juez o Magistrado cuenta con ese bagaje de información profesional a su alcance, podrá ser efectiva la reforma propuesta y la garantía de los derechos que la misma pretende. Es decir, sólo si la Administración de Justicia y el Consejo General del Poder Judicial, con los instrumentos adecuados, es capaz de articular estos Juzgados con la plantilla necesaria, rompiendo abiertamente con el mecanismo actual en que toda la información técnica queda constreñida al mero informe médico forense; y si las Comunidades Autónomas o la Administración central con competencias en materia de justicia, ponen los medios para ello,

tendrán valor las afirmaciones que la Convención realiza. Si ambas cosas: reforma legislativa y dotación de medios, -y partiendo, en todo caso, de la sensibilización y formación de cuantos operadores jurídicos intervienen en estas actuaciones- no van a la par, seamos conscientes de que estaremos ante un sueño perdido. Y que, volviendo al ejemplo de Andersen, podremos decir que los órganos judiciales garantizan los derechos de las personas con discapacidad, pero tales afirmaciones sólo servirán para tapar con elocuencia la realidad de una situación de ocultación y exclusión efectivas. Una desnudez que trataremos de cubrir con garantías procesales y textos legales, pero que no podrá ocultarse si se utilizan los criterios de identificar la voluntad de la propia persona, de evitar influencias indebidas y de facilitarle el pleno ejercicio de la totalidad de los derechos humanos y ciudadanos que nadie, y menos aún desde criterios supuestamente pragmáticos o economicistas, pueden limitar.

6. Respecto de la regulación del internamiento involuntario.

Si ya venía siendo cuestionada la regulación del internamiento involuntario que se incluyó en el vigente texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la actual redacción de la misma que dejó establecida la Ley 1/2000, y si tal cuestionamiento fue ya abierto

con la entrada en vigor de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, el debate jurídico de su pertinencia entiendo que ha quedado superado primero con los dos pronunciamientos homogéneos del Tribunal Constitucional, dictadas en las Sentencias 131 y 132/2010 y, segundo, de forma aún más explícita, con las observaciones establecidas en los apartados 35 y 36 de las efectuadas por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en el examen del Informe del Estado Español³⁴, efectuado en Septiembre pasado³⁵.

³⁴ El texto completo está accesible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>

³⁵ El texto de las Observaciones del Comité de Derechos dice expresamente, en lo atinente a esta cuestión:

Libertad y seguridad de la persona (artículo 14)

35.El Comité toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial ("enfermedad mental"), en establecimientos especiales. Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas. Le inquietan igualmente los malos tratos de que, según se informa, son objeto las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos.

36.El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado.

A la luz de la Convención el ingreso de una persona en un establecimiento especializado, en caso de enfermedad, sea cual sea la naturaleza de ésta, si su situación no le permite adoptar la decisión de tal ingreso por sí mismo, se habría de producir siempre y cuando se hayan agotado todos los recursos comunitarios de atención, entre los que se incluyen los dispositivos o programas terapéuticos previstos según el tipo de enfermedad y, en general, los recursos de apoyo y socio sanitarios al efecto. Agotados los recursos mencionados y constatada una causa de urgencia médica que requiera el ingreso sin dilación, se procederá al mismo por tratarse de la crisis de una enfermedad que requiere esa intervención. No se puede ignorar que el actual sistema ha conducido a múltiples situaciones de extrema gravedad, personas que han sido víctimas de un sistema que no les ha ofrecido alternativas suficientes y adecuadas. Ahora bien, esa causa para el ingreso debe ser constada por profesionales sanitarios, que determinará, desde criterios éticos o bio-éticos, cuando la imposibilidad de prestar consentimiento por parte de la paciente justifica una intervención externa para asegurar su propia protección, o la de otros, siendo esta medida concebida, en todo caso, siempre como última y excepcional.

Tampoco se puede ignorar que se ha usado este cauce para cubrir de legalidad el ingreso en centros de personas con discapacidad intelectual o con problemas de deterioro cognitivo,

por partir de que tales limitaciones hacían inviable que prestasen un consentimiento válido. Algunas Comunidades Autónomas, han establecido las autorizaciones de internamiento como documento protocolario imprescindible para acceder al ingreso en estos centros, lo que ha generado una actividad judicial en muchos casos mecánica o superficial y, en otros muchos, innecesaria.

Entendemos que los internamientos por motivos de enfermedad mental tienen un marco propio en la legislación sanitaria normalizada que permite justificar actuaciones de salud precisas. Así, por ejemplo, la Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente, deja prevista la intervención sanitaria, incluso cuando el paciente no está en condiciones de prestar su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública o cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del paciente, por lo que abogamos por una consideración normalizadora de tales supuestos, evitando, como en la actualidad ocurre, que sea la existencia de una discapacidad intelectual, un deterioro cognitivo, una enfermedad mental o, en definitiva, una discapacidad, la causa de real de los ingresos, en los que se sule o se ignora la voluntad del paciente, lo que supone establecer, en definitiva, una discriminación, en razón de la discapacidad expresamente prohibida por la Convención.

Por este motivo hemos propuesto en el texto articulado ofrecido, la eliminación del citado art. 763 LEC, un precepto que, en el rango legal actual, está claro que está viciado de inconstitucionalidad, por cuanto, como veíamos, ha dejado claro el Tribunal Constitucional que no respeta la jerarquía normativa aplicable dado que afecta a derechos y libertades individuales. Consideramos que afecta al propio principio de legalidad mantener la aplicación y vigencia cotidiana de un precepto que aquel Tribunal ha establecido es contrario a nuestra Constitución, y, de ahí que abogemos por que la reforma de la ley procesal que proponemos ofrezca adecuada y urgente respuesta a la censura establecida por dicho Tribunal. Desatender esta necesidad, es decir, ignorar la decisión del tribunal Constitucional, o verse liberado de la necesidad de establecer la necesaria homogeneidad entre la Constitución y las leyes, siguiendo la discutible senda que el propio órgano de garantía constitucional ha dejado establecido en las sentencias citadas (en las que propone una curiosa y discutible fórmula, reconocida la inconstitucionalidad de la norma, no impone su derogación, sino que sostiene que puede seguir aplicándose para evitar un vacío legislativo), supone facilitar que la actividad cotidiana de jueces y fiscales se mantenga en una situación de total inseguridad jurídica. Y si esta inseguridad no es deseable en la aplicación de un ordenamiento jurídico que ha de estar basado, por el contrario,

en el principio de seguridad, menos lo es cuando estamos afectando a derechos personales sustanciales.

Por el contrario, de adoptar la medida propuesta, es decir, al dejar sin efecto el expreso texto del citado artículo 763, entendemos no se genera un vacío sino que las necesidades más perentorias quedarán adecuadamente cubiertas, incluso con la garantía judicial de los derechos de los afectados precisa, mediante la aplicación de la legislación sanitaria vigente o, en todo caso, con las modificaciones o actualizaciones que, fuesen precisas en ésta.

Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación
de la Capacidad de Obrar