



GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

DIRECTOR DE LA OBRA

Juan Manuel Fernández Martínez

COORDINADORA DE LA EDICIÓN

Isabel de Rada Gallego

Foro
Justicia y
Discapacidad



Consejo General
del Poder Judicial

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

DIRECTOR DE LA OBRA

Juan Manuel Fernández Martínez

COAUTORES

Rafael de Lorenzo García	Juan Carlos Iturri Gárate
Miguel Ángel Cabra de Luna	José Manuel Ruiz Fernández
Torcuato Recover Balboa	Javier Fernández-Corredor
Inés de Araoz Sánchez-Dopico	Sánchez-Diezma
Josefa García Lorente	Carlos Ganzenmüller Roig
Mariano Salinas García	Nuria López-Mora González
Ignacio Sancho Gargallo	Martín Corera Izu
María Dolores Bellés Centelles	Federico Cabello de Alba Jurado
María Luisa Zamora Segovia	Almudena Castro-Girona Martínez
Juan Manuel Fernández López	Alberto Muñoz Calvo
Francisco David Cubero Flores	Joaquín Delgado Martín

COORDINADORA DE LA EDICIÓN

Isabel de Rada Gallego

COLABORADORAS

Nuria Díaz Abad
Pilar Sepúlveda de la Torre
Ángeles Carmona Vergara
Carmen Delgado Echevarría
Ana María Bermejo García

Primera edición: Enero de 2021

Coordinación de la publicación: Isabel de Rada Gallego

Copyright: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
C/ Marqués de la Ensenada, 8. 28071 Madrid.

Diseño, maquetación e impresión: RALI

ISBN: 978-84-09-22349-7
Depósito Legal: M-31748-2020

ÍNDICE

I.	Prólogo	5
II.	El derecho de acceso a la Justicia	9
III.	El derecho a la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad	33
	A. El derecho de defensa de las personas con discapacidad	35
	B. Especialidades en los diferentes órdenes jurisdiccionales:	59
	B.1. Orden jurisdiccional civil	59
	B.2. Orden jurisdiccional penal	101
	B.3. Orden jurisdiccional social	119
	B.4. Orden jurisdiccional contencioso-administrativo	137
	C. La función del Ministerio Fiscal en la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad	166
IV.	La discapacidad y la nueva Ley del Registro Civil. Su reflejo registral	187
V.	La protección jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito notarial	209
VI.	La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el Registro de la Propiedad	237
VII.	Mejoras en la Administración de Justicia para atender a las personas con discapacidad psíquica y a las personas mayores vulnerables. Una visión desde la psiquiatría y psicología forense, la bioética y la gerontología	257

VIII. La protección de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito internacional: las Reglas de Brasilia.....	271
IX. Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, aprobado por acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018	297
X. Anexos.....	419
A. Listado de los delegados de discapacidad	421
B. Listado de fiscales delegados de especialidad civil y de protección de personas con discapacidad	425
C. Listado de delegados territoriales de la fundación Aequitas.....	429

I. PRÓLOGO

Juan Manuel Fernández Martínez
Presidente del Foro Justicia y Discapacidad

Han pasado nueve años desde que el Foro Justicia y Discapacidad publicara la “Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia”.

Son muchas las cosas que han pasado en este tiempo, tanto en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial, así como en la concienciación social sobre la discapacidad y, aun siendo consciente de que es mucho el camino que queda por recorrer hasta alcanzar una sociedad plenamente inclusiva, en la que todas las personas tengan garantizados, en plenitud de condiciones, sus derechos de acceso a la Justicia y de tutela judicial efectiva, no puede ignorarse que se han producido muy importantes avances. Cada paso andado, cada objetivo logrado nos sitúa ante nuevos retos, ante nuevas demandas de igualdad y dignidad, y es por ello por lo que los componentes del Foro decidimos llevar a cabo una actualización de dicha Guía.

La obra no tiene, en consecuencia, un carácter *ex novo*, sino que, siendo conscientes de la importancia que tuvo en su momento, y sigue teniendo, hemos querido resaltar esos valores mediante su actualización. Algunos autores son los mismos, otros han cambiado, pero su hilo conductor y su propósito son comunes en ambos trabajos. El paso del tiempo ha permitido certificar lo acertado de muchas previsiones que se hicieron en aquél trabajo, destacando, fundamentalmente, lo concerniente a los avances producidos en orden a la implantación en España de un entramado jurídico acorde con la Convención en lo concerniente a la capacidad jurídica, exigencia emanada de su artículo 12, cuyo incumplimiento había originado repetidas amonestaciones a nuestro país.

En el momento de culminar esta actualización no se ha producido aún la ansiada reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que conllevará la supresión de la diferenciación entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, y muy relevantemente la sustitución del “juicio de incapacitación” por un sistema de provisión de los apoyos que

la persona con discapacidad precise. Mas esta actual falta de concreción no durará mucho, ya que el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha sido ya aprobado por el Consejo de Ministros y enviado a las Cortes para su tramitación parlamentaria. La importancia tan grande de esta reforma nos llevó a considerar la conveniencia de posponer esta actualización, hasta ver la reforma publicada en el Boletín Oficial del Estado. No obstante lo anterior, nos decidimos por emprender este trabajo, en atención, principalmente, a dos consideraciones: una de naturaleza temporal, en cuanto que en breve culminará la trayectoria de este Consejo, prorrogada ya en dos años, y nos pareció adecuado que la intensa labor desarrollada a lo largo de estos siete años, tuviera como colofón esta obra. La segunda razón viene de la mano de la intensa actividad legislativa y jurisprudencial desarrollada desde la publicación de la primera Guía, por lo que su actualización es de utilidad no solo a efectos de ayudar a quien la consulte a tener un texto de referencia anclado en la realidad vigente sino también para contrastar el impulso que se ha dado por quienes desempeñamos responsabilidades públicas en el ámbito de los derechos humanos en general, y en el de la Discapacidad en particular.

En el ámbito legislativo se han producido hitos tan relevantes como la modificación de la ley orgánica del Régimen Electoral General, para suprimir la prohibición que afectaba a algunas personas con discapacidad; la reforma del Código Civil, para eliminar las limitaciones existentes para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad; las reformas en nuestra legislación procesal, particularmente intensas las de índole penal, con el objeto de garantizar el estatuto jurídico de aquellas, ya sea como víctimas ya sea como investigados; la modificación de la ley orgánica del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones. Y tantas otras en los diferentes ámbitos del ordenamiento jurídico que evidencian el deseo de la sociedad española de hacer realidad el mandato constitucional de igualdad de todas las personas ante la ley.

No son de menor importancia los avances producidos de la mano de nuestros tribunales, liderados en lo que a la provisión de apoyos se refiere, por la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, que con su célebre concepto del “traje a medida” vino a anticipar las reformas legislativas que están a punto de cristalizar. Es ello una muestra del rol constitucional de los jueces, cuya primera misión es la protección de los derechos humanos, de los derechos fundamentales. Su vinculación a la ley, de la que se deriva su legitimidad democrática, no empece que una interpretación coherente y cabal del conjunto del ordenamiento jurídico, y por tanto también de los instrumentos internacionales que forman parte del

mismo, conduzca a explorar caminos de igualdad e inclusión. Pero no solo han sido los tribunales del orden jurisdiccional civil quienes se han afanado en esa búsqueda, no menor ha sido el empeño puesto por los tribunales de los otros órdenes jurisdiccionales en procurar la consecución de tal objetivo. Ese trabajo se analiza en la presente obra, en la que tras un pórtico común se hacen consideraciones particularizadas de los cuatro grandes ámbitos: civil, penal, social y contencioso-administrativo.

La labor preventiva también es Justicia, la protección de los derechos de todas las personas, y por tanto también los de las personas con discapacidad, ha de darse para evitar, siempre que ello sea posible, su judicialización. En esa tarea merecen un lugar sobresaliente notarios y registradores, que con sus labores de asesoramiento y calificación otorgan a la situación patrimonial y personal de las personas el grado de garantía que su desenvolvimiento personal exige.

Mi reconocimiento también a las instituciones y organizaciones que integran el Foro. Los representantes de los Ministerios de Justicia y de Derechos Sociales y Agenda 2030, han sido siempre, cualquiera que fuera el color político del Gobierno, excelentes interlocutores y dinamizadores de nuestro trabajo. Y mi afecto y agradecimiento a CERMI, ONCE y Plena Inclusión, que dentro de sus ambiciosos cometidos de verificar el cumplimiento de la Convención en España y de trabajar para hacer efectiva la inclusión de las personas con discapacidad, defendiendo sus derechos en todos los ámbitos, dedican siempre su atención a enriquecer las actuaciones del Foro. Y, por supuesto, no quiero dejar de mencionar a los expertos del Foro, que han hecho que esta Institución, de carácter esencialmente jurídico, se haya enriquecido de otros conocimientos del saber humano.

Ha sido un honor y un privilegio servir a la Justicia desde este puesto, por lo que estaré siempre agradecido al presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes Serrano, por haberme delegado la presidencia del Foro Justicia y Discapacidad. Mi emocionado recuerdo a José Luis Terrero Chacón, q.e.p.d., quien fue Secretario General de Consejo General del Poder Judicial y decidido impulsor de las políticas inclusivas. Mi agradecimiento a los vocales, letrados y personal del Consejo, a las delegadas y delegados de Discapacidad en los Tribunales Superiores de Justicia de España, y a todas las juezas y jueces que cada día cumplen su labor con entusiasmo, para procurar una sociedad en la que nadie resulte discriminado por circunstancia alguna. No hay objetivo mejor ni más bonito que éste.

II. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Rafael de Lorenzo García
Representante del CERMI en el Foro Justicia y Discapacidad
Secretario General de la Fundación ONCE
Profesor Titular de la UNED

Miguel Ángel Cabra de Luna
Director del Área de Alianzas, Relaciones Sociales e Internacionales
de la Fundación ONCE

Torcuato Recover Balboa
Coordinador de la Red de Juristas de Plena Inclusión
Asesor Jurídico de la Asociación de Fundaciones Tutelares

Inés de Araoz Sánchez-Dopico
Asesora Jurídica de Plena Inclusión

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Desde el enfoque de los Derechos Humanos, en los últimos años se ha producido un notable desarrollo en la regulación en materia de discapacidad, especialmente respaldado por la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas, (en adelante, CDPD), un Tratado Internacional de Derechos Humanos válidamente firmado y ratificado por España y en vigor desde el tres de mayo de 2008. No obstante, este desarrollo normativo es insuficiente si no se acompaña de un contexto adecuado para impulsar el ejercicio real y efectivo de los derechos por parte de este colectivo vulnerable; es decir, si no se facilita el paso “de los derechos a los hechos”.

Hay que dar, por tanto, un salto cualitativo. No basta con el reconocimiento formal de los derechos, sino que el derecho debe ser ejercido y disfrutado por sus destinatarios, y cuando ello no suceda, hay que indagar en las causas de esta ineficiencia y arbitrar medidas dentro de los proce-

dimientos administrativos y jurisdiccionales, en el funcionamiento real de la Administración de Justicia, en la dotación de los medios para el acceso real a la tutela judicial efectiva, y una actitud proactiva de las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas para activar los mecanismos y procedimientos que transformen el derecho simbólico en un ejercicio y disfrute efectivo del mismo.

Así, el acceso a la justicia, además de ser un principio general básico del Estado de Derecho, es un derecho instrumental esencial para ejercer los derechos reconocidos, y se erige como la inmediata concreción del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama y garantizan el artículo 24 de la Constitución Española y el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (DE LORENZO, 2019: 11). Para las personas con discapacidad este derecho supone acceder a los tribunales en igualdad de condiciones, proteger y ejercer sus derechos, y, de esta forma, luchar contra la exclusión social y económica de este colectivo.

No obstante, las personas con discapacidad pueden enfrentarse a diversidad de barreras en el acceso a la justicia al involucrarse en un proceso judicial (bien como testigos, investigados, víctimas, o como operadores jurídicos). Y estas barreras, en combinación con las características y necesidades particulares de la persona con discapacidad, así como del entorno policial y procesal, producen como resultado una situación de mayor vulnerabilidad para las personas con discapacidad en el ámbito de acceso a la justicia. De manera que para abordar cualquier cuestión relativa a la discapacidad en el ámbito de la justicia es preciso aproximarse desde una perspectiva de derechos humanos, valorando todos los aspectos de la cuestión para identificar las barreras y las medidas que garantizarían la igualdad material en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Estas medidas, que al menos incluyen aquellas que garanticen la accesibilidad y el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones (como la accesibilidad y el diseño para todos), forman parte del derecho a la igualdad de oportunidades y *“su incumplimiento está expresamente calificado como discriminatorio en la propia Convención”* (AGUIRRE ZAMORANO, 2011: págs. 17-18). Igualmente, la CDPD, que de acuerdo al artículo 10.2 de la Constitución Española es además *“un instrumento de interpretación de los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce”*, recoge tres artículos que son de vital importancia para en relación con el acceso a la justicia; se trata de los artículos 5 (Igualdad y no discriminación), 12 (Igual reconocimiento como persona ante la ley) y 13 (Acceso a la justicia) (DE LORENZO, 2019: 13).

Otro aspecto de gran importancia en relación con la generación de un contexto adecuado para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad es la accesibilidad, un derecho reconocido también en la CDPD (como principio general en su artículo 3, y como derecho en su artículo 9). La accesibilidad es parte esencial de los derechos fundamen-

tales en cuanto es una condición ineludible para su disfrute en igualdad de oportunidades y, por lo tanto, su incumplimiento originaría la vulneración de un derecho fundamental protegible al más alto nivel constitucional. El incumplimiento de las medidas de accesibilidad genera un trato desigual que posiciona a la persona con discapacidad en situación vulnerable y en desventaja con respecto a personas sin discapacidad (AGUIRRE ZAMORANO, 2011: págs. 22). Como resultado, es posible inferir que la accesibilidad es un elemento esencial del derecho a la no discriminación, e incluso como un derecho subjetivo y fundamental implícito (DE ASIS, 2013).

Es necesario hacer referencia a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, y que se han tenido en cuenta por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en sus Guías de Buenas Prácticas sobre el Acceso y Tutela de los Derechos de las personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia. Si bien no tienen la fuerza vinculante de la CDPD, éstas ahondan en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la justicia al considerar “*en situación de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*”, como es el caso de la discapacidad.

En este sentido, las Reglas de Brasilia aportan criterios y medidas conducentes a garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, mediante el uso de “*todos los servicios judiciales requeridos*” y disposición “*de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación*”. Así, ofrecen medidas que, de un lado, pretenden garantizar el acceso a la justicia, estableciendo criterios en materia de cultura jurídica, asistencia legal y defensa pública, reconociendo el derecho a intérprete, o estableciendo la necesidad de revisar los procedimientos y los requisitos procesales con el objetivo de hacerlos más accesibles, y, por otro lado, instan a adoptar medidas que garanticen los actos judiciales, sentando criterios en materia de información procesal o jurisdiccional, comprensión de las actuaciones judiciales, comparecencia en dependencias judiciales, etc.

Asimismo, si bien es preciso continuar la tarea legislativa *ex novo* y de mejora y actualización de la normativa, no lo es menos que hay que plantearse un cierto reequilibrio gradual entre el esfuerzo de producción normativa y el esfuerzo de aplicación y disfrute real y efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en dicha legislación. Acometer todos los esfuerzos necesarios para pasar de la igualdad formal a una igualdad real, material.

En esta línea, otro aspecto a tener en cuenta en relación con la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, es que no se trata sólo de un tema de derechos humanos y de justicia social, sino que contiene también una vertiente económica. A este aspecto se hará referencia más adelante.

2. UNA NUEVA ESTRATEGIA PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Es cierto que los derechos de las personas con discapacidad han adquirido un desarrollo inimaginable en las últimas décadas. Sin embargo, como indica García Herrera¹, *“no basta con el reconocimiento del derecho si, finalmente no se dispone de las condiciones para su efectivo ejercicio. Dada la indeterminación jurídica de los contenidos de los derechos, el legislador es más proclive al reconocimiento del derecho que a incidir sobre las condiciones materiales. Es más fácil reconocer el derecho a la salud que asignar los recursos necesarios para que la curación sea una realidad al alcance de los miembros de la sociedad, y no sólo de los más pudientes. De ahí que no todo consista en la previsión de derechos individuales, sino que la adopción de medidas administrativas y financieras es el complemento indispensable, porque aquéllas son los instrumentos para actuar las previsiones constitucionales.”*

Si somos sinceros, las personas con discapacidad pueden reconocerse fielmente en esas afirmaciones. Nunca hemos dispuesto de normas (constitucional, legal o de otro rango) de tanta potencia y que reconozcan tal número de derechos. Aunque queda todavía por adaptar muchas normas a los principios y reglas básicas de la igualdad de oportunidades y no discriminación, la situación actual en el plano jurídico formal es cada vez más satisfactoria. A pesar de ello, sin ninguna duda el gran paso será la aplicación real de las normas y el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias.²

¹ “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia de la Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004.

² Esta brecha existente entre el nivel de reconocimiento formal de derechos por parte del ordenamiento jurídico español, y su efectivo cumplimiento o realización queda en evidencia, por ejemplo, en el Informe España 2010 del CERMI, Derechos Humanos y Discapacidad, Colección Convención ONU nº 5, Cinca, Madrid, 2011; o en las Observaciones del Comité de la ONU sobre Discapacidad respecto del informe remitido por el Estado Español en cumplimiento de lo establecido en el artículo 35 de la CDPD, CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011.

2.1. Alguna reflexión sobre la eficacia de los derechos

De acuerdo con Landa Zapirain³ “la noción de eficacia (de una determinada regla jurídica) pivota conceptualmente sobre la capacidad de una determinada técnica jurídica para obtener el resultado previsto por su creador”. En su artículo, Landa Zapirain distingue entre la eficacia y la eficiencia, indicando que “la noción de efectividad de una determinada regla jurídica pivota, sin embargo, sobre su contribución a la plena realización de los objetivos y los fines que persigue un determinado sistema normativo: la igualdad, la justicia, o la cohesión económica y social. Así, la eficacia (“efficiency”) se predica de la concreta norma, regla o principio jurídico (o de cualquier otra técnica de regulación), mientras que la efectividad (“effectiveness”) se orienta al sistema jurídico que regula una determinada materia considerando en su conjunto de normas e instituciones (por ejemplo, el sistema jurídico nacional, comunitario e internacional sobre las relaciones laborales).”

Indica Oliver-Lalana⁴ que, con la expresión “*eficacia de las leyes*”, solemos referirnos a ideas diversas, aunque relacionadas entre sí. Cabría distinguir, por lo menos, seis grandes variantes de eficacia, que pueden manifestarse en diferentes combinaciones y proporciones según cada tipo de ley: el cumplimiento, la aplicación, la movilización, la efectividad, la eficiencia y la eficacia simbólica. Así, una ley *sólo* despliega efectos “simbólicos”, en tanto que contrapuestos a los efectos “reales”, si carece de mecanismos adecuados de aplicación y ejecución que aseguren la realización social de su contenido normativo. En tal caso, la legislación cumple básicamente una función expresiva, de fijación y manifestación pública de (símbolos que encarnan) ciertos valores o propósitos.

Hay que dar un salto cualitativo y pasar de “los derechos a los hechos”, es decir, no basta con el reconocimiento formal, sino que el derecho debe ser ejercido y disfrutado por sus destinatarios, y cuando ello no suceda, hay que indagar en las causas de esta ineficiencia y arbitrar medidas dentro de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, en el funcionamiento real de la Administración de Justicia, en la dotación de los medios para el acceso real a la tutela judicial efectiva, y una actitud proactiva de las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones representativas para activar los mecanismos y procedimientos que

³ LANDA ZAPIRAIN JP, “Eficácia e efetividade do Direito nas relações trabalhistas internacionais”. Revista Trabalhista (Direito e Processo), Ed. Anamatra-Forense, vol. XVI, 2005

⁴ “Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31 (2008).

transformen el derecho simbólico en un ejercicio y disfrute efectivo del mismo.

2.2. Igualdad formal e igualdad real

Dice Garcia Herrera⁵ que, si seguimos la sugerencia de Rescigno de tomarnos en serio el principio de igualdad sustancial, debemos convenir que su fundamento reside en la aceptación de la divergencia entre el modelo constitucional y la realidad de los derechos y libertades, entre la distancia entre un reconocimiento formal de atribuciones jurídicas y en la difícil realización de sus posibilidades. Hay, pues, una imposibilidad de hecho de realizar lo que se ha reconocido jurídicamente, y ello por motivos que son contrarios a la propia Constitución.

Nuestra Constitución es buen reflejo de esta afirmación, al haber creado el juego de la acción combinada del artículo 14 y del 9.2⁶. Así, ha sido habitual en la jurisprudencia constitucional establecer la conexión entre el artículo 9.2 y 14. El artículo 14 se limita al trato igual, a vetar la discriminación por cualquier razón o circunstancia. Sin embargo, las matizaciones sobre la diversidad solo son posibles desde el artículo 9.2, el cual permite fundamentar las intervenciones materiales que corrijan los obstáculos y favorezcan la igualdad real.

Esta aproximación entre igualdad real e igualdad formal cabe plantearla desde la tutela judicial como desde las políticas públicas de intervención, así como desde el compromiso social como tercer pilar que necesitamos.

– *La tutela judicial*: De poco sirven las nuevas Declaraciones de los Derechos si no van acompañadas de las garantías que aseguren su eficacia. Galeotti⁷ ha sintetizado las garantías de los derechos en tres puntos, que merecen ser retenidos aquí: a) existencia de un interés tutelado b) que

⁵ Véase nota 1

⁶ Art. 9.2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; **Artículo 14**. Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

⁷ “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución española”, Luis Agujar de Luque, Revista de Derecho Político, nº 10, 1981

haya un peligro potencial o efectivo que amenace el valor normativo del interés constitucionalmente tutelado, peligro que puede provenir bien de los poderes públicos, bien de los particulares; c) mecanismos que la Constitución arbitra a fin de asegurar el valor normativo de los derechos fundamentales, mecanismos cuya estructura es muy diversa, ya que unos actúan con carácter previo ante los hipotéticos ataques que puedan sufrir los derechos fundamentales, en tanto que otros actúan con un carácter reparador ante una violación consumada de tales normas.

Así, el artículo 53 de la Constitución sitúa en un extremo de la protección jurisdiccional de los derechos, los enunciados en los artículos 14 a 29 en los que dicha protección por los Tribunales se llevará a cabo por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.⁸

Por otro lado, hay que destacar el sistema de seguimiento establecido en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que establece el nombramiento de una serie de órganos para su seguimiento en su artículo 33 y determina los métodos para promover, proteger y supervisar la aplicación de su contenido, erigiéndose pues en una serie de garantías para asegurar el valor normativo de dichas normas. Por ejemplo, en España, el Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad (CERMI) representa un organismo independiente designado para promover, proteger y supervisar la aplicación en España de la CDPD, mientras que el Consejo Nacional de la Discapacidad es un órgano consultivo interministerial a través del que las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus familias participan en la planificación, seguimiento y evaluación de las políticas que se desarrollan en el ámbito de la discapacidad. Ambos persiguen la efectiva aplicabilidad práctica de lo dispuesto en las normas reguladoras de los derechos de las personas con discapacidad en España. En el plano internacional cabe destacar el Comité Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, creado a partir del mandato del artículo 34 de la CDPD, órgano de expertos en derechos humanos

⁸ [...].la pretensión de vigencia de la Constitución como norma vinculante manifestada enérgicamente en el artículo 9.1 (los ciudadanos y los poderes públicos se encuentran sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico) adquiere su mayor intensidad en lo que atañe a los derechos fundamentales, como resulta del artículo 53 en sus apartados 1 y 2 (...) En consecuencia, la discapacidad no puede ser excusa para impedir la plena titularidad y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, con las consecuencias que ello conlleva respecto de las obligaciones, activa y pasiva de los poderes públicos, y de la inmediata exigibilidad de esos derechos, también por la vía jurisdiccional del artículo 53.2...] DE ASIS ROIG, R., y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2007.

encargados de la vigilancia de la aplicación de la CDPD en los Estados que la han ratificado, y al que envían un informe a los dos años de la entrada en vigor de la CDPD, y cada 4 años posteriormente, en base al artículo 34 de la CDPD. Asimismo, y siguiendo lo establecido en el artículo 39 el Comité informará cada dos años a la Asamblea General y al Consejo Económico y Social sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Partes en la CDPD.

Hay que reconocer con José María Ruiz Soroa que nuestro ordenamiento jurídico con demasiada frecuencia no define con claridad la solución aplicable a las situaciones jurídicas conflictivas lo que genera una alta dosis de incertidumbre y provoca que busquemos demasiado a menudo una solución de los Tribunales. Se pleitea cuando el resultado es impredecible por la falta de calidad en las soluciones jurídicas propuestas por las normas, y el “mal derecho” contribuye y mucho al excesivo recurso a los Tribunales.

En definitiva, se legisla mucho y no siempre de forma meditada, ordenada y rigurosa. Ello nos lleva a pedir a nuestras Instituciones y políticos que extremen el celo y rigor en la elaboración de las normas y las acerquen a los problemas reales de la sociedad, para lo cual el contacto con la sociedad civil organizada resulta imprescindible y no solo recomendable.

Pero, si bien es preciso continuar la tarea legislativa ex novo y de mejora y actualización, no lo es menos que hay que plantearse un cierto reequilibrio gradual entre el esfuerzo de producción normativa y el esfuerzo de aplicación y disfrute real y efectivo de los derechos y prestaciones reconocidos en dicha legislación.

– *Las políticas públicas*: Resultan imprescindibles para que los derechos se hagan realidad. Para ello, los poderes públicos cuentan con la política presupuestaria y con la función de policía. Acertadamente, Zorrilla Ruiz⁹ observa que “*hay leyes cuya eficacia no requiere el concurso de auxilios económicos, porque los intereses generales -a que, en su caso, atienden- se satisfacen con actos específicos o abstenciones de los poderes públicos, mientras que otras leyes sugieren proyectos inviables sin los medios de financiación que necesitan...*”

Por otra parte, la eficacia del Derecho decae si sus destinatarios simplemente actúan teniendo en cuenta la consideración económica del riesgo que suponga la sanción por su incumplimiento. Es lo que se denomina la “*productividad de la desobediencia*”, porque la utilidad material, derivada de desatender los mandatos y prohibiciones de una norma com-

⁹ “Eficacia y efectividad del derecho”, Manuel M^a Zorrilla Ruiz, Id. vLex: VLEX-324320. Disponible en: <http://vlex.com/vid/324320>

pensa lo ingrato y oneroso de los efectos sancionadores a que el incumplimiento da lugar; y sin que ello implique renuncia alguna a extraer las consecuencias en términos sancionadores, convincentemente cuantificados, de los incumplimientos de las normas por las personas o entidades obligadas.

– *El compromiso social*: Se trata del tercer pilar, quizás es el más innovador. Su función es la de completar y reforzar el clásico cuadro de garantías jurídico-institucionales en el ejercicio efectivo de los derechos. Responde a la idea de implicación social activa de todos, como una de las etapas imprescindibles en cualquier estrategia para resolver cualquier problema social.

Es importante además que la primera etapa recoja el diseño y elaboración de una serie de indicadores y datos de seguimiento e impacto a distribuir entre los agentes sociales y la sociedad en general, que funcionen como palanca de sensibilización de la sociedad. La inclusión en el Plan Nacional de Estadística 2013 – 2016 de una nueva estadística que medirá los salarios de las personas con discapacidad mediante la cual se pretende la medición de la integración laboral de las personas con discapacidad, es un primer paso. Si bien, se necesitan muchos indicadores más para transmitir el mensaje y así conseguir movilizar al tercer pilar e implicar activamente a la sociedad. Es importante exigir transparencia al Sector Público, Sector Privado y Tercer Sector. La efectividad de las normas debe ser transparente para todos.

Además, existen en la actualidad nuevos medios de certificar el cumplimiento de ese compromiso, como por ejemplo son los distintos sellos o certificaciones que nos permiten identificar y poner en valor el compromiso y esfuerzo de aquellas empresas que han incorporado políticas empresariales a cuyo reconocimiento se aspira.

2.3. Los instrumentos de “soft law”

Algunos especialistas en el campo del Derecho han puesto de relieve la progresiva importancia que están adquiriendo los llamados instrumentos de “soft law” en relación a las fuentes de derecho clásicas. Así, Fernando Valdés¹⁰ *“sitúa el soft law intramuros de la ciudadela del derecho en razón de su aptitud para generar algún efecto jurídico relevante, también débil, por supuesto. En tal sentido, no puede ni debe negarse la capacidad de algunas manifestaciones de soft law (recomendaciones, por ejemplo) de anticipar futuras regulaciones cogentes, de actuar como*

¹⁰ “Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: Una aproximación” *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2007, 25, núm. 2 11-28

critérios de interpretación de las reglas jurídicas vinculantes o de transformarse, a resultas de una aplicación reiterada, en normas vinculantes. La juridicidad predicable de los actos integrados bajo esa afortunada noción de síntesis que es el soft law tiende así a desplazar su centro de gravedad desde el plano de la coercibilidad al terreno de la efectividad. Los códigos de conducta, las recomendaciones, los avisos, los pareceres, las directrices y orientaciones, las declaraciones, las instrucciones y los programas y proyectos pueden definir reglas que, pese a no ser exigibles a través de los procedimientos típicos de la coerción jurídica, pueden llegar a ser observadas, conformando comportamientos y alcanzando cierto grado de efectividad jurídica (Spadaro 2001: 259-260)”

El poder de la Ley es necesario y clave fundamental para impulsar derechos y avances sociales, pero advertimos un progresivo deterioro de su valor real para dar efectividad a los objetivos que se predicen en las normas jurídicas. Es cierto que las fórmulas comentadas de “soft law” no tienen validez jurídica directa invocable en las acciones judiciales frente a la vulneración de obligaciones jurídicas, lo que les resta, potencia, pero son un complemento de gran relevancia para avanzar en la efectividad real.

Valdés analiza la presencia del derecho débil en el ordenamiento social comunitario. *“El ordenamiento comunitario – afirma –, al menos en lo que concierne a su vertiente social, parece alejarse de este paradigma tradicional (el Tratado, el Reglamento y la Directiva). La construcción de la Europa social ya no se hace sólo ni tanto mediante el empleo de actos normativos, de naturaleza cogente y jurídicamente exigibles, destinados a armonizar los ordenamientos a través de normas directivas. También se recurre, y de manera creciente, a las fórmulas de soft law.”*

2.4. El enfoque económico de la Discapacidad

La efectividad de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias no sólo es un tema de derechos humanos y de justicia social, sino también de enfoque económico, donde todos los implicados (*stakeholders*) ganen, o dicho de otra manera 4 millones de personas con discapacidad en España o 80 en la UE, son un grupo nada desdeñable de consumidores, o si pueden incorporarse al mercado laboral, de trabajadores. Por tanto, son una vía de incrementar la clientela para las empresas, de contribuyentes para el erario público y la seguridad social y, no por tanto, un elemento de gasto, sino de inversión social con un claro retorno que beneficia a todos. En este sentido, y sobre todo teniendo en cuenta la situación económica actual, debemos hacer hincapié en la necesidad de priorizar los recursos escasos, adquiriendo en estos tiempos de crisis aún mayor relevancia el coste de oportunidad que supone la aprobación de cualquier norma si finalmente no se hace efectivo su cumplimiento.

Frente a las posiciones economicistas que propugnan la incompatibilidad entre crecimiento y sostenibilidad con la solidaridad / justicia social, habría que esgrimir un argumento de relevancia social, pero de plena incardinación en el modelo económico. Más allá de valoraciones relativas a derechos humanos y éticos, habría de tenerse en cuenta desde una perspectiva macroeconómica que un país no puede renunciar al talento, la aportación productiva y transformadora de una parte de la población tan importante como las personas con discapacidad, que son casi 4 millones de ciudadanos, de los cuales una parte nada desdeñable están en condiciones de desempeñar un papel activo y productivo en el sistema.

La clave está en la inclusión laboral transformando a este colectivo en sujetos activos en lugar de personas pasivas, para lo cual no sólo tendría un efecto de palanca en términos de autoestima, motivación y compromiso personal, sino que también, y partiendo de la nueva situación económica que le otorgara un empleo decente, se situarían como consumidores directos y autónomos, contribuyentes netos a la Hacienda y a la Seguridad Social, y por tanto, aportantes en positivo al esfuerzo colectivo de un país para mantener una línea de crecimiento, desarrollo y sostenibilidad. Seguramente, si realizáramos un análisis riguroso en términos de balanza fiscal entre los aportes positivos en términos económicos que esta política de activación de recursos humanos inyectaría en el sistema, y la reducción de gasto social que resultaría innecesario al poder cubrir de forma directa parte de sus necesidades, nos conduciría a una conclusión muy favorable en términos de diferencial positivo para el sistema, visto desde un ángulo económico, fiscal y de mercado.

Y todo ello sin demerito de las políticas de protección social, que deben de estar presentes, pero sin ser las únicas en acción. El enfoque proactivo de la discapacidad es clave y constituirá un elemento fundamental en los próximos años, no solo por la actual coyuntura económica de crisis sistémica, sino sobre todo por convencimiento y desarrollo madurativo de las personas con discapacidad, sus familias y el movimiento asociativo en el que se integran. Pero además hay que tener presente que, a menudo, no basta con insistir en que se cumpla la Ley. Hay que hacer algo más, un plus, que favorezca que así suceda.

Y es aquí donde entra, una labor fina dirigida a que se imponga el voluntario cumplimiento, que es la mejor manera que se hagan efectivas las reglas y normas, donde el “soft law” puede ser el complemento relevante para avanzar en este sentido. Hay que trabar lazos y alianzas con todos, suscribir convenios, trazar planes de actuación, firmar códigos éticos, recopilar datos, medir el impacto, comprometer a las empresas y sectores económicos, implicar desde los agentes socioeconómicos (Empresas / Sindicatos) a los diferentes actores públicos y del Tercer Sector. Avanzar paso a paso, con tenacidad, juntos y teniendo el objetivo claro., en el que quizás deberíamos plantear que toda norma jurídica disponga

de: Una evaluación continua de su cumplimiento, así como de Un “Plan de despliegue” para asegurar su efectividad.

3. BARRERAS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

El acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho; un derecho fundamental que debe garantizarse en una sociedad democrática, participativa e igualitaria; un instrumento imprescindible para hacer valer o restablecer otros derechos, para proteger y resarcir, en su caso, a las víctimas, para hacer frente a discriminaciones. El acceso a la justicia es indispensable para el desarrollo social, económico y político de un país. En el marco de la CDPD, “acceso a la justicia” viene a ser el derecho que tienen las personas con discapacidad a utilizar en igualdad de condiciones que las demás las herramientas y mecanismos legales para que se reconozcan y protejan sus derechos, y que faciliten en este ámbito el desempeño de sus funciones como “participantes directos e indirectos”, en el marco del propio procedimiento judicial, pero también -como señala el propio artículo 13- las “etapas de investigación y otras etapas preliminares”.

En el contexto de la Unión Europea hay alrededor de 80 millones de personas con discapacidad. La UE y todos sus Estados miembros ratificaron la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y, por lo tanto, deben garantizar el cumplimiento de ese artículo 13. Además, el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea—que en 2019 celebra sus 10 años de entrada en vigor - establece que “la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de las medidas diseñadas para garantizar su independencia, integración social y laboral y participación en la vida de comunidad”. En este precepto de la Carta “*se encuentra el reconocimiento de la legalidad de las medidas positivas que sean necesarias para asegurar su igualdad de oportunidades y su integración plena en la sociedad*”¹¹. Por tanto, para proteger los derechos, satisfacer las necesidades básicas y promover la participación ciudadana de las personas con discapacidad, es necesario garantizar el acceso más amplio posible a la justicia de este colectivo.

La falta de acceso a la justicia afecta en particular a los colectivos más vulnerables, tanto social como económicamente, entre los que se encuentran como decimos las personas con discapacidad. Si bien es cierto que,

¹¹ Mangas, A. (2008). *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea artículo por artículo*. Fundación BBVA.

poco a poco se van dando pasos que nos hacen albergar esperanzas de mejora en este campo (impulso a la formación a jueces y magistrados en materia de discapacidad, así como a abogados a través de los Colegios; redacción de sentencias en lectura fácil; colaboración de cuerpos de seguridad del Estado con entidades del movimiento asociativo para la elaboración de guías y protocolos de intervención, por mencionar algunos ejemplos), lo cierto es que a día de hoy siguen subsistiendo barreras que dificultan considerablemente el acceso real a la justicia por parte de las personas con discapacidad.

En octubre de 2018, la Fundación ONCE puso en marcha un proyecto que se extenderá hasta marzo de 2021, cofinanciado por Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020), cuyo objetivo final es tratar de mejorar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Europa mediante la sensibilización y la formación dirigida a operadores legales.

En una primera etapa de dicho proyecto (coordinado por la Fundación y cuyos socios son el Foro Europeo de Discapacidad (EDF), la Asociación Europea de Proveedores de Servicios para Personas con Discapacidad (EASPD), la Universidad Carlos III de Madrid y Thomson Reuters Aranzadi), los trabajos se han centrado en llevar a cabo un análisis del estado de arte de esta cuestión a nivel europeo, que ha arrojado resultados que no por menos novedosos dejan de ser significativos. Dichos resultados, en su mayoría extrapolables al caso español, han sido obtenidos fundamentalmente a partir de varios seminarios organizados en Bruselas y Madrid que contaron con la participación de representantes del movimiento asociativo de la discapacidad, de organizaciones de abogados y notarios europeos, así como profesionales legales individuales y de responsables de la UE que trabajan en este campo.

Así, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad sigue siendo el punto clave cuando se habla de acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad. El cambio de paradigma respaldado por la CDPD de una toma de decisiones sustituida (tutela) a una toma de decisiones con apoyos aún no se ha implementado por completo en numerosos países de la UE donde, en consecuencia, a menudo no se reconoce a estas personas, principalmente con discapacidad intelectual, como “capaces” de actuar legalmente. Así, por ejemplo, se estima que en Bulgaria alrededor de las tres cuartas partes de personas con discapacidad se encuentran bajo tutela, lo que significa que no pueden realizar ningún acto legal por sí mismos sino a través del tutor, lo que en muchas ocasiones genera situaciones de conflicto de intereses en cuestiones jurídicas, financieras o familiares.

Otro de los aspectos que se han revelado en el proyecto como una importante barrera al acceso al sistema de justicia ha sido la falta de conocimiento por parte de las personas con discapacidad de los propios derechos. Informar a las personas con discapacidad sobre cuáles son los

derechos que les asisten, empoderarlas para que los conozcan de primera mano y cómo funcionan los procesos legales, o incluso la orientación o asesoramiento que puedan proporcionar cuidadores profesionales o informales de la persona con discapacidad, se convierten en herramientas fundamentales para garantizar que éstas sepan identificar aquellas situaciones en que se están produciendo vulneraciones de sus derechos, conozcan los mecanismos para presentar una queja o denunciar dichas situaciones y poder acceder si fuera el caso al sistema judicial.

Por otro lado, la mayoría de los documentos y comunicaciones dentro de los procedimientos legales no suelen ser accesibles y los tecnicismos y la especializada jerga legal, así como la complejidad de los propios procedimientos, dificultan aún más a algunas personas con discapacidad, especialmente intelectual o psicosocial, que puedan comprender sus derechos. Por ello, una asistencia legal adecuada y accesible resulta crucial. La opción más obvia para la representación legal son los abogados. Sin embargo, el coste de este tipo de ayuda supone en muchas ocasiones una gran barrera para las personas con discapacidad. Además, aquellas personas con necesidades de apoyo adicionales para comunicarse se encuentran incluso en una posición más adversa: por un lado, ello requerirá más tiempo al asesor legal, lo que (además del coste del apoyo) puede traducirse en una factura más elevada y, por otro, dado que la mayoría de los asesores legales suelen tener recursos humanos y de tiempo limitados, no siempre pueden atender adecuadamente a los clientes con necesidades especiales. Para remediar estas situaciones, en el contexto europeo existen organizaciones sin fines de lucro que están organizando recursos para que las personas con discapacidad tengan acceso a material de lectura fácil sobre información legal o que incluso brindan asesoramiento legal gratuito.

Por otro lado, las personas con discapacidad tienen que hacer frente a problemas de accesibilidad física y comunicativa al acceder a la justicia. El diseño universal es necesario, aunque no sólo cuando se trata del entorno físico: hay una gran necesidad de modos alternativos de comunicación. La mayoría de los documentos y comunicaciones dentro de los procedimientos legales no son accesibles. Así, por ejemplo, las personas con discapacidad visual necesitarían se facilitasen los documentos y comunicaciones en un texto en braille; las versiones en lectura fácil también deberían estar ampliamente disponibles; las personas con discapacidad auditiva necesitarían subtítulos en tiempo real, bucles de inducción para audífonos y / o interpretación del lenguaje de señas.

Sin embargo, las barreras de accesibilidad no terminan ahí. En ocasiones, la configuración y el ritmo de un procedimiento genera en algunas personas con discapacidad presión y ansiedad indebidas, lo que requiere que para su bienestar y participación en el procedimiento se deban hacer adaptaciones. Así, por ejemplo, a veces podría ser necesario un cambio

de sede o la presencia de una persona de apoyo. Una línea de tiempo diferente, o un estilo de comunicación más informal, también podrían ser apropiados. Otras posibilidades son hablar más despacio, formular preguntas de manera diferente y permitir pausas. En el caso de personas con discapacidades intelectuales, cognitivas o psicosociales, un facilitador que no tenga interés directo con el individuo, el caso y las personas involucradas podrían ser designados para “traducir” y explicar los procedimientos. Las personas con discapacidad deben participar en los procedimientos que les afectan. Deben tomarse medidas de accesibilidad y/o realizarse los ajustes necesarios para que puedan ser escuchadas e informadas por completo.

Por último, también se ha revelado como importante barrera para el acceso a la justicia de las personas con discapacidad la falta de capacitación de los profesionales involucrados en el sistema de justicia, tanto en lo que respecta en la interacción con estas personas y los diferentes tipos de discapacidades que hay como sobre los derechos de éstas. Desafortunadamente, la CDPD es casi inexistente en los planes de estudio de los profesionales del derecho en la UE. La base de los derechos humanos y de los derechos de las personas con discapacidad debería enseñarse a los profesionales del derecho, especialmente en el caso de abogados, jueces, notarios o fiscales. Es una necesidad resolver esta brecha en la capacitación de estos profesionales, pero también encontrar sinergias con otros actores clave (miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, forenses, trabajadores sociales, funcionarios de prisiones..., con quienes las personas con discapacidad a menudo entran en contacto en el contexto de una etapa previa -y también posterior- a un proceso judicial) para proporcionarles un acceso efectivo a la justicia.

Desde el CERMI se ha elaborado en 2019 una “*Guía de fácil uso de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para Operadores Jurídico*”¹², a través de la cual se pretende acercar la CDPD y su Protocolo Facultativo a “fiscales, abogadas y abogados, juezas y jueces y otros agentes implicados en el tráfico jurídico, para que el compendio de derechos y libertades que recoge su articulado se garanticen y se reconozcan en su plenitud”.

Lo expuesto es sólo una panorámica muy amplia de las principales, que no únicas, barreras a las que se enfrentan las personas con discapacidad en su acceso a la justicia. Todavía queda mucho por hacer, pues los mandatos de la CDPD son ineludibles. Como conclusiones podemos señalar las siguientes observaciones:

¹² Disponible en: <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Gui%CC%81a-CDPD-operadores-juri%CC%81dicos-06032019.pdf>

- Los Estados miembros deben llevar a cabo una revisión de sus procesos judiciales para identificar las barreras de acceso a la justicia para las personas con discapacidad con diversas necesidades de apoyo, incluyendo las necesidades específicas para niños y mujeres con discapacidad.
- Una mención legal de la accesibilidad de la justicia para las personas con discapacidad es una condición necesaria pero no suficiente para la efectividad de los derechos. Es importante tener en cuenta la diversidad de las personas con discapacidad y el hecho de que esta diversidad requiere que se brinde una diversidad de respuestas para garantizar el acceso a la justicia. El apoyo individualizado debería ser fácil y la responsabilidad financiera no debería recaer en la persona con discapacidad.
- La persona con discapacidad debe ser escuchada primero y de conformidad con la CDPD, la voluntad y las preferencias y la toma de decisiones con apoyo deben ser el enfoque de cualquier procedimiento legal relacionado con ellas.
- La red que rodea a la persona con discapacidad mientras intenta acceder a la justicia es clave para brindar el apoyo necesario.
- Una de las principales barreras de acceso a los derechos fundamentales y la accesibilidad para las personas con discapacidad es la falta de conciencia o capacitación de las personas en contacto con ellas. El sistema de justicia no es una excepción y, en este sentido, debe promoverse la sensibilización y la formación de los distintos operadores legales y otros agentes involucrados en el acceso a la justicia.

4. CUANDO EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL PENAL INFRINGE EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Como se ha señalado ya en esta Guía, el artículo 13 de la CDPD constituye la garantía de lo dispuesto en el artículo precedente, y, con este, algún autor incluso los ha considerado el corazón de la propia Convención.

Hemos tenido la fortuna de escuchar, en alguna ocasión, a la anterior Presidenta del Comité de Derechos de Naciones Unidas para la aplicación de la CDPD, Dña. Soledad Cisternas, decir que el artículo 12, y su corolario de aplicación, el artículo 13, constituyen el corazón de la propia Convención, y es obvia la certeza de esta valoración en cuanto lo dispuesto en el artículo 12, al enunciar que *“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”* y establecer a continuación que *“los Estados Partes adoptarán las medidas pertinen-*

tes para proporcionar acceso a la personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, afirma una modificación sustancial en el acercamiento a la discapacidad, que rompe un posicionamiento de discriminación y de subestimación sostenido durante siglos. La indicada expresión: “*En igualdad de condiciones que el resto de las personas*”, se constituye en la CDPD como un parámetro reiteradamente repetido a lo largo de su texto, lo marca, e indica el fin, la obligada conclusión de procesos segregadores, benefactores, asistencia-listas, para apostar por procesos de provisión de apoyos para el ejercicio, pleno, de los derechos.

Como señala GARCIA PONS, A¹³, “*no es difícil entender que el artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 constituya el punto clave de dicha Convención*”. Así también lo señala BARIFFI¹⁴: “*el artículo 12 constituye muy probablemente el mayor desafío que presenta la CDPD, es decir, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica*”.

Asimismo, es evidente que quienes establecieron el texto definitivo de la Convención fueron conscientes de que lo proclamado en el expresado precepto es insuficiente si el ejercicio de la capacidad jurídica allá establecido carece de efectividad cierta por que la persona con discapacidad no puede acceder a la administración de justicia para obtener la tutela, el amparo judicial, de aquel derecho. De ahí la sustancial importancia, a que antes me refería del artículo 13, cuyo texto establece un mandato explícito a los estados partes para que estos garanticen tal acceso, estableciendo como criterio de ponderación de la efectividad de tal mandato, que este permita que la persona pueda actuar “en igualdad de condiciones con los demás”, mandato igualitario que es el que reitera el texto de la CDPD al enunciar cada uno de los derechos que proclama. Incluso a continuación el legislador de la Convención busca incluso aterrizar, concretar lo más posible aquel mandato y requiere de los estados, y por ende, de todos sus administraciones, en nuestro caso, de quienes intervienen en la administración de justicia, adopten todos los medios, incluidos los adaptaciones del procedimiento, “para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de las personas con discapacidad como participantes directos o indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedi-

¹³ GARCIA PONS, A. El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España. Anuario de derecho Civil. Tomo LXVI, Fasc. 1, Enero-Marzo 2013. BOE. Pag. 67

¹⁴ BARIFFI, F., El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ediciones Cinca, Colección Convención ONU nº. 11, Madrid, 2014.. pag. 290

mientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

Es obvio, pues, que el legislador ha querido, como decimos, concretar, evitar que haya resquicios en virtud de modalidad o tipo de procedimientos (enfatisa generalizando a “TODOS los procedimientos judiciales”, lo que supone evitar exclusión alguna), e incluso ha querido identificar los distintos roles que puede desempeñar la persona en aquellos: actor, demandante, denunciante, peticionario o víctima; denunciado, detenido, investigado o acusado, y testigo.

La conclusión, pues, es que una limitación cierta, en la posibilidad de ejercicio de lo que el precepto gráficamente ha denominado “funciones efectivas” de la persona en su desempeño en cualquier procedimiento, supondría una lesión del sustancial derecho de acceso a la justicia. Es igualmente obvio que debe caber la ponderación cuantitativa, en función de la entidad de la dificultad de acceso existente en cada caso, pero la regla general es la que establece el precepto y la misma debe ser como tal invocada para reivindicar activamente la certeza, la garantía de aquel derecho.

A ello se debe unir el que, si efectuamos un acercamiento sincero, imparcial, y analizamos la realidad del desempeño de las personas con discapacidad, especialmente las personas con discapacidad intelectual, en los procesos judiciales, antes nuestros juzgados y tribunales, deberemos reconocer que son muchas las barreras y dificultades que antes estas se presentan y que limitan, a veces ostensiblemente, las “funciones efectivas” a que el artículo 13 se refiere. Podríamos hacer una análisis pormenorizado acerca de cómo se desenvuelve la persona con discapacidad intelectual en los ámbitos jurisdiccionales civil, social, contencioso o criminal, lo que ya se hace en esta Guía, pero, si lo efectuamos desde un punto de vista práctico, y en mi caso, desde la experiencia real de décadas realizando ese desempeño profesional, entiendo que habría que compartir conmigo que difícilmente está hoy garantizada la efectividad, la certeza, del derecho de acceso a la justicia; que son muchas las barreras de accesibilidad cognitiva, de comunicación, de comprensión, especialmente sensibles en quien se encuentra en muchos casos en situación de vulnerabilidad, incluso en cualquier de los roles que desempeñe, al enfrentarse a un escenario que tiene reglas propias y ajenas, en muchos casos muy rígidas e incompresibles, e incluso un lenguaje oscuro y especializado.

Son ya doce años de vida de la Convención, y esto permitiría contar con un acervo de documentos que ayuden a entender la dimensión real de esa diferencia, de esas barreras, pero hay que ser conscientes que también es un plazo corto cuando hablamos de una disposición normativa tan ambiciosa y que impone cambios no solo de meras estructuras formales, sino incluso de mentalidades de quienes desempeñan cualquier papel en las misma.

Se ha generado, no obstante, documentos, observaciones realizadas por la propia Comisión; Informes realizados a los estados partes tras el examen que regula el artículo 35 de la CDPD, pero ahora, por fin, se está ya emitiendo decisiones por parte del Comité que resuelven quejas, denuncias formuladas sobre la aplicación de la Convención, lo cual suministra una sustanciosa fuente de información acerca de cómo debe interpretarse la norma, al acercarse esta a cada supuesto concreto, a cada caso específico; a la situación vivida, experimentada por una persona con discapacidad.

Es el caso el dictamen a que ahora nos referiremos.

5. ANÁLISIS DEL DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2019 CONTRA MÉXICO

En la indicada fecha el Comité ha aprobado su Dictamen, emitido en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm.32/2015*,** presentada por Arturo ** ** (representado por los abogados Unive Leyva Garcia y Maria Sirvet Bravo Ahuja, que se refiere a los artículos 5, 9, 12, 13, 14 y 19, leídos conjuntamente con el artículo 4.

El supuesto que se considera es el padecido por una persona con discapacidad intelectual y psicosocial, de nacionalidad mexicana, que no precisa tratamiento médico constante, y que recibe apoyos en su entorno natural, proporcionado por sus familiares cercanos, su madre y su hermana.

Arturo fue detenido acusado de haber robado un vehículo en base a la identificación que los agentes del orden habían realizado sobre imágenes captadas de una cámara de seguridad. La detención se produce sobre las 11 h, y no es hasta las 22 horas cuando el fiscal comunica a los familiares la detención. La madre alega ante la fiscalía la discapacidad de su hijo, presenta documentos que la acreditan y sostiene, además, que este no sabía manejar un vehículo. Tras diversos avatares, y exámenes forenses, a Arturo se le aplica Procedimiento Especial para Inimputables en

* Aprobado por el Comité en su 22º período de sesiones (26 de agosto a 20 de septiembre de 2019).

** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Ahmad Saleh Al-Saif; Robert George Martin; Monthian Buntan; Imed Eddine Chaker; Jun Ishikawa; Mi Yeon Kim; Samuel Njuguna Kabue; Laszlo Gabor Lovaszky; Dmitry Rebrov; Martin Babu Mwesigwa; Jonas Ruskus; Risnawati Utami y Markus Schefer. De conformidad con el artículo 60, párrafo 1 c), del reglamento del Comité, Amalia Eva Gamio Ríos no participó en el examen de la presente comunicación.

contra del autor, y permanece ingresado en un centro de detención. El autor alega que no se le permitió declarar, no se le informó lo que estaba sucediendo dentro del proceso, ni se le notificó que estaba siendo procesado bajo la figura del Procedimiento Especial para Inimputables. Estuvo atendido por un abogado de oficio, aunque la madre sostiene que solicitó la designación de un letrado de su elección lo que no se le facilitó al no constar esta como la tutora legal de su hijo detenido. Formulada la misma solicitud en nombre del propio detenido, igualmente se rechaza por el juzgar. Se celebraron “audiencia de vista” en el indicado procedimiento especial, a las que no fue convocado y ni asistió el propio detenido. El juez condenó al autor por el delito de robo y le impuso una medida de seguridad por cuatro años, correspondiente a su internamiento en una institución o área de rehabilitación psicosocial del sistema penal. La sentencia fue notificada únicamente al abogado de oficio, y no al autor, quien no fue informado de los recursos que podía interponer, y devino firme al no ser recurrida, por lo que se pasó a su ejecución, sin que es la resolución que lo acordaba tampoco fuese notificada al condenado.

Después de una larga batalla judicial, en la que la madre de Arturo contó con la ayuda de una organización especializada en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, dos años después de su detención, y cuando aquel aún permanece en centro de internamiento, el Tribunal Colegiado resolvió un recurso de queja, estableciendo que el Juez de Distrito de Amparo era competente para conocer del caso, pero no de la totalidad de la sentencia y ordenó al Juez de Distrito resolver sobre la falta de notificación de la sentencia de primera instancia y de determinar si se había impedido al autor interponer recurso de apelación. A petición de la defensa, el Tribunal Colegiado realizó el ajuste razonable de redactar una versión sencilla de la resolución. No obstante, negó hacerlo respecto de otras resoluciones derivadas del juicio. “El autor alega que fue excluido del proceso penal llevado en su contra. En este sentido, recuerda que no fue notificado de las resoluciones ni de la sentencia definitiva dictada y que, por ende, no pudo apelar la sentencia de primera instancia dictada en su contra, ni pudo recurrir al juicio de amparo directo, ya que éste requiere que se haya apelado previamente la sentencia. El autor solicitó que se hiciera una excepción en la aplicación de esta regla, tomando en cuenta que la misma legislación penal y las prácticas judiciales lo habían colocado en esta situación de indefensión por no reconocer su capacidad jurídica”¹⁵.

El estado parte se opone a la admisibilidad de la denuncia sosteniendo que no se habían agotado todos los recursos previo en vía jurisdiccional ordinaria o extraordinaria en el propio país, por lo que la admisión de

¹⁵ Apartado 2.24 del Dictamen

la denuncia sería contraria a las propias normas que regulan esta, pero esta argumentación es rechazada por el Comité que, tras analizar la compleja urdimbre procesal realizada y la requerida, concluye que considera que el autor realizó esfuerzos suficientes para plantear sus reclamos ante las autoridades domésticas. Por consiguiente, la comunicación es admisible en virtud del artículo 2 d) del Protocolo Facultativo¹⁶, por lo que sostiene la admisibilidad de la comunicación efectuada.

Finalmente, el Comité, tras analizar las posiciones de las partes, concluye que:

“Según lo establecido en el artículo 9, párrafos 1 y 2, literal f) de la Convención, los Estados partes deben adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a la información y para promover formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar el acceso a la información.

En el presente caso, el Comité advierte que debido a su discapacidad intelectual y psicosocial el autor no fue tomado en cuenta dentro del proceso y no tuvo acceso a la información relacionada con el mismo¹⁷”

Y determina que

“Por las razones expuestas, el Comité considera que la falta de participación del autor dentro del proceso penal que se llevó en su contra y la denegación de redactar una versión sencilla de las resoluciones emitidas en el juicio de amparo, constituyen una violación del artículo 9, leído conjuntamente con el artículo 4 de la Convención”.

Determina también el Comité que la práctica procesal del Estado parte, estableciendo un procedimiento específico en función de la discapacidad del sujeto, es discriminatorio, por lo que constituye violación del artículo 9. Es de especial interés la valoración del Comité de que la actuación realizada supone la conculcación del principio de igual capacidad jurídica que proclama el artículo 12, leído en relación con lo dispuesto en el artículo 4.

Y, finalmente, el Comité considera infringido el artículo 13, puesto que, concluye, “desde el inicio del proceso penal, no tuvo la posibilidad de participar en el procedimiento judicial, no se le permitió declarar, ni rebatir las pruebas presentadas, ni estar presente en las audiencias judi-

¹⁶ Apartado 9.5 in fine

¹⁷ Apartado 10.5

ciales; (ii) no se le notificaron las resoluciones emitidas; (iii), y añade las siguientes recomendaciones al Estado parte:

- a) *En lo que respecta al autor: el Estado parte tiene la obligación de:*
- i) *Proporcionarle una reparación efectiva, incluido el reembolso de cualesquiera costas judiciales en que haya incurrido, junto con una indemnización;*
 - ii) *Reconocer públicamente la violación de los derechos del autor conforme al presente dictamen y adoptar cualquier otra medida de satisfacción adecuada;*
 - iii) *Publicar el presente dictamen y distribuirlo ampliamente, en formatos accesibles, a fin de que llegue a todos los sectores de la población.*

6. CONSIDERACIÓN DE OTRAS DENUNCIAS FORMULADAS SOBRE LA MISMA MATERIA

Como resulta del texto analizado, en este pronunciamiento del Comité sobre esta materia deja este muy claras las exigencias de aplicación de la Convención, lo cual sirve de criterio de ponderación para las todas las situaciones en que una persona con discapacidad considere que su derecho de acceso no está siendo íntegramente respetado, en esa línea, desde Plena Inclusión, y con la valiosa intervención del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas¹⁸, de la Universidad Carlos III, se ha formulado una denuncia, también por inadecuada aplicación del artículo 13, respecto del supuesto de persona con discapacidad intelectual reconocida que se encuentra cumpliendo pena privativa de libertad tras seguir contra ella procedimiento sumario, en la que, tras analizar tanto el periodo de instrucción como el desarrollo de la vista, entendemos que no se ha garantizado la comprensión por parte del acusado, hoy condenado y con ello se ha limitado su derecho de defensa y de acceso a la justicia. Nuestra denuncia ya ha sido admitida a trámite ante el Comité que procederá su análisis conforme al texto de aquella.

¹⁸ Precisamente el referido Instituto fue distinguido con el Premio del Foro de Justicia y Discapacidad del CGPJ en la edición de estos premios de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

- E ASÍS, R. (2013), *Sobre la accesibilidad universal*, Conferencia Internacional sobre los cinco años de vigencia de la Convención, 6 y 7 de mayo de 2013, Universidad Carlos III de Madrid.
- DE LORENZO GARCÍA, Rafael (2019) “El derecho fundamental de acceso a la justicia: Barreras que menoscaban su ejercicio a las personas con discapacidad”, en *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*, Vol. IV, Ediciones CINCA.
- AGUIRRE ZAMORANO, Pío y TORRES VELA, Manuel (2011), Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, *Consejo General del poder Judicial*, Lual Ediciones.
- PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO GARCÍA, R., (dirs.), *Tratado sobre discapacidad*, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007; CABRA DE LUNA, M.A., “Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad” en PÉREZ BUENO, L.C. (dir.) y SASTRE, A. (ed.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 181-221; DE LORENZO, R. y PALACIOS, A., “Discapacidad, Derechos Fundamentales y Protección constitucional” en LA ORDEN, J., (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Vol I. Aspectos jurídicos*, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 4-123; GARCÍA PONS, A., *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.
- GIMÉNEZ GLUCK, D., “El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el Ordenamiento jurídico europeo y español” en *Tratado sobre discapacidad*, op.cit. pp. 223-243; CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Núm. 7, Universidad de Alcalá/Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.
- PÉREZ LUÑO, A.-E., *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, Madrid, 2005; GARRIDO GÓMEZ, I., *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.

III. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

A. EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Josefa Garcia Lorente
Abogada

Mariano Salinas Garcia.
Abogado

1. INTRODUCCION

España ratificó la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) el 30 de marzo de 2007, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta norma, no establece nuevos derechos pero prevé medidas de no discriminación y de acción positiva que los Estados deberán implantar para garantizar a las personas con discapacidad sus derechos en igualdad de condiciones.

La Convención supuso un cambio en el concepto y aplicación de los derechos de las personas con discapacidad; presenta una detallada enumeración de esos derechos y un código de aplicación de los mismos. Sus principios generales ya estaban recogidos en la Constitución; tanto en su preámbulo como en sus artículos 9, 10, 14, 24, y 49, así como en la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La aplicación directa de la convención no ofrece dudas a la luz del artículo 96, del texto constitucional a cuyo tenor; “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*”.

El principio de aplicación directa choca frontalmente con algunas de las normas contenidas en la propia CDPD ya que hace depender la eficacia de la misma de una serie de actos posteriores de cada estado que ralentizan su aplicación y desarrollo.

La CDPD implica un cambio en el concepto de discapacidad, ya no puede considerarse una preocupación en materia de bienestar social sino una cuestión de derechos humanos. En la protección y tutela de las personas con discapacidad deben subrayarse los siguientes principios.

Conforme al principio recogido en el artículo 10 de la Constitución y en los principios generales de la Convención relativo al respeto de la dignidad inherente de la persona, toda restricción de la capacidad de obrar ha de ser interpretada de forma restrictiva.

La discapacidad sólo puede ser causa de modificación de la capacidad de obrar, si impide a la persona autogobernarse.

La ineptitud para el autogobierno es circunstancial, por lo que, para su determinación, habrán que ponderarse las habilidades ordinarias de la persona con discapacidad, lo que necesita hacer y lo que no puede hacer por sí misma; y si necesita hacer o procurarse algo que no puede hacer o procurarse por sí misma. Ésta será el área de falta de autogobierno que ha de ser complementada por la medida de apoyo.

2. GRUPO NORMATIVO EN MATERIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1. Normativa internacional

Instrumento de ratificación por España de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. (BOE de 21 de abril de 2008). Al día siguiente, el mismo Boletín publicó también el instrumento de ratificación del Protocolo facultativo a esa Convención, que permite la formulación directa de reclamaciones.

Con estos dos instrumentos se dio un importante paso para el reconocimiento y la protección de los derechos de las personas con discapacidad, complementando la protección que esos derechos ya tenían en nuestro ordenamiento constitucional; artículo 49 CE en conexión con los artículos 14, 17, 24, 25 y 9.2 del mismo texto.

Encontramos definición de Personas con Discapacidad la encontramos en “Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”, que aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que ha tenido lugar en Brasilia durante los días 4 a 6 de marzo de 2008.

Las Reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial.

A nivel Internacional, la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones, trabajan en la preparación de textos programáticos y jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad. La Unión Europea y el Consejo de Europa, reconocen el derecho de todas las personas a la igualdad ante la Ley y a la protección contra la discriminación tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El Reglamento (CE) N° 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 julio de 2006, *sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo* fue el primer texto de la Unión Europea, de naturaleza vinculante, destinado, exclusivamente, a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. El objeto de este Reglamento, tal y como se establece en su artículo 1.1, es establecer *“las normas de protección y asistencia de personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, tanto para protegerlas de la discriminación como para asegurar que reciban asistencia”*

El artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea habilita al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

En desarrollo de esta competencia se han adoptado una serie de directivas, de las que destacamos:

- Directiva 2000/43/CE, que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico.
- Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.
- Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

Últimamente nos encontramos con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Estrasburgo de 12 de diciembre de 2007, (DOUEC 14 Diciembre) que además de reconocer los principios de no discriminación y de integración de las personas con Discapacidad, establece criterios de interpretación auténtica sobre sus contenidos.

El principio incluido en el artículo 21, se basa en el artículo 15 de la Carta Social Europea y se inspira igualmente en el punto 26 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

En noviembre de 2010, la Comisión Europea adoptó una estrategia que pretendía mejorar la situación de unos 80 millones de ciudadanos que padecen una discapacidad hoy en Europa. La “Estrategia de Discapacidad de la UE 2010-2020: Un compromiso renovado para una Europa sin barreras” tiene por objeto eliminar los obstáculos que impiden a las personas discapacitadas participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones.

A través de esta estrategia la Comisión pretende reforzar “*la participación de las personas con discapacidad en la sociedad y la economía*” y con ello mejorar “*el ejercicio de sus derechos*”

Dentro de la estrategia europea cabe destacar:

- Directiva (UE) 2016/2102 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016 sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público. La accesibilidad debe entenderse como un conjunto de principios y técnicas que se deben respetar a la hora de diseñar, construir, mantener y actualizar los sitios web y las aplicaciones para dispositivos móviles para que sean más accesibles a los usuarios, en particular a las personas con discapacidad.
- Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2017 sobre ciertos usos permitidos de determinadas obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor y derechos afines en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos, y por la que se modifica la Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información. Tiene por objeto una mayor armonización del Derecho de la Unión aplicable a los derechos de autor y derechos afines en el marco del mercado interior, estableciendo para ello normas sobre el uso de determinadas obras y otras prestaciones sin la autorización del titular de los derechos, en favor de personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder a textos impresos.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En la aplicación de esta Directiva, los Estados miembros deben velar por que las víctimas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de los derechos establecidos en la presente Directiva, en pie de igualdad con los demás, lo que incluye la facilitación del acceso a los locales en que tengan lugar los procesos penales, así como el acceso a la información.

2.2. Normativa interna

Con anterioridad a la Convención la normativa interna ya contemplaba la necesidad de armonizar un tratamiento igualitario, señalamos en concreto aquellas normas que han supuesto un planteamiento específico de la problemática.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna.

Por su parte, el artículo 9.2, establece que; corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, y el artículo 10 dedicado a los derechos y deberes fundamentales, establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

Como corolario de estos preceptos la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial.

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, modificada en la terminología por el artículo único.1 del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre en su artículo 1, establece como Objeto, la regulación del reconocimiento de grado de discapacidad, el establecimiento de nuevos baremos aplicables, la determinación de los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y el procedimiento a seguir, todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de discapacidad que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorgan.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, al establecer el Objeto de la Ley en su artículo 1, se centra en regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, mediante la creación de un Sistema para la Autonomía

y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español.

El Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

El Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. Este Real Decreto da cumplimiento al mandato anteriormente señalado, mediante el establecimiento y regulación de un sistema arbitral específico para la resolución de conflictos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad, completado por el artículo 74 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba texto refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad.

En materia de accesibilidad el Real Decreto Legislativo 1/2013, remite al desarrollo reglamentario existente y mantiene la vigencia de las normas de 2007, en concreto;

- Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.
- Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.
- Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad, modificado por el Real Decreto 537/2019, de 20 de septiembre, en relación con el uso de sillas de ruedas con motor eléctrico y los escúteres, como productos de apoyo para la movilidad, y para personas con trastornos diabéticos o epilépticos al acceso a las instalaciones y medios de transporte acompañadas de un perro de apoyo.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que supone una amplia modificación de la normativa existente para su adaptación a la convención; desde las materias relativas a la accesibilidad universal hasta las cuestiones sanitarias, pasando por la reserva de empleo

público y estableciendo la obligación de elaborar protocolos específicos de actuación.

El Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, adapta normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. El objetivo de este real decreto es adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa.

Entre otros aspectos, respecto al desarrollo de la función testifical, y a la vista de los actuales medios de apoyo a las personas con discapacidad, se modifica el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, a fin de adaptarlo a las previsiones de la Convención recogidas en los artículos 2 y 12.

En materia de sanidad, los cambios realizados están dirigidos a garantizar el derecho de acceso a la información de las personas con discapacidad. Para ello, se prevé la utilización de formatos adecuados en la información que se proporciona al paciente y la asistencia y el apoyo en la prestación de consentimiento de las personas con discapacidad.

Mención específica hay que efectuar al Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que recoge el mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad el objeto de este Real Decreto legislativo es refundir, regularizar, aclarar y armonizar, las tres leyes siguientes que expresamente deroga:

- Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad,
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Este nuevo cuerpo jurídico resultaba necesario para dar un nuevo impulso al reconocimiento de derechos a las personas con discapacidad. Desde el enfoque de la Convención se hace un reconocimiento jurídico expreso de que las personas con discapacidad son titulares de derechos, siendo objeto de esta norma garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación.

Se realiza una definición de las personas con discapacidad acorde con la Convención, señalando que son aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

La Ley, acorde con la Convención, se rige por los principios de respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, a la vida independiente, la no discriminación, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, la igualdad de oportunidades, la igualdad entre mujeres y hombres, la normalización, la accesibilidad universal, diseño universal o diseño para todas las personas, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el diálogo civil, el respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad, y la transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.

Se incluye de una forma muy amplia el concepto de discriminación recogiendo conceptos como la discriminación por asociación o discriminación múltiple; en materia de salud se habla de prevención de la discapacidad; en educación se asegura el sistema educativo inclusivo mediante la regulación de ajustes y apoyos necesarios; y, en materia de empleo, se sistematiza las distintas formas de empleo de las personas con discapacidad.

En relación al derecho a la vida independiente y accesibilidad, se sistematizan y regulan las condiciones de accesibilidad que deben reunir los distintos ámbitos protegidos por la Ley para garantizar unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad.

Especialmente relevantes en el ámbito del derecho de defensa son los artículos 75, 76 y 77. El artículo 75 establece la tutela judicial y protección contra las represalias, considerando que el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.

La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori, la indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia

negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades.

En el artículo 76, dedicado a la legitimación se establece que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación.

Y el artículo 77 establece que, en aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por motivo de, o por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Cuando en el proceso jurisdiccional se haya suscitado una cuestión de discriminación por motivo de o por razón de discapacidad, el Juez o Tribunal, a instancia de parte, podrá recabar informe o dictamen de los organismos públicos competentes, si bien con una limitación ya que excluye de su aplicación a los procesos penales y a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.

Es importante mencionar el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, reforma que pretende ser de gran calado para adaptarla a las exigencias Convención de Nueva York

Este Anteproyecto de Ley, que supone la reforma del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Hipotecaria y la Ley del Registro Civil, sienta las bases para el cambio del sistema actualmente vigente, en el que predomina la sustitución por orden judicial en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y preferencias de estas personas que, como regla general, serán las encargadas de tomar sus propias decisiones.

Esta ley consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. El artículo primero, modifica el Código Civil; el artículo segundo afecta a la Ley Hipotecaria, el artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo cuarto modifica la Ley del Registro Civil y el artículo quinto, referido a la Ley de la Jurisdicción Voluntaria

La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones; desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectó-

nicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones.

La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. Se eliminan del ámbito de la discapacidad, no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

En el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, pero sigue manteniéndose la carencia de asistencia letrada.

La adaptación normativa a la CDPD también requiere su extensión al ámbito procesal, de modo que se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, con importantes modificaciones del artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus nuevos apartados 6 y 7, también da respuesta a situaciones que estaban originando prácticas diversas en los tribunales.

Por un lado, se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda. Por otro, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo, evitando así que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte, y otros en cambio solo podían ser oídos en fase de prueba.

Otras modificaciones están contenidas en el artículo 758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se refieren al momento de admisión de la demanda y a la personación del demandado. En primer lugar, se establece que, una vez admitida la demanda, se debe obtener del Registro la información existente sobre las medidas de protección adoptadas, para respetar la voluntad del afectado. Y en segundo lugar, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando la persona afectada no comparezca, en el plazo concedido para contestar a la demanda, con su propia defensa y representación.

También se modifica un aspecto del expediente de autorización o aprobación judicial de actos de enajenación o gravamen de bienes pertenecientes a menores o personas con discapacidad. De acuerdo con la nueva regulación del artículo 62.3 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, la intervención de abogado y procurador ya no será preceptiva en todos los casos en que la cuantía de la operación supere los 6.000 euros, sino

sólo cuando así resulte necesario por razones de complejidad de la operación o por la existencia de intereses contrapuestos.

3. DISCAPACIDAD, DERECHO DE DEFENSA Y TUTELA

Cuando hablamos del derecho de defensa, nos estamos refiriendo a la facultad del individuo para establecer un marco de actuación individual y colectiva en el que pueda sentirse seguro.

La CDPD contiene tres normas específicas que inciden en el Derecho de Defensa, e impulsan la modificación de determinados procedimientos, entre ellos los de modificación de la capacidad de obrar, las incapacidades laborales, las declaraciones de discapacidad, y las valoraciones de las situaciones de dependencia y sus efectos.

Como clave de bóveda de la Convención hay que partir del artículo 12, que pregona el principio de igual reconocimiento como persona ante la ley. El artículo 5 establece los principios de igualdad y no discriminación, previendo que los Estados Partes reconozcan que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse en igual medida sin discriminación alguna. Obliga a prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad y a garantizar a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

En el ámbito concreto del derecho de defensa, el artículo 13, de la Convención regula el acceso a la justicia, ordenando a los Estados Partes que aseguren 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.

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.

En nuestro Ordenamiento interno ya existía una obligación institucional de realizar “Ajustes Razonables” contenida en la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, que es una Proposición no de Ley aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, por unanimidad de todos los Grupos Parlamentarios, el día 16 de abril de 2002, cuyo apartado 29 está dedicado a la protección de las personas con discapacidad, estableciendo pautas de actuación que sustentan el principio de no discriminación.

La bondad de la CDPD radica en que, como norma de aplicación directa, puede y debe invocarse en virtud del derecho de defensa ante los tribunales, así como ante las administraciones públicas, que tienen la obligación de regir sus actos por los principios informadores de la carta de derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Pese a esa aplicación directa, se han establecido como hemos señalado anteriormente algunas normas de desarrollo, ya que el comité de la ONU considera que ello no ha resultado suficiente para que la Convención se aplique de forma eficaz en el ordenamiento español. En este sentido, el Comité examinó los informes periódicos (CRPD/C/ESP/2-3), y aprobó las observaciones finales en su sesión 463, celebrada el 29 de marzo de 2019.

En dichas observaciones y en concreto en el “Acceso a la justicia” del artículo 13 de la CDPD, consta que al Comité le preocupan:

- (a) *La falta generalizada de accesibilidad de las dependencias de las agencias del orden público y el poder judicial, así como la falta de ajustes generales de procedimiento para tener en cuenta el género y la edad en los procedimientos judiciales que consideran los distintos tipos de discapacidad, incluidas las discapacidades sensoriales, la discapacidad intelectual o las discapacidades psicosociales;*
- (b) *Las barreras que impiden que las personas sometidas a regímenes de sustitución en la adopción de decisiones participen en los procedimientos judiciales en igualdad de condiciones con las demás personas, incluso por la falta de credibilidad que se otorga a los testimonios de las personas con discapacidad psicosocial o discapacidad intelectual;*
- (c) *La ausencia, en términos generales, de conocimiento de las disposiciones de la Convención por parte de abogados, funcionarios de los tribunales, jueces, fiscales y agentes del orden público.*

El Comité recomienda al Estado una serie de medidas que en síntesis suponen la necesidad de modificaciones legislativas que eliminen las barreras y garanticen los ajustes del procedimiento teniendo en cuenta el género y la edad y la participación directa de las personas con discapacidad en los procedimientos judiciales en igualdad de condiciones.

Establece la obligación de: a) garantizar que la situación de tutela y el tipo de discapacidad no impidan el pleno acceso a la justicia de las personas con discapacidad; b) proporcionar apoyos específicos a las personas con discapacidad psicosocial o intelectual y a las víctimas de violencia de género; y c) promover además programas de formación de manera periódica y campañas de concienciación, dirigidos a abogados, funcionarios de los tribunales, jueces, fiscales y agentes del orden público, incluidos los agentes de la policía y los funcionarios de instituciones peni-

tenciarias, sobre la necesidad de garantizar a las personas con discapacidad el acceso a la justicia.

Ordena cumplir el artículo 13 de la Convención en la aplicación de la meta 16.3 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, consistente en “Promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”. Dichos objetivos se contienen en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015

En este contexto hay que destacar el proyecto pionero en España y Europa que Plena Inclusión Asturias comenzó a desarrollar en 2016 con el apoyo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y el Gobierno del Principado de Asturias sobre lectura fácil, técnica de lecto-escritura adaptada a personas con dificultades de comprensión, con la que se elaboran textos aplicando las pautas de redacción y validación de los contenidos por grupos formados por personas con discapacidad intelectual

El CGPJ y la Federación Nacional Plena Inclusión han firmado ya un convenio de colaboración que va a ir facilitando la implantación en el resto del país del modelo de adaptación de las sentencias impulsado por Asturias, lo que posibilitará que ciudadanos con limitaciones cognitivas del resto de comunidades puedan comprender mejor el sentido de las partes dispositivas y fallos dictados en las resoluciones recaídas en sus procedimientos judiciales.

El Consejo General de Poder Judicial, firmó el 21 de mayo de 2019 un Convenio de colaboración con la Fundación A LA PAR, para facilitar el acceso a la justicia de personas con discapacidad intelectual. La colaboración implica la elaboración de guías, protocolos de actuación, cursos de formación y en definitiva, la facilitación a lo/as jueces/zas de las herramientas que sean necesarias para el trato con personas con discapacidad intelectual, así como el apoyo para la práctica de diligencias de instrucción y pruebas en juicio o adaptación de las resoluciones judiciales a un lenguaje fácil. Una de estas herramientas de apoyo es la figura del facilitador, un psicólogo experto cuya función es la de evaluar las limitaciones que la persona con discapacidad intelectual presenta de cara a su participación en el proceso penal para posteriormente diseñar los apoyos necesarios y asistirle durante sus intervenciones, asesorando asimismo a los operadores jurídicos sobre las adaptaciones a implementar en cada caso.

4. LA DEFENSA PREVENTIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Una adecuación del ordenamiento a las normas de la Convención implica dotar de medios de información y solución pacífica de los conflictos

que faciliten el acceso de las personas con discapacidad al ejercicio de sus derechos. Entre estos cabe señalar; la orientación, el arbitraje y la mediación.

Dentro de esa forma de defensa y tutela, se promulga la extensión de servicios de información y acceso a un asesoramiento técnico que facilite la orientación y defensa de los derechos de las personas con discapacidad en el ejercicio de los mismos.

Desde esta perspectiva, debe potenciarse la creación de servicios de orientación jurídica, que permitan el conocimiento y la forma de ejercicio de dichos derechos mediante técnicas de acercamiento; o en lenguaje de la propia convención, creando ajustes razonables tales como la orientación o consulta no presencial.

El artículo 17 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, contempla, entre las medidas de defensa a las que se refiere el capítulo III del texto legal, el establecimiento de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para las partes interesadas, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en la materia que constituye objeto de la ley. A tales efectos, la disposición final decimotercera de dicho texto legal encomienda al Gobierno el establecimiento del sistema arbitral en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la ley.

La citada previsión tiene en cuenta lo establecido por la normativa comunitaria Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio y Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CE del Consejo, que prevé el establecimiento en los Estados miembros de la Unión Europea de procedimientos de conciliación complementarios a los judiciales y administrativos.

El Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

Este real decreto da cumplimiento al mandato anteriormente señalado, mediante el establecimiento y regulación de un sistema arbitral específico para la resolución de conflictos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social deroga la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad pero en materia arbitral establece que el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y

ejecutivo para ambas partes, las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, siempre que no existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y judicial que en cada caso proceda.

El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito, continuando vigente el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, que establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

La mediación como herramienta de intervención con la persona dependiente o con discapacidad ofrece una manera más racional de resolver los conflictos en lugar de la judicialización, considerando a la persona dependiente o con discapacidad ciudadano de pleno derecho, lo que requiere un cambio de mentalidad orientado a la participación y al empoderamiento de este colectivo.

5. LA DEFENSA CONTENCIOSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

5.1. Ámbito penal

Desde la perspectiva del derecho de defensa, y más allá del tratamiento procesal de las eximentes completas e incompletas de los artículos 20 y 21, del Código Penal, con la actual insuficiencia de medios materiales y personales para determinar la capacidad del imputado, preocupa la situación del interno en el ámbito penitenciario que con posteridad a su internamiento se ve aquejado de una situación de modificación de su capacidad de obrar, nos referimos a la situación contemplada en el artículo 60 del C.P.

El artículo 25 del Código Penal, modificado por la LO 1/2015 de 30 de marzo, viene a definir la discapacidad como aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Asimismo, a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus de-

rechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente

Con anterioridad a la reforma operada la LO 1/2015 el Código Penal definía el término “incapaz” como toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que el impida gobernar su persona o bienes por sí misma. Tras la reforma el artículo 25 recoge dos conceptos el de discapacidad y el de persona con discapacidad necesitada de especial protección, siendo este último término el que viene a sustituir al de “incapaz”

Debemos indicar cómo, tras esta reforma, el requisito de la deficiencia ha de ser permanente y no persistente como se recogía en la anterior regulación. Este hecho no impide la consideración de permanente a aquellas enfermedades de carácter cíclico. Sin embargo aquellas personas que padezcan una situación de vulnerabilidad debido a una enfermedad de efectos temporales no podrán ser incluidas en el artículo 25 del Código Penal.

5.2. **Ámbito civil**

Uno de los aspectos a revisar es la normativa contenida en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la Modificación de la Capacidad, ya que a pesar del sistema de reforma llevada a cabo por la Ley 13/83 de 24 de octubre, estaba dirigida a un sistema de graduación de la capacidad por el órgano judicial, la aplicación práctica de dicho régimen no ha conseguido implantar el espíritu de dicha reforma.

En primer lugar, indicar que el Título II de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de Jurisdicción voluntaria regula los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas. En concreto el de habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial, estos dos se atribuyen al Letrado de la Administración de Justicia, (LAJ), así como la adopción y las cuestiones relativas a la tutela, la curatela y la guarda de hecho. Este título incluye también los expedientes de adopción de medidas de protección del patrimonio de las personas con discapacidad o la obtención de aprobación judicial del consentimiento prestado a las intromisiones legítimas en el derecho al honor, a la intimidad o la propia imagen de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. Dentro de este mismo Título se regula también la obtención de autorización o aprobación judicial para realizar actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes o derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

Tal y como se recoge en su preámbulo a través de esta regulación se “busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se

abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”.

Por lo que se refiere a los expedientes que se mantienen en el seno de la Administración de Justicia, el criterio seguido por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es el de otorgar el impulso y la dirección de los expedientes a los LAJ, atribuyéndose al Juez o al propio LAJ, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esa Ley. Se reserva la decisión de fondo al Juez de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. De este modo, el Juez es el encargado de decidir, como regla general, los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y de familia.

En segundo lugar, señalar que desde la reforma del Código Civil introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el artículo 200 CC regula las causas de incapacitación atendiendo no al mero diagnóstico de una determinada enfermedad o deficiencia, física o psíquica, sino a los efectos que la persistencia de la enfermedad o deficiencia provoca en el autogobierno de la persona que los padece y sus consecuencias en el desarrollo de su vida ordinaria. La fórmula empleada por el artículo 200 CC es la siguiente: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Lo relevante es la limitación, parcial o total, de la capacidad de autogobierno, que constituye algo más que un requisito, pues se trata en realidad del presupuesto de la incapacitación. La fórmula legal es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyo y protección de la persona que la padece, pueda ser apreciada como causa de incapacitación. Y al mismo tiempo suministra al juez los parámetros necesarios para valorar dicha discapacidad natural y el alcance de la necesidad de constituir una guarda legal en interés de la persona que padece la discapacidad.

El régimen de incapacitación o modificación de capacidad se complementa con el artículo 760 LEC (sucesor del artículo 210 CC), que expresamente prevé la necesidad de que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que deba estar sometida la persona incapacitada, y también con el artículo 761 LEC, que prevé la posibilidad de reintegración de la capacidad y la modificación del alcance de la incapacitación:

El artículo 12 de la Convención de Nueva York pretende asegurar el pleno respeto de la personalidad jurídica de las personas afectadas por una discapacidad y que cuando sea necesario se proporcionen a estas personas el apoyo que pudieran necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La incapacitación, entendida como modificación de la capacidad de una persona, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De este modo, el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas.

En la STS 341/2014, de 1 de julio, el resultado del juicio sobre la capacidad de una persona debe ser “un traje a medida” y “para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas y para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el Tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa protección y ayuda”.

Entendemos, desde el ámbito de la defensa, que resulta necesaria una modificación en profundidad de la regulación del procedimiento, así como en el derecho sustantivo, sin obviar el organizativo o planta judicial, para cumplir lo previsto en el artículo 13 de la CDPD.

Se considera conveniente la especialización de los órganos judiciales en esta materia, a través de las modificaciones de la LOPJ, reconociendo la necesidad de que en cada capital de provincia, existan uno varios juzgados de primera instancia que por competencia exclusiva o por reparto especial de materias tengan competencia material sobre modificación de la capacidad de obrar, constitución, modificación y seguimiento de órganos tutelares, prórroga y rehabilitación de la patria potestad y autorizaciones de ingreso y tratamiento no voluntario. Idéntica extensión y especialización deberá exigirse al Ministerio Fiscal, al abogado y al procurador.

Desde la perspectiva del derecho de defensa, entendemos que la configuración del procedimiento de Modificación de la capacidad actual no garantiza el principio reconocido en el artículo 24 de la Constitución ni en los artículos 12 y 13 de la Convención.

El artículo 758, de la LEC, al regular la Personación del demandado, establece que el presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

Por su parte el Código Civil, en su artículo 300, establece que el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, nombrará defensor a quien estime más idóneo para el cargo. Dicha idoneidad, nunca está referida a la asistencia jurídica, implicando una desprotección real del sometido a proceso de incapacitación que durante todo el trámite carece de representación procesal y defensa.

Parece conveniente, para garantizar la tutela judicial efectiva que a la persona sometida a procedimiento de incapacitación se le designase abogado por turno de oficio que ejerza no solo las funciones de Defensor Judicial, sino también una defensa técnica, teniendo en cuenta las prescripciones contenidas en la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

El Tribunal Supremo ha mantenido que, al ser la capacidad de las personas físicas un atributo de la personalidad (S. 19 de mayo de 1.998), trasunto del principio de la dignidad de la persona (S. 16 de septiembre de 1.999), rige la presunción legal de su existencia e integridad, de modo que su restricción y control queda sujeto a las siguientes exigencias: la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo 199 CC); observancia de las garantías fundamentales del procedimiento de incapacitación; cumplida demostración de la deficiencia y su alcance (SS. 28 de junio de 1.990; 19 de mayo de 1.998, pruebas concluyentes y rotundas, dado que se priva a la persona de su libertad de disposición subjetiva y patrimonial; 16 de septiembre de 1.999 la situación de idoneidad debe quedar claramente acreditada y correctamente valorada); adecuación de la restricción y control, en su extensión y límites, al grado de idoneidad (pues no debe extenderse más de lo necesario: S. 26 de julio de 1.999), en armonía con el principio básico que debe inspirar la materia de protección del presunto incapaz; y la aplicación de un criterio restringido (S. 16 de septiembre de 1.999) en la determinación del ámbito de la restricción.

La curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial, o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse de acuerdo con lo establecido en la Tribunal Supremo del 16 de mayo de 2017.

Su objeto es complementar la deficiente capacidad del incapaz sujeto a ella, pudiendo ser un apoyo en el ámbito personal o patrimonial de tal

manera que el curador no es un representante legal sino que simplemente asiste a la hora de llevar a cabo actos jurídicos para los que la Ley requiera su presencia.

Y en relación con la curatela ha mantenido respecto al ámbito de operatividad de dicha institución que “para la determinación de la extensión y límites de la restricción y control, aunque la ley permite no efectuar una especificación, en cuyo caso se entendería que la intervención del curador se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según el propio Código Civil, autorización judicial (artículo 290 CC), sin embargo parece más oportuno a este Tribunal fijar el ámbito de la curatela del incapacitado (“tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecida”: artículo 289 CC), aún reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fórmulas genéricas idóneas, y poder resultar defectuosas o insuficientes las casuísticas. Habida cuenta las circunstancias concurrentes, no resulta pertinente establecer – obviamente– ninguna restricción en el ámbito personal ni en cuanto a la testamentifacción, circunscribiendo la asistencia, que la curatela implica, al campo patrimonial”.

En cuanto al aspecto patrimonial, entendemos que estableciéndose un sistema de modificación en la capacidad, la sentencia deberá graduar cual sea el alcance de la capacidad que debe completarse, es decir, graduar el complemento de la misma y por tanto no sería necesaria la separación entre tutor y curador, bastando simplemente la definición del ámbito personal o patrimonial que debe completar el tutor o figura que le sustituya.

5.3. Ámbito contencioso-administrativo

Otro ámbito considerar dentro de las prescripciones contenidas en los artículos 12 y 13 relación con el artículo 5 de la Convención, se centra en la necesidad de organizar un sistema de valoración de la situación, que no pase como en la actualidad por cuatro estadios diferentes según se valore a la persona con discapacidad desde la perspectiva de la capacidad de obrar, o incapacitación civil; desde la perspectiva laboral, como incapacidades permanentes o absolutas; desde la perspectiva social, determinación de la discapacidad; o desde la perspectiva prestacional, valoración de la dependencia.

El R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE 26 de enero de 2000), de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en su Artículo 12, remite para la impugnación de resoluciones al trámite de Reclamaciones Previas *“Contra las Resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los Organismos Competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con*

lo establecido en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril”.

El grupo normativo de la Dependencia, que se residencia en el Orden Contencioso-Administrativo, vulnera frontalmente el principio contenido en el artículo 5 de la convención, en su vertiente de discriminación positiva, relacionado con el artículo 13, cuando regula la necesidad de “ajustes de procedimiento” en someter a la persona con discapacidad, para poder situarse en igualdad de condiciones con el resto de ciudadanos, a cuatro procedimientos diferentes, con sus distintas fases de impugnación y con resultados muchas veces dispares.

Debemos de considerar que la persona con discapacidad, tiene una mayor dificultad para acceder al asesoramiento del consejo profesional y asistencia letrada, y que en la mayoría de los supuestos, esta asistencia le viene a través del sistema público de turno de oficio, lo que conlleva que existan cuatro profesionales intentando facilitar el desarrollo normal a la vida de una persona con discapacidad, que tropieza de la dificultad añadida de comprender porque ha de caminar por un “iter” jurisdiccional tan farragoso.

5.4. Ámbito laboral

Sería deseable que los tribunales interpretaran los derechos reconocidos en la CDPD y en el resto del ordenamiento jurídico, con el criterio de discriminación positiva establecido en el artículo 5. 4, para lograr acelerar el recorrido hacia la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Lejos de este criterio se encuentran las tesis del tribunal supremo, que vienen manteniendo la no equiparación entre las situaciones de incapacidad laboral y discapacidad recogidas en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, señalemos como ejemplo la Sentencia la Sala IV del T.S. de 29/05/2007, dictada en el Recurso N^o: 5472/2005, de la que fue Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, que establece una diferenciación doctrinal brillante, pero poco útil, así como las más recientes STS 992/2018, Ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús Gullon Rodriguez 993/2018, Ponente el Ilma. Sra. D^a Milagros Calvo Ibarlucea y 994/2018, Ponente el Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, todas del 29 de noviembre de 2018.

A nivel internacional resultan aplicables el Convenio número 159 de la OIT, ratificado por España; la Carta Social Europea, en cuyo artículo 15 trata de algunos aspectos de la política de protección para estos co-

lectivos, y al efecto reconoce el derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.

La Directiva comunitaria 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 incluye la discapacidad entre las circunstancias que merecen respeto en el marco del principio de igualdad; establece a su vez que sus disposiciones no obligan a contratar, ascender, mantener un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea o esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, pero todo ello sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad.

Respecto a las posibilidades de la persona con discapacidad para acceder a empleos públicos, en especial en la administración de justicia, cabe señalar que en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se aumentó, en las ofertas de empleo público, el cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad hasta el 7% y se creó, por vez primera con rango legal, una cuota específica para personas con discapacidad intelectual.

Por último, en el marco de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con discapacidad 2012-2020, se señalan como medidas estratégicas: a) impulsar el desarrollo de empleabilidad de un número creciente de personas con discapacidad para garantizar el cumplimiento del objetivo general de empleo del Programa Nacional de Reformas de España 2011; b) incorporar en la futura Estrategia Española de Empleo el factor discapacidad manteniendo los avances normativos en vigor y mejorando éstos garantizando mínimos comunes entre las diferentes Comunidades Autónomas, promoviendo para ello las actuaciones precisas para fomentar y desarrollar la Nueva economía de la Discapacidad y actuaciones específicamente dirigidas a impulsar la incorporación de las mujeres con discapacidad

Para lograr la igualdad en el acceso a los cargos públicos de quienes desde el punto de partida se encuentren en manifiesta desventaja, originada por causas ajenas a su voluntad, el legislador acude a determinados procedimientos útiles para que, sin detrimentos de los principios de mérito y capacidad proclamados en el artículo 103.3 de la Constitución, puedan demostrar su valía para el desempeño de dichos cargos.

5.5. Asistencia jurídica gratuita

La ley 1/1996 de 10 de enero de asistencia jurídica gratuita no contempla entre los derechos que reconoce el beneficiario la fase previa a la vía jurisdiccional. Para adecuar esta normativa a la CDPD se hace nece-

saría la modificación de dicha norma en el sentido de incluir como derechos que se reconocen a las personas con discapacidad, la designación de un abogado por turno de oficio que pueda defender los intereses en la fase previa al proceso, cumpliendo de este modo tanto el contenido del artículo 13 CDPD, como el sistema de apoyos.

B. ESPECIALIDADES EN LOS DIFERENTES ÓRDENES JURISDICCIONALES

B.1. Orden Jurisdiccional Civil

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Tribunal Supremo
Experto del Foro Justicia y Discapacidad

María Dolores Bellés Centelles
Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Castellón
Delegada de Discapacidad en el Tribunal Superior de Justicia de la
Comunidad Valenciana

María Luisa Zamora Segovia
Magistrada Titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 26 de Sevilla
Delegada de Discapacidad en el Tribunal Superior de Justicia de
Andalucía, Ceuta y Melilla

Juan Manuel Fernández López
Abogado
Magistrado excedente

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito jurisdiccional civil, el tratamiento de la discapacidad se concentra esencialmente en el juicio o proceso de modificación de capacidad y, en su caso, constitución de la pertinente guarda legal. Sin perjuicio de su interpretación jurisprudencial a la luz de la Convención de Derechos de las Personas Con Discapacidad (CDPD) de Nueva York de 2006, que pone el acento en la constitución de apoyos y salvaguardas que supone la guarda legal, a la espera de una inminente reforma legal, este es el sistema vigente y por ello nos tenemos de referir a él.

El sistema todavía vigente de incapacitación (modificación de capacidad) y tutela presupone que quien sufre una discapacidad que le afecta al autogobierno, en la medida o alcance de esta limitación ha de ser incapacitado para que se constituya la guarda legal que precisa (tutela o curatela). La reforma proyectada suprime el juicio formal de capacidad (incapacitación) y se centra en la constitución judicial de apoyos, en función no sólo de la discapacidad de la persona sino también de su voluntad, deseos y preferencias. De este modo dejará de haber un estado civil de incapacidad y el proceso judicial se centrará en la constitución de los apoyos y salvaguardas que precisa la persona para poder ejercitar sus derechos con plenas garantías. Además, la constitución judicial de apoyos, equivalente de alguna forma al sistema actual de guarda legal, dejará de ser la regla general y pasará a serlo la guarda de hecho, amén de la prioridad de la constitución voluntaria de apoyos (mediante los poderes y mandatos preventivos) sobre la judicial.

Pero como en la actualidad sigue rigiendo el sistema de modificación de capacidad y constitución judicial de la guarda legal, en esta guía nos centraremos en este sistema vigente, sin perjuicio de su interpretación de acuerdo con la jurisprudencia que lo adapta a la CDPD de Nueva York.

2. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA ACTUAL DE MODIFICACIÓN DE CAPACIDAD Y GUARDA LEGAL COMO UN SISTEMA DE APOYOS A LA CAPACIDAD DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El artículo 12 de la CDPD de Nueva York de 2006 ha resaltado la necesidad de garantizar no sólo la titularidad de los derechos de las personas afectadas por una discapacidad, sino también su ejercicio, mediante la constitución de los apoyos y salvaguardas necesarios.

a) La Sala Primera del Tribunal Supremo, desde la STS 282/2009, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362), ha llevado a cabo una interpretación del sistema actual de modificación de la capacidad (incapacitación) y guarda legal (tutela y curatela), a la luz de los principios que emanan de la CDPD. Al hacerlo ha tenido presente que deben garantizarse todos los derechos de las personas con discapacidad y a la vez no puede obviarse la realidad de los efectos que la discapacidad puede conllevar, en algunos casos, para el ejercicio de esos derechos y la necesidad de establecer medidas de protección, siempre en función de las particulares necesidades de la persona:

«(...) el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con

las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección».

b) Esta concepción integradora del sistema actual de incapacitación y tutela con los principios de emanan de la CDPD de Nueva York de 2006, fue sintetizada por esta sentencia del siguiente modo:

- i) «La incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio».
- ii) «De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado...»
- iii) Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona.
- iv) El sistema de protección establecido en el Código Civil (CC) sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección; 2º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.».

c) El Tribunal Supremo ha reiterado esta doctrina en numerosas sentencias posteriores, a la par que la desarrollaba. En esta línea, la STS 298/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901) pone el acento en que el sistema de apoyos al que alude la CDPD está integrado en nuestro derecho por la guarda legal, en concreto por la tutela y la curatela:

“La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de «apoyos» para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (artículo 12.3).”

“Se trata, como declara el artículo 1 de la Convención, de 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. Con el fin de hacer efectivo este objetivo, los Estados deben asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Esas salvaguardias deben asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad 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. En particular, las salvaguardias, deben ser proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (artículo 12.4 de la Convención).”

“Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el CC y en la Ley de enjuiciamiento civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (artículo 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias.”

“El sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. Así lo ha venido declarando la jurisprudencia de esta sala en los últimos tiempos tras descartar que el «procedimiento de modificación de la capacidad» y la constitución de tutela o curatela sean discriminatorias y contrarias a los principios de la Convención (así, en sentencia 716/2015, de 15 de julio).”

“La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad no pueda tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. En efecto, dice el artículo 267 CC que el tutor es el representante de la persona con la capacidad modificada judicialmente, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia. Pero en atención a las circunstancias personales puede ser suficiente un apoyo de menos intensidad que, sin sustituir a la persona con discapacidad, le ayude a tomar las decisiones que le afecten. En el sistema legal, está llamada a cumplir esta función la curatela, concebida como un sistema mediante el cual se presta asistencia, como un complemento de capacidad, sin sustituir a la persona con discapacidad (artículos 287, 288 y 289 CC).”

d) En consonancia con lo anterior, la jurisprudencia ha resaltado que la modificación de capacidad, en cuanto que está supeditada a la necesidad de constituir el apoyo o la medida de protección necesaria, no es algo rígido, sino flexible. Debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad: esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas [STS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168)].

e) Y, bajo las anteriores premisas, el Tribunal Supremo concibe el juicio de capacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, que permite llevar a cabo lo que ha denominado «traje a medida». La sentencia que se pronuncie sobre la modificación de capacidad ha de ser un «traje a medida» [SSTS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168), y 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945)]:

“La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda. Entre las pruebas legales previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante para conformar esa convicción del tribunal de instancia. Hasta tal punto, que un tribunal de instancia no puede juzgar sobre la capacidad sin que, teniendo presente al presunto incapaz, haya explorado sus facultades cognitivas y volitivas (superando las preguntas estereotipadas), para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de esta persona (Sentencia 341/2014, de 1 de julio)”.

3. JUICIO DE MODIFICACIÓN DE CAPACIDAD Y CONSTITUCIÓN DE GUARDA LEGAL

El juicio de capacidad y constitución de apoyos es un proceso contradictorio especial, regulado en el capítulo II del título I del libro IV de la LEC. Es un juicio verbal con las especialidades contenidas en el capítulo I, que contiene disposiciones generales en las que se plasman los principios propios de oficialidad de la acción e investigación de oficio.

a) Este juicio verbal especial pretende asegurar la contradicción, sin que operen los principios dispositivo y de aportación de parte propios del proceso civil. La STS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168) explica cómo juegan los principios dispositivo y de aportación de parte, en la instancia:

“Es cierto que en el juicio de incapacitación los principios dispositivo y de aportación de parte quedan condicionados por la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica. Así, conforme al apartado 1 del artículo 752 LEC, el juicio de incapacitación debe decidirse “con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resultados probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento”. El tribunal no se ve vinculado por la conformidad de las partes sobre los hechos (artículo 752.1.II LEC), puede decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinente y, en cualquier caso, ha de explorar a la persona con discapacidad, oír el dictamen del facultativo y dar audiencia a los parientes más próximos.”

b) El juicio verbal comienza con una solicitud, en forma de demanda, de que se modifique la capacidad de una persona con vistas a la constitución de una tutela o curatela, que cumpla la función de apoyo y salvaguarda de la persona afectada por una discapacidad.

La contestación a la demanda es por escrito y debe hacerse en el plazo de veinte días desde que se da traslado de la demanda a los demandados y al fiscal (artículos 753 y 405 LEC).

Formulados los escritos de alegaciones, proseguirá el juicio por los trámites del verbal, citándose a las partes para la vista del juicio. En la citación para juicio se advertirá a las partes que, sin perjuicio de la actividad probatoria de oficio, en el plazo de tres días desde la recepción de la citación deberán indicar los testigos que, por no poderlos presentar ellas mismas, habrán de ser citados por el juzgado a la vista (artículo 440.1 último inciso LEC).

En el juicio, una vez resueltas las posibles excepciones procesales (artículo 443.3 LEC), se ceñirá la cuestión litigiosa al juicio sobre la capaci-

dad de la persona demandada, el régimen de tutela aplicable en su caso y la persona que debe asumir el cargo tutelar (artículo 760 LEC). A continuación se practicará la prueba que no se hubiera realizado ya, pues de ordinario antes de la vista el juez habrá explorado a la persona a la que presuntamente hay que modificar su capacidad y recabado el informe médico, de acuerdo con el artículo 759 LEC. A la vista del resultado de las pruebas practicadas se dará la palabra a las partes para expongan sus conclusiones. Sólo en el caso en que no se hubiera podido practicar alguna prueba exigida por la ley o que el juez estime necesaria, podrá señalarse para su práctica dentro del plazo de 30 días, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 770. 4ª LEC para los procesos matrimoniales. Del resultado de estas pruebas habrá que dar traslado a las partes para que concluyan por escrito, en el plazo de cinco días (artículo 436.1 LEC). Y, a continuación, el juicio quedará concluso para sentencia, que deberá dictarse en el plazo de diez días (artículo 447.1 LEC).

c) Intervención del Ministerio Fiscal. El juicio de capacidad y constitución de apoyos es una cuestión de orden público que supera el interés particular, por lo que intervendrá siempre el fiscal, bien sea para instar la modificación de capacidad cuando no lo hagan quienes están legitimados para ello, bien para representar y asistir al demandado cuando aquellos sí hayan promovido el juicio (artículos 749 y 757 LEC).

d) Necesidad de asegurar la efectiva contradicción. No cabe declarar al demandado en rebeldía, pues siempre deberá aparecer representado y asistido por un defensor judicial, cuando sea el fiscal quien pide la incapacitación, o por el propio fiscal si la incapacitación la promueven sus parientes (artículo 758 LEC).

e) Indisponibilidad del objeto del proceso. El proceso de modificación de capacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes (que es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles). Las cuestiones que afectan a la capacidad y en general al estado civil de las personas resultan indisponibles, excluidas de transacción (artículo 1814 CC), por lo que resulta lógico que la misma no quepa en este procedimiento, ni tampoco el allanamiento, y así lo prohíbe expresamente el artículo 751 LEC. Este último artículo añade que «el desistimiento requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal».

f) Búsqueda de la verdad material, más allá de la formal. La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, que no podrá decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la

parte contraria (artículo 752.2 LEC). El apartado primero de este artículo 752 LEC expresamente prevé que este proceso se decidirá «con arreglo a los hechos que haya sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento».

g) Investigación de oficio. Tampoco la inactividad de las partes impedirá que en el procedimiento se practiquen las pruebas necesarias para conocer la capacidad natural del demandado. Para ello, artículo 759 LEC permite al juez acordar de oficio cualquier medio de prueba y prescribe que en todo caso la persona con discapacidad sea entrevistado por el juez, se oiga el dictamen de un facultativo y se practique la audiencia a los parientes más próximos.

h) Protección efectiva e inmediata de la persona con discapacidad o de su patrimonio. En cualquier estado en el que se encuentre el procedimiento, e incluso antes de que se inicie, de oficio o a instancia de parte, también podrá el juez acordar las medidas que estime necesarias para proteger la persona o el patrimonio del presunto incapaz (artículo 762 LEC).

i) Exclusión de la publicidad. El juez, de oficio o a instancia de parte, puede decretar por una simple providencia que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas (artículo 754 LEC).

j) Publicidad registral. Las sentencias y demás resoluciones dictadas en estos procedimientos, por afectar del estado civil de las personas, se comunicarán de oficio al Registro civil para la práctica de los asientos correspondientes (artículo 755 LEC).

4. LEGITIMACIÓN E INTERVENCIÓN EN LOS JUICIOS DE MODIFICACIÓN DE CAPACIDAD Y CONSTITUCIÓN DE APOYOS

a) Legitimación activa

La legitimación para poder interponer una demanda para la constitución de los apoyos y salvaguardas que precise una persona afectada por una discapacidad, en la actualidad, viene regulada en el artículo 757 LEC, tras su última actualización operada por la Ley 41/2013.

Esta norma atribuye la legitimación, en primer lugar, a la propia persona con discapacidad propio, en consonancia con las directrices sentadas por la CDPD de Nueva York sobre respeto a la voluntad de la propia persona con discapacidad, que ponen el acento en reconocerle titular del derecho a la toma de sus propias decisiones.

También se reconoce legitimación al cónyuge o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, a los descendientes, los ascendientes, o los hermanos de la persona a la que presuntamente se le ha de modificar la capacidad.

Cabría preguntarse si otro pariente no comprendido entre los designados por el legislador o cualquier otra persona vinculada o relacionada por la persona afectada (un vecino, el director de un centro residencial, asistente social, o un trabajador social), podría instar la constitución judicial de los apoyos que precisara esa persona afectada. La respuesta es que, si bien estas personas no pueden conforme a la regulación actual presentar una demanda de provisión de medidas judiciales de apoyo, sin embargo, sí que están facultadas para poner en conocimiento del fiscal o del juez, la situación en que se encuentre una persona afectada por una discapacidad y necesitada de apoyos para el ejercicio de su capacidad, para que sean éstos quienes inicien el procedimiento.

El actual artículo 228 CC impone al fiscal que promueva y al juez que disponga lo necesario para la constitución de la tutela. De forma que corresponde al fiscal, en cuanto tenga conocimiento de una persona necesitada de apoyos y compruebe que las personas legalmente legitimadas para ello no lo hacen, interponer la correspondiente demanda ante el juez competente. Es más, la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, pendiente de reforma, que sigue usando el término «incapacitación», lo impone como deber a determinadas personas, al indicar que «las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 757 LEC).

Cuando el conocimiento de la existencia de una persona afectada por una discapacidad y necesitada de apoyo llegue directamente al juez, es éste quien, ante la inactividad de los parientes legitimados, debe acordar de oficio las medidas cautelares que fuesen urgentes para otorgar ese apoyo de forma provisional y comunicar dicha situación al Ministerio Fiscal para que presente la correspondiente demanda.

Para la declaración de prodigalidad solo están legitimados para presentar la demanda el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

b) Legitimación pasiva

La persona demandada en un proceso para la provisión de medidas judiciales de apoyo por su situación de discapacidad o prodigalidad, tiene que ser oída necesariamente por el juez para poder dar su opinión, con independencia que pueda personarse en el procedimiento median-

te un abogado que defienda sus intereses y un procurador que le represente.

c) Legitimación activa y pasiva en caso de menores de edad

Bajo la regulación legal actual, la legitimación activa respecto de los menores de edad, viene restringida a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, así como al Ministerio Fiscal.

Respecto a la legitimación pasiva, los menores de edad solo podrán ser demandados en un proceso para modificar su capacidad, «cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad» (artículo 201 CC).

Con la reforma proyectada, desaparece la posibilidad de instar la constitución judicial de apoyos para un menor de edad afectado por una discapacidad, y en esos casos se atribuye a los padres titulares de la patria potestad la facultad de prestar los apoyos y ayudas que pueda necesitar su hijo. Aunque deberán acudir a la autorización judicial solamente cuando exista conflicto de intereses con su hijo. Y solo ellos o quien ejerza la tutela, así como el Ministerio Fiscal, están legitimados para solicitar las medidas judiciales de apoyo en los casos en que proceda.

d) Intervinientes

En los procesos para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad, ya sea de forma cautelar o definitiva, siempre interviene el fiscal, sea o no él, el promotor de las medidas de apoyo.

Bajo la regulación actual se permite la intervención en estos procedimientos a cualquier persona que acredite un interés legítimo.

En la reforma proyecta se reconoce de forma expresa la participación en estos procesos, como intervinientes, tanto a las personas legitimadas para instar el proceso de adopción de medidas judiciales de apoyo, como quienes acrediten un interés legítimo. Podrán intervenir a su costa en el procedimiento ya iniciado, con los efectos previstos en la regulación legal del interviniente en el proceso (artículo 13 LEC).

El legislador exige gozar de un interés legítimo para intervenir en este tipo de procedimientos, a quienes no están legitimadas expresamente por la Ley para interponer la solicitud de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad, pero no indica qué en que debe consistir ese interés legítimo. Por lo que será el tribunal, quien determine cuando se tiene o no un interés legítimo que justifique la intervención.

La Ley no regula un procedimiento para determinar si existe interés legítimo. En cualquier caso quien pretenda intervenir deberá explicar en qué consiste el interés legítimo invocado. Y, en atención a la dignidad de la persona afectada por la discapacidad y a que hay que tener en cuenta

su voluntad, habría que recabar su opinión, así como la del resto de partes en el proceso, para juzgar si quien pretende intervenir goza de ese interés legítimo invocado.

5. LA PRUEBA. MENCIÓN ESPECIAL A LA ENTREVISTA DEL JUEZ CON LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

a) Como afirma la STS 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945), «la prueba en los procesos de incapacitación está sujeta a unas reglas especiales, recogidas en los capítulos primero y segundo, del Título Primero, del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que deben ser interpretadas de conformidad con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 diciembre 2006».

En este sentido, la adopción y práctica de la prueba debe hacerse teniendo en cuenta, por una parte, la necesidad de confeccionar ese traje a medida y, por otra, la dignidad de la persona afectada por una discapacidad, que debe ser respetada y tomada siempre en consideración.

Para realizar un traje a medida hay que conocer muy bien la situación de cada persona concreta, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda. Si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas. Hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. El juez que debe decidir ha de adquirir una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda.

b) Con ese fin (realizar un juicio de capacidad adaptado a la situación y necesidades de la persona afectada por la discapacidad), la ley establece dentro del proceso de modificación de la capacidad las garantías precisas en orden a que la decisión que se adopte se adapte a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, con el conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona [STS 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923)].

La prueba se regula en el artículo 759 LEC, con una remisión expresa al artículo 752 LEC:

“En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en

relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

c) Una manifestación clara de que en los procesos de capacidad y constitución de apoyos no rigen los principios dispositivo y de aportación de parte, es la facultad del juez de decretar de oficio las pruebas que estime necesarias para determinar el alcance e incidencia de la discapacidad en el ejercicio de los derechos de esa persona, si necesita apoyos y cuáles, así como la voluntad de la persona en relación con la constitución de estos apoyos y la persona que podría prestarlos.

Esto significa que en ocasiones puede no ser suficiente la documentación aportada con la demanda, incluidos los informes médicos, y resulta necesario recabar otros informes de la residencia donde en su caso pudiera encontrarse, o del centro de día al que acuda, o del centro de deshabitación, o incluso de los servicios sociales. Y ello tanto para obtener mayor información acerca de la autonomía de la persona y los apoyos que pueda necesitar, como en relación con los familiares que con anterioridad se los hayan prestado y en qué medida, y la relación que existe entre ellos.

d) Pero en cualquier caso, siempre es necesario el examen o entrevista del juez de la persona afectada, sobre la que presente constituir los pertinentes apoyos. De tal forma que un tribunal, ya sea el juez de primera instancia, ya sea la sala de apelación, no puede pronunciarse sobre la capacidad de una persona y su guarda legal sin haber reconocido directamente a esa persona (artículo 759 LEC). El objetivo de este reconocimiento es conocer sus facultades cognitivas y volitivas y poder determinar con mayor precisión su capacidad de autogobierno.

En la práctica habrá de realizarse del modo en que la persona afectada por la discapacidad pueda sentirse más cómodo (en el despacho del juez y en presencia o no de los familiares que le acompañen), y de forma que pueda el juez hacerse una idea de cuál es su régimen de vida, qué autonomía tiene, qué cosas puede hacer por sí mismo sin ayuda y para cuales necesita apoyos, y si éstos han de ser totales o parciales. Esto hace que deba huirse de las preguntas estereotipadas, y haya que tratar de ajustarlas a la realidad de cada persona. Asimismo, el juez habrá de discernir cuál es su verdadera voluntad en relación con la persona que habrá de ejercer los apoyos necesarios (tutor o curador), y en el caso de que no pueda expresarlo con claridad, habrá de deducirse de los actos anteriores y del resto de la prueba que se practique.

e) Al realizar el reconocimiento de la persona afectada, el juez no sólo ha de hacerse una idea de la discapacidad y su incidencia en el ejercicio

de sus derechos, sino que también ha de indagar en la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Pero al hacerlo, el juez no puede obviar que en alguna ocasión la voluntad de la persona afectada puede estar viciada o cautiva de la voluntad de quien le cuida.

Si bien el juez no ha de suplantar la voluntad, no puede perder de vista que la finalidad del procedimiento es que la persona afectada por una discapacidad que es objeto de reconocimiento en ese momento, pueda ejercitar sus derechos con los apoyos que precise, y libre de posibles abusos por parte de terceras personas, incluso de su círculo íntimo, aunque a veces el afectado no pueda percibirlos. Así ocurre en ocasiones cuando designan a la persona con la que han iniciado una relación reciente de convivencia afectiva, y que puede ser alguien con una enfermedad mental o con una importante adicción a algún tipo de sustancias; también cuando designan al cuidador o cuidadora, con el que tiene una importante dependencia afectiva, y que le ha ido aislando de su familia y círculo de amistades y conocidos, llegando incluso a llevarlo a un notario para que otorgue poderes a su nombre, e incluso testamento a su favor y al de la familia del propio cuidador, excluyendo a sus familiares directos.

f) Para todo esto resulta de especial trascendencia el informe del médico forense (dictamen pericial médico al que hace referencia el artículo 759 LEC), que podrá complementarse con otros informes requeridos por el propio forense o por el juez, y que de una forma objetiva determine los apoyos que la persona explorada necesite y si su voluntad pudiera estar viciada por las patologías que padece. Es necesario que en cada caso concreto se examine la patología que pueda padecer el paciente explorado y sobre todo su incidencia en el ejercicio de sus derechos y, en general, en cómo se desarrolla su vida ordinaria.

El trabajo del forense, en la práctica, es indispensable para que el juez determine los apoyos necesarios. Se ha de tener en cuenta la capacidad de decisión y de ejercicio acerca de una serie de habilidades vitales que afectan a diversos ámbitos, entre los que podrían destacarse los siguientes: i) habilidades para el desarrollo de la vida cotidiana personal e independiente, como asearse, usar medios de comunicación, limpiar, etc.; ii) habilidades de índole patrimonial, como el control de cuentas bancarias, manejo del dinero de bolsillo, gastos cotidianos, etc.; iii) lo relativo a la atención sanitaria, el propio autocuidado y la sujeción a los tratamientos médicos, farmacológicos, rehabilitadores, etc.; y iv) las habilidades de índole social, como pasear, decidir el lugar de residencia, etc.

g) Por otra parte, en relación con la audiencia de los parientes próximos, debe recordarse la especial naturaleza de este tipo de procesos, que tienen una gran implicación de toda la familia. Conviene indagar quienes son los parientes más próximos, si alguno de ellos convive con la perso-

na con discapacidad y con quienes tiene mayor relación y afinidad. El juez ha de oírles para juzgar mejor sobre el alcance de la capacidad de la persona afectada, la necesidad real de apoyos, la conveniencia de establecer salvaguardas, y quienes están en mejores de condiciones de prestar esos apoyos.

De este modo, si existe cónyuge (no separado legalmente o de hecho) o persona en situación de hecho asimilable, será suficiente con oírle a él y a algún otro pariente más (generalmente un hijo o un hermano); si el propuesto como tutor o curador es un hijo, habrá que oír a todos los hermanos, al igual que si el propuesto es un hermano; si se propone a los padres, con oír a éstos será suficiente (en los supuestos de rehabilitación de la patria potestad). Y ello por cuanto existe un orden previsto en el artículo 234 CC, que solo excepcionalmente puede alterarse, y siempre en beneficio de la persona con discapacidad, lo que pudiera en ocasiones hacer que se prescindiera de todos los parientes y nombrar a una fundación para la prestación de los apoyos necesarios.

Así como el reconocimiento judicial de la persona afectada no debería realizarse dentro del acto del juicio, no hay inconveniente en que la audiencia a parientes se haga en el propio juicio, lo que facilita a su vez la contradicción. Pueden ser interrogados tanto por el juez como por el fiscal y por los letrados (en el caso de que alguno de ellos o la propia persona afectada se hubiese personado en el juicio), y de esta forma el juez puede contar con los necesarios elementos de juicio para determinar quién será la persona más indicada para la prestación de apoyos. E incluso en ocasiones puede llegarse a un acuerdo entre ellos.

También pueden ser citados al juicio junto con los parientes, algún miembro de los servicios sociales o del centro al que la persona afectada acuda, que puedan arrojar datos sobre la persona más indicada para la prestación de apoyos.

No obstante lo anterior, si por las razones que fueran los parientes no pueden acudir al acto del juicio, podrán ser oídos en cualquier momento, preferiblemente, por razones prácticas, en la oficina judicial. Podrían hacerlo todos el mismo día o en días diferentes. En cualquier caso, ha de darse oportunidad a los letrados para que puedan asistir a esta audiencia y también para que, si se realiza después por el juez, puedan emitir conclusiones.

h) En la valoración de la prueba, el juez goza de una gran discrecionalidad, sin perjuicio de la necesidad de motivar en la sentencia cómo ha llegado a la convicción psicológica sobre determinación de la capacidad de la persona afectada. Así lo declara la STS 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945):

“En estos procedimientos –de modificación de la capacidad- no rigen las disposiciones legales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio

de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (artículo 752.2º último inciso LEC). El juez goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada. Discrecionalidad que deberá justificar en la motivación de la sentencia, en la que habrá de exponer como ha llegado a aquella determinada convicción psicológica.”

6. MEDIDAS CAUTELARES

a) Configuración legal

El artículo 762 LEC regula la posibilidad de adoptar medidas cautelares con ocasión de un procedimiento de modificación de capacidad y constitución de apoyos. La adopción de las medidas está justificada y viene determinada por la necesidad de protección de la persona o el patrimonio de la persona con discapacidad, ante una situación en que se están lesionando sus derechos o de riesgo, para evitar una posible lesión de derechos.

De conformidad con la actual jurisprudencia que interpreta la CDPD de Nueva York, tales medidas deberán estar dirigidas a otorgar apoyos con carácter provisional y urgente a la persona que lo precise, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, y pueden consistir en todo tipo actuaciones: desde el acompañamiento amistoso o la ayuda técnica en la toma de decisiones personales o patrimoniales, hasta el nombramiento de un defensor judicial que le asista provisionalmente y, si fuera necesario, le represente. Solamente en las situaciones en que el apoyo no pueda darse de otro modo, éste puede concretarse en la representación o sustitución en la toma de decisiones, como es el caso del nombramiento de un administrador provisional de bienes o decretar un internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico por no estar la persona en condiciones de decidirlo por sí misma.

Al igual que las medidas definitivas, las que se adopten con carácter cautelar deben estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales, tener en cuenta la voluntad de la persona y ajustarse a los principios de urgente necesidad y proporcionalidad.

En la regulación actual, las medidas cautelares pueden solicitarse antes del comienzo del proceso para la constitución de apoyos, junto con la demanda que inicia el proceso o bien con posterioridad, durante la tramitación del procedimiento.

Se adoptarán por el juez solamente cuando se estimen necesarias y urgentes de forma que no puedan esperar a la tramitación y resolución

del proceso principal, en atención al riesgo grave de lesión de los derechos de la persona con discapacidad.

Dada su naturaleza provisional, las medidas se dejarán sin efecto en cuanto desaparezcan las circunstancias que dieron lugar a su adopción o sean sustituidas por las medidas acordadas en la sentencia dictada en el procedimiento principal.

Como medidas previas a un proceso principal de constitución de apoyos, solo pueden adoptarse, de oficio por el juez, cuando tenga conocimiento de la necesidad de otorgar apoyos a la persona con discapacidad, o a petición del Ministerio Fiscal, cuando tenga conocimiento de la necesidad de dichos apoyos urgentes. Esta previsión legal no excluye que los parientes o cualquier persona interesada pueda poner en conocimiento del fiscal o directamente del juez la situación de esa persona y la necesidad de protección provisional.

b) Procedimiento para su adopción.

En la regulación actual, como regla general, las medidas se adoptarán tras un proceso contradictorio en el que intervendrá el Ministerio Fiscal, previa audiencia de la persona con discapacidad y la práctica de otras pruebas que se estimen pertinentes, salvo que, existan motivos urgentes y justificados, a juicio del tribunal, que hagan necesaria su adopción de forma no contradictoria.

En principio, en atención a que se van adelantar, de forma provisional, algunas medidas de apoyo o protección propias del procedimiento principal, es lógico que el juez no adopte ninguna medida sin haber visto antes a la persona con discapacidad (exploración judicial).

Durante todo el procedimiento la persona con discapacidad afectada por las medidas podrá estar representada por procurador y ser defendida por un letrado, profesionales que serán nombrados por el turno de oficio en el caso de no tener recursos económicos suficientes conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

El Auto que resuelva las medidas es susceptible de revisión en apelación por la Audiencia Provincial.

Las medidas quedarán sin efecto cuando desaparezcan las circunstancias que justificaron su adopción o sean sustituidas por las medidas definitivas acordadas en la sentencia dictada en el proceso principal.

7. CONTENIDO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA

a) El contenido de la sentencia de modificación de la capacidad y constitución de apoyos está regulado en el artículo 760 LEC:

1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.
2. En el caso a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, si el tribunal accede a la solicitud, la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él.
3. La sentencia que declare la prodigalidad determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

Los términos empleados por la norma responden a su redacción originaria y han de ser interpretados a la luz de la CDPD de Nueva York, como ha hecho la jurisprudencia expuesta en el apartado 2, que concibe la incapacitación y la guarda legal como un sistema de apoyos. La modificación de capacidad está en función del régimen de guarda legal que precisa la persona afectada para que pueda ejercer sus derechos (fundamentalmente, tutela y curatela):

“En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (artículo 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo sus concretas y particulares circunstancias” [STS 298/2017, de 16 de mayo, (ECLI:ES:TS:2017:1901)]

En este sentido, la jurisprudencia también ha declarado que las causas de incapacitación también deben ser interpretadas de acuerdo con la CDPD, y ha incidido en la graduación de la incapacidad y en una concepción abierta de las causas de incapacitación:

“De este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (...) “el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada” [STS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168)].

b) Como se ha dicho anteriormente, en este tipo de procedimientos la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al tribunal, que no

puede decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. El tribunal tampoco está vinculado por las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos (artículo 752.2 LEC).

También la naturaleza del juicio de incapacitación, la prueba, su tratamiento legal, los principios dispositivo y de aportación de parte, la discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba, así como el reflejo de su valoración en la motivación de la sentencia, han de ser interpretados a la luz de los principios de la CDPD. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, «que es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica» [STS 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945)].

La necesidad de confeccionar el traje a medida, y que el confeccionado sea el adecuado [STS 552/2017, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535)], determina el rigor de la práctica de las pruebas de examen o reconocimiento de la persona, de la audiencia de los parientes más próximos y de la emisión de los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda, pruebas que deberán ser acordadas incluso de oficio tanto en la primera como en la segunda instancia [artículo 759.1 y 3 LEC, y STS 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923)].

c) Sería conveniente que los razonamientos jurídicos de la sentencia contuvieran unas partes bien diferenciadas:

i) En principio, conforme a la regulación actual, hay que determinar si concurre alguna causa de modificación de la capacidad conforme al artículo 200 del Código Civil, aunque interpretado a la luz de la CDPD de Nueva York, que adopta el modelo social de discapacidad y el principio de no discriminación, sustituyendo al modelo tradicional, médico o rehabilitador, ya que este último puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar de personas con algún tipo de deficiencia física, intelectual o psicosocial.

Pero esta apreciación sólo tiene sentido en relación con la incidencia que esta discapacidad provoca en el ejercicio de los derechos de la persona afectada, lo que justificará la concreta determinación de la extensión y los límites de la modificación de la capacidad, y el sistema de apoyos necesarios.

Para motivar esta determinación es lógico que se haga referencia al informe pericial médico (que generalmente será el del médico forense), en relación con el resto de informes médicos o sociales que obren en autos, y con el resultado del examen personal por parte del juez de la persona afectada, y en qué medida han contribuido a fundar la convicción del tribunal sobre cómo le afecta la discapacidad padecida en el ejercicio de sus derechos y los apoyos y salvaguardas que precisa en atención a cómo se desenvuelve su vida y el entorno que le envuelve.

Esto se traduce en un pronunciamiento sobre la modificación de la capacidad, que puede ser total o parcial, en función de la reseñada incidencia de la discapacidad. En la medida de lo posible debe preservarse al máximo la autonomía de la persona y reducir la incapacitación a lo necesario y conveniente para la persona afectada. Por eso, hay que restringir la incapacitación total a los casos estrictamente necesarios y graduar la capacidad siempre que sea posible. La sentencia debe precisar para qué actuaciones relacionadas con el cuidado personal y médico-asistencial de la persona afectada por la discapacidad, o con la administración y disposición de sus bienes, necesitará la representación o la asistencia de otra persona.

ii) En función de lo anterior, debe especificarse el sistema de apoyos más acorde a la situación concreta de la persona afectada, que pasa no sólo por constituir una tutela o una curatela, sino también por concretar su contenido, que es lo más importante.

En este sentido hay que motivar por qué se considera que una figura concreta se ajusta más a las necesidades de la persona afectada, y el ámbito de actuación de quien va a ejercer los apoyos, si estos van a ser totales o parciales, y en este caso para qué situaciones será necesario el apoyo y qué actividades la persona con discapacidad podrá realizar por sí misma (en el área personal, médico-sanitaria, jurídica, económico-administrativa, conducción de vehículos, etc.). En el ámbito patrimonial, cuando sea posible y conveniente, pueden fijarse las cantidades de que podría disponer por sola la persona afectada y el modo de hacerlo (por ejemplo, el dinero de bolsillo).

iii) En cualquier caso, conforme a la legislación y la jurisprudencia, la sentencia no podrá restringir a priori derechos personalísimos, tales como: el derecho a contraer matrimonio, sin perjuicio de que el consentimiento debe prestarse válidamente y de su control [STS 145/2018, de 15 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:846)]; el derecho a otorgar testamento sujeto a la regulación legal (el testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades exigidas por el artículo 665 del Código Civil); así como el derecho de sufragio activo

(artículo 3.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre).

iv) La Sentencia habrá de especificar la persona concreta (física o jurídica, pública o privada) que va a ejercer los apoyos necesarios, y justificar por qué motivo se considera que la función de tutor o curador habrá de ejercerla esa persona. La persona designada para la guarda legal no tiene por qué coincidir con la propuesta por el Ministerio Fiscal o por las partes personadas. Conforme a la CDPD, la designación de la persona del tutor o curador ha de ajustarse lo más posible a la voluntad de la persona afectada y a su mejor cuidado y atención.

d) En el fallo de la sentencia habrá de especificarse de forma clara y precisa, a ser posible en párrafos separados: el alcance de la modificación de la capacidad; la medida de apoyo que se establece; la persona designada para ejercer dicha función, y el ámbito concreto de la misma (personal, jurídico-administrativo, médico-sanitario, patrimonio y economía, etc.), es decir, las cuestiones para las que son precisos los apoyos, y establecer, en su caso, la suma concreta de dinero de la que la persona a la que se modifica su capacidad de obrar podrá disponer o bien el saldo de la cuenta corriente del que podrá hacer uso. También habrá de acordarse (si así se considera necesario) librar los oficios oportunos a entidades bancarias, centros residenciales o centros de salud, para garantizar el cumplimiento de lo acordado.

También ha de hacerse referencia a las obligaciones del tutor o curador: formalizar el oportuno inventario de bienes (generalmente en el plazo de veinte días desde la notificación de la sentencia); informar en el mes de enero de cada año al juzgado sobre la situación de la persona afectada por la tutela o curatela y rendir cuenta anual de su administración, sin necesidad de requerimiento previo por el juzgado.

Conforme a la regulación actual, estas obligaciones no afectan a los padres que tengan rehabilitada o prorrogada la patria potestad.

8. DELACIÓN Y NOMBRAMIENTO DE GUARDADOR LEGAL

a) Regulación legal. Nuestro ordenamiento jurídico establece un sistema de guarda legal que se articula en torno a la tutela, la curatela y el defensor judicial. Tienen en común que se constituyen por resolución judicial, que designa también la persona encargada de desarrollar esa función. La tutela y la curatela son guardas legales que tienen una vocación de permanencia, mientras no se modifiquen por resolución judicial. Mientras que el defensor judicial es designado para realizar una función puntual. Estas tres figuras de guarda legal se complementan con

la guarda de hecho, que no requiere de resolución judicial para su constitución.

La regulación de la guarda legal se encuentra en el Código Civil (CC), en el Libro I, Título X (“De la tutela, la curatela y de la guarda de menores e incapacitados”), y en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), en el Título II, Capítulo IV (“De la Tutela, la curatela y la guarda de hecho”).

Esta regulación de la guarda legal, que tiene como presupuesto la declaración de modificación de capacidad, ha sido interpretada por la jurisprudencia para adaptarla a las exigencias de la CDPD de Nueva York: se concibe la guarda legal como un sistema de apoyos y salvaguardas al servicio de las necesidades de la persona que padece una discapacidad, y el contenido de la tutela o de la curatela está en función de las necesidades de la persona afectada por la discapacidad, en atención al alcance e incidencia que esta discapacidad tiene para el ejercicio de sus derechos.

Además, el Tribunal Supremo ha resaltado la relevancia de la voluntad de la persona afectada por la discapacidad en orden a la determinación del sistema de guarda legal procedente, y en particular, de la autotutela a la que se refieren los artículos 223 y 234 CC.

b) Tutela. El contenido de cada tutela debe ser precisado por la sentencia que declare la incapacitación de una persona y entienda que en atención a las funciones del guardador legal debe tratarse de un tutor. Pero lo que caracteriza la tutela y la distingue de la curatela es que el tutor asume funciones de representación, personal y/o patrimonial, de la persona declarada incapacitada. Esto suele ser común en los casos de incapacitación total, pero también puede darse cuando la incapacitación parcial conlleva funciones de representación respecto de alguna actividad del ámbito patrimonial y/o personal.

Pero las eventuales funciones de representación que pudieran encomendarse al tutor, que le permiten actuar por cuenta del tutelado, en ningún caso pueden alcanzar a actos personalísimos, como es contraer matrimonio, ejercitar el derecho de voto...

c) La curatela, cuyo contenido en cada caso debe venir precisado por la sentencia que la constituye y en función del alcance de la modificación de capacidad, opera en casos en que la persona incapacitada no precisa que el guardador legal le represente en ningún ámbito de su vida. La curatela ordinariamente se constituye cuando la persona afectada por la discapacidad tan sólo necesita la asistencia de un guardador legal para alguna faceta de su cuidado personal o patrimonial.

Así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala Primera, que suele considerar la curatela más apropiada en los casos de incapacitación par-

cial sin funciones de representación, y remarca que no se circunscribe expresamente a la asistencia en la esfera patrimonial, sino que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 289 CC, pueden atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal:

“el curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, que no tiene que ser específicamente de naturaleza patrimonial” [STS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168)].

d) El defensor judicial es un cargo transitorio. Su función es representar o asistir a la persona con discapacidad en casos de conflicto de intereses, vacío de tutela o curatela. También cuando en un procedimiento sobre modificación judicial de la capacidad, la demanda ha sido presentada por el Ministerio Fiscal y la persona con discapacidad no comparece, en esos casos se le nombra un defensor judicial para que le represente en el juicio. Tendrá las atribuciones que se le hayan concedido dependiendo de los motivos de su nombramiento y debe rendir cuentas de su gestión una vez concluida (artículos 299 y 299 bis CC y artículo 27 LJV),

e) La guarda de hecho, en la regulación actual, se da cuando una persona con discapacidad que no tiene tutor ni curador pero necesita de apoyos, éstos le son otorgados por algún familiar, centro asistencial u otra persona.

El guardador de hecho puede ser requerido por el juez para que informe de la situación de la persona y de sus bienes, y de su actuación en relación a los mismos, con el fin de poder comprobar si se precisa de una institución de apoyos. El juez también puede establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (artículo 303 CC y artículo 52 LJV), sin perjuicio de que los actos realizados por el guardador de hecho en interés de la persona con discapacidad, no pueden ser impugnados si redundan en su utilidad (artículo 304 CC)

f) Delación de la tutela y curatela.

i) El Código Civil establece un orden legal de preferencia para el nombramiento de tutor en el artículo 234:

“1º) al designado por la propia persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ver modificada su capacidad en un futuro, en documento público notarial (autotutela); 2º) al cónyuge conviviente; 3º)

a los padres; 4º) a la persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad (tutela testamentaria) y 5º) al descendiente, ascendiente o hermano que el Juez designe.”

Tanto el supuesto de autotutela, como de tutela testamentaria, pueden ser formuladas en positivo o en negativo, es decir: se puede designar a quién se quiere que ejerza la guarda legal o a quién no se quieren que la ejerza.

En defecto de todas estas personas, el juez puede designar tutor a quien considere más idóneo para la persona con discapacidad, teniendo en cuenta las relaciones entre ambos y el beneficio que le pueda reportar.

En el caso de la curatela, si con anterioridad la persona hubiese estado bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el juez disponga otra cosa (artículo 292 CC). Para ello el juez siempre tendrá en cuenta el interés y la voluntad de la persona con discapacidad.

ii) Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden de prelación antes indicado o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio de la persona con discapacidad así lo exigiere.

“.. el Juez, en principio, debe seguir el orden legal de llamamientos, pero puede prescindir de este orden legal, en atención al interés de la persona con discapacidad y no de la persona que va a ejercer el cargo y por razones muy variadas: en ocasiones, porque el primer llamado no está en condiciones de asumir el cargo (bien porque carece de la idoneidad exigida, o bien porque no quiere, pues, aunque constituye un deber legal, puede resultar contraproducente el nombramiento de quien no está dispuesto a asumir el cargo); pero también es posible que la conflictividad familiar, unida a la situación de la persona tutelada, pueda desaconsejar el nombramiento de uno de los parientes llamados legalmente [(STS216/2017, de 4 de abril, (ECLI:ES:TS:2017:1335), reiterando lo ya indicado en la sentencia de 1 de julio de 2014 y 19 de noviembre de 2015].

iii) El artículo 239 bis CC, introducido en la reforma operada por Ley 26/2015, de 28 de julio, regula el nombramiento a favor de una Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, en dos supuestos: 1º cuando no haya sido constituida la tutela (o curatela) en favor de ninguna de las personas indicadas en el artículo 234 CC, en cuyo caso el juez la designará como guardador legal; 2º cuando se produzca una situación de

desamparo, en cuyo caso la Entidad Pública asumirá por ministerio de la Ley su guarda legal y deberá dar cuenta de dicha situación a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Para que exista situación legal de desamparo se requieren dos requisitos: uno objetivo, que se constate un resultado de abandono, por carecer de la necesaria asistencia; y otro subjetivo, que esta situación venga ocasionada por el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona que ha sido designada para ejercer la guarda legal.

g) Formas de constitución de la guarda legal.

La constitución de la tutela o curatela es siempre judicial, es decir, el juez realiza el nombramiento del guardador legal en la sentencia que se dicta en el procedimiento de modificación judicial de la capacidad. Aunque, con posterioridad, si cambian las circunstancias que dieron lugar a su nombramiento, el juez puede sustituir o remover del cargo al tutor o curador nombrado, y designar a otra persona que resulte idónea.

El defensor judicial es nombrado por el letrado de la administración de justicia (artículo 30 LJV).

Como regla general, el cargo de tutor o curador será ejercido por una sola persona, que puede ser física, con pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 242 CC), o jurídica, que no tenga finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección a menores e incapacitados (artículo 242 CC). Pero también puede ser ejercido conjuntamente por dos personas como cotutores en los siguientes casos: 1º si se separan los cargos de tutor de la persona y tutor de los bienes, cuando concurren circunstancias especiales en la persona con discapacidad o en su patrimonio; 2º si el padre o la madre son tutores, ejercerán su cargo conjuntamente (como la patria potestad); 3º si se designa a alguna persona tutor o curador de los hijos de su hermano y se considera conveniente que se ejerza conjuntamente con su cónyuge; 4º si varios tutores son designados conjuntamente en testamento o en documento notarial (artículo 236 CC).

El artículo 237 CC prevé la posibilidad de solidaridad en el funcionamiento de la guarda legal, así como la decisión judicial en caso de desacuerdo, y el artículo 237 bis CC la actuación por uno solo de ellos en caso de conflicto de intereses o incompatibilidad. El cese de uno de ellos, no implica el cese del otro cuyo cargo se mantiene subsistente, salvo que en el nombramiento se hubiese dispuesto otra cosa.

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil y no serán oponibles frente a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones (artículo 218 CC).

9. CONTROL Y SEGUIMIENTO DE LA TUTELA/CURATELA

a) El artículo 269 CC enumera las obligaciones que el tutor debe asumir en beneficio del tutelado. Además de velar por él, tiene que: i) procurarle alimentos; ii) educarle y procurarle una formación integral; iii) promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad; iv) e informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

El artículo 233 CC señala que el juez en la resolución por la que se constituye la tutela, o en otra posterior, podrá establecer el control que estime oportuno en beneficio del tutelado y exigir del tutor en cualquier momento que informe sobre su situación y el estado de la administración de sus bienes, y esta última exigencia puede efectuarse por el Ministerio Fiscal conforme al artículo 232 CC.

b) Conforme al artículo 262 CC, el tutor está obligado a hacer un inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo, plazo que podrá prorrogarse por el letrado de la administración de justicia en resolución motivada si concurriere causa para ello.

En la práctica, para evitar dilaciones indebidas en este tipo de procedimientos, algunos juzgados permiten al tutor tomar posesión del cargo en el acto de la vista, después de haber sido preguntado por el juez si estaría dispuesto a cumplir los deberes que la ley le impone en beneficio del tutelado (formación de inventario, rendición anual de cuentas, etc.), para el caso en que fuera nombrado tutor (pudiéndose hacer la misma pregunta a todas las personas que pudieran ejercer dicho cargo, en el caso de que existiera discrepancia). Así en el fallo de la sentencia se hará constar que el tutor nombrado aceptó el cargo el día del juicio, reflejándose la fecha, sin perjuicio de que el plazo para la formación de inventario comience a contar a partir de que se le notifique la sentencia.

Por otra parte, en los casos en que no existe un patrimonio importante, el plazo de sesenta días puede ser excesivo, por lo que en la sentencia se puede fijar un plazo inferior para la presentación del inventario (por ejemplo, veinte días hábiles desde la notificación de la sentencia), que ordinariamente consistirá en la relación de bienes y derechos de contenido patrimonial (bienes muebles e inmuebles de su titularidad, depósitos, saldos de cuentas, otros derechos y acciones, etc.), y de las deudas (préstamos contraídos, obligaciones pendientes de satisfacer, etc.), junto con los documentos acreditativos de tales bienes y deudas.

c) En la sentencia también se hace saber al tutor la obligación de informar, en el mes de enero de cada año y ante el juzgado que dictó la resolución, sobre la situación de la persona sometida a tutela y rendir

cuenta anual de su administración, sin necesidad de requerimiento previo por el juzgado. Esto último, facilita el trabajo de la oficina judicial, pues ya no es necesario requerir a los tutores en todos los procedimientos para que cada año presenten la correspondiente rendición de cuentas.

No obstante, ha de destacarse el desconocimiento que sobre esta materia existe en la mayoría de las ocasiones. Sobre todo, cuando es un familiar quien asume la guarda legal (o prestación de apoyos), desconoce las obligaciones que tras el dictado de la sentencia ha de asumir, por lo que ha de ser informado en el propio acto del juicio. Puede facilitar esta labor la elaboración de pautas u orientaciones sobre el contenido de la rendición de cuentas anual, tanto la referida al estado personal del tutelado como la correspondiente a la administración patrimonial, dado que en la mayoría de los casos el tutor rinde cuenta de la administración de los bienes, sin hacerlo de la situación personal del tutelado.

d) La rendición de cuentas anual de la administración patrimonial debe dejar constancia de las variaciones habidas en el patrimonio desde la última rendición de cuentas. Deben aportarse todos los justificantes de los gastos relativamente importantes. No es necesario presentar justificantes de gastos cotidianos o de escasa cuantía. El juzgado puede requerir al tutor que complete la documentación o aclare algún gasto efectuado durante el año objeto de rendición, sin perjuicio de que en caso de detectarse un incorrecto ejercicio del cargo para el que ha sido nombrado (tanto en el aspecto personal como en el patrimonial) pueda ser objeto de remoción.

Conviene recordar que, en el marco de la previsión legal de la necesidad de recabar autorización judicial para realizar determinados actos (artículo 271 CC), es necesaria la previa autorización judicial para los gastos de determinada entidad que hayan de afrontarse en beneficio del tutelado.

El procedimiento de rendición anual de cuentas viene regulado en el artículo 51 LJV. Presentados los informes, se citará a una comparecencia judicial al guardador que rinde cuentas, al tutelado (cuando sea posible) y al Ministerio Fiscal. Y si fuera necesario, se podrán solicitar y practicar las diligencias que se estimen oportunas.

La aprobación judicial de las cuentas no impide el ejercicio de acciones de responsabilidad.

e) La rendición de cuentas anual es clave para realizar un buen seguimiento de la tutela. Tanto en el régimen actual de guarda legal, como en el que está por venir de constitución de apoyos, resulta esencial dotar al juzgado de los medios necesarios para poder realizar un adecuado control del desempeño de estas funciones, tanto asistenciales y de representación personal, como patrimoniales.

Además, en la reforma proyectada la revisión periódica de los apoyos cumple la función no sólo de revisar la actuación realizada quien los

presta, sino también comprobar si deben continuar los previstos o si hay que suprimirlos o modificarlos.

f) En el vigente artículo 274 CC, el derecho del tutor a ser retribuido viene condicionado a que el patrimonio del tutelado lo permita, y el importe de la retribución, que será fijado por el tribunal, así como el modo de percibirla, vendrá determinado por el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. Se ha de procurar que la cuantía de la retribución no baje del 4% ni exceda del 20% del rendimiento líquido de los bienes.

En sintonía con el anterior precepto, el artículo 275 CC establece que los padres en sus disposiciones de última voluntad podrán disponer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos, pudiendo el juez en resolución motivada establecer otra cosa, esto es si el mejor beneficio del discapacitado así lo aconseja.

g) El fallecimiento del tutelado es una de las causas de extinción de la tutela. Consecuencia del cese en sus funciones, el tutor debe rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuese necesario si concurre justa causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 CC.

Se trata de hacer una comprobación de toda la gestión realizada, a fin de que sea aprobada definitivamente o, por el contrario, se proceda a exigir al tutor las oportunas responsabilidades. En consonancia con ello, los artículos 260 y 261 CC facultan al juez para exigir fianza al tutor, modificarla o dejarla sin efecto, en garantía del cumplimiento de sus obligaciones.

Cualquier discrepancia en relación con el modo de gestionar el patrimonio del tutelado que pueda surgir entre los familiares, no tiene por qué ser objeto del procedimiento de seguimiento y control de la tutela, sino que debería ventilarse en el procedimiento correspondiente. Al respecto, la STS (1ª) 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945), afirma:

“El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, que es lo que, generalmente caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Si se considera necesario, el juez, tras el fallecimiento del tutelado, dará audiencia a sus herederos conforme a lo previsto en el artículo 280 CC, y requerirá informe del Ministerio Fiscal. Con independencia de que la rendición final de cuentas sea aprobada judicialmente, los herederos

del tutelado podrán iniciar las acciones que entiendan oportunas para reclamar lo que consideren conveniente por razón de la tutela, tal y como establece el artículo 285 CC.

h) El procedimiento para la rendición de la cuenta general justificada por fallecimiento del tutelado es similar al que el tutor ha de seguir para la rendición anual de cuentas, al que hace referencia el reseñado artículo 51 LJV.

En cualquier caso, la acción para exigir la rendición final de cuentas prescribe a los cinco años, contados a partir de la terminación del plazo establecido para efectuarlo.

i) En relación con la obligación del curador de presentar rendición de cuentas anual, si bien no se establece de forma expresa en la regulación legal, que se refiere siempre al tutor, habrá de tenerse en cuenta el alcance de la prestación de apoyos para los que el curador haya sido nombrado y si existe una autonomía destacable o no en el sometido a curatela.

La STS 600/2015, de 4 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4505), establece:

“el curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del discapaz y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto”.

Y en el mismo sentido la STS 69/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:310), afirma:

“para complementar su capacidad, necesita la asistencia de un curador para la toma de decisiones, cargo que desempeñará la Institución tutelar designada por la Audiencia. El curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal de la Sra. NN y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto”.

j) Bajo el actual régimen de prórroga o rehabilitación de la patria potestad, no es necesaria la rendición anual de cuentas, al continuar los progenitores actuando en beneficio de su hijo como cuando era menor de edad.

10. INCIDENCIAS DE LA GUARDA LEGAL Y AUTORIZACIONES JUDICIALES

a) Conforme al vigente artículo 217 CC, «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial».

El guardador legal debe esforzarse por mantener a la persona con discapacidad en su entorno social, económico y familiar en el que habitualmente se desenvuelve, a la vez que vela por ella, especialmente cuando sea muy vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad. El guardador asume un doble compromiso, social e individual, al prestar los apoyos que la persona precise.

De tal forma que debe asumir la función de representación, asistencia y cuidado que en su caso le haya sido encomendada, con la idea de preservar al máximo la autonomía de la persona y atender, en la medida de los posible, a lo que podrían ser su voluntad, deseos o preferencias.

En este contexto, tienen gran relevancia las medidas de vigilancia y control judicial sobre la persona que ejerce esos apoyos. Este control se efectúa ante incidencias previstas en la Ley cuya resolución requiere intervención judicial, como por ejemplo: cuando existan discrepancias importantes durante el ejercicio del cargo, de las cuales pueda derivarse de forma clara y directa un perjuicio para la persona con discapacidad; cuando exista conflicto de intereses; o ante la existencia de graves perturbaciones en la prestación de los apoyos que precisa.

Como el ejercicio del cargo de guardador legal es un deber, está previsto legalmente que sea retribuido, siempre y cuando el patrimonio lo permita y en atención a la dedicación que deba realizar el guardador legal.

b) Prohibiciones. El artículo 221 CC, como salvaguarda de los derechos e intereses de la persona con discapacidad, establece una serie de prohibiciones.

“Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

- 1. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.*
- 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título”.*

El tutor no solo tiene prohibido recibir a título gratuito bienes o derechos del tutelado o de sus causahabientes, sino también la autocontratación. Como indica la jurisprudencia, en la autocontratación se rompe la bilateralidad del negocio jurídico, al existir identidad de intereses (intereses compartidos) con la contraparte (STS 1860/2015 de 17 de marzo ECLI:ES:TS:2015:1860) y se sanciona dicho comportamiento con la nulidad del acto o negocio jurídico (STS 721/2011 de 1 marzo ECLI:ES:TS:2011:72). Esto ocurre en el caso de la tutela, cuando el tutor interviene, en representación del tutelado, y en su propio nombre.

Se prohíbe también la intervención del guardador legal cuando existe una situación de conflicto de intereses. Cuando entre el guardador legal y la persona con discapacidad existe un interés contrapuesto en algún asunto en el que el guardador legal deba representarle o prestar asistencia u apoyo, de forma que no resulta la persona idónea para intervenir.

El artículo 12.4 de la CDPD exige a los Estados Partes que garanticen que no haya conflicto de intereses ni influencias indebidas sobre la persona con discapacidad.

Cuando exista este conflicto de intereses, se debe solicitar el nombramiento de un defensor judicial por el letrado de la Administración de Justicia para que represente y vele por los intereses de la persona con la capacidad modificada judicialmente. Salvo que se trate de los padres y el conflicto de intereses solo exista con uno de ellos, en cuyo caso, responderá al otro, por ley y sin necesidad de especial nombramiento judicial, representarle. Igual ocurrirá cuando sean dos los tutores y el conflicto de intereses exista solo con uno de ellos (artículos 299 CC y 27 LJV)

c) Excusa y remoción del guardador legal (artículos 247 y ss. CC y 32 LJV). El tutor, curador y el defensor judicial pueden excusarse de su cargo, en el plazo de 15 días desde que conozcan su nombramiento, cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, falta de vínculos con la persona o por cualquier otra causa, le resulte excesivamente gravosos el ejercicio del cargo.

También pueden ser removidos del cargo por el tribunal cuando después de nombrados se den determinados supuestos:

i) Incurran en alguna de las causas que les inhabilitan para el cargo [enemistad, imposibilidad absoluta para ejercerlo, mala conducta, importantes conflictos de intereses con la persona con discapacidad, mantenga pleito con ella, actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de bienes... (art 244 CC)].

ii) Se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, curatela o en las funciones otorgadas como defensor judicial, por incumplimiento de los deberes propios de su cargo, notoria ineptitud para el cargo, o cuando surgieran problemas de convivencia, que tienen que ser graves y continuados para que justifiquen su remoción.

Está remoción se realiza a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, en el que se pueden suspender las funciones del guardador legal y nombrarse un defensor judicial a la persona con discapacidad hasta que se nombre a otra persona para el cargo.

En el caso del defensor judicial, el procedimiento se tramitará y decidirá por el letrado de la administración de justicia que es quien le nombró. Mientras que en el caso del tutor o curador, se resolverá por el juez al haber sido éste quien le nombró.

d) Medidas de protección.

Las medidas de protección se regulan en el artículo 158 CC y en los artículos 87 y 89 LJV para los supuestos de ejercicio inadecuado de la guarda o de la administración de los bienes de la persona con la capacidad modificada judicialmente, por parte de sus progenitores o de su tutor o curador.

Estas medidas van desde asegurar la prestación de alimentos en caso de incumplimiento, someter a autorización judicial cualquier cambio de domicilio o nombrar un administrador judicial de los bienes, hasta la medida de prohibición a determinadas personas de comunicarse con la persona con la capacidad modificada judicialmente y demás disposiciones que el juez considere necesarias para apartarle de algún peligro.

Para su adopción será competente el juzgado de primera instancia del domicilio o en su defecto, de la residencia de la persona con la capacidad modificada judicialmente y podrán adoptarse tanto de oficio como a petición de la propia persona, del Ministerio Fiscal o de cualquier interesado, Y se comunicarán, en el caso de la tutela, al juzgado que hubiese conocido del nombramiento de tutor.

e) Autorizaciones judiciales.

En determinados supuestos, el control judicial consiste en la exigencia de autorización judicial para determinadas actuaciones. El guardador legal, ya sea tutor, curador, o progenitor, y también el defensor judicial nombrado en el caso de conflicto de intereses, precisan de autorización judicial para las siguientes actuaciones comprendidas en el artículo 271 CC:

“1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8.º Para dar y tomar dinero a préstamo.

9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10.º Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.”

En el caso de la tutela, para la partición de herencia o la división de cosa común realizadas por el tutor, no es necesaria la autorización judicial previa. Pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial (artículo 272 CC).

Tampoco precisa autorización judicial la aceptación de la herencia, siempre que se haga a beneficio de inventario. A sensu contrario, sí que precisará dicha autorización, esto es, cuando la aceptación se pretenda realizar de forma pura y simple.

Esta autorización judicial deberá ser previa al acto de la aceptación de la herencia y en el caso que exista conflicto de intereses (cosa que es muy común pues en ocasiones, siendo tutor un hermano u otro pariente, ambos concurren como herederos en la herencia que se pretende aceptar), el tutor debe comunicarlo al juez y solicitar que se nombre un defensor judicial, para la aceptación de la herencia y la partición.

Sin embargo, la persona sometida a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario, siempre que la sentencia que haya modificado su capacidad no dispusiere otra cosa (artículo 996 CC)

Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando sea preceptiva o del tutor, cuando no sean de carácter personalísimo y se consideren perjudiciales, serán anulables a instancia del propio tutor o curador o de la persona sujeta a tutela o curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y ss. CC.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los actos celebrados sin autorización judicial se someten al régimen de anulabilidad, lo que implica que los terceros carecen de legitimación para hacer valer la ineficacia y que sería posible un control judicial posterior. Así la declaró la STS1485/2019, de 10 de mayo (ECLI:ES:TS:2019:1485):

“la exigencia de que el tutor obtenga autorización judicial para aceptar sin beneficio de inventario la herencia (artículo 271.4 CC) es una cautela dirigida a proteger los intereses del tutelado; en consecuencia, como hemos dicho en la sentencia de pleno 2/2018, de 10 enero, para dar solución a los actos celebrados por el representante legal sin autorización judicial resulta necesario acudir, con las adaptaciones precisas, al régimen de la anulabilidad.”

“Ello comporta no solo que los terceros carecen de legitimación para hacer valer la ineficacia de la aceptación pura realizada por el tutor sin autorización judicial (artículo 1302 CC), sino también que sería posible un control judicial posterior al otorgamiento del acto de aceptación.”

f) Procedimiento.

El control judicial ante las incidencias y las autorizaciones judiciales o aprobaciones posteriores, se efectúa a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, iniciado de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, de la persona cuya capacidad ha sido modificada judicialmente o de otra persona interesada.

El juez, antes de resolver, además de recabar los informes que estime oportunos o que le sean solicitados, deberá oír necesariamente al Ministerio Fiscal y a la persona con la capacidad modificada judicialmente, si fuese mayor de 12 años o lo considera oportuno y en todo caso, siempre que tenga suficiente juicio (artículos 248 y 273 CC).

Será competente para el conocimiento de este expediente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia de la persona con capacidad modificada judicialmente. Para promover este expediente, está legitimado el representante legal de la persona con capacidad modificada judicialmente, sin que sea preceptiva la intervención de abogado y procurador.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, en el Capítulo VII del Título II (artículos 59 y ss), regula un procedimiento para la obtención de autorización judicial para el consentimiento a las intromisiones legítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de una persona con capacidad modificada judicialmente. Está legitimado para promover este procedimiento el representante legal de la

persona con capacidad modificada judicialmente. No es preceptiva la intervención de abogado ni procurador. El juzgado competente para tramitar y resolverlo es el de primera instancia del domicilio, en su defecto, de la residencia de la persona con capacidad modificada judicialmente.

11. CUESTIONES DE COMPETENCIA RELACIONADAS CON LA GUARDA LEGAL

a) Régimen legal sobre competencia

El artículo 52.1.5º LEC establece que en los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan.

Y el artículo 756 LEC atribuye la competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad al juzgado de primera instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite. Hay que tener en cuenta que en algunos partidos judiciales, existen juzgados de primera instancia especializados los procesos de modificación de capacidad y tutela de personas con discapacidad, ya sea de forma exclusiva o junto con los asuntos de familia.

Se trata de un fuero de carácter imperativo que no puede ser alterado por la voluntad de las partes mediante la sumisión expresa o tácita. Aunque no lo dice expresamente el artículo 756 LEC, resulta del inciso final de artículo 54.1 LEC: «Tampoco será válida la sumisión expresa o tácita en los asuntos que deban decidirse por el juicio verbal», juicio verbal al que se remite el artículo 753 para la tramitación de estos procesos especiales. Consecuencia del carácter imperativo de la norma determinante de la competencia territorial es la obligación del juez de examinar de oficio su propia competencia territorial (artículos 58 y 440.1 LEC).

Conforme al artículo 58 LEC, cuando la competencia territorial venga fijada por normas imperativas, el tribunal examinará de oficio su competencia territorial inmediatamente después de presentada la demanda y, previa audiencia del fiscal y de las partes personadas, declarará su incompetencia mediante auto, remitiendo las actuaciones al tribunal considerado competente.

b) Criterios jurisprudenciales en relación con la competencia para conocer de las demandas de modificación de capacidad y declaración de prodigalidad.

El Tribunal Supremo ha dictado numerosos autos resolviendo cuestiones de competencia territorial entre juzgados en demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, y ha establecido la siguiente doctrina, sintetizada en el ATS de 13 de julio de 2016:

“es doctrina de esta Sala que el lugar de la residencia del incapaz determina la competencia territorial, en base a lo dispuesto en el artículo 756 de la LEC, fuero que también es aplicable a los supuestos de representación y asistencia de los ya declarados incapaces, incapacitados o declarados pródigos, 52-5º LEC, precepto este que, conforme a la doctrina reiterada de esta Sala excluiría la aplicación a los procedimientos sobre tutela y relativos a la capacidad de las personas, del principio de la “perpetuatio iurisdictionis” consagrado en el artículo 411 LEC. Tal criterio competencial se ha considerado más acorde al principio de protección del incapaz ya que el ejercicio de la tutela será más efectivo bajo el control del Juzgado de residencia del incapacitado, y además posibilita el acceso efectivo del incapaz a la justicia, de conformidad con el artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Esta doctrina está en línea con los fueros aplicados en la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria en relación con las personas con capacidad modificada judicialmente, que en todo lo relativo a las cuestiones relativas a la tutela, la curatela y la guarda de hecho establece en su artículo 43 la competencia para el conocimiento del expediente del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, estableciendo en su párrafo segundo que « el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud». Es decir, prima el interés de la persona con capacidad modificada o este caso a modificar, acercando el procedimiento a su lugar de residencia o domicilio”.

Para la determinación de la competencia territorial se tiene en cuenta el criterio de la residencia de la persona necesitada de apoyos. Ésta residencia a la que, de forma genérica, se refiere el artículo 756 LEC, no exige la habitualidad que caracteriza a la residencia definidora del domicilio (artículo 40 CC). Consiste en la estancia de una persona en un determinado lugar, accidental o transitoriamente, aunque con cierto carácter de permanencia, para distinguirla del «lugar en que se encuentre» a que se refiere el artículo 50.2 LEC en relación con los que no tuvieren domicilio ni residencia en España.

En este sentido el ATS de 17 de noviembre de 2009 estableció que la accidental residencia del presunto incapaz en un centro (en este caso un centro psiquiátrico de otra localidad) no puede tenerse en cuenta a efectos de determinar la competencia, ya que tal situación era coyuntural y supe- ditada a posibles traslado a otros centros. Y el ATS de 30 de noviembre

de 2016 reitera que no toda estancia en un centro genera domicilio o residencia habitual pues «la competencia no puede quedar sujeta a circunstancias de carácter temporal, lo que podría provocar una peregrinación del asunto de juzgado en juzgado, incompatible con el derecho a un proceso sin dilaciones. En estos supuestos se sigue manteniendo la competencia del juzgado del domicilio de la persona con capacidad modificada, sin perjuicio de que para la realización de las actuaciones procesales que requieran su presencia, se pueda solicitar su traslado a la sede del juzgado competente o se utilicen los medios técnicos (vídeo conferencia) existentes en el juzgado más próximo al centro donde se encuentre internada».

El carácter imperativo de este fuero conlleva que no pueda ser alterado por la voluntad de las partes mediante la sumisión expresa o tácita, y que el juzgado deba examinar de oficio su propia competencia territorial (artículos 58 y 440.1 LEC).

En la reforma proyectada, la competencia territorial para conocer de estos procesos se establece en torno al fuero de la *residencia habitual* de la persona a la que se refiera la solicitud de apoyos (artículo 756.2 LEC, en la redacción propuesta). Como excepción a la regla de la perpetuación de la jurisdicción (artículo 411 LEC, que supone la imposibilidad de variación de la jurisdicción o competencia cuando se produzcan alteraciones, una vez iniciado el procedimiento, respecto al domicilio de las partes), el proyectado apartado tercero del artículo 756 LEC establece que si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Tal previsión, responde a la doctrina jurisprudencial citada. La misma regla de competencia se mantiene, conectándola con la regla de competencia funcional, para el conocimiento de los incidentes de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas (artículo 761.1 LEC, en la redacción proyectada).

La doctrina del Tribunal Supremo se muestra acorde con los fueros aplicados en el artículo 43 LJV, en relación con las personas con capacidad modificada judicialmente que, en todo lo relativo a la tutela, curatela y guarda de hecho, determina que la competencia para el conocimiento del expediente es del Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. En su párrafo segundo establece que «el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela, curatela o guarda de hecho, será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas posteriores, siempre que el menor o persona con capacidad modificada judicialmente resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días si-

guientes a la solicitud». Se tiene en cuenta por consiguiente, el interés de la persona necesitada de apoyos en consonancia con el artículo 13 de la CDPD, contemplándose el eventual cambio de residencia.

c) Criterios jurisprudenciales en relación con el seguimiento y control de la tutela o curatela.

Resulta de aplicación también lo dispuesto en el artículo 52.1.5º LEC. Sólo el juez del lugar al que se ha trasladado el tutelado es competente para realizar de forma efectiva el directo control y seguimiento de la tutela, por la propia operatividad práctica que exige el control de la tutela resulta necesario asegurar la proximidad del tutelado con el juzgado que deba resolver cualquier incidencia. Este es el criterio adoptado por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo el 16 de diciembre de 2008, y reiterado posteriormente en diversos autos [entre otros, AATS de 12 de enero de 2010, 2 de diciembre de 2015 (conflicto 200/2015) y 18 de marzo de 2015 (conflicto 141/2014)].

d) En este sentido, atendiendo al interés y la necesidad de la persona con necesidad de apoyos, si en el momento del reconocimiento judicial se tiene conocimiento de que esta persona ya no reside en el partido judicial del juzgado que está conociendo del asunto, es recomendable continuar con el reconocimiento, pues suspenderlo en ese momento y obligar a la persona a trasladarse a otra sede judicial, con el trastorno que para él mismo y los familiares supone, supondría un perjuicio excesivo, entendiéndose por tanto que el juez que practica el reconocimiento es el que habrá de celebrar el juicio posterior, y una vez dictada la sentencia en la que se determinen los apoyos que precisa esa persona con discapacidad, se dictará auto acordando la inhibición al juzgado correspondiente para que continúen con el seguimiento y control de la tutela. Este criterio es acorde con las exigencias de la CDPD para facilitar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, en cuanto que debe procurarse que se haga en las mejores condiciones de accesibilidad, proximidad e intervención inmediata.

12. CONTROL JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO

a) Tratamiento legal y jurisprudencial de esta medida

El internamiento involuntario, dada su naturaleza, puesto que se trata de la privación de un derecho fundamental como es libertad de todas las personas, tiene un específico tratamiento en la ley.

El artículo 763 LEC regula el internamiento no voluntario de una persona por razón de trastorno psíquico, cuando no esté en condiciones de decidirlo por sí misma, distinguiendo según tenga o no carácter urgente.

Este internamiento puede tener lugar aun cuando la persona esté sometida a la patria potestad o a tutela.

Para la adopción de esta medida se exige la previa autorización judicial, salvo que se trate de un internamiento de carácter urgente.

El internamiento urgente se acuerda por el médico. Es un acto médico sujeto a control judicial mediante su ratificación o denegación posterior. Se trata de una medida que se adopta en los casos de un enfermo mental que se encuentra en crisis aguda, normalmente por abandono o negativa a seguir con la medicación, y para proteger su vida e integridad física, y eventualmente la de terceros.

El responsable del centro médico donde se haya producido el ingreso tiene el deber de comunicarlo al tribunal del lugar en que radique dicho centro médico en el plazo de 24 horas y el tribunal debe ratificar la medida o denegarla, en un plazo máximo de otras 72 horas desde que dicho internamiento llega a su conocimiento. El Tribunal Constitucional ha declarado el carácter imperativo del plazo, que no puede ser rebasado:

“al resultar vinculante en este ámbito privativo de libertad la limitación que fija el artículo 17.2 CE para las detenciones extrajudiciales, el cual, como tenemos declarado, no opera con carácter exclusivo en el orden penal (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6 ; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2 ; 53/2002, de 27 de febrero, FJ 6). Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente” [STC 182/2015, de 7 de septiembre (ECLI: ES:TC:2015:182)].

b) Procedimiento

Antes de conceder la autorización solicitada para el internamiento involuntario ordinario o para ratificar o denegar el internamiento urgente previamente acordado por el médico, el tribunal, con independencia de otras pruebas que pueda acordar, debe oír a la persona afectada por la decisión, al fiscal y a cualquier otra persona que estime conveniente o le sea solicitada por la persona afectada por el internamiento. Y en todo caso ha de practicar necesariamente dos pruebas: examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y recabar el dictamen de un facultativo por él designado

Durante el procedimiento la persona afectada por el internamiento podrá actuar con defensa de letrado y representación de procurador.

La resolución que se dicte, podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial.

La autorización judicial se concede por un plazo máximo de seis meses, al término del cual el tribunal debe decidir la continuidad de la medida o su levantamiento. En el auto de internamiento se debe incluir una

advertencia a los facultativos del deber de informar al término de ese plazo de seis meses sobre la necesidad de continuar con el internamiento. El tribunal, recibidos estos informes, antes de decidir sobre la continuidad de la medida de internamiento, puede practicar las pruebas que estime pertinentes.

Sin perjuicio de lo indicado, cuando los facultativos que atiendan a la persona indicada consideren que ya no es necesario mantener el internamiento porque ha desaparecido la situación de riesgo que causó el ingreso, darán el alta al enfermo y lo comunicarán al tribunal competente.

Hay que tener en cuenta que, en todo caso, se trata de una medida de carácter provisional y cautelar que no siempre va seguida por un proceso sobre medidas de apoyos a personas con discapacidad, ya que en muchas ocasiones, especialmente cuando se trata de enfermos mentales, pasada la situación de crisis surgida por descompensación de su enfermedad, la persona no precisa de ningún apoyo ni salvaguarda que justifique el inicio de un proceso judicial para ello.

c) Especial regulación para los menores de edad

El internamiento de menores debe hacerse siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

La ley exige su ingreso en un centro para menores de edad, de forma que su tratamiento sea específico y separado de los mayores de edad, como medida de protección. Sin embargo, en la práctica, no siempre es posible contar con los referidos centros, encontrándose en ocasiones los menores de edad ingresados en centros de mayores, y viéndose obligados a permanecer en la habitación, lo que debería ser objeto de atención por parte de la administración competente.

13. EL SISTEMA DE CONSTITUCIÓN DE APOYOS EN LA REFORMA PROYECTADA

En la actualidad, existe un Anteproyecto de Ley aprobado por el Gobierno el día 21 de septiembre de 2018, que ya ha sido objeto de informe por el Consejo de Estado y por el Consejo General del Poder Judicial, y que lleva visos de convertirse pronto en proyecto de Ley para ser aprobada como tal por las Cortes Generales.

Como se refiere en el informe del Consejo General del Poder Judicial, «el Anteproyecto ha optado por modificar en profundidad el sistema de protección de las personas con discapacidad a partir de una concepción maximalista de la CDPD, con objeto de dotar de la mayor virtualidad posible a los principios, valores y disposiciones que contiene. Conforme esta concepción, la reforma del sistema de protección de las personas con

discapacidad pasa a gravitar sobre los siguientes ejes: i) la desaparición, formal y materialmente, de la incapacidad como estado civil y de la incapacitación como declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas afectadas por alguna discapacidad; ii) la supresión del sistema de guarda legal basado, con carácter general, en la sustitución de la persona con discapacidad y en la representación de la misma, que quedan limitadas a los casos en que, por las circunstancias concurrentes, sea preciso articular medidas sustitutivas de carácter representativo, y solo en la medida y con el alcance que fuere preciso; iii) la promoción de la autonomía y la voluntad de las personas afectadas por discapacidades, y la promoción de su autogobierno; y iv) el establecimiento de un sistema de apoyos y de asistencia a la persona con discapacidad adecuado a la discapacidad que le afecta que le permita desenvolverse en condiciones de igualdad con las demás personas en todos los aspectos de la vida».

Los puntos más relevantes de esta reforma, expuestos de forma muy sintética, son los siguientes:

a) Desaparece la declaración judicial de incapacitación y el procedimiento judicial se centra en la constitución de apoyos para facilitar que la persona que padece una discapacidad pueda ejercitar sus derechos.

b) Los apoyos pueden constituirse por vía judicial, mediante un procedimiento que sería el equivalente al actual de modificación de capacidad y constitución de la guarda legal (tutela o curatela), pero también cabe una constitución de apoyos extrajudicial, mediante los poderes o mandatos preventivos. Una persona, en previsión de una eventual y futura situación de discapacidad, puede establecer por vía notarial el régimen de apoyos del que le gustaría disfrutar cuando llegara esa situación de discapacidad. La activación de estos apoyos se hará también de forma extrajudicial, ante el notario.

c) En los apoyos constituidos judicialmente se suprime la referencia a la tutela, cuyo contenido queda absorbido por la curatela, único sistema de apoyo estable. El contenido de la curatela será el que determine el tribunal, como un traje a medida en el que primarán las necesidades e intereses de la persona afectada por la discapacidad. Cabe incluso constituir una curatela representativa, que vendría a ser la tutela actual. En este sistema se pone el acento en la constitución de apoyos y en seguir la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

d) Para la designación del curador se potencia más la autocuratela, pues la previsión que el interesado hubiera podido realizar de la persona que debería asumir su curatela, vinculará al juez con mayor fuerza que ahora, que constituye el primer criterio para la delación, pero que puede ser alterado en función del interés de la persona con discapacidad. Con la reforma, el juez tan sólo podrá separarse de la designación hecha en la autocuratela cuando hubiera habido un cambio relevante de las circunstancias en virtud de las cuales se hizo esa designación.

e) Se impone una revisión judicial de las curatelas, pero no sólo de cómo se está ejerciendo esa función, sino de la necesidad o conveniencia de mantener, suprimir o modificar los apoyos establecidos. El juez en la sentencia que acuerda la curatela fijará la periodicidad de esta revisión, que en todo caso se hará cada tres años. Esta medida, que indudablemente redundará en beneficio de la persona con discapacidad exigirá una mayor dedicación del juez a esta labor revisora, que en su caso, podría dar lugar a una nueva exploración judicial de la persona afectada.

f) Se suprime la rehabilitación y la prórroga de la patria potestad.

g) La guarda legal estable dejará de ser preceptiva para las personas que de forma crónica están privados en la práctica de capacidad para regirse por sí mismos. Para ello se regula con mayor contenido un sistema de guarda de hecho, con un eventual control judicial y la posibilidad de recabar autorizaciones judiciales cuando sea preciso realizar actos de representación. La guarda de hecho ya no será algo que se tolera, sino una posible forma de prestar apoyos a la persona con discapacidad.

h) En aras de una mayor flexibilidad, el anteproyecto potencia la figura del defensor judicial, para garantizar un apoyo, e incluso una representación, ocasional.

B.2. Orden Jurisdiccional Penal

Francisco-David Cubero Flores

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid
Delegado de Discapacidad del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

Debemos reflexionar sobre lo que significa el proceso penal, lo que implica para las partes en conflicto, la importancia que tiene para la libre convivencia democrática en nuestra sociedad y la preocupación por no estar a veces a la altura de las circunstancias, es decir, por no dar la talla de lo que esperan los ciudadanos de una administración de justicia moderna, diligente, respetuosa con los derechos de todos, sensible y eficaz.

El proceso penal es una máquina poderosa, es una apisonadora que arrastra todo lo que encuentra a su paso, no siempre cuidadosa con lo que “pisa” precisamente. Hemos de trabajar para que no sea así. Si algo caracteriza a las sociedades democráticas avanzadas y la nuestra va en dicho camino, es justamente el respeto por los derechos de los colectivos más vulnerables, generalmente no mayoritarios, tales como menores, mujeres maltratadas o personas con discapacidad.

Para una persona con discapacidad, el mundo exterior puede ser un muro infranqueable. Basta hacer pequeños experimentos, voluntarios o forzosos, para darse cuenta. La simple fractura de un hueso del cuerpo nos hace partícipes de ese mundo difícil de la discapacidad y nos enfrenta a ese muro, muchas veces imposible de superar, de manera temporal. También podemos realizar la experiencia voluntaria de taparnos los ojos con una venda o los oídos con unos tapones y salir a la calle cinco minutos. La aventura puede ser espantosa.

Si para una persona de cultura y capacidades medias enfrentarse a la administración de justicia, como mero testigo, como perjudicado, como investigado, suele implicar un calvario inolvidable, podemos imaginar lo que tal contacto implica para una persona con discapacidad y no digamos para una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

Es necesario, como personas que trabajamos para la administración de justicia, que seamos capaces, en primer término, de ser conscientes de dicho problema, en segundo lugar detectarlo cuando lo tenemos delante, y en tercer lugar poner remedio con el empleo de los recursos que pone en nuestra mano el legislador y sobre todo con el despliegue de nuestra mejor disposición para evitar la discriminación.

2. BARRERAS FÍSICAS Y SENSORIALES

Resulta decepcionante el estado y la situación de los edificios judiciales en general. No vamos a dejar de reconocer el esfuerzo que se ha venido llevando a cabo en los últimos años para su mejora, si bien queda mucho por hacer.

Edificios que no están diseñados para su función, escasez de espacio para los funcionarios y profesionales, deficiencias en el mantenimiento, edificaciones antiguas y no funcionales, ni flexibles... Tales males, que afectan al buen funcionamiento de la administración de justicia, se ven acrecentados, como es lógico, si se contrastan con el crisol de la persona con discapacidad.

Los accesos a muchos de nuestros edificios judiciales suponen, a veces, un obstáculo insalvable para una persona con discapacidad motora, con problemas de movilidad o con discapacidades sensoriales, por ausencia de indicaciones adaptadas a tales necesidades especiales. Debe tenerse en cuenta, además, que el ciudadano en general y también la persona con discapacidad, no accede al edificio judicial voluntariamente, sino obligado.

No sólo hemos de pensar en los edificios judiciales como elementos arquitectónicos para el ejercicio de la administración de justicia civil o penal, sino que el Registro Civil, que forma parte de la jurisdicción, hoy por hoy, da servicio a muchísimas personas. Pensemos en las inscripciones de nacimiento, en las bodas, en los trámites específicos que afectan a la persona con discapacidad en relación a la jurisdicción civil (modificación de la capacidad) y al propio Registro Civil.

Nos hemos llegado a encontrar algún edificio sede de Juzgado de Paz, donde se celebran bodas, en el que a alguno de los familiares directos de los contrayentes, sencillamente le fue imposible asistir a la ceremonia de matrimonio de su ser querido por no poder acceder a la sala de vistas. También a contrayentes afectados de discapacidad motora.

Por otra parte, se han venido llevando a cabo esfuerzos por la administración para adecuar dichos accesos. Ahora bien, no siempre el resultado ha sido satisfactorio y así nos encontramos, en no pocas ocasiones, con accesos teóricamente dispuestos para personas con movilidad especial que en la práctica son inviables o incluso más peligrosos que el acceso para las personas sin dichas dificultades. Se han diseñado rampas

imposibles, con una inclinación o unas medidas que la hacen todavía más generadora de riesgo que el acceso habitual. Rampas pintadas en azul y signos distintivos de acceso a personas con discapacidad, realizadas con pintura deslizante, ascensores de pequeño tamaño que no admiten sillas de ruedas...

La solución, a nuestro juicio, pasa por unificar las sedes judiciales, diseñar los edificios de manera simple, eficaz y sin lujos o artificios, de una manera integral, pensados desde el principio para su función judicial y con accesos y disposición interior, también previamente pensados para las personas con discapacidad motora, auditiva, visual e intelectual.

Las personas con discapacidad visual igualmente se ven afectadas por problemas de discriminación en su relación con la administración de justicia. Gran parte del desarrollo del procedimiento penal es escrito, también el civil. Debe pensarse no sólo en los ciudadanos con dificultades de visión, sino en los profesionales invidentes o con dificultades visuales. Sencillamente nuestros edificios no están preparados para estas personas. Faltan señalizaciones en braille, tampoco hay señalizaciones en el suelo (marcas que sirven a los invidentes para reconocer previamente obstáculos con el bastón), hay reticencias al acceso de los perros-guía...

No sólo en cuanto a los edificios, sino en cuanto al día a día judicial, no se prevén mecanismos alternativos a los trámites del procedimiento escrito, como documentos en versión braille, ni tampoco documentos orales que sustituyan a los escritos. Incluso en el acto del juicio oral, cuando se aportan documentos escritos en el mismo acto del plenario o se incorporan documentos gráficos o los testigos y acusados hacen referencias visuales con gestos, no se tiene en cuenta la posibilidad de asistencia al acto de personas invidentes.

Basta, a veces, con una mínima buena voluntad y el uso del sentido común, para evitar dichas situaciones de discriminación y para ello es indispensable la formación de Jueces, Fiscales, Abogados y Letrados de la Administración de Justicia y proporcionar los medios necesarios para evitar dichas situaciones de discriminación. Hemos de ponernos en la piel de quienes sufren discapacidad y no abordar los remedios a tales situaciones como un inconveniente, como un fastidio o un obstáculo en el proceso, sino como una necesidad más de proveer un apoyo específico.

La discapacidad auditiva también supone un serio hándicap para quien la padece y topa con la administración de justicia. Parte del procedimiento penal es escrito y parte es oral. A ello cabe añadir que, si bien la discapacidad visual, motora e incluso intelectual, suele ser apreciable a primera vista, la discapacidad auditiva no. En ocasiones nos encontramos con una persona con discapacidad auditiva, a quien comunicamos algo y no responde, interpretando el Juez o el Fiscal que se trata de una persona que no quiere entender, que prefiere guardar silencio o que hace caso omiso a las indicaciones de la autoridad.

Los edificios no están preparados para personas con estas discapacidades y muchas alarmas de incendios o instrucciones en general se dan de manera oral sin apoyo visual. En nuestras salas de audiencia existen dispositivos para la grabación audiovisual de los juicios. El sistema de grabación también incluye un sistema de amplificación de voz, mediante micrófonos y altavoces. Ocurre que dicho sistema de micrófonos y altavoces, en la mayoría de las ocasiones, interfiere con los aparatos que las personas con deficiencia auditiva llevan colocados. De esta forma la persona con discapacidad escucha perfectamente, hasta que llega a Sala y cuando declara, deja de percibir con claridad el sonido. Dicho problema, muy frecuente, se elimina con otro dispositivo llamado bucle magnético, que elimina dicha interferencia y mejora el sonido. La instalación del bucle magnético es sencilla y no muy costosa y permite a quien sufre discapacidad auditiva conectarse directamente al sistema, evitando la interferencia y mejorando exponencialmente el sonido percibido. Casi ninguna de nuestras salas de juicios dispone de dicho sistema, que es de uso común en salas de conferencias de otros ámbitos profesionales o del espectáculo.

Con las medidas sanitarias, inevitables ante la pandemia que sufrimos, dichas dificultades para personas con discapacidad auditiva se han acrecentado. De una parte, el uso, obligatorio, de mascarillas, impide la lectura labial y de otro lado el empleo de medios audiovisuales de comunicación telemática hace más difícil la comunicación con personas que padecen discapacidad auditiva. En el caso de los medios telemáticos se puede solucionar o paliar, acudiendo al sistema de subtítulo del que disponen algunas de las aplicaciones informáticas tales como Skype, Zoom, etc...

3. BARRERAS PARA LA DISCAPACIDAD INTELECTUAL. SENTENCIA EN LECTURA FÁCIL

Si la discapacidad motora, auditiva o visual, implica una barrera discriminatoria inadmisibles en la sociedad actual, la discapacidad intelectual implica un muro todavía más difícil de franquear y ello porque a la propia discapacidad en sí, debe añadirse una actitud en algunas personas de temor, de desprecio o, en el mejor de los casos, de incomodidad o incompreensión hacia quien sufre dicha discapacidad. Mayoritariamente tales actitudes no responden sino al desconocimiento, a la falta de información, a los prejuicios o las costumbres, pero están ahí e implican una doble discriminación.

La persona con discapacidad intelectual suele presentar un déficit en la comunicación con su entorno. La comunicación es algo esencial a todo acto humano y desde luego el proceso penal está plagado de actos de co-

municación, desde el principio hasta el final. Todos los partícipes en el proceso penal, perjudicados, testigos, acusados, profesionales, han de comunicar información y recibir a su vez información. Dicha información se dará y recibirá de palabra o por escrito y no debemos olvidar que los Jueces, que somos protagonistas indiscutibles, pero no únicos, de la administración de justicia hemos de comunicar nuestras decisiones, pensando en la persona a la que van dirigidas, pues resolvemos conflictos humanos de personas concretas, no conflictos entre profesionales del Derecho.

Existe una preocupación o al menos debiera existir, por tratar de emplear un lenguaje asequible en nuestras sentencias. Nuestras resoluciones se dirigen sobre todo a ciudadanos con niveles culturales que no siempre les permiten entender lo que se expone en la sentencia. Es cierto que también se dirigen a los profesionales que las interpretan y en su caso recurren, pero, al menos así lo entendemos muchos, deberíamos emplear un lenguaje claro para que no sea una barrera entre los Jueces y aquellos a los que somos útiles, que es a nuestros conciudadanos.

Si el lenguaje judicial suele ser incomprensible para el hombre medio, es fácil imaginar lo que significa una sentencia judicial para una persona con discapacidad intelectual. La idea por tanto es “traducir”, valga la expresión, la sentencia a términos más sencillos. En eso, ni más ni menos, consiste la “lectura fácil”. Dicha labor de “traducción”, no solo tiene que limitarse a la sentencia, sino al proceso en sí y de ahí la figura del facilitador, que es una persona que durante el proceso actúa como intermediario o intérprete con el discapacitado. El facilitador puede ser cualquiera, normalmente es una persona cercana a la persona con discapacidad, pero se puede acudir a cualquier ONG de las muchas que, mucho y muy bien, trabajan en el mundo de la discapacidad y te proporcionan dicha persona. La figura del facilitador tiene encaje legal en el artículo 433 de la LECRIM. y artículo 21 c) del Estatuto de la Víctima, dentro del derecho de acompañamiento.

En relación a la figura del facilitador han de hacerse tres precisiones. En primer lugar, se ha firmado un Convenio entre el CGPJ y la Fundación a la Par, de fecha 21 de mayo de 2019, que permite a los Jueces y Tribunales recabar el nombramiento de un facilitador de manera sencilla y protocolizada. Debe difundirse dicho Convenio entre los miembros de la carrera judicial y fiscal.

En segundo lugar y aun cuando el derecho de acompañamiento da cobertura legal a la figura del facilitador, no estaría de más que se recogiera dicha figura expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En último término, dicha figura del facilitador también debe recogerse de manera expresa para el denunciado, detenido, investigado o acusado y hacerlo en el propio texto de la LECRIM.

En cuanto a la “lectura fácil”, el precedente es una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, que dictó una reso-

lución el 16 de Octubre de 2013, pionera, en la que, junto a la sentencia oficial, se hizo una sentencia paralela en lenguaje asequible para el discapacitado. Era una sentencia en un proceso de “interdicción”, que sería equivalente a un proceso de modificación de la capacidad nuestro, relativo a un joven con Síndrome de Asperger, a quien le ponían apoyos para algunos aspectos de su vida ordinaria.

Tras esa sentencia mejicana pionera, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, bajo la iniciativa del Delegado de Discapacidad de ese Tribunal, Juan Carlos García, con la colaboración activa del propio Presidente del TSJ de Asturias y de Plena Inclusión (Plena Inclusión es la federación que aglutina a la gran mayoría de las asociaciones de personas con discapacidad de España), se puso manos a la obra y llegaron a un protocolo con Plena Inclusión para hacer versiones de sentencia en lectura fácil para los juzgados de familia de Oviedo.

La idea es una sentencia oficial, que se notifica y es la que “vale”, para los plazos, recursos, etc,... y otra que se notifica a la vez o un poco después, traducida a lenguaje que pueda entender la persona discapacitada a la que va dirigida, incluso con dibujos, diagramas o pictogramas.

El procedimiento es sencillísimo, no afecta a la sentencia “oficial”, ni a sus plazos, ni recursos y basta con un simple oficio a las ONG que trabajan en el mundo de la discapacidad. En fecha 18 de octubre de 2018 se ha firmado un protocolo entre el CGPJ Y PLENA INCLUSIÓN, para facilitar a los Jueces y Magistrados de manera sencilla y ordenada, la posibilidad de realizar versiones en “lectura fácil” de sus sentencias, cuando en el procedimiento participen personas con discapacidad intelectual.

En definitiva, Jueces y Tribunales debemos tomar conciencia de la importancia de tratar de emplear un lenguaje asequible e inteligible en nuestras resoluciones. Si además nuestros autos o sentencias resuelven conflictos que afectan a personas con discapacidad, dicha preocupación por ser entendidos ha de extremarse y para ello nada más fácil que realizar, a través de las ONG correspondientes, versiones de nuestras sentencias en “lectura fácil”, traduciendo a términos adaptados a la capacidad de cada persona, lo que queremos transmitir y todo ello en consonancia con los mandatos emanados de la Convención de Nueva York de 13 de Diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico.

4. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA CON DISCAPACIDAD

La existencia de un hecho delictivo siempre es lamentable. Cometer un hecho delictivo constituye un acto que atenta contra los bienes jurídicos más trascendentes del ser humano: su vida, su indemnidad sexual, su libertad, su integridad física, su intimidad, su tranquilidad, su patrimo-

nio, su honor... Ser víctima del hecho delictivo implica, en suma, la afección de un bien primordial y siempre implica un perjuicio, una afrenta, cuando no un trauma insuperable.

Quien es víctima de un hecho delictivo, sufre, además y en la mayoría de las ocasiones, un nuevo perjuicio y esta vez, a manos de la administración de justicia. Es lo que se denomina la segunda victimización o victimización secundaria, inherente a todo proceso penal (que desde luego hay que tratar de evitar o al menos minimizar), y que consiste sencillamente en los perjuicios, en los inconvenientes o en el maltrato directo en algunas ocasiones, por parte de la maquinaria de la justicia. Son frecuentes las esperas interminables y sin explicaciones, la falta de sensibilidad con el padecimiento que sufre la víctima y perjudicado o el simple testigo, la falta de información, la ausencia de explicaciones o de asesoramiento eficaz, las preguntas inconvenientes, dolorosas, la situación de estrés por la presencia del autor del hecho delictivo o sus familiares, la actitud no siempre educada de quienes participan en la administración de justicia como profesionales, la falta de respeto a la intimidad,....

También hemos de hacer ver que no siempre se producen tales situaciones no deseables y que no son, somos, pocos quienes tomamos conciencia de tales problemas y tratamos de ponerles remedio, con un trato más respetuoso, con la aplicación del Estatuto de la Víctima y de las previsiones de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha recibido reformas para minimizar tal efecto de doble victimización de nuestro proceso penal.

Si la víctima, en general, puede sufrir la doble victimización, la víctima con discapacidad intelectual con más motivo, pues su defensa ante situaciones adversas es mucho más limitada y puede llegar a bloquearse de manera absoluta.

El Juez y en general todos aquellos profesionales que participamos en el proceso penal (Fiscales, Forenses, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados, Procuradores, Policías, funcionarios, colaboradores...) debemos tomar conciencia de dicha posibilidad de afección a la víctima y más a la víctima con discapacidad y desplegar no sólo los mecanismos legales de los que ahora hablaremos, sino la mejor voluntad personal para evitar la discriminación.

En nuestro Derecho sustantivo, en el Código Penal (CP) en suma, se prevén mecanismos de incrementación del reproche penal cuando se trata de delitos que afectan directamente a bienes jurídicos esenciales (vida, indemnidad sexual, integridad física...), si tales delitos además se cometen sobre personas con discapacidad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Ahora bien, nos centraremos en los mecanismos de protección propiamente procesales, es decir, durante y con ocasión del propio proceso judicial penal y la necesidad de poner dichos mecanismos en marcha.

Constituye un hito fundamental en orden a la protección de la víctima la promulgación del “Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito”, aprobada mediante Ley 4/2015 de 27 de Abril (BOE 28 de Abril de 2015), en adelante Estatuto de la Víctima, que entró en vigor el 29 de Octubre de 2015.

En el Estatuto de la Víctima, probablemente por primera vez en nuestra legislación, se contempla la figura de la víctima desde la integridad, no desde una regulación fragmentada y enmarcada dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino con entidad propia. Es igualmente significativo que en el Estatuto de la Víctima no sólo se abordan cuestiones estrictamente procesales, desde luego importantísimas y con traslación inmediata a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino cuestiones de orden más personal, de asistencia psicológica, humana, precisamente en aras de evitar la temida doble victimización a la que hemos hecho referencia y es relevante que también exista preocupación en el legislador por la formación de los llamados operadores jurídicos en cuanto al tratamiento procesal de las víctimas y la propia aplicación de los derechos de las víctimas establecidos en el Estatuto.

Ahora bien, como siempre ocurre, la legislación protectora de la víctima no servirá de nada si no se aplica la misma, ya sea por falta de medios materiales o humanos, por desconocimiento o porque las costumbres o la práctica forense alejen dicha aplicación del actuar diario de nuestros Juzgados y Tribunales.

Dentro de la normativa contenida en el Estatuto de la Víctima y trasladada también a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, nos detendremos en varios aspectos esenciales. En primer lugar, el derecho de acompañamiento y, como especialidad dentro del mundo de la discapacidad y amparado por dicho derecho, la figura del facilitador. En segundo término, la llamada prueba preconstituida, apta para delitos contra la indemnidad sexual o contra la vida, cometidos con víctimas menores de edad o con discapacidad y por último las medidas de protección propias de los juicios orales (biombo, declaración por video conferencia...).

4.1. El derecho de acompañamiento y la figura del facilitador

Hemos de partir el contenido de los artículos 21 c) del Estatuto de la Víctima y el artículo 433 de la LECRIM. Señala el artículo 21 c) del Estatuto de la Víctima: *“Las víctimas puedan estar acompañadas, además de por su representante procesal y en su caso el representante legal, por una persona de su elección, durante la práctica de aquellas diligencias en las que deban intervenir, salvo que motivadamente se resuelva lo contrario por el funcionario o autoridad encargado de la práctica de la diligencia para garantizar el correcto desarrollo de la misma”*.

En el mismo sentido el artículo 433 de la LECRIM., que indica: *“Los testigos que, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de la Víctima del Delito, tengan la condición de víctimas del delito, podrán hacerse acompañar por su representante legal y por una persona de su elección durante la práctica de estas diligencias, salvo que, en este último caso, motivadamente, se resuelva lo contrario por el Juez de Instrucción para garantizar el correcto desarrollo de la misma”*.

Es decir, toda persona que comparezca como perjudicado, como víctima, en un proceso penal, bien sea en sede policial o en sede judicial, puede ser acompañada por otra persona de su elección, que no tiene porqué ser un familiar, ni su representante legal, ni su representante procesal (abogado), sino sencillamente otra persona de su elección y ello sin perjuicio de la asistencia de sus representantes legales o procesales. Dicha disposición es aplicable a cualquier víctima, mayor de edad, menor de edad, con discapacidad o no. Ello además en cualquier momento del proceso y para la práctica de cualquier diligencia policial o judicial, en fase de instrucción o en el propio acto del juicio oral.

Dicha previsión legal ha permitido, en el caso de las personas con discapacidad, dar cobertura legal a la figura del “facilitador”. El facilitador será una persona experta en trato con personas con discapacidad, habituado a comunicarse con dichas personas, a elección del propio Juzgado o Tribunal o a elección de la víctima o de sus representantes legales, que ejercerá una función de puente de comunicación bidireccional entre el órgano judicial o policial y la persona con discapacidad. Para entendernos y, permítasenos la expresión, una especie de traductor o intérprete. Es obvio que su función irá más allá que la de un mero intérprete, pues además de cumplir su función de vía de comunicación entre el órgano judicial y el perjudicado con discapacidad, desplegará un efecto tranquilizante y de acompañamiento psicológico a la víctima en el siempre difícil trance de declarar ante la autoridad.

Desde luego tampoco puede convertirse y no lo hace en la práctica, en un elemento distorsionador del proceso que sustituya las manifestaciones del perjudicado o que supla o corrija la función de la dirección letrada de la víctima, si es que dispone de dicho asesoramiento legal mediante abogado.

Hacerse valer de un facilitador es muy sencillo, bien a instancia del propio perjudicado que opta por contar con su profesor, con su psicólogo, con su monitor del centro de educación especial, con su persona de confianza o bien a instancia del propio órgano judicial, librando un simple oficio a las ONG que trabajan en el sector. Se ha firmado un acuerdo entre la ONG, Fundación “A la Par” y el Consejo General del Poder Judicial, para provisión de facilitadores, al que ya hemos hecho referencia.

Fácil es imaginar las ventajas, para el propio perjudicado con discapacidad y para el Juzgado, Tribunal o grupo policial de investigación, contar con la figura del facilitador. Hagamos uso de ello.

4.2. La prueba preconstituida

Cuando se comete un delito contra la indemnidad sexual o contra la vida o integridad de una persona, la declaración testifical de dicha víctima, cuando sobrevive al delito lógicamente, se erige como un elemento de prueba a menudo fundamental, esencial y que suele ser la única prueba directa del hecho, precisamente porque el agresor busca situaciones que faciliten la comisión de su delito, con ausencia de testigos, vestigios materiales, aprovechamiento de situaciones de indefensión...

Si el delito se comete sobre un menor de edad o persona con discapacidad intelectual, teniendo en cuenta las especiales características de las personas menores de edad o con discapacidad intelectual (memoria frágil, dificultades en la comunicación, mayor vulnerabilidad ante el proceso...), el legislador trata de salir al paso de tales dificultades, estableciendo un sistema que aúne, por una parte la mayor fidelidad a la verdad y por otra parte el derecho a la defensa y en especial el principio de contradicción (posibilidad de acceso de la defensa a la participación en la prueba).

El artículo 26.1 del Estatuto de la Víctima señala: *“En el caso de las víctimas menores de edad y en el de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, además de las medidas previstas en el artículo anterior se adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las medidas que resulten necesarias para evitar o limitar, en la medida de lo posible, que el desarrollo de la investigación o la celebración del juicio se conviertan en una nueva fuente de perjuicios para la víctima del delito. En particular, serán aplicables las siguientes:*

- a) *Las declaraciones recibidas durante la fase de investigación serán grabadas por medios audiovisuales y podrán ser reproducidas en el juicio en los casos y condiciones determinadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*
- b) *La declaración podrá recibirse por medio de expertos”.*

Paralela y complementariamente el artículo 433 de la LECRIM., indica: *“En el caso de los testigos menores de edad o personas con la capacidad judicialmente modificada, el Juez de Instrucción podrá acordar, cuando a la vista de la falta de madurez de la víctima resulte necesario para evitar causarles graves perjuicios, que se les tome declaración mediante la intervención de expertos y con intervención del Ministerio Fiscal. Con esta finalidad, podrá acordarse también que las preguntas se trasladen a la víctima directamente por los expertos o, incluso, excluir*

o limitar la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima. En estos casos, el Juez dispondrá lo necesario para facilitar a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o de pedir aclaraciones a la víctima, siempre que ello resulte posible.

El Juez ordenará la grabación de la declaración por medios audiovisuales”.

El artículo 448 de la LECRIM. sigue diciendo: *“La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba”.*

Finalmente, el artículo 730 de la LECRIM. concluye: *“Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección”.*

El mecanismo es sencillo. Si se recibe una denuncia por delito de agresión o abuso sexual sobre un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, la idea es “marearle”, entiéndase la expresión, lo menos posible. La esencia de la cuestión es que se lleve a cabo una sola declaración en sede judicial, con las máximas garantías posibles, en las mejores condiciones posibles y sin merma de los derechos del investigado o acusado.

Así, tan pronto la autoridad judicial tiene conocimiento del hecho, ha de oír en declaración a la víctima. Para ello puede contar con la ayuda de un experto (“facilitador”) que le ayude en la comunicación con la persona con discapacidad. El facilitador o experto entrará en contacto con la persona con discapacidad, a ser posible, en un entorno no hostil, de la manera más accesible posible, con tiempo por delante para generar confianza y espontaneidad en el perjudicado. Ese contacto, a ser posible, ha de ser sin presencia de ninguna otra persona para evitar interferencias, ni siquiera en presencia directa judicial o del fiscal, por supuesto sin presencia directa del investigado o de su letrado. Normalmente se habilita una estancia cerrada, como hemos dicho preferentemente no hostil o fría, en la que se dispone de un sistema de grabación que además transmite en directo la señal de audio y video a otra estancia separada, donde sí estarán el Juez, el Fiscal, el investigado, la defensa del investigado y la defensa de la víctima (cámara Gesell). Poco a poco y con delicadeza, el experto irá extrayendo la información sobre lo sucedido a la persona con discapacidad. Como el juez, el fiscal y el resto de las partes, incluido el investigado, ven y oyen la declaración en circuito cerrado, pueden, si lo estiman oportuno, hacer llegar al experto o facilitador, las preguntas,

previa admisión de pertinencia por el Juez o Magistrado, que consideren oportunas para que le sean “traducidas”, valga la expresión, a la víctima. De este modo tan sencillo se garantiza el derecho a la defensa, manifestado en el principio de contradicción, al permitir al investigado y a su Abogado, efectuar todas las preguntas que estimen oportunas, sin confrontación visual con el perjudicado. El acto se graba íntegramente y ya no se molesta más a la víctima. Posteriormente en el acto del juicio oral dicha grabación es reproducida íntegramente y así el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial, podrán contar con dicho elemento de prueba de manera directa.

La inmediatez con la que se toma dicha declaración, en relación al momento del hecho y las condiciones favorables de la misma (tranquilidad de la víctima, intermediación del experto, posibilidad de que las partes pregunten,...), garantizan la máxima fidelidad a la verdad, pues en menores de edad o personas con discapacidad, la memoria es frágil y el paso de los meses, no digamos años, hace difícil el recuerdo fiel de lo sucedido cuando se celebra el juicio oral o, en el peor de los casos, dicho recuerdo aparece mediatizado por interferencias posteriores de quienes rodean a la víctima, lo que se denomina el “recuerdo evocado” o inducido”.

Dicha función de experto o facilitador la vienen cumpliendo, con notable éxito, nuestros psicólogos forenses adscritos a los respectivos Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad Autónoma. Nuestra jurisprudencia ha consagrado la eficacia y validez de dicho sistema y su práctica ya es habitual en nuestros Juzgados y Tribunales.

4.3. Medidas de protección a adoptar en la propia sala de juicios

El artículo 20 y el artículo 25 del Estatuto de la Víctima, hacen hincapié en la necesidad de adoptar las medidas necesarias para evitar la confrontación visual entre la víctima y el investigado o acusado. En aplicación del artículo 2 b) de la vetusta Ley Orgánica 19/94 de protección a testigos y peritos en causas criminales, nuestros Juzgados y Tribunales, venimos utilizando un sencillo y muy eficaz sistema de protección, que consiste en la interposición de un biombo entre la víctima y el acusado, que evita la confrontación visual.

En estos casos se cita a la víctima una hora antes del juicio, para que no coincida con el acusado o sus familiares en el acceso al Tribunal o en el pasillo. Se sitúa a la víctima en una sala especial, aislada, en un despacho, por ejemplo, de las propias dependencias judiciales. Cuando le llega el turno de declarar, el agente judicial acude a buscar a la víctima a esa sala, la conduce a la sala de vistas procurando no coincidir en los pasillos con familiares del acusado e ingresa en la sala evitando ser vista gracias a la disposición del biombo. Durante su declaración la persona

con discapacidad necesitada de protección habla sin ver al acusado y sin que el acusado pueda verla, por la interposición del biombo y de esta manera tan sencilla declara con absoluta tranquilidad. Termina la declaración y sale tranquilamente de la sede judicial, sin coincidir con el acusado o sus familiares.

El principio de contradicción y el derecho a la defensa permanecen incólumes pues el Abogado del acusado y el resto de las partes sí ven al testigo así protegido, sólo se evita la confrontación visual con el acusado. Es un sistema sencillo y francamente eficaz. Lo puede solicitar la víctima de palabra o lo puede acordar el Juez o Presidente del Tribunal de oficio, lo comunica a las partes por si tienen algo que objetar y en la abrumadora mayoría de los casos, las defensas no ponen objeción alguna.

Igualmente puede acudirse a la declaración testifical, en el acto del juicio oral, por video conferencia, bien desde la sede del mismo Juzgado o Tribunal, si bien desde otra sala, o incluso desde una sede judicial distinta. Así lo permite expresamente el artículo 731 bis de la LECRIM. En estos casos la tranquilidad de quien declara en el acto del juicio oral es absoluta y más si la video conferencia se emite desde otra sede judicial distinta a la del Juzgado o Tribunal que celebra el juicio. Tiene el inconveniente, a mi entender, de ciertas dificultades técnicas que por desgracia suelen surgir en nuestras comunicaciones por video conferencia por defectos en la imagen o en el sonido, si bien tales dificultades no alteran la eficacia y validez del testimonio, simplemente implican una mínima incomodidad.

5. PERSONA CON DISCAPACIDAD DETENIDA, INVESTIGADA, IMPUTADA O ACUSADA

Si el trance de quien topa con la administración de justicia como víctima, perjudicado e incluso simple testigo es siempre complicado, cuando no traumático, máxime si se trata de una persona con discapacidad física, sensorial o intelectual, podemos imaginar como resulta dicho encuentro con la justicia en la persona con discapacidad intelectual o sensorial, si lo hace en calidad de detenido, investigado, imputado, acusado o condenado.

Debe destacarse que, estadísticamente, no son muchas las personas con discapacidad que comparecen ante la justicia como sujetos activos de hechos delictivos. Es más frecuente que las personas con discapacidad comparezcan en calidad de perjudicados, víctimas o testigos. Ahora bien, el problema radica en que, en muchas ocasiones nos encontramos con una persona investigada, detenida, imputada o juzgada y su situación de discapacidad y, por tanto, de vulnerabilidad, no es percibida como tal desde el primer momento, y pasa inadvertida la situación incluso en el acto del juicio oral. Esta última posibilidad se da con menos frecuencia,

pero alguna vez nos lo encontramos e incluso es en prisión, a la hora de cumplir su condena, cuando se advierte tal situación de discapacidad.

En consecuencia, el primer paso es detectar a las personas con discapacidad por parte de la autoridad policial, desde el inicio del procedimiento. No siempre es fácil, pues la persona con discapacidad, como hemos podido comprobar en varias ocasiones, no suele revelar ante la Policía y en general, ante otras personas, que sufre una discapacidad. En primer término, porque no siempre son conscientes de tal situación de discapacidad y de, por tanto, vulnerabilidad y en segundo lugar porque en su experiencia vital que otras personas adviertan su discapacidad, bien porque así lo manifiesta la persona con discapacidad o bien porque lo perciben, les lleva aparejado un perjuicio, cuando no una afrenta, una burla, la humillación, el aprovechamiento de su situación. Es decir en su experiencia vital, normalmente la revelación de la discapacidad les produce serios problemas y escasos beneficios.

Ante la Policía y ante la autoridad judicial, obviamente no es así, pero el mecanismo de defensa aprendido mediante experiencias amargas, de estas personas, les conduce a tal actitud. Nuestros Policías Nacionales, Guardias Civiles, Policías Autonómicos y Locales, tienen cada vez mejor formación y además dentro de sus planes de formación y de las órdenes que reciben de sus superiores, la preocupación por la discapacidad está ahí, con mayor o menor éxito. Nos consta personalmente el notable esfuerzo realizado al respecto en muchas de nuestras Policías Municipales o Locales, sin ir más lejos la de Fuenlabrada (Madrid), o en la misma capital de Madrid. Deberá avanzarse en la formación de nuestros agentes de los cuerpos de seguridad, en la formación de los Jueces, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados y funcionarios judiciales en general, en orden a dicha identificación precoz de la persona con discapacidad.

Practicada la detención de una persona por la Policía, si se ha detectado la existencia de discapacidad en la misma (disponga o no del certificado de discapacidad “oficial”, valga la expresión), nuestra legislación prevé un mecanismo especial en orden a la información de derechos. Así el artículo 520.2 apartado h) de la LECRIM enumera, de entre los derechos de la persona detenida, el: *“Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano o la lengua oficial de la actuación de que se trate, o de personas sordas o con discapacidad auditiva, así como de otras personas con dificultades del lenguaje”*.

El artículo 520.2 bis de la misma LECRIM. añade: *“La información a que se refiere el apartado anterior se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible al destinatario. A estos efectos se adaptará la información a su edad, grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una limitación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”*.

Finalmente, el artículo 520.4 de la LECRIM. indica: *“Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal”*.

El artículo 118 de la LECRIM y en relación a los derechos de la persona a la que se atribuya un hecho punible, sin haber sido detenida, es decir, investigada o denunciada establece en relación a tal información lo que sigue: *“La información a que se refiere este apartado se facilitará en un lenguaje comprensible y que resulte accesible. A estos efectos se adaptará la información a la edad del destinatario, su grado de madurez, discapacidad y cualquier otra circunstancia personal de la que pueda derivar una modificación de la capacidad para entender el alcance de la información que se le facilita”*.

Ahora bien, tales previsiones legales, correctas, adecuadas y respetuosas con los derechos de las personas con discapacidad detenidas o investigadas, se quedan cortas, pues como puede apreciarse no se regula expresamente la figura del “facilitador”, ni siquiera a través del derecho de acompañamiento, pues dicho derecho de acompañamiento es sólo en relación a las víctimas del hecho delictivo, no a los autores.

Nos consta que se está trabajando, por colectivos sensibles al mundo de la discapacidad, para regular legal y expresamente tal figura del facilitador en relación al autor de un hecho delictivo si padece discapacidad. Por otra parte, entendemos modestamente, que una interpretación amplia de dichos preceptos citados, al amparo de lo señalado en el artículo 24 de la Constitución Española y en el artículo 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de Diciembre de 2006, vigente en España desde Abril de 2008, permitiría perfectamente la figura del facilitador, también para las personas detenidas, investigadas, imputadas y acusadas.

También es importante regular y detenerse a pensar en la necesaria comunicación que debe existir entre el investigado, detenido, imputado y acusado y su representación letrada, su defensa, en suma, elemento fundamental para garantizar sus derechos y ahí la figura del facilitador cobra todavía más importancia y en el acto del juicio oral, como punto culminante del proceso penal.

Debemos hacer referencia a la situación de las personas con discapacidad que han de cumplir una pena privativa de libertad o una medida de seguridad. No es extraño que nos hallemos ante personas que han de cumplir una pena privativa de libertad y cuya discapacidad no había sido detectada hasta el momento de su ingreso en centro penitenciario. El problema es relevante y trascendente. Las sentencias han de cumplirse en sus propios términos y si se ha impuesto una pena privativa de libertad, la misma ha de cumplirse, salvo supuestos legales de suspensión o sustitución por penas alternativas a la de privación de libertad. Si tal cumpli-

miento alternativo no es posible, no queda otra opción que una solución “paliativa” de la institución penitenciaria, procurando un cumplimiento en un módulo de los llamados de respeto o en centros penitenciarios con condiciones más favorables.

Si se ha de cumplir una medida de seguridad cabe distinguir. Para las medidas de seguridad privativas de libertad consistentes en internamiento en centro psiquiátrico, artículo 96.2, 1ª del CP, contamos con el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Foncalent (Alicante) y el de Sevilla. Su localización ya supone un problema, pues si en toda España sólo existen esos dos centros, la mayoría de los internos van a tener a sus familiares, es decir, a su apoyo más directo, lejos del centro, con lo que ello implica.

Si hablamos de una medida de seguridad del artículo 96.2, 3ª del CP, internamiento en centro educativo especial, la experiencia nos demuestra que no es fácil contar con dichos centros. Como solución, desde luego voluntarista y elogiada y con buenos resultados, si bien no la ideal, contamos con el Módulo Polivalente 2 del Centro Penitenciario Madrid VII (Estremera), Módulo de Discapacitados Intelectuales. Dicho módulo, dentro del propio centro penitenciario, está cogestionado por Plena Inclusión e Instituciones Penitenciarias. Acoge a pocos internos y los resultados son casi siempre muy buenos. Deberían prosperar más iniciativas de este tipo y, a ser posible, no dentro de los propios recintos penitenciarios.

Sería de gran interés una reforma procesal que contemplara la aplicación de una especie de medida cautelar provisional de seguridad, perfectamente regulada, flexible y a cumplir, según los casos, en centro específico y adecuado a tal circunstancia. No podemos esperar a la firmeza de la sentencia, cuando de manera clara y palmaria, nos hallamos ante una persona con discapacidad, con una grave alteración psíquica, que precisa un tratamiento específico, cuando no se le puede proporcionar dicho tratamiento en un centro penitenciario, ni dejarla en libertad al haber cometido un delito grave y suponer un riesgo para su persona y los demás.

Por último, se ha detectado una problemática muy frecuente que afecta a las personas con discapacidad, que sufren una alteración psíquica y que han cometido un delito, más o menos grave, en el ámbito doméstico. En estos casos el artículo 57.2 del CP obliga, de manera imperativa, a imponer las prohibiciones del artículo 48.2 del mismo texto legal (prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima). En los supuestos de hijos o nietos con discapacidad que sufren alteración psíquica y que cometen delitos, que no sean de excesiva gravedad, contra sus ascendientes, que son quienes les cuidan, si no se les aplica una medida de seguridad, sino una pena privativa de libertad, imperativamente debe dictarse prohibición de acercamiento y comunicación.

Ello implica, generalmente, un problema mayor pues la persona con discapacidad debe alejarse de su cuidador y no tiene quien se ocupe de él. Curiosamente el artículo 48.1 del CP permite una cierta modulación

de la prohibición de residir en determinado lugar, pero no prevé dicha modulación para el supuesto que nos ocupa, de prohibición de acercamiento. Sería muy sencillo establecer una modulación similar a la del artículo 48.1 del CP en el artículo 48.2 del CP, permitiendo cierta flexibilidad al Juzgador a la hora de imponer dicha prohibición de acercamiento y comunicación, en los casos concretos que hemos comentado.

6. CONCLUSIONES

Se ha mejorado, no cabe duda, en la protección de la persona con discapacidad dentro del proceso penal. Ahora bien, tenemos que seguir avanzando y profundizando en esa línea.

Lo más importante, a nuestro entender, es la sensibilización. Es decir, la conciencia, por parte de los profesionales del Derecho, de la importancia de establecer mecanismos correctores en el procedimiento, que eliminen la discriminación. Sin dicha concienciación, el esfuerzo del legislador, que además suele ser limitado, será inútil.

Debe resaltarse la importancia de detectar, dentro del proceso penal y ya desde la fase de investigación policial, a la persona con discapacidad. De ese modo podrán ponerse en marcha los mecanismos de protección y de corrección en su caso.

La figura del facilitador, como experto que presta su ayuda a la persona con discapacidad y como elemento vertebrador de la comunicación bidireccional entre órgano judicial y persona con discapacidad, es esencial. Debe regularse de manera más concreta y específica para las víctimas con discapacidad, no sólo dentro del derecho de acompañamiento y de manera expresa para las personas con discapacidad detenidas, investigadas, imputadas, acusadas o juzgadas.

Es necesario realizar un esfuerzo de comunicación con la persona con discapacidad, a través de los mecanismos de lectura fácil, no sólo de la sentencia, sino del resto de documentos judiciales o policiales.

Finalmente es indispensable arbitrar los medios precisos para que el cumplimiento de las penas o de las medidas de seguridad, impuestas a personas con discapacidad, se lleve a cabo con una finalidad de reinserción y con eficacia e igualmente la regulación de la medida de seguridad con carácter provisional.

En definitiva, si queremos una sociedad democrática avanzada, y para ello hemos de trabajar, se hace preciso atender a los colectivos vulnerables, siendo precisamente el de las personas con discapacidad, uno de los colectivos cuyos derechos más fácilmente pueden verse afectados, siendo responsabilidad de todos tratar de evitarlo.

B.3. Orden Jurisdiccional Social

Juan Carlos Iturri Gárate
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia
del País Vasco
Delegado de Discapacidad del Tribunal Superior de Justicia del
País Vasco

1. INTRODUCCIÓN

En otro lugar de esta misma guía ya se explica que la Ley dispone que hay una presunción de capacidad jurídica plena para toda persona para poder actuar los derechos que, por el hecho de serlo tiene. También se explica que existen unas razones que permiten restringir o reducir esa plena capacidad que en principio toda persona tiene. Ello precisamente se hace en interés de la propia persona con discapacidad (en adelante, PCD).

También anteriormente se explica que está previsto que esto se haga por vías que la Ley fija. Este trámite establece una serie de garantías y controles que están fijados precisamente para proteger también los derechos fundamentales de la PCD en el propio proceso de restricción de esa capacidad de gozar derechos. Nos remitimos a lo allí dicho.

El objetivo de este capítulo es distinto: consiste en explicar la forma en que se concretan los derechos de las PCD en el derecho laboral español.

Para ello se parte de que esos derechos se recogieron en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York (CDPD) y las llamadas Reglas de Brasilia.

Como ya se ha dicho también antes, esta Convención se aprobó el día 13 de diciembre de 2006 en la indicada ciudad norteamericana y fue suscrita por España. Se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008 y se puede acceder a la misma a través de la página web de ese organismo.

2. DOS PRINCIPIOS ESENCIALES: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES LABORAL Y EL FOMENTO DEL EMPLEO DE LAS PCD

En lo laboral, las PCD tienen un enemigo a vencer: la discriminación. Y nuestros gobernantes se han dado cuenta que esa lucha que sólo incumbe a las PCD, sino que es también una obligación de los poderes públicos combatirla. Y ello porque las PCD son ciudadanos, como el resto de las personas y conforman el 10% de la población.

Pues bien, en esa batalla contra la discriminación, los poderes públicos utilizan varios medios. El más importante, la Ley. Y en esta materia, lo primero que se aprecia es que esa Ley se basa en dos ideas esenciales.

Por un lado, claramente dice que las PCD tienen el mismo derecho a trabajar que el resto de los ciudadanos. Es decir, que no se les puede tratar peor por el hecho de que tengan discapacidad. Es lo que técnicamente se llama el principio de igualdad de oportunidades. Ésta es la primera idea.

Y, además, como la realidad nos hace ver que la mayoría de las PCD no están empleadas en la misma proporción que el resto de la ciudadanía, se impone facilitar que lo estén. De ahí surge esa segunda idea: la Ley asume que los poderes públicos tienen la obligación de favorecer que las PCD trabajen. No se trata de una simple conveniencia, sino que los poderes públicos se imponen la obligación de favorecer que las PCD estén empleadas.

¿Y dónde están reflejadas estas ideas? Hay que distinguir entre normas internacionales e internas.

En el ámbito internacional, por ejemplo, el primero de esos dos principios se contiene en el artículo 4 de la Convención 159 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) y el segundo, en el artículo 3 de ese Texto Legal del año 1983. Y en este mismo sentido, estos dos principios esenciales se encuentran en el artículo 27 de la CDPD de Nueva York.

En el ámbito nacional, hay varias leyes. La principal y que contiene ambos derechos es la Ley General sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante, LGDPCDIS) (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre). A esos dos principios se refieren sus artículos 35, 36 y 39.

Esta ley es una norma básica en todo lo relativo a nuestros derechos, también los laborales. Se encuentra publicada en ejemplar de 3 de diciembre de 2013 del Boletín Oficial del Estado, al que se puede acceder fácilmente por Internet.

Precisamente para fomentar que las PCD trabajen, a veces se acude a aprobar normas que conceden derechos sólo a las personas con discapacidad. Es decir, para luchar contra esa discriminación, se hace normas que, a su vez discriminan, en este caso positivamente, a las PCD con respecto del resto de la ciudadanía. O sea, que la Ley da a las PCD unos

derechos que sólo ellas tienen, que no los tienen el resto de la ciudadanía. Se les llama “medidas de discriminación positiva”, que es una técnica para luchar contra la discriminación. Por ejemplo, y entre las principales en lo laboral, una de ellas es la garantía de que, en todas las empresas de más de cincuenta trabajadores, cuando menos el 2% de los mismos han de ser PCD, tal como viene establecido en el artículo 42 de la LGPCDIS,

Lo común de estas medidas de discriminación positiva es que consisten en discriminar por vía legal a las PCD con respecto del resto de los ciudadanos, es decir, otorgarles derechos que no tiene el resto de la ciudadanía. Ello se hace con el fin de conseguir que la igualdad de trato a todos los ciudadanos sea real y evitar la contradicción que supondría establecer en la Ley esa igualdad y apreciar que lo que dice esa Ley choca frontalmente con lo que sucede en la realidad.

Esas medidas “de discriminación positiva” se establecen tanto en esta materia del mundo del trabajo, como en otras. Por ejemplo, las plazas de aparcamiento o servicios higiénicos reservados a PCD son también otro tipo de “medidas de discriminación positiva”, pues sólo pueden aparcar ahí o usar esos servicios las PCD.

En lo laboral, a ellas se refieren además del ya citado artículo 42 de la LGPCDIS y otros preceptos de esa norma (39 o 40), el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre), que es nuestra Ley más importante en lo referido al contrato de trabajo. También se mencionan en el artículo 25 de la Ley de Empleo (Ley 56/2003, de 16 de diciembre).

Por otra parte, la actividad profesional de las personas con discapacidad no tiene por qué limitarse a ser una persona trabajadora por cuenta ajena, es decir, un obrero o empleado de otra persona, que sería la empresaria o empleadora. También puede trabajar para sí misma, como el resto de empresarios o incluso puede trabajar para el Estado, como el resto de los funcionarios. Es decir, que las PCD pueden trabajar: bien como trabajador por cuenta ajena, bien como empresario o autónomo o bien como funcionario público.

Dejando aparte la actividad para el Estado como funcionario, en lo laboral, ya se ha dicho que una PCD puede trabajar para otro (una empresa que no es suya) o para sí misma (una empresa o negocio que ha creado o dirige).

Si trabaja para otro, es decir si es trabajador por cuenta ajena otra vez hay que distinguir. Hay dos formas de trabajar en este caso, porque puede trabajar como el resto de ciudadanos trabajadores por cuenta ajena o puede trabajar con un régimen especial, sólo está previsto para las PCD.

En el primer supuesto, nuestra ley prevé que una PCD puede trabajar de forma muy parecida al resto de trabajadores por cuenta ajena, es lo que se llama el “empleo ordinario”.

Pero también está previsto que lo pueda hacer con un tipo de contrato especialmente previsto exclusivamente para las PCD. Este contrato tiene sus reglas especiales y distintas al contrato de trabajo normal. Es lo que la Ley llama “empleo protegido”.

Y por otra, cuando la PCD trabaja como empresario o autónomo se habla de “empleo autónomo”.

A estas tres modalidades (empleo ordinario, protegido y autónomo) se refiere el artículo 37 de la LPGPCDIS.

En concreto y acercándonos a la realidad, el empleo protegido está vinculado a los conocidos centros especiales de empleo (CEE) y con los enclaves laborales (CL), de forma tal que este contrato especial sólo cabe que se haga, bien en un CEE o en una fase más avanzada, en un CL. Ese empleo protegido da lugar a un tipo de contrato de trabajo que es especial y que, como se ha dicho, sólo esas personas pueden realizar. Es tan especial este contrato que da lugar a lo que nuestra Ley llama una relación laboral especial de PCD (artículo 2, letra g del Estatuto de los Trabajadores). Hay más casos de otros colectivos que también tienen su relación laboral especial, como las personas empleadas domésticas.

A diferencia del empleo protegido, cuando hablamos de empleo ordinario, nos referimos siempre a un contrato laboral ordinario o común que suscribe una PCD. Es un contrato similar al trabajo que tiene cualquier otro ciudadano que sea trabajador y como él, contiene los caracteres que, para todo contrato laboral ordinario, se contienen en el artículo 1, punto 1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero aunque se trate de un contrato común u ordinario, la ley prevé que si el trabajador es una PCD, hay una serie de especialidades en ese contrato. Son especialidades que sólo si el trabajador es PCD se dan. Es el caso, por ejemplo, de la obligación de realizar una adaptación razonable del puesto de trabajo, para que el trabajador pueda entrar en la empresa y desarrollar su trabajo en la misma. Más adelante se habla de ello.

Precisamente porque se trata de luchar contra la discriminación por discapacidad, buscando la aspiración de igualdad de trato, lo que se considera ideal es que el PCD acuda trabajar en modalidad de empleo ordinario y sólo cuando no pueda hacerlo por esta vía, como alternativa a ello, surgiría la idea de trabajar en la modalidad de empleo protegido. Por tanto, la Ley parte de que, si puede, el trabajador preste actividad laboral con empleo ordinario y si ello no es posible, surge la alternativa: el empleo protegido. Por tanto, nuestro legislador quiere que, si es posible, se acuda el empleo ordinario y si no es posible, se dirige a la PCD al empleo protegido. De hecho, La Ley explica que la finalidad de los CEE es doble: asegurar el empleo remunerado de las PCD y a la vez también, ser un medio de inclusión del mayor número de PCD en el régimen de empleo ordinario (artículo 43, punto 1 LGPCDIS).

En las siguientes líneas, explicamos una serie de medidas legislativas comunes a todo tipo de actividad laboral de las PCD. A continuación, se estudian las especialidades propias del empleo ordinario de las PCD y seguidamente se explica en qué consiste el empleo protegido. Finalmente, también se añade una explicación sobre las medidas a las que la PCD se puede acoger cuando decide optar por ser empresario o trabajador autónomo y así mismo, también se comentan las medidas previstas para el supuesto de que la PCD quiere ser funcionario, esto es, qué derechos se prevén cuando trabaja para la Administración Pública.

3. NORMAS COMUNES A TODAS LAS ACTIVIDADES LABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

3.1. La adaptación y el acceso al trabajo. Las medidas de ajuste razonable

Recogiendo lo previsto en la CDPD (en lo laboral, véase su artículo 27), nuestra LGPCDIS tiene como una de las bases en esta materia el principio de accesibilidad y diseño universales (artículo 3). Es decir, se parte de la idea de que, también en el trabajo, se ha de prever y adoptar, las medidas necesarias para que la PCD pueda ir al trabajo y prestar su actividad laboral, eliminando las barreras y obstáculos que lo impiden. Y para ello se han de hacer lo que la Ley llama los “ajustes razonables”, que es una obligación que tiene que cumplir el empresario, salvo que los mismos supongan una carga desproporcionada o indebida (artículo 2 de la misma Ley). Es decir, que sea muy caro o muy difícil.

Por tanto, la Ley impone al empresario la obligación de adoptar las medidas adecuadas para adaptar el puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, considerando las necesidades que imponga la concreta situación y ello con finalidad de que las PCD puedan acceder al empleo, puedan desempeñar su trabajo, progresar en el trabajo y acceder a la formación.

Sin embargo, como se ha dicho, si ello supone una carga excesiva al empresario ya no existe esa obligación. Para valorar si es o no excesiva esa carga, la Ley impone que se tenga en cuenta si existen o no ayudas o subvenciones públicas para este tipo de ajustes, así como el importe de los costes que tales medidas impliquen y también el tamaño de la empresa (volumen de negocios).

Esto está previsto en el artículo 40 de la misma Ley y en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo Europeo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

No tienen por qué ser medidas de adaptación puramente física, que supongan realizar una obra, sino que pueden ser de tipo organizativo y así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha considerado que puede ser una medida de ajuste razonable la reducción de la jornada de la PCD que no pueda tolerar una jornada ordinaria (sentencia HK Danmark o Ring) o el cambio de puesto de trabajo para otro más conforme a la circunstancia de la PCD. Recientemente, el Tribunal Supremo se ha referido a ellas y ha dicho que pueden ser físicas, organizativas e incluso educativas (STS, Sala Cuarta. de 22 de febrero de 2018, recurso 160/2016).

De hecho, la Ley impone al empresario considerar la capacidad real de la PCD a la hora de fijar el trabajo a desempeñar (artículo 20, punto 3 del Estatuto de los Trabajadores).

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, también hemos de considerar otra obligación empresarial: la de proteger la salud y seguridad de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, adoptando las medidas preventivas y de protección que sean necesarias (artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/1995, de 8 de noviembre).

Para cumplir con estas cargas, también la Ley prevé que el empresario tenga las ayudas, subvenciones o préstamos necesarios para esa adaptación del puesto de trabajo y la eliminación de barreras que dificulten el acceso, movilidad, comunicación o comprensión dentro del centro de trabajo (artículo 39, punto 2 LGPCDIS). De hecho, está previsto que el mismo obtenga subvenciones del Servicio Público de Empleo Estatal, debiendo contar con informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Si la empresa no lo solicita, directamente lo puede pedir el trabajador PCD (artículo 12 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo).

3.2. La reserva de puestos de trabajo en grandes empresas

Ya se ha dicho que la Ley prevé que en las empresas que tengan más de cincuenta trabajadores, al menos el dos por ciento de su plantilla ha de ser PCD.

Es lo que en la Administración Pública se denominan las medianas y grandes empresas. A enero de 2018, representaban el 1% de las empresas del país y tenían contratadas al 48,5% de los trabajadores del país, según la estadística oficial del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Esta medida se regula esencialmente en la LGDPCD y en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril.

En otros países, como Bulgaria, Alemania o Francia está previsto un porcentaje de reserva mayor o se impone esa reserva a empresas de menor tamaño en número de empleados o ambas cosas a la vez.

Para computar si la empresa llega a ese número de empleados, se tienen en cuenta todos los que tenga en todos los centros de trabajo de la misma y ello, con independencia de su forma de contratación (fijo, eventual, en prácticas, etc.).

Por otra parte, para calcular ese mínimo del 2% de PCD trabajadoras, se tiene en cuenta las que ha habido en los últimos doce meses, computándose tanto trabajadores fijos como temporales, si bien en cuanto a estos últimos se distingue:

- a) Si su contrato es superior a un año, se les computa como los trabajadores fijos y,
- b) Si su contrato es de duración inferior al año, se computan considerando el número de días contratados y si se llega a doscientos días trabajados se suma otro y si al final no llega a esos doscientos días, se computa como otro, pero con un límite: si el cociente que resulte de dividir por doscientos el número de días trabajados en el período de referencia sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores.
- c) Como se ve, una fórmula un tanto compleja.

Pero el problema que tiene esta medida es que esta obligación puede ser eludida por las empresas y ello, si adoptan una serie de medidas que se llaman de “cumplimiento alternativo”. Se trata de otro tipo de medidas de apoyo al empleo de PCD.

Dentro de esas medidas de “cumplimiento alternativo”, unas son medidas directas de apoyo (por ejemplo, contratar PCD autónomos o empresarios para realizar alguna de las actividades que la empresa necesita en su proceso productivo, o encomendar a un CEE un servicio que necesita la empresa, como la limpieza o el empaquetado de las piezas) y otras, son indirectas (patrocinando concretas acciones de inserción laboral de las PCD).

Y la empresa puede utilizar esta vía del cumplimiento alternativo, bien porque así lo negocie con los representantes de los trabajadores en la empresa (haciéndolo constar o no en el convenio colectivo) o bien porque así lo decida voluntariamente el empresario y lo comunique a la autoridad laboral.

La cuota de reserva debe tenerse presente igualmente en los casos de despido colectivo que no suponga el cierre de la empresa. Si se mantiene su actividad, se debiera respetar la misma luego de esas decisiones colectivas. En tal sentido, hay alguna sentencia aislada de hace años (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2002).

Por último, hemos de tener en cuenta que estamos refiriéndonos a un mínimo que la Ley impone, pero que se puede mejorar ese mínimo legal por acuerdo con los representantes de los trabajadores. De hecho, esto es lo que sucede en algunos convenios colectivos. Por ejemplo, el artículo 24 del X convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de

julio de 2019. Pero hay más. Por tanto, en cada caso concreto, se trataría de examinar el convenio colectivo de sector y territorio aplicable en cada caso y valorar si el mismo contiene alguna disposición especial alguna al efecto.

4. EL TRABAJO DE LAS PCD EN LA FORMA DE EMPLEO ORDINARIO

Las PCD pueden ser contratadas con un contrato laboral ordinario de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores, como el resto de los ciudadanos.

Existen una serie de incentivos para su contratación en el ámbito de las cotizaciones de Seguridad Social. A este tipo de ayudas se refiere el artículo 39 LGPCDIS y están previstas en el artículo 2, punto 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, así como en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

También hay una serie de deducciones fiscales. Por ejemplo, en el Impuesto de Sociedades, hay una muy cualificada: la deducción de la cuota íntegra prevista por creación de empleo para los trabajadores con discapacidad, que es mayor si se trata de personas con grandes discapacidades (artículo 38 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades).

Existen otros contratos en virtud de los cuales sólo pueden ser contratadas PCD y, por último, también hay otros tipos de contratos que, aunque en principio pueden ser suscritos por toda la ciudadanía, tengan o no reconocida por la Administración la situación de PCD, en el supuesto de que el contratado sea una PCD, ese contrato tendrá unas especialidades.

En cuanto a los primeros, cuando hablamos de los exclusivos a suscribir por PCD (o asimilados) en el ámbito de la relación de trabajo ordinaria, actualmente sólo existe uno: el contrato de fomento de empleo de las personas con discapacidad.

En cuanto a las especialidades relativas a PCD existentes en contratos temporales, pueden citarse las contenidas en los contratos temporales en prácticas, para la formación y el aprendizaje y el de interinidad.

Primero nos referiremos a aquel exclusivo contrato de fomento de empleo para las PCD y luego explicamos las especialidades que hay en esos otros contratos también temporales.

4.1. Contrato de fomento de empleo de las personas con discapacidad

Está regulado en la disposición adicional primera de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo y en el artículo 7 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo.

Se caracteriza porque su temporalidad tiene como causa que lo justifica la condición de PCD del trabajador. Pueden ser contratadas por esta vía tanto las PCD que tengan reconocida una discapacidad del 33% o más por la Administración Pública, como las personas que perciban pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, siempre que lo sean en el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran incapacidad, así como los funcionarios jubilados o declarados en situación de incapacidad para el servicio (pensionistas de clases pasiva).

La PCD tiene que estar en situación de desempleo y así inscrita, además, en la Oficina de Empleo.

Se ha de hacer el contrato por escrito y en el modelo oficial. Tiene una serie de bonificaciones en las cotizaciones de Seguridad Social prevista en el artículo 2, punto 2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Además, la empresa puede obtener una subvención por este contrato (artículo 12 del Real Decreto 1451/1983), pero no puede acudir a esta contratación la empresa que en los doce meses anteriores al contrato haya producido algún despido improcedente o haya acudido al despido colectivo.

Tiene que durar un mínimo de un año y máximo de tres. Si se prolonga el tiempo de trabajo por encima de este plazo, el trabajador pasa de ser temporal a indefinido. Si se ha concertado por un plazo inferior a esos tres años, si que se puede prorrogar hasta ese límite. El paso a contrato indefinido, desde esta modalidad contractual, también está subvencionado (artículo 2, punto 2 de la citada Ley 43/2006).

Cuando el contrato termine, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a doce días de salario por cada año que haya trabajado al amparo de este contrato, o la parte proporcional de los periodos inferiores, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año.

4.2. Contrato temporal en prácticas

Está regulado en el artículo 11, punto 1 del Estatuto de los Trabajadores y tiene por finalidad que las personas que han terminado sus estudios adquieran “práctica” en la profesión para la que se han formado, por lo que el puesto de trabajo que ocupe el trabajador ha de permitir la obtención de esa “práctica”.

Por eso, a través de este contrato, sólo pueden acceder al empleo quienes estén en posesión de título universitario o de formación profesional, grados medio o superior o equivalente y siempre y cuando pasen a ser contratados por esta vía dentro de los cinco años siguientes a la terminación de los correspondientes estudios.

Y aquí está la especialidad: si se trata de PCD ese plazo no es de cinco, sino de siete años.

También hay otra en materia de cotizaciones. Si se trata de trabajador con discapacidad, la empresa tiene derecho a reducir la cotización por cuota empresarial y contingencias comunes en un cincuenta por ciento (disposición adicional vigésima, punto 1 de Estatuto de los Trabajadores).

No puede durar menos de seis meses ni más de dos años y a su finalización, no hay derecho a indemnización alguna por tal razón (artículo 49, punto 1, letra c del Estatuto de los Trabajadores). Si continúa, pasa a ser indefinido y esa transformación da lugar a bonificaciones en la cuota empresarial, previstas en el artículo 2, punto 2 de la citada Ley 43/2006.

El salario no es el ordinario de ese puesto, sino inferior. En concreto el salario no puede ser menor del 70 % del salario previsto en convenio para el primer año en relación con el salario de otro trabajador que desempeñe un puesto de trabajo similar y en el segundo año, el límite es el 75%, aunque cabe que esto sea mejorado en convenio colectivo. Si, luego de su finalización, sigue en la empresa, ese periodo se le computa como de antigüedad.

4.3. Contrato temporal para la formación y el aprendizaje

Tiene por finalidad que el trabajador obtenga la cualificación profesional –teórica y práctica- para el desempeño de una profesión u oficio, a la vez que trabaja de forma retribuida para la empresa. Al mismo se refiere el artículo 11, punto 2 del Estatuto de los Trabajadores.

Lo pueden suscribir las PCD de cualquier edad, a diferencia del resto de la ciudadanía, que sólo lo pueden suscribir si tienen entre 16 y 25 años, pero no han de tener la cualificación profesional reconocida para la profesión en el sistema de formación profesional para el empleo o cuando el sistema educativo imponga hacer un contrato en prácticas.

Este tipo de contrato permite la reducción al cincuenta por ciento en las cuotas empresariales de la Seguridad Social (Disposición Adicional Vigésima, punto 2 del Estatuto de los Trabajadores).

Pero al finalizar, el trabajador no tiene derecho a ninguna indemnización (artículo 49, punto 1, letra c del Estatuto de los Trabajadores). Si continúa, pasa a ser indefinido y esa transformación da lugar a bonificaciones en la cuota empresarial, previstas en el artículo 2, punto 2 de la citada Ley 43/2006.

Su duración máxima nunca puede rebasar los tres años y en principio ha de suscribirse por un año como mínimo, salvo que el convenio colectivo fije un plazo menor, en cuyo caso, no puede ser inferior a los seis meses.

Una parte del tiempo dedicado a este contrato se ha de aplicar en formación (por lo menos el 25% el primer año y el quince en los dos si-

guientes) y el trabajador cobra en función del trabajo efectivo y no por ese otro tiempo, aunque nunca puede cobrar menos del salario mínimo interprofesional, ni debe realizar horas extraordinarias.

4.4. Contrato de interinidad

Se trata de un contrato en el que un trabajador sustituye a otro que no está trabajando por diversas causas, como una baja médica (incapacidad temporal), excedencia (con derecho a reserva de puesto trabajo) u otros casos.

Dura el tiempo en el que concurra la causa que motiva el hecho de que quien ocupa la plaza no la cubra.

Pues bien, la especialidad aquí radica en que, si quien sustituye a una PCD es otra PCD, se bonifican en un ciento por ciento las cuotas empresariales, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedades profesionales y las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta (disposición adicional novena de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad).

5. EL TRABAJO PROTEGIDO. LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO Y LOS ENCLAVES LABORALES

5.1. En general

Como ya se ha dicho, en este caso ya no se trata de una relación laboral ordinaria, sino una relación laboral especial (artículo 2, letra g del Estatuto de los Trabajadores) y se caracteriza porque la prestación de actividad se hace en un CEE. Ya se ha dicho que su finalidad es doble: asegurar empleo remunerado a las PCD y ser un instrumento para la finalidad de que el mayor número de PCD accedan al trabajo ordinario, a la relación laboral ordinaria.

A esa relación laboral especial se refieren los artículos 42 a 46 de LPGCDIS y su régimen normativo especial se regula en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, rigiéndose los CEE por su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre.

Dentro de un CEE se pueden distinguir dos grupos de personal.

Uno, que presta su actividad en las unidades de apoyo. Su trabajo se centra en prestar el ajuste personal y necesario que permita ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que tengan en el CEE las PCD, tanto en lo que es su incorporación al trabajo, como en la perma-

nencia y progresión en el mismo, así como aquél que preste servicios dirigidos a la inclusión social, cultural o deportiva (artículo 43, punto 2 LGPCDIS).

Y otro, directamente vinculado al proceso productivo de la empresa que constituye el CEE.

En el CEE, la Ley quiere que los trabajadores que sea posible sean PCD. Fija un mínimo obligatorio en todo caso, que es del setenta por ciento de la plantilla (artículo 43, punto 2 LGPCDIS).

Por tanto, en el CEE trabaja gente con relación laboral ordinaria (sean o no PCD) y otra que tiene esa relación laboral especial.

5.2. Condiciones subjetivas y forma del contrato

Por tanto, para que se pueda considerar esta relación laboral especial, hay que partir de que el empresario es un CEE y el empleado una PCD, lo que supone que previamente tenga reconocida esa situación de por la Administración Pública. Por tanto, ha de tener discapacidad de al menos el 33 por ciento (artículo 2 del Real Decreto 1368/1985).

El contrato ha de formalizarse siempre por escrito y en modelo oficial, pudiendo suscribirse un contrato ordinario o uno cualesquiera de los contratos especiales (artículo 7 del Real Decreto 1368/1985), fijándose especialidades en relación con el contrato para la formación del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores o el contrato a domicilio del artículo 13 de tal Ley (no puede ser asumido por personas con discapacidad mental, por ejemplo) y puede hacerse un contrato indefinido o uno de los temporales a los que se refiere el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores (artículo 5 del Real Decreto 1368/1985).

Por otra parte y en razón de que, las circunstancias personales de la PCD lo impongan, cabe formalizar un contrato especial, el llamando “contrato a bajo rendimiento”, que se caracteriza porque se asume que, aunque se trabaje en jornada de trabajo normal, el rendimiento que alcanza es inferior al normal al menos en un veinticinco por ciento y así se constata por el órgano adecuado (el llamado equipo multiprofesional, que siguen siendo las antiguas Unidades de Valoración del Instituto Nacional de la Seguridad Social). Esa previsión de rendimiento inferior supone que cabe también reducir el salario normal en idéntica proporción si se acude a esta modalidad.

Si el empresario no es un CEE, no cabe hablar de relación laboral especial (sentencia de la Sala de lo Social del País Vasco de 28 de septiembre de 2010, recurso 1913/2010).

De hecho, cuando opera sucesión empresarial y una PCD que trabajaba en virtud de relación especial pasa a una empresa que no es CEE, ya no cabe hablar de relación especial con la nueva empresa (entre otras,

sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 16 de febrero de 2002, recurso 6588/2001, Cataluña de fecha 18 de julio de 2.000, recurso 6.290/2000 y del Tribunal de Castilla León, sede de Valladolid, de 21 de febrero de 1.995, recurso 2.565/1994 o más recientemente, del País Vasco, de 17 de noviembre de 2009, recurso 3868/2009 u 11 de julio de 2006, recurso 1026/2006, Madrid, de 29 de enero de 2010 y 20 de noviembre de 2008, recursos 5849/2009 y 4093/2008), pero se admite sin dificultad que se mantenga esa relación laboral especial si cedente y cesionario son CEE (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de fecha 16 de noviembre de 2009, recurso 906/2009).

Como los CEE prestan un servicio de utilidad pública, la Ley prevé que tengan ayuda pública de diverso tipo. Lo que la LGPCDIS llama “compensación económica” (artículo 44).

La ayuda pública a la financiación de los centros especiales de empleo es de tres clases:

A. Por proyectos generadores de empleo estable.

B. Para el mantenimiento de puestos de trabajo. Subvención por mantener el puesto de trabajo, subvención para adaptación de puestos de trabajo y subvenciones para equilibrar y subvención para sanear financieramente el centro.

C. Bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. El 100% de las cuotas empresariales de Seguridad Social, de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y cuotas de recaudación conjunta

El CEE puede ser creado tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada y se impone su promoción a las administraciones públicas (artículo 45 LGPCDIS).

Para que un CEE pueda empezar a funcionar, debe obtener la calificación como tal, que ha de ser inscrita en el Registro correspondiente, lo que supone un control de los poderes públicos sobre los siguientes extremos:

A. Acreditación de la persona jurídica que pretende constituirlo.

B. Justificación de las posibilidades de viabilidad y subsistencia del CEE mediante el oportuno estudio económico. Anualmente se ha de ir presentando una memoria sobre si perciben algún tipo de subvención o ayuda de la Administración. Su contenido se fija en el artículo 13 del Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre.

C. Respeto del aludido porcentaje de personal con discapacidad contratado en relación especial mediante solicitud a la oficina de empleo (artículo 4 del Real Decreto 1368/1985).

En cuanto a las PCD que prestan su actividad en un CEE a través de relación laboral ordinaria, se ha de considerar lo expuesto en el anterior punto IV.

5.3. Adaptación inicial al puesto de trabajo

En un momento inicial, cabe fijar un periodo de adaptación al trabajo, que tiene condición similar al periodo de prueba del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, cuya duración será la que se prevea en el correspondiente convenio colectivo, pero que no puede superar los seis meses (artículo 10 del Real Decreto 1368/1985). Su finalidad es facilitar la adaptación, progresiva, de la PCD al entorno laboral en general y a las tareas del puesto de trabajo que ocupa o completar la formación necesaria para el mismo.

5.4. Contenido y extinción de la relación laboral

El Estatuto de los Trabajadores, que actúa como normativa subsidiaria a aplicar en defecto de lo que se dice en la LGPCDIS y el Real Decreto 1368/1985, aplicándose también la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (artículos 8 y 9 del Real Decreto 1368/1985).

Existen algunas especialidades tales como las que a continuación se citan a modo de ejemplo: el ascenso del empleado requiere el previo informe del equipo multiprofesional (artículo 11); está prohibido realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios; y, se prevén especiales permisos remunerados para acudir a tratamientos de rehabilitación médico funcionales o para participar en acciones de orientación, formación o readaptación profesional (artículo 13 del mismo Real Decreto 1368/1985).

En materia de extinción de la relación laboral también rige el Estatuto de los Trabajadores, si bien existen reglas especiales para el despido objetivo por ausencias justificadas al trabajo o por falta de adaptación a las modificaciones del puesto de trabajo, así como por amortización del puesto de trabajo, que precisan de informe del equipo multidisciplinar así como fijar plazos más amplios para computar las bajas que justifiquen el despido o el plazo por falta de adaptación a las modificaciones.

5.5. Los enclaves laborales

Esta figura específica del sector fue creada a principios de este siglo y es otra medida más de fomento de empleo de las PCD. Dicho de forma muy resumida, está a caballo entre el tradicional trabajo en CEE con relación laboral especial y el trabajo ordinario de las PCD.

Sintéticamente, la idea central es que la PCD no va a trabajar en el CEE, sino que lo va a hacer en una empresa ordinaria, pero aún y así y por excepción, se va a mantener la relación laboral especial. La PCD que

esté en esta situación tendrá diversas ayudas y apoyos en esta nueva fase de su vida profesional, precisamente como paso intermedio para que se alcancen las destrezas y habilidades necesarias para que, en el futuro, pueda trabajar con una relación laboral ordinaria y no ya especial, en una empresa que no es CEE. Por tanto, mantiene su relación laboral especial, pero trabaja en un centro que no es un CEE como paso intermedio para que adquiera las habilidades y destrezas necesarias para dejar de trabajar en el CEE y pase a contrato laboral ordinario.

Su regulación se contiene en el artículo 46 LGPCDIS y el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero.

Esa empresa en la que va a trabajar la PCD se llama “empresa colaboradora” y hace un contrato con el CEE en el que trabaja la PCD para que haga las obras o servicios correspondientes en el CEE, siendo parte de un grupo de PCD de ese CEE que se desplazan de forma temporal a la empresa colaboradora para trabajar en su centro de trabajo. El citado Real Decreto fija en su artículo 5 las condiciones que ha de tener ese contrato entre empresas.

El CEE sigue manteniendo la dirección y organización del trabajo de la PCD.

A estos enclaves se les aplica la normativa de subcontratación prevista en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 168 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

De los trabajadores del enclave, el sesenta por ciento ha de tener especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, indicándose qué subgrupo de las PCD se consideran con esas especiales dificultades, entre ellos personas con grandes discapacidades funcionales, con discapacidad intelectual, PCD mujeres y otros, debiendo haber estado antes en el CEE, cuando menos tres meses (artículo 6 del Real Decreto indicado).

Existen bonificaciones fijadas para la contratación ordinaria de las PCD procedentes de estos enclaves en el artículo 2 punto 2 del Real Decreto Ley 5/2.006, de 9 de junio, para la mejora del empleo y del crecimiento.

6. EL TRABAJO AUTÓNOMO. LA PCD COMO EMPRESARIA O PROFESIONAL POR CUENTA PROPIA

El artículo 27, punto 1, letra f de la CDPD prevé que los Estados Partes de la misma tienen la obligación de promover y salvaguardar el ejercicio del derecho al trabajo de las PCD, la de fomentar las oportunidades empresariales, el empleo por cuenta propia, la constitución de cooperativas y el inicio de empresas propias de PCD.

Y genéricamente, el artículo 47 LGPCDIS dice que los poderes públicos han de fomentar el trabajo autónomo de las personas con discapacidad, el desarrollo de políticas dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia o a través de las entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora.

En tal sentido, el artículo 32 del Estatuto del Trabajador Autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio) establece las bonificaciones que este colectivo puede obtener en sus cotizaciones de seguridad social.

En cuanto a otros incentivos derivados de optar por el autoempleo, cada comunidad autónoma que gestiona las políticas activas de empleo tiene su propia normativa. Lo más adecuado es acudir al departamento administrativo correspondiente e informarse.

Y por otra parte, cabe recordar que una de las medidas de cumplimiento alternativo de la obligación de reserva a PCD de los puestos de trabajo en empresas de más de cincuenta trabajadores es subcontratar una prestación o servicio con una PCD autónoma (Real Decreto 364/2005).

7. EL EMPLEO PÚBLICO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Los Estados que suscribieron la CDPD asumieron la obligación de emplear a personas con discapacidad en el sector público (artículo 27, punto 1, letra g), aspecto al que se refiere el artículo 37, punto 3 LGPCDIS que remite a la normativa específica reguladora de la materia lo relativo a tal particular.

Esa normativa está en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en cuyo artículo 59, punto 1 se fija un cupo mínimo del 7% de las vacantes para que sean cubiertas por PCD.

Ese siete por ciento es un mínimo que allí se impone, pudiendo fijarse un mayor percentil y está condicionado siempre que la PCD supere el correspondiente proceso selectivo público y, además, acredite su disfuncionalidad, así como que la misma sea compatible con el desempeño de las tareas del puesto al que opta.

La finalidad confesada de la Ley es que en las plantillas de cada Administración Pública se llegue a tener el dos por ciento de la misma cubierta por PCD, pues hoy en día no es así.

En tal precepto también se impone a la correspondiente Administración la obligación de establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos, tanto en el previo proceso selectivo para acceder al empleo público, como una vez en el ejercicio del mismo.

Tal ley se desarrolla a través del Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad.

El mismo prevé también otra serie de medidas: por ejemplo, que en las pruebas selectivas de promoción interna, que haya un cupo de, al menos, el cinco por ciento, de reserva de plazas para las PCD funcionarias. Es el Ministerio de Administraciones Públicas quien distribuye ese cupo entre esos cuerpos, escalas y categorías y se advierte que las plazas que queden desiertas, se acumulan al turno ordinario. También se prevé una eventual acumulación para la oferta siguiente de plazas, si las cubiertas no llegan al tres por ciento (artículo 3, punto 2).

También para el personal temporal se prevé ese cupo, siempre que la convocatoria sea cuando menos de veinte plazas e igualmente se dispone que las plazas desiertas se acumulan a las libres.

Si la PCD ha superado los ejercicios correspondientes, pero no obtiene la plaza en el cupo de reserva, se prevé que se le incluya en el turno de acceso general, siempre que la puntuación que haya obtenido supere a la obtenida por otros aspirantes del turno general (artículo 3, punto 2).

Así mismo se desarrollan las obligaciones de adaptación del proceso selectivo y la del puesto de trabajo al que se destine a la PCD.

Por otra parte, partiendo de los postulados EBEP cada Administración (local, autonómica, provincial) tiene normativa específica y además, en algunos ámbitos públicos hay normas especiales. Es el caso de la Judicatura y la Fiscalía (artículo 301 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), así como el resto de empleos públicos de la Administración de Justicia y el de las Notarías y Registros de la Propiedad.

B.4. Ámbito Jurisdiccional Contencioso-Administrativo

José Manuel Ruiz Fernández
Magistrado del Juzgado Contencioso–Administrativo 22 de Madrid

Adaptado a la legislación vigente por *Javier Fernández-Corredor*
Sánchez-Diezma
Magistrado. Jefe del Servicio de Personal y Oficina Judicial del
Consejo General del Poder Judicial

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo proponer determinadas reglas y pautas de actuación que cristalice en una “GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS” para mejorar el acceso a la justicia de personas con discapacidad, singularmente (y en cuanto a este capítulo se refiere) en el orden jurisdiccional contencioso–administrativo.

En orden a esa finalidad, nos parece conveniente realizar algunas consideraciones previas y dejar sentados algunos principios que deben guiar el sistema de trabajo que se adoptará en este estudio, a saber:

En primer término, que la citada guía ha de considerar la adaptación, tanto de la normativa como de las prácticas judiciales a las reglas contenidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante CDPD) y a las Reglas de Brasilia (en adelante RB) sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Si bien es cierto que la totalidad de las reglas contenidas en ambos textos han de considerarse en un trabajo de esta naturaleza, es menester destacar aquéllas que de forma más relevante han de ser consideradas en orden a la consecución del objetivo que pretende este trabajo y a ello dedicaremos parte de este primer capítulo.

a) En segundo lugar, ha de apuntarse (como ya lo hemos hecho “supra”) que la citada “Guía” ha de considerar dos aspectos distintos pero íntimamente relacionados entre sí: de una parte, la posibilidad de introducir nuevas normas o de modificar las ya existentes en el ordenamiento

jurídico español, a fin de adaptarlo en la mayor medida posible al cuerpo normativo de Derecho internacional que nos sirve de referencia; de otro, la necesidad de realizar actuaciones puramente materiales, esto es, de establecer o modificar pautas de conducta en los órganos judiciales, de crear organismos, de introducir actuaciones institucionales y de aplicar medios a la satisfacción del objetivo perseguido. Es por ello que en el presente trabajo seguiremos un esquema que arranca con las propuestas de actuación en este orden material e institucional a fin de dotar del marco y herramientas adecuadas a las eventuales modificaciones normativas que quepa introducir.

c) Finalmente, debemos resaltar las consecuencias que a los fines de este trabajo han de producir la especial naturaleza y fines de la jurisdicción contencioso-administrativa. De acuerdo con el artículo 1 de la ley 29/98, los juzgados y tribunales de este orden conocen de las pretensiones que se deduzcan en relación, esencialmente, con la actuación de las administraciones públicas sujetas al derecho administrativo. De ello se deriva que el grueso de la actuación jurisdiccional va destinada a controlar la conformidad a Derecho de las actuaciones de las administraciones públicas. La inmensa mayoría de los procesos que se sustancian en este orden jurisdiccional son interpuestos por los ciudadanos con el fin de impugnar un acto o unos actos administrativos, en cualquiera de sus modalidades, provenientes de una administración pública. Es por ello que, a la hora de proponer “buenas prácticas” y posibles adecuaciones normativas adaptadas a la necesidad de tutelar de una manera efectiva los derechos de los discapacitados que comparecen ante la administración de justicia en este orden, no puede analizarse de una forma aislada ni el proceso judicial contencioso-administrativo ni la normativa que lo disciplina. Dicho proceso, la actuación del órgano judicial y de las partes, los derechos, deberes y cargas de estas últimas, el régimen de los actos procesales y, en definitiva, todos los aspectos procesales y puramente procedimentales implicados en esta jurisdicción están decisivamente vinculados hasta el punto de ser causahabientes en muchos aspectos de las actuaciones previamente seguidas en la vía administrativa, que integran el expediente administrativo en que se han producido las actuaciones impugnadas. Desde el cómputo del plazo para interponer el recurso judicial, afectado sustancialmente por cuestiones como el régimen de las notificaciones de los actos administrativos; pasando por el contenido de las alegaciones de las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la ley jurisdiccional, vinculado inescindiblemente al contenido del propio expediente administrativo que va a ser objeto de revisión jurisdiccional; siguiendo con el régimen de personación de los interesados en el proceso judicial, cuya calificación y llamada al proceso corresponde efectuar a la administración; hasta concluir con el propio régimen de ejecución de las sentencias judiciales, que corresponde llevar a efecto a la propia administración

pública cuando su contenido es estimatorio total o parcialmente, de las pretensiones del demandante. Todo ello en definitiva, vincula de forma inseparable procedimiento administrativo y proceso judicial; actuación de la administración y actuación de órgano jurisdiccional. Tales consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta a lo largo de este trabajo y pueden implicar sugerencias de adecuación normativa, no sólo procesal, sino también de procedimiento administrativo en algunos casos; y a proponer actuaciones del órgano judicial dirigidas más a ordenar la actuación de la administración parte en el proceso que el proceso en sí mismo.

2. REGLAS A CONSIDERAR DE FORMA ESPECIAL

Sin duda alguna, la adecuación de las prácticas judiciales en España a las normas que vamos a examinar exige considerar la totalidad de las mismas y todas las prevenciones que contienen sobre los aspectos materiales y jurídicos de las actuaciones judiciales en orden a remover las barreras de hecho y de Derecho que impidan a las personas discapacitadas el pleno ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, a efectos del capítulo en que consiste este trabajo, es decir, el relacionado concretamente con la jurisdicción contencioso-administrativa, hemos de destacar algunas en particular, lo que no quiere decir que las restantes sean menos importantes. Ello únicamente significa que las restantes, que no transcribiremos a continuación, están relacionados con aspectos generales de las normas de procedimiento o de las prácticas y usos en los órganos judiciales que son comunes o de aplicación a la totalidad de los órganos y jurisdicciones y que han de examinarse en otros capítulos de este trabajo. Resulta difícil, no obstante, deslindar nítidamente los aspectos más generales de la problemática que analizamos respecto de los que atañen especialísimamente a cada jurisdicción y, en este caso, a la contencioso-administrativa, en la medida en que no pueden deslindarse los unos de los otros. No cabe, así, que se hable de la posibilidad de facilitar el acceso de los discapacitados visuales al contenido del expediente administrativo en un proceso de esta jurisdicción (cuestión singularísima de la misma), si no se alude previamente la necesidad de establecer y regular un servicio de traductores al lenguaje Braille (cuestión que sin duda afecta a la totalidad de jurisdicciones y actuaciones judiciales en cualesquiera de ellas). Es por ello que, ya de antemano, anticipamos que, citadas las pautas del Convenio y de las Reglas de Brasilia que se entienden más concretamente necesitadas de observancia a los fines estrictos de este capítulo, de las mismas se derivarán propuestas, tanto específicas para el orden jurisdiccional que nos ocupa, como generales y, sin duda. Aplicables al resto de las jurisdicciones y al sistema judicial en su conjunto.

Entendemos necesitadas de especial observancia en este capítulo las siguientes reglas:

a) De la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

– Artículo 1: *“El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. 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 de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*.

– Artículo 2: *“Definiciones. A los fines de la presente Convención:*

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, 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;

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá 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 igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

– Artículo 3: *“Principios Generales. Los principios de la presente Convención serán:*

La no discriminación

La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad

La igualdad de oportunidades

La accesibilidad”.

– Artículo 4: *“Obligaciones generales. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapaci-*

dad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención:

Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbre y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;

Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”.

– Artículo 13: *“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”.*

De las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad:

– Punto 1 de la sección 2^a: *“Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especial dificultad para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad”.*

– Punto 6 de la sección 2^a: *“Migración y desplazamiento interno. El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente*

en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo, se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo”.

– Punto 7 de la sección 2ª: *“Pobreza. La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad”.*

– Punto 1 de la sección 4ª: *“Revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia. Se revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso de las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten conducentes a tal fin.*

Medidas procesales

Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan a la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales.

Requisitos de acceso al proceso y legitimación.

Se propiciarán medidas para la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

Oralidad

Se promoverá la oralidad para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales contempladas en el Capítulo III de las presentes Reglas, y favorecer una mayor agilidad en la tramitación del proceso, disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial sobre la situación de las personas en condición de vulnerabilidad.

Formularios

Se promoverá la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de determinadas acciones, estableciendo las condiciones para que los mismos sean accesibles y gratuitos para las personas usuarias, especialmente en aquellos supuestos en los que no sea preceptiva la asistencia letrada.

Anticipo jurisdiccional de la prueba

Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la práctica anticipada de la prueba en la que participe la persona en con-

dición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfermedad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instancias judiciales”.

Medidas de organización y gestión judicial

Dentro de esta categoría cabe incluir aquellas políticas y medidas que afecten a la organización y modelos de gestión de los órganos del sistema judicial, de tal manera que la propia forma de organización del sistema de justicia facilite el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas políticas y medidas podrán resultar de aplicación tanto a jueces profesionales como a jueces no profesionales.

Agilidad y prioridad

Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia.

Coordinación

Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia.

Especialización

Se adoptarán medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad.

En las materias en que se requiera, es conveniente la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial. Actuación interdisciplinaria

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

Proximidad

Se promoverá la adopción de medidas de acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su citación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación”.

– Punto 2 de la sección 5ª: *“Difusión e información. Se deberá promover la difusión de la existencia y características de estos medios entre los grupos de población que resulten sus potenciales usuarios cuando la ley permita su utilización”*.

– Sección primera del capítulo III: *“Información procesal o jurisdiccional. Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad”*. Dentro de esta sección, hemos de considerar las reglas referidas a contenido, forma y tiempo de la información, comprensión de las actuaciones judiciales (notificaciones, requerimientos, contenido de las resoluciones judiciales y comprensión de actuaciones orales).

– Sección 3ª: *“Comparecencia en dependencias judiciales. Se velará para que la comparecencia en actos judiciales de una persona en condición de vulnerabilidad se realice de manera adecuada a las circunstancias propias de dicha condición”*. Igualmente, debemos considerar las reglas que en este apartado se refieren a información sobre la comparecencia, asistencia y condiciones de la misma.

3. DOTACIÓN DE ESTRUCTURAS Y COORDINACIÓN CON OTRAS ADMINISTRACIONES Y ENTIDADES

Antes, incluso, de plantearse la posibilidad de reformas normativas que faciliten al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, es necesario asumir la necesidad de crear una infraestructura de medios personales y materiales que hagan posible su aplicación. En pocos ámbitos como el presente emerge dicha necesidad, en la medida en que la práctica totalidad de las concretas normas que quieran introducirse o reformarse van a contener la exigencia de los adecuados servicios públicos que las respalden. Más aún: la debida aplicación dichas normas requeriría de todo un proceso previo, coetáneo y posterior a su introducción que las haga efectivas y que abarca aspectos tales como:

- La debida información de la existencia de dichos servicios y de la normativa en cuestión entre los colectivos afectados.
- La colaboración entre administraciones públicas y entre éstas y entidades particulares que representan los intereses de dichos colectivos.
- La introducción en el sistema de justicia de profesionales especializados en las tareas que deben acometer para dar los servicios requeridos por las situaciones de cada uno de esos colectivos.
- La debida adecuación de la organización y estructura, gubernativa y jurisdiccional, del sistema judicial, a las exigencias que derivan de tales normas.

En ese orden de ideas, que deriva directamente de las obligaciones que el artículo 4 del CDPD impone a los Estados parte, y en lo que se refiere al orden jurisdiccional contencioso–administrativo en particular, podemos apuntar:

1. La creación en el ámbito, al menos, de cada Tribunal Superior de Justicia y en los Decanatos de las capitales de provincia de una Oficina de Atención y/o de Oficinas de Registro dirigida a las personas discapacitadas o en situación de vulnerabilidad.
2. La dotación de dichas Oficinas de Atención y de Registro con profesionales especializados en la atención que requiere su actuación: intérpretes, psicólogos y pedagogos especializados en cada área de discapacidad.
3. La debida dotación presupuestaria por parte de las administraciones publicas de los citados servicios.
4. La actuación informativa del CGPJ para poner en conocimiento de cada uno de los órganos judiciales, de los colegios profesionales y de las organizaciones representativas de los derechos de los colectivos afectados por situaciones de vulnerabilidad la existencia de dichas Oficinas, de sus recursos y de su acceso a las mismas.
5. La actuación del CGPJ tendente a establecer convenios de colaboración con los citados Colegios y organizaciones en orden a proveer el personal adecuado para servir dichas oficinas y para promover la formación de los profesionales del Derecho en esta materia.
6. La actuación del CGPJ tendente a establecer convenios de colaboración y protocolos de actuación con las administraciones públicas en relación con la remisión de los expedientes a los órganos de la jurisdicción contencioso–administrativa y en relación con sus deberes legales de emplazar de forma efectiva a los interesados en procesos judiciales.
7. La actuación formativa del CGPJ en relación con los titulares de los órganos judiciales y del Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas competentes en materia de Justicia en relación con el personal al servicio de la administración de justicia.
8. Cursos de formación y Conferencias informativas en la Escuela Judicial y en Centros de formación de las administraciones públicas sobre las situaciones de vulnerabilidad y forma de relacionarse con los discapacitados que hayan de acudir a los órganos jurisdiccionales.

4. MEDIDAS RELATIVAS AL PROCESO

A) Capacidad procesal y legitimación en el orden contencioso–administrativo

La regulación de la capacidad procesal se encuentra en el artículo 18 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso–Administrativa, que contiene una remisión directa a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que se suma a la que genéricamente contiene la D.F. Primera del mismo cuerpo legal, en los siguientes términos:

“Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso– administrativo, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela”.

Por consiguiente, las consideraciones que quepa hacer sobre este punto en relación con la cuestión que nos ocupa derivarán en buena medida de la regulación que de la capacidad procesal haga la Ley rituaria civil.

Sin embargo, sí conviene detenerse en el apartado de la legitimación, activa y pasiva, para ser parte en el proceso contencioso.

- La legitimación activa se regula en el artículo 19, del que conviene destacar, por su amplitud, la cláusula general que la otorga a todas las personas que ostenten un derecho o interés legítimo.
- La legitimación pasiva presenta una nota distintiva extraordinariamente relevante en esta jurisdicción: No sólo corresponde a la administración pública autora de la actuación o disposición impugnada (artículo 21.1.a), sino también a las personas cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante (artículo 21.1.b) y, por tanto, también corresponde a personas discapacitadas o en situación de vulnerabilidad.

En consecuencia, cabe apuntar:

a) Las personas declaradas incapaces podrán, sin duda, promover los procesos que interesen a la tutela de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito contencioso–administrativo, pero también pueden tener un derecho o interés legítimo para ser parte demandada en un proceso contencioso–administrativo, debiendo ser emplazadas al efecto, como previenen los artículos 48 y 49 de la ley 29/1998. Especial relevancia adquiere, pues, en este ámbito la necesidad de que el representante legal del incapaz sea emplazado en el proceso contencioso–administrativo, cuan-

do el mismo tenga un derecho o interés legítimo en el mantenimiento del acto administrativo, pues su intervención en este ámbito y a tales fines está prevista a través de la figura del codemandado que regula el artículo 20.1.b) de la Ley 29/1998.

b) Del mismo modo, el discapacitado físico o sensorial puede comparecer por sí mismo como parte activa o pasiva en un proceso contencioso–administrativo en el que tenga derecho o interés legítimo tutelable. La concreta minusvalía que padezca y el postulado constitucional de plena tutela exigen, sin embargo, que el contenido de los actos procedimentales y procesales, los iniciales sobre todo, pero también los sucesivos, lleguen a su conocimiento. En este punto hay que notar la ausencia de previsiones específicas, tanto en el ámbito de la legislación de procedimiento administrativo como en el ordenamiento procesal.

c) Las cuestiones que analizamos afectan también a los presuntos incapaces, esto es, a aquellas personas en quien concurre o pudiera concurrir causa de incapacidad, que no se hallen legalmente incapacitado, siendo así que el presupuesto básico de la comparecencia en juicio radica en el pleno ejercicio de los derechos civiles, en el que teóricamente se encuentran los mayores de edad no incapacitados, si el no incapacitado no alega esa condición, o ésta no es patente y manifiesta, no cabría poner en tela de juicio la capacidad procesal del interesado.

d) Singular reflexión merece la situación de los extranjeros, que analizaremos por ello en un punto especial de este trabajo.

Enunciada la problemática, parece necesario dar respuesta a la misma a través de las siguientes consideraciones o propuestas:

1. La intervención del incapaz en el proceso debe producirse a través de sus legales representantes, debiendo velar el órgano judicial por el efectivo cumplimiento de este principio; y del mismo modo, son éstos los que deben comparecer cuando los incapacitados sean llamados como parte a un proceso promovido por otros. Sería conveniente introducir en la legislación del procedimiento administrativo (artículos 40 a 46 de la Ley 39/2015) una referencia específica a la necesidad de asegurar la notificación de los actos administrativos en relación con los representantes de los declarados incapaces. Y la ley de la jurisdicción contencioso–administrativa debería incluir una referencia expresa en el artículo 49.3 a la necesidad de que el emplazamiento a las personas incapaces, cuando tal circunstancia conste a la administración, se entienda con su representante legal y se acredite tal circunstancia ante el órgano judicial, debiendo el Letrado de la Administración de Justicia comprobar la efectividad de la notificación.

2. Similares previsiones deben introducirse respecto de los discapacitados sensoriales, si bien debiendo contenerse la expresa referencia a que la notificación de los actos administrativos y el emplazamiento a quien sea interesado en un proceso contencioso–administrativo debe realizarse

de forma que asegure el efectivo conocimiento del contenido de la actuación notificada, en su caso mediante su traducción al sistema Braille o mediante intérprete de lengua de signos, debiendo quedar constancia de dicha circunstancia en el procedimiento y debiendo asegurarse de ello el Letrado de la Administración de Justicia.

3. Respecto de los presuntos incapaces cuya incapacidad no haya sido declarada, la autoridad judicial debe dar cuenta de la situación detectada y el proceso principal debe quedar en suspenso, al menos mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal y mientras se sustancia y decide en su caso el proceso de incapacidad (artículo 8 LEC.).

B) Representación procesal

El mandato constitucional de amparo y prestación especializada hacia el discapacitado que resulta de la reglas internacionales que contemplamos y del propio artículo 49 de la Constitución, se desarrolla a través de la regla general del artículo 281.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite conferir la representación en juicio mediante comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia en toda clase de procesos y la del artículo 24 de la LEC en el mismo sentido.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la regla aplicable viene dada por el artículo 23 de la Ley 29/1998, a cuyo tenor:

1. *En sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un Procurador y serán asistidas, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación al Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones.*
2. *En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado.*
3. *Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles”.*

A nuestro juicio, las anteriores reglas podrían ser completadas con determinadas especificaciones adicionales que velasen por la debida tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de determinados colectivos sujetos al ámbito de aplicación del CDPD y las RB, a saber:

En el caso de los discapacitados cuya limitación funcional pueda dificultar su comparecencia en el órgano judicial, es cierto que la Ley Orgánica del Poder judicial admite la posibilidad genérica de actas practicadas fuera de la presencia judicial (artículo 284.2 LOPJ). Pero, en los supuestos en que la minusvalía se materializa en dificultad para el

desplazamiento a la oficina judicial, exigir la presencia física del discapacitado ante la misma, aunque solamente sea en una primera ocasión para el apoderamiento apud acta, constituye una dificultad u obstáculo de acceso al proceso injustificada y desproporcionada, para la plena efectividad de los derechos del minusválido. Es por ello que entendemos que la mera previsión o posibilidad de extensión de actas fuera de la Oficina Judicial debería transformarse en un verdadero deber u obligación, de suerte que, bien con carácter general en la LOPJ y en la LEC., o específicamente en la ley jurisdiccional, se prevea que, en el caso de los discapacitados físicos o sensoriales que tengan reconocida esta condición por la administración en un grado determinado como consecuencia de una minusvalía que dificulte su desplazamiento a la sede del órgano jurisdiccional, el poder de representación deba otorgarse en su propio domicilio, constituyéndose a tal efecto el Secretario Judicial en el mismo con el personal colaborador pertinente, haciéndolo constar por diligencia.

Especial mención ha de hacerse respecto de los invidentes, respecto de los que debería contenerse la expresa previsión de poder presentar los escritos en idioma Braille en la Oficina o Registro especial en la sede del TSJ o decanato de la jurisdicción territorial correspondiente, a que aludíamos en el apartado 3. Oficina de Registro que debería encargarse de hacer constar por diligencia el día y la hora de presentación del escrito, poniéndolo inmediatamente en conocimiento del juzgado al que vaya dirigido, y, una vez traducido por el Servicio correspondiente de la misma Oficina, remitirlo al órgano judicial correspondiente.

En el caso de los discapacitados sordomudos, esa misma Oficina o registro deben poner a su disposición, cuando así lo demanden, un traductor jurado de lengua de signos y facilitarle sus datos, a fin de que el mismo pueda asistirles y acompañarles en cuantas comparencias o actos judiciales tengan que realizar.

Merece destacarse la situación de los funcionarios públicos que actúan en defensa de sus derechos estatutarios. Como hemos visto, la asistencia de profesionales, Letrado y Procurador, es facultativa en estos casos, tal como dispone el artículo 23, apartado 3 de la ley 29/1998. Ello implica que pueden darse supuestos en que comparezca al proceso como recurrente un funcionario afectado de una minusvalía, o que lo haga como parte codemandada en defensa de la actuación administrativa en cuyo mantenimiento tiene un derecho o interés legítimo, sin que en ninguno de los dos casos tenga por qué valerse de representación y defensa profesional. En estos casos, damos por repetido todo cuanto hemos apuntado en cuanto a la necesaria previsión legal de evitar comparencias innecesarias en la sede judicial y en cuanto a la necesidad de proveerle, cuando sea necesario, de intérprete y traducción, previa comunicación a la Oficina de asistencia al discapacitado.

C) Actos de inicio del proceso. plazos

El inicio de proceso judicial es un momento especialmente crítico en la salvaguarda de los derechos de los discapacitados o personas en situación de vulnerabilidad por diversas razones.

De una parte, porque la adecuada protección de esos derechos exige el conocimiento por parte del órgano judicial de la situación de discapacidad o vulnerabilidad. De esa manera pueden tutelarse los mismos a lo largo de todas y cada una de las actuaciones que integran judicial, garantizarse los derechos del discapacitado en cada una de sus actuaciones, a la par que agilizar el proceso (valor no poco desdeñable) evitando suspensiones, nulidades de actuaciones y retroacciones que nazcan de la posterior y no prevista aparición de dicha condición.

De otra parte, porque el proceso contencioso-administrativo está sujeto a un régimen perentorio de plazos que se manifiesta y de forma muy especial ya desde su inicio.

Finalmente, porque existe una situación particular y subjetiva de “inicio del proceso” respecto de los ya mencionados codemandados interesados en personarse en el proceso en defensa del acto administrativo y de sus derechos e intereses legítimos derivados de su contenido.

C.1. Actos de inicio de proceso: Cabría en este punto:

– Añadir un párrafo al artículo 45 de la Ley 29/1998, con arreglo al cuál, si el recurrente tuviese reconocida la condición de minusválido (sea o no señalando un determinado porcentaje de minusvalía) y pretendiese valerse a los largo del proceso de los medios auxiliares de conocimiento o de expresión oral o escrita facilitados por la correspondiente Oficina de Atención al Discapacitado, deberá hacerlo constar dicha condición constar en el escrito de interposición, que en el caso del procedimiento abreviado sería la demanda (artículo 78). El órgano judicial procedería entonces, con suspensión del curso del proceso, a poner en conocimiento de la citada Oficina la solicitud recibida, a fin de que se le faciliten por la misma los medios de asistencia necesarios, debiendo en su caso dar cuenta al órgano judicial.

– Similar previsión cabría añadir al punto 3 de artículo 50 respecto de los legalmente emplazados que pretendan personarse como codemandados, quienes deberían poner esta circunstancia en conocimiento del órgano judicial en su escrito de personación.

– La misma previsión cabría establecer para cualesquiera otros actos de personación, como sucedería en el caso de la solicitud de medidas cautelares previas a proceso (artículos 136, 29 y 20 de la Ley 29/1998); o en las alegaciones de interesado en los procedimientos de solicitud de autorización de entrada en domicilio para la ejecución forzosa de actos

administrativos o para ratificación de las medidas de autoridades sanitarias para la salud pública (artículo 8 apartados 6 y 7).

– Nos parece conveniente, en fin, que el conocimiento de una situación de incapacidad o minusvalía de un interesado en el procedimiento administrativo por parte del órgano judicial quede asegurada. Cabría plantearse la posibilidad de introducir una cláusula de control en el artículo 48 que obligase a la administración a informar al órgano Judicial a informar de la situación de minusvalía de cualquiera de los interesados en el procedimiento a los que haya tenido que emplazar como interesados, así como de la forma en que haya practicado dicho emplazamiento en relación con el mismo, debiendo hacer constar expresamente haber notificado al representante legal de la persona incapacitada. El Letrado de la Administración de Justicia podrá requerir de la administración cualquier medida complementaria tendente a asegurar la notificación o a garantizar el efectivo conocimiento del pleito por parte de la persona en quien concurra dicha circunstancia.

C.2. Plazos: En aras a dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 4 del CDPD y en la sección 4ª de las RB, cabría plantearse varias medidas:

– Ampliación del plazo para interponer recurso previsto en el artículo 46 respecto de aquellas personas en las que concurra una situación de minusvalía reconocida (con o sin determinación de un porcentaje).

– Ampliación del plazo de personación previsto en el artículo 49.1 respecto de los interesados en quienes concurra dicha condición y que deseen personarse como parte codemandada.

– Prever la posibilidad genérica de suspensión de los procedimientos cuando así lo soliciten las personas en quienes concurran situaciones de minusvalía o discapacidad, a los fines de proveer la asistencia de los servicios de la Oficina de Atención a los Discapacitados; así como la retroacción de actuaciones respecto de los mismos en cuanto a los actos procesales precluidos, si se justifica la dificultad de personación en plazo por causas vinculadas a su minusvalía o discapacidad, mediante la introducción de dicha cláusula en el texto de artículo 128 de la ley 29/1998.

D) Actos de comunicación. especial referencia al acceso al expediente administrativo

D.1: Actos de Comunicación: Los actos de comunicación, citaciones de comparecencia, notificaciones y requerimientos, han de realizarse cuidando escrupulosamente que lleguen a conocimiento, tanto formal como material, del interesado discapacitado o en situación de vulnerabi-

lidad. En este punto nos atrevemos a remitirnos a las propuestas que con carácter general se hagan en otros puntos de este trabajo, ya que su regulación respecto de estos colectivos, con un carácter genérico para todas las jurisdicciones, debería contenerse en la propia LOPJ o en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en atención a su carácter supletorio, mediante la introducción de las oportunas previsiones en los artículos 149 y siguientes, con especial referencia al artículo 162 en cuanto a las comunicaciones por medios electrónicos, informáticos y similares. Más sí nos atrevemos a apuntar que:

1. Las comparecencias ante el Tribunal habrán de quedar reducidas a las estrictamente necesarias, debiendo establecerse la regla general del desplazamiento al domicilio del interesado para su práctica.

2. El conocimiento de la situación de minusvalía o vulnerabilidad en cualquier forma debe exigir la previsión legal de que el secretario Judicial adopte las medidas necesarias para que el acto de comunicación tenga plena efectividad en atención a las circunstancias del caso.

3. Especial atención merece la notificación de sentencias u otras resoluciones que pongan fin al proceso. Cuando la notificación se practique con discapacitados sensoriales, el órgano judicial debe recabar el auxilio de la Oficina de atención al discapacitado y velar, dejando constancia en autos, de que el acto notificado y, en su caso, el régimen de recursos, ha sido comprendido por el mismo.

4. El acceso físico a los locales judiciales, debe quedar facilitado y, además, el discapacitado debe contar con los servicios auxiliares que su minusvalía exija, mediante la supresión de las barreras arquitectónicas. Los Decanos deben dar cuenta de la existencia de cualesquiera barreras arquitectónicas o físicas que impidan o dificulten el acceso a las sedes judiciales o el desplazamiento por el interior de las mismas, a fines por demás de dar cumplimiento a lo establecido en la D.A. decimocuarta de la L.O.P.J.

5. Es necesaria la adecuada formación del personal judicial encargado de la realización material de los actos de comunicación, tanto respecto del trato que ha dispensar al discapacitado, como de sus deberes propios en la realización efectiva de dichos actos.

6. Los órganos judiciales han de disponer de los necesarios servicios de asistencia en las Oficinas de Atención a los discapacitados a que hemos aludido anteriormente, a fin de poder recabar la asistencia de los intérpretes que requiera la práctica del acto de comunicación. Esta previsión, ya contenida en el artículo 143 de la LEC para quienes no conozcan el castellano o la legua oficial de la CA y para los sordomudos, debe extenderse a los invidentes, respecto de los que debe preverse la posibilidad de traducción al Braille de las actuaciones que les afecten, si así lo solicitasen.

D.2: Especial referencia al acceso al expediente administrativo: Consideración destacada en el ámbito de esta jurisdicción merece el acceso

al expediente administrativo en que se haya tramitado y dictado la actuación administrativa o la disposición objeto de impugnación. Su remisión al órgano judicial y su entrega a las partes son presupuestos inexcusables de la tramitación y resolución de un litigio en este orden jurisdiccional.

Así, lo prevé la ley 29/1998, como trámite previo a la posibilidad de realizar diversas actuaciones procesales esenciales:

– A efectos de poder formalizar los respectivos escritos de demanda y contestación (artículos 56, 78 o 118 de la Ley 29/1998).

– A efectos de solicitar, eventualmente, que se complete el mismo con carácter previo a formular dichos escritos (artículo 55).

– A efectos de proponer prueba que desvirtúe los hechos que resulten del mismo o que los ratifique.

La Ley debería contemplar la posibilidad de que las personas que tengan reconocida una situación de minusvalía (con o sin fijación de un determinado porcentaje) puedan solicitar la suspensión de los plazos señalados a los fines de realizar tales actuaciones procesales o la automática suspensión cuando se encuentren personados en el proceso, a efectos de que se provea la traducción del expediente al lenguaje Braille o la asistencia de intérprete a tal fin. Especial importancia cobra esta previsión cuando se trata de personas que actúen sin asistencia letrada (funcionarios públicos).

Del mismo modo, a instancia del discapacitado (singularmente en el caso de los invidentes) que sea parte o tenga un interés legítimo, los autos deben poder salir del juzgado, extendiéndose la oportuna diligencia y remitiéndose a la Oficina de atención al discapacitado para que se examinen y, en su caso, se traduzcan al braille los documentos que se soliciten. Una vez evacuado el trámite, la Oficina de Colaboración devolverá los autos, haciéndolo constar por diligencia al juzgado de procedencia y reanudándose el procedimiento.

E) Pruebas y vistas

La genérica remisión que la Ley 29/1998 de la jurisdicción contencioso-administrativa contiene a la aplicación de las normas de la LEC. (específicamente en el artículo 60.4 y genéricamente a través de la D.F. Primera) desplazan en buena medida el análisis de esta materia al ámbito civil y al trabajo que se ocupe de esta cuestión en relación con la ley de Ritos civiles. Ello no obstante, sí conviene apuntar determinadas cuestiones:

– Las previsiones del artículo 143 LEC para el caso del sordomudo que no sepa leer ni escribir, estableciendo la intervención del intérprete, deben ser extendidas a todos los supuestos en que la minusvalía impida la comunicación directa entre testigo (o perito) y juez, completándose con

la referencia a la intervención de los servicios de la Oficina de asistencia al discapacitado.

– Como ya hemos apuntado antes, las comparecencias ante el órgano judicial a efectos de intervenir en actos de prueba han de quedar reducidas a las estrictamente necesarias y siempre en atención a la dificultad que la asistencia a la sede judicial derive de la minusvalía, estableciéndose incluso la obligatoriedad del desplazamiento al lugar donde se encuentre el minusválido cuya discapacidad dificulte seriamente la comparecencia.

– En los supuestos en que la comparecencia en la sede judicial sea inexcusable (como sucede en el caso del procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 de la Ley jurisdiccional), el acceso físico a los locales judiciales debe facilitarse en aplicación de lo dispuesto en la Ley 3/1998, de 24 de junio, de accesibilidad y supresión de barreras. El discapacitado debe contar con los servicios auxiliares que su minusvalía exija. El órgano judicial debe proveer los servicios que se requieran a tal fin de la Oficina de atención al discapacitado. En esta dirección, el CGPJ debe elaborar cuanto antes un Catálogo de edificios judiciales que requieran su adecuación a las previsiones de la Ley 3/1998, recabando la debida información de los Presidentes de los Tribunales y Decanos.

– Respecto de la práctica de las pruebas de interrogatorio de parte, testifical y pericial, debe ponderarse en todo caso si la persona con quien deba practicarse la prueba tiene la condición de discapacitado físico o sensorial al objeto de realizarla en su domicilio recabando el juzgado, si fuera preciso, el auxilio de la correspondiente Oficina de Asistencia al discapacitado. En todo caso, cuando una de las partes o su representante legal, o bien el testigo o perito que deba declarar tenga reconocida la condición de minusválido, debe proveerse por el órgano judicial la práctica de dicho medios de prueba con la intervención de los medios auxiliares y técnicos de carácter complementario que sean necesarios, los cuales serán facilitados por la Oficina de Atención al discapacitado.

– Del mismo modo, si alguna de las partes o quienes deban intervenir en la práctica de la prueba tienen reconocida la condición de minusválido que dificulte gravemente la comprensión de las preguntas que se le hayan de formular o la emisión de las contestaciones a las mismas, el juez o Tribunal debe adoptar cuantas medidas garanticen su tutela judicial efectiva recabando el auxilio de la Oficina de Atención al discapacitado.

F) Especial referencia a los extranjeros

Bien pudiera parecer sorprendente a cualquier jurista o profesional del Derecho, familiarizado o especializado en otras ramas del ordenamiento jurídico, que haya de tratarse de manera específica una cuestión tan genérica como la de la personación y, singularmente, el de la “representa-

ción procesal” al analizar el ejercicio de acciones judiciales en materia de extranjería en el seno de la jurisdicción contencioso–administrativa. Es evidente que nos hallamos ante un tema que se incardina en la parte general del Derecho procesal y que venía siendo disciplinado y regulado de forma pacífica en la LEC. de 1881, como igualmente aparece en la actual 1/2000. Incluso en el propio ámbito del Derecho contencioso–administrativo, la sola lectura del artículo 23 de la Ley 29/98 parece dejar bien sentados los criterios generales a aplicar en esta materia y en esta jurisdicción. La D. Final Primera de la Ley de la jurisdicción establece además la supletoriedad de LEC.

La complicación, sin embargo, aparece precisamente por la singularidad de la materia que nos ocupa y de las condiciones de que quienes aparecen como actores en este tipo de procesos: los ciudadanos extranjeros, a quienes las RB incluyen en el ámbito de las personas en situación de vulnerabilidad que contempla su texto. Teóricamente, las reglas son iguales para todo tipo de procesos, pero la práctica enseña que en esta materia de extranjería existen múltiples supuestos que cuestionan los principios del sistema.

El problema de la representación y defensa de los ciudadanos extranjeros en procesos contencioso–administrativos no estaba en la redacción originaria de la Ley 29/1998, al atribuir la competencia objetiva para conocer de este tipo de procedimientos a las Salas de lo C–A de los diferentes TSJ, con la correlativa exigencia de abogado/procurador con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 Ley 29/1998. El origen del problema está en la reforma operada por LO 19/2003 en los artículos 8 y 78 de la Ley jurisdiccional, por virtud de los cuales se atribuye la competencia objetiva para conocer de los recursos contencioso–administrativos en materia de extranjería a los Juzgados provinciales de lo contencioso–administrativo y por los trámites del procedimiento abreviado, lo que hizo emerger en toda su crudeza el problema de la representación y defensa en este ámbito procesal y sobre todo al no ser preceptiva la designación de procurador, lo que motivaba que especialmente en los casos de designación de oficio, únicamente se proveyera a los recurrentes de la asistencia de letrado y no de la del procurador, al no ser preceptiva dicha intervención. Este problema, no exclusivo de los supuestos de designación de oficio, se planteaba y se plantea a la hora en que el órgano judicial unipersonal requiere al letrado compareciente ante el mismo para que acredite la representación que dice ostentar, siendo así que el recurrente extranjero en muchos casos carece de contacto alguno con el letrado que comparece en su representación y defensa o incluso se encuentra ya en su país de origen como sucede por ejemplo en los casos de retorno en frontera.

Entendemos que cabe distinguir dos supuestos:

A) QUE EL EXTRANJERO SE ENCUENTRE EN ESPAÑA: A nuestro juicio, no se plantea aquí ningún problema. No parece existir

razón alguna para que un ciudadano extranjero sujeto a un procedimiento de expulsión que demanda su caducidad o al que se ha aplicado una sanción de expulsión, todavía pendiente de ejecutar, o que pretende impugnar una resolución administrativa relativa a una solicitud de residencia y/o trabajo no pueda comparecer por sí mismo a juicio, o en la secretaría de un juzgado a otorgar poder “apud acta” a su letrado, o en una Notaría a otorgar un poder general para pleitos al mismo, como cualquier otro ciudadano español extranjero legalmente residente.

B) QUE EL EXTRANJERO NO SE ENCUENTRE EN ESPAÑA O NO HAYA INGRESADO EN TERRITORIO NACIONAL: Es éste el supuesto único que, a nuestro criterio, puede suscitar dudas acerca de si existe o no un cauce procesal para que se pueda hacer efectiva la tutela judicial efectiva de los extranjeros que ya han sido expulsados o a los que no se ha permitido el acceso al territorio nacional y han sido automáticamente “retornados” en frontera. Es el caso en que verdaderamente cabe plantearse si hay que establecer una excepción las reglas procesales y singularmente a las que regulan la comparecencia en juicio.

El artículo 65.2 de la LOEX, bajo la rúbrica “*Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros*”, en redacción dada por LO 8/2000, establece: “*En todo caso, cuando el extranjero no se encuentre en España, podrá cursar los recursos procedentes, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirán al organismo competente*”.

En desarrollo de este precepto, se reitera la misma norma en el Reglamento de Extranjería (RD 557/2011) en el artículo 224.4, incardinado en el capítulo dedicado a las “normas comunes del procedimiento sancionador”.

Por tanto, sucede que la legislación de Extranjería establece un cauce procesal y específico para estas situaciones, habilitando la presentación de todo tipo de recursos administrativos y judiciales a través de las oficinas diplomáticas y consulares de España en el extranjero. A través de este medio el extranjero podrá presentar y el organismo diplomático deberá cursar al órgano competente cualquier tipo de recurso, escrito o petición, **INCLUIDAS ACTUACIONES TALES COMO LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO, LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DEL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUÍTA, O EL OTORGAMIENTO O REMISIÓN DE UN PODER DE REPRESENTACIÓN.**

Sin embargo lo anterior, no es menos cierto que en los supuestos de denegación de entrada y retorno en frontera, se plantean dos problemas:

La necesidad de agotar la vía administrativa mediante interposición de preceptivo recurso de alzada contra la resolución que deniega su entrada en España y acuerda su retorno (artículo 156.6 del Reglamento de Extranjería). Ello provoca la ejecución automática de la resolución de retorno; y que, cuando se resuelve el recurso de alzada desestimatoria-

mente o se produce la desestimación presunta por transcurso del plazo (silencio negativo) el extranjero (a salvo medida cautelar acordada por el juez) ya no se encuentre en España, siendo así que en muchas ocasiones se produce una dificultad real y, en ocasiones insuperable, de contacto entre el extranjero y el letrado que le ha asistido en las dependencias aeroportuarias y que ha interpuesto en su nombre los oportunos recursos en vía administrativa.

El hecho de que, cuando se pretende interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución que agota la vía administrativa por el letrado que asistió al extranjero, las normas generales de la LEC. son aplicables supletoriamente a los procesos contencioso-administrativos ante órganos unipersonales. Esas normas están integradas por los artículos 23 a 25 de la LEC, integrados dentro del capítulo V del Tit. I del Libro Primero, que disciplina “la representación procesal y la defensa técnica”. De la lectura de dichos preceptos resulta que la representación procesal ha de otorgarse mediante poder notarial o comparecencia “apud acta” ante la secretaría del juzgado (artículo 24). Esta disposición relativa a la procura ha de entenderse extensiva al otorgamiento de representación a letrado.

Las previsiones de asistencia jurídica gratuita en la legislación que regula esta materia no solucionan la cuestión. Más bien, a nuestro parecer, la enturbian. En efecto, los extranjeros gozan del derecho a obtener el beneficio de justicia gratuita y asistencia jurídica gratuita, conforme establecen los artículos 22 de la LOEX y 2 de la Ley 1/1996 tras la reforma operada en el mismo por Ley 16/2005. Este derecho se extiende, siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar:

– A los extranjeros que se encuentren en España, sean o no legalmente residentes, como establece el artículo 2 a) de la Ley 1/1996 tras la reforma operada en el mismo en este sentido para adaptarse a la doctrina establecida por el TC en su sentencia nº 95/2003.

– A los extranjeros que se encuentren fuera de España en la vía administrativa y en la vía contencioso-administrativa, en todos los procedimientos de denegación de entrada, devolución o expulsión y asilo (artículo 2 e) de la Ley 1/1996.

De ello se desprende la extraordinaria amplitud con la que se contempla el otorgamiento a los extranjeros de este beneficio para litigar en los pleitos que les afecten en materia de extranjería. Sin embargo, el problema de la representación y defensa en este tipo de procesos judiciales deriva de la necesidad de interpretar conjuntamente dos preceptos:

El artículo 2 e) de la Ley 1/1996: *“En el orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en los procedimientos que puedan llevar a la denegación de su entrada en*

España, a su devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo”.

El artículo 6.3 de la Ley 1/1996: *“El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones: 3. Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso”.*

Por consiguiente, parece existir una contradicción entre ambos preceptos, cuando se ponen en relación con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 29/1998:

Del citado en segundo lugar se sigue que el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita a un extranjero sólo comprenderá la designación de abogado, ya que únicamente la intervención de éste resulta preceptiva ante órganos unipersonales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El citado en primer lugar, traído por la Ley 16/2005, introduce la duda, sin embargo, de si el reconocimiento del derecho a asistencia gratuita implica el derecho a designación de procurador de oficio, ya que este precepto dispone que los extranjeros con insuficiencia de recursos para litigar tienen derecho tanto a la asistencia letrada, como a la defensa y representación gratuita (...en procedimientos de denegación de entrada, devolución, expulsión o asilo).

A nuestro criterio, los anteriores preceptos no son contradictorios. La cuestión esencial es la de determinar qué comprende exactamente el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando se reconoce el mismo. El artículo esencial en esta materia es el artículo 6.3. No puede ser de otra manera, siquiera por el simple hecho de llevar por rúbrica “contenido material del derecho”. La regla general es la de que comprenderá la designación de abogado y en su caso de procurador sólo cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva. Por tanto, en el caso de procesos judiciales ante los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo, el reconocimiento del derecho comprenderá la necesaria designación de abogado y procurador para comparecer ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo; y solamente de abogado para comparecer ante los Juzgados. El artículo 2, por su parte, lleva por rúbrica “ámbito personal de aplicación”. Su lectura, en relación con el contenido de la E. de Motivos de la Ley 16/2005, permite comprobar que a través de su introducción en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita se pretende ampliar el ámbito personal de aplicación de la Ley a todos los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recurso para cualesquiera clase de procedimientos judiciales en materia de denegación de entrada, devolución y expulsión y asilo. El artículo 2 e) declara que en estos casos tendrán derecho a asis-

tencia letrada y a defensa y representación gratuita. Pero una cosa es que se proclame con carácter general, como es lógico, que el extranjero a quien se le reconozca el derecho a asistencia jurídica gratuita tiene derecho a representación gratuita, porque esa representación gratuita puede ser necesaria; y otra cosa muy diferente es que haya que reconocer tal representación gratuita en todo caso, singularmente cuando la misma no es legalmente necesaria. Lo que no se acierta a ver por ningún lado es que el citado artículo imponga que haya que nombrar procurador de oficio en todos los casos. El extranjero tendrá derecho a que se le designe procurador de oficio cuando la intervención de este profesional sea legalmente preceptiva, como dispone el artículo 6. Es decir, cuando la Ley procesal imponga, con carácter obligatorio o preceptivo, la necesidad de que el recurrente actúe en la relación jurídico procesal a través de profesional que ostente la representación procesal. Así, por ejemplo, cuando haya de comparecer ante un órgano colegiado. Pero tal representación gratuita no será necesaria, ni quedará comprendida en el derecho a asistencia jurídica gratuita, cuando la ley procesal no la imponga, esto es, cuando el recurrente pueda actuar en su propio nombre o representación o conferir dicha representación a su letrado, éste sí de necesaria designación en el caso de los órganos judiciales unipersonales, al ser preceptiva su intervención, conforme al artículo 23 de la Ley jurisdiccional.

En cualquier caso, es más que dudoso que las anteriores normas modifiquen las reglas procesales sobre comparecencia en juicio:

La Ley 1/1996 no es una ley de naturaleza procesal. Es una Ley tendente a regular una actividad pública de naturaleza prestacional que garantice los derechos que dimanar de los artículos 24 y 25 de la Constitución, como manifestación propia de un Estado Social de Derecho. Así lo explica con toda claridad su E. de Motivos. Indudablemente algunos aspectos de la Ley 1/1996 afectan o se relacionan con el proceso, en la medida en que el derecho a la asistencia jurídica gratuita, su contenido y la forma en que ha de articularse se tienen que conectar necesariamente con el cauce a través del cual se ejercitan los derechos y ese cauce es el proceso. Pero ello no quiere decir que esta Ley regule el proceso o establezca reglas procesales o modifique las que establecen las leyes de esta naturaleza, siendo la mejor prueba de ello las constantes remisiones que hace a las mismas a lo largo de todo su articulado.

No existe ningún precepto en la ley 1/1996 que regule las funciones de letrado y procurador, ni que contenga regla alguna relativa a su intervención ante los órganos judiciales. Cualquier interpretación que lleve el tenor del artículo 2 e) hasta el límite de entender que modifica las funciones y actuación procesal de letrados y procuradores que regulan los artículos 543 de la LOPJ y los artículos de la LEC resulta, a nuestro juicio, absolutamente exorbitante y carente de cualquier apoyo concreto en el texto de la Ley.

Siendo ello así, subsistiría la regla específica del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que establece el carácter potestativo del ejercicio de funciones de representación por parte del letrado designado de oficio, a quien expresamente debe atribuirles la parte. De este modo, incluso con designación de letrado de oficio, el extranjero carecería de posibilidad de manifestar su voluntad de recurrir a través de la representación procesal oportuna, de manera que cuando el letrado fuese requerido por el órgano judicial para acreditar la representación que dice ostentar en su comparecencia inicial (que dice efectuar “en representación” del extranjero) se vería imposibilitado de hacerlo.

La reforma de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España operada por LO 2/2009 tampoco ha venido a solucionar el problema. En efecto, su artículo 22.3 establece que “*En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen*”, remitiéndose así de nuevo a la legislación procesal civil, salvo en el caso de los privados de libertad en centros de internamiento a fines de expulsión. Mucho menos aún cuando su último inciso añade: “*A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente*”.

La praxis judicial en esta materia avala, cuando menos, la existencia de las dificultades interpretativas que venimos comentando.

Así centrada la cuestión, cabría plantearse algunas posibilidades de actuación al respecto, de forma concurrente o alternativa, puesto que no parece adecuado acudir sistemáticamente al expediente del artículo 21 de la ley 1/1996, excepcional por definición. Así, se puede apuntar:

1. La necesidad o no de mantener el preceptivo recurso de alzada para agotar la vía administrativa, cuya existencia impide el acceso a la jurisdicción de los ciudadanos extranjeros en los casos de retorno en frontera.

2. La posibilidad de contemplar la atribución “ex” artículo 23 de la ley 29/1998 de las funciones de representación al letrado designado de oficio en estos supuestos, de modo similar a la manera en que lo hace, por ejemplo, el artículo 768 de la LECrim.

3. La posibilidad de atenuar el régimen de otorgamiento de representación procesal del artículo 24 de la LEC en estos casos, mediante la modificación de este precepto o mediante la del artículo 65 de la LOEX.

5. ESPECIAL REFERENCIA A LA INCIDENCIA PARA LAS PRSONAS CON DISCAPACIDAD DE LA CELEBRACIÓN DE JUICIOS TELEMÁTICOS

Cuando escribo estas líneas, a mediados de julio de 2020, la pandemia ocasionada por el COVID-19 se ha cobrado ya más de 28.000 víctimas (oficiales) en España. Sus efectos sobre la economía de nuestro país han conducido a una situación desoladora y gravísima a cientos de miles de personas. El impacto de la epidemia sobre nuestra forma de vida, sobre el ejercicio de derechos esenciales de los ciudadanos, sobre nuestros hábitos, costumbres y relaciones ha sido muy profundo y, probablemente, siga siéndolo durante largo tiempo.

En este escenario tan penoso, no es sencillo, ni puede parecer estético, intentar rescatar alguna o algunas consecuencias positivas del fenómeno COVID-19, no obstante ese sabio aforismo que recomienda hacer virtud de la necesidad. Una de esas pocas afortunadas resultas de la pandemia ha tenido lugar en el campo de Derecho y, más en concreto, en el orden judicial. Tal ha sido la forzada introducción del empleo de la tecnología informática para el desarrollo de los actos judiciales. Así, el artículo 19.1 del RDLey 16/2020 ha introducido (“impuesto” sería un participio más preciso) la celebración de actos procesales preferentemente mediante la presencia telemática de los intervinientes, para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. Se trata de una medida:

– Obligatoria, no una mera recomendación, como lo demuestra el uso del imperativo: “...los actos de juicio, comparencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática...”.

– Limitada en el tiempo: Se extiende únicamente “Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización...”.

– Condicionada, pues la obligación sólo se impone “... siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello”; es decir, siempre que la administración prestacional competente en materia de Justicia suministre esos medios técnicos.

De esta manera, por exigencias ineludibles de salud pública, el ordenamiento jurídico acoge la celebración de vistas en audiencia pública por videoconferencia; y colma así una laguna de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia. Repásese el articulado de esta norma y

se echará en falta la regulación específica de los actos procesales públicos: juicios, audiencias y vistas. En definitiva, el legislador acepta el uso de la tecnología informática para el desarrollo de los actos judiciales. Me resisto a utilizar, a punto de entrar en la tercera década del siglo XXI, el término “nuevas tecnologías” para referirme a una simple videoconferencia en una plataforma al uso, sobre todo por si me escuchase una de mis hijas, que las usan desde su infancia.

No es éste el lugar para justificar por qué enjuicio tan positivamente esta nueva regulación, al menos en la jurisdicción contencioso-administrativa (no dudo de que presente mayores problemas en otras). Bastaría reseñar el dato de que en mi juzgado se han celebrado más de cien juicios en apenas dos meses y no se ha suspendido ni uno sólo, siendo altísimo el grado de satisfacción que han mostrado todos los usuarios del sistema: letrados de las AAPP, abogados particulares, procuradores y partes privadas.

Una de las razones, quizá de las más destacadas, de ese altísimo grado de contento, que los profesionales hacen explícito de forma entusiasta en ocasiones, sí que tiene que ver y mucho con este trabajo: la muy obvia de no tener que desplazarse a las sedes judiciales. No es necesario un gran esfuerzo dialéctico para trasladar al ámbito de la discapacidad física esta evidente ventaja. La posibilidad de que partes, profesionales, peritos y hasta testigos con problemas de movilidad puedan intervenir en los actos judiciales desde sus propios domicilios va más allá del simple hecho de facilitar su intervención en esos actos. Ya sería bastante para emitir un juicio positivo esta mayor facilidad, como factor determinante para bajar barreras, fulminar obstáculos, reducir tiempos y dependencias, eliminar equipajes y, en general, toda esa panoplia de engorrosas necesidades físicas que dificultan el movimiento y la actuación de las personas con problemas de movilidad o sensoriales. A mi juicio, la posibilidad de juicios telemáticos va más allá: potencia extraordinariamente la igualdad real en muchos ámbitos profesionales. Abogados y procuradores, pero también peritos de muy diversos ámbitos, pueden realizar su cometido profesional desde su casa o desde su despacho, en absoluta igualdad de condiciones de acceso a la sesión judicial, teniendo a su disposición, en su entorno habitual y amigable, herramientas, espacios, o soportes de consulta.

No quiero extenderme más en esta “addenda”. Cualquier lector se puede hacer idea de la innegable ventaja que aportan las actuaciones telemáticas respecto de las presenciales en el terreno que nos atañe. Por eso entiendo que la posibilidad legal de celebración de juicios telemáticos no debe desaparecer con el COVID-19. Márchese ya, desaparezca el maldito virus, o agonice y muera a causa de una vacuna, sea ésta china, inglesa o berebere; pero quédense los juicios telemáticos en la jurisdicción contencioso-administrativa. Regúlense de forma permanente y por tanto:

1º) Introdúzcase en la Ley 29/1998 la posibilidad de celebración de juicios telemáticos como una forma ordinaria y común de celebración de las vistas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

2º) Elimínase la limitación temporal que para este tipo de juicios establece el artículo 19 del RD Ley 16/2020.

3º) Impóngase a las administraciones públicas el deber de dotar a los órganos judiciales de los medios tecnológicos necesarios para su celebración (licencias de plataformas digitales, habilitación de salas de vistas, grabación de los juicios en servidores oficiales con validación mediante firma digital, eventualmente programas de reconocimiento, formación de los funcionarios...).

4º) Comprométase el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL y, singularmente, el FORO JUSTICIA Y DISCAPACIDAD, en la promoción de los anteriores principios de actuación, a fin de dotar a los tribunales de lo contencioso-administrativo de una herramienta extraordinariamente útil para el más fácil acceso a la Justicia de los ciudadanos con problemas físicos o sensoriales; y para la más fácil participación en los procesos judiciales de los profesionales en esa misma situación.

El premio Nobel de la Paz Muhammad Yunus afirmó que “la tecnología es importante, pero lo único que realmente importa es lo que hacemos con ella”. Sin duda, así es. Aprovechemos las oportunidades que nos brinda y demostrémos que la Administración de Justicia puede seguirle el paso al siglo y, a la vez, promover patrones de normalidad y accesibilidad en su uso por las personas con discapacidad. Aunque solo sea por esta vez.

C. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Carlos Ganzenmüller Roig

Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo (Sala Primera).

Nuria Lopez-Mora González

Fiscal de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Madrid

1. Introducción

Desde la Fiscalía, la tarea de implementación de la Convención a nuestro derecho, ha sido una cuestión prioritaria, interesando ante los Tribunales su aplicación, en todas aquellas intervenciones que requirieran un elemento interpretativo o comparativo, tendente a determinar el mejor anclaje normativo posible en los principios propugnados desde la Convención, de acuerdo con las indicaciones de las Circulares e Instrucciones emitidas.

2. LA ACTIVIDAD DEL M. FISCAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, DESDE SU ÁMBITO INSTITUCIONAL

2.1. Examen de las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado sobre la CPCD, donde se dan a todos los Fiscales de España pautas concretas de unidad de criterio y de buenas prácticas en temas de carácter de interés público y social, de la competencia del Ministerio Fiscal

La Fiscalía General del Estado ha dictado en relación a la aplicación de la Convención de Nueva York de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), las siguientes Circulares e Instrucciones, a nuestro derecho interno:

a) La Instrucción 4/2008, “Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas con discapacidad”, consta de dos partes, una relativa a las obligaciones del control sobre las tutelas, con especial referencia a la denominada Tutela Administrativa: vigilancia sobre la situación personal del tutelado y de patrimonio durante el ejercicio de la tutela, revocación de poderes, formación del inventario y depósito. El Informe sobre la situación patrimonial y las actuaciones al finalizar la tutela.

La segunda parte, hace referencia al sistema informático de registro de los expedientes sobre tutelas y su sujeción a la legislación sobre protección de datos, constitución de un fichero informatizado o base de datos sobre personas sometidas a procedimientos de incapacitación o expedientes de tutela, actualización semestral, y la aplicación de la legislación sobre protección de datos en el control de las tutelas.

b) La Instrucción 4/2009, “Sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas”, pretende una adaptación de los escasos recursos de las Fiscalías a las prestaciones de “especialidad y exclusividad”, que exige el artículo 13 de la CDPD, que entiendo deben tener plena autonomía y sustantividad propias, pues no resultan lo suficientemente atendidas por las Secciones de lo Civil, bajo cuyo ámbito se encuadran.

Volveremos a ella al tratar, más adelante, la necesaria capacitación de los operadores jurídicos, en el examen del artículo 13 de la CDPD.

c) En la Instrucción 3/2010, “Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”, se analiza la intervención de los fiscales en los procedimientos sobre capacidad de las personas, interpretando la regulación sustantiva y procesal vigente sobre protección de las personas con discapacidad, contenida básicamente en los artículos 199 y ss. CC, y en los artículos 756 y ss. LEC, de conformidad con la CDPD; teniendo en cuenta que las medidas de apoyo se deben acordar en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada por la modificación judicial de su capacidad, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debiéndose establecer aquellas medidas de apoyo necesarias conforme al interés de la persona con discapacidad. Por ello, la curatela constituye en la actualidad un instrumento adecuado para dar las respuestas exigidas por la CDPD a las situaciones de modificación de la capacidad de la persona, toda vez que el curador no sufre la voluntad de la persona con discapacidad, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, en la cual, incluso, se puede conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la

persona asistida, manteniendo, no obstante, sus facultades para ejecutar los demás actos de esta naturaleza por ella misma.

Para garantizar las funciones que se otorgan al Ministerio Fiscal y conseguir su mayor eficacia, se precisa de una intervención activa que alcanza, no solo a la persona, sino a sus familiares, por lo que se les proporcionará la adecuada información para la promoción de la constitución de las instituciones de protección.

En estos procedimientos deberá hacerse expresa mención de que, a la luz de la CDPD sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que se pretende no es limitar—in genere— la capacidad jurídica de una persona, sino determinar su alcance y extensión con base a las habilidades conservadas, lo que comporta, su ineludible determinación en los distintos ámbitos de su vida, en base a su voluntad y preferencias.

Los informes anual o extraordinario previstos en los artículos 269.4, 232 y 233 CC. constatarán, mediante la incorporación de la documentación complementaria precisa, la situación actual de las personas cuya capacidad haya sido modificada en procedimientos judiciales previos, ponderando en virtud de su edad, deficiencia, evolución de su situación y demás circunstancias, la necesidad de ejercitar las acciones precisas para adaptar el sistema de protección respecto de la misma, a las pautas contenidas en la presente Instrucción en relación con la especificación de sus habilidades.

d) Instrucción 4/12016. Sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las comunidades autónomas.

Es objeto de la Instrucción, la regulación de la figura de los Fiscales Delegados de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las CCAA. Su creación debe inspirarse en el principio de flexibilidad derivado de las potestades autoorganizativas del Ministerio Fiscal y su actuación debe estar orientada al apoyo a los Fiscales especialistas.

e) Circular 2/2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno urgente en centros asistenciales para personas mayores.

f) La Fiscalía General del Estado ha elaborado la Instrucción 1/2017, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual.

Se basa en la necesidad de que los menores con discapacidad tengan la doble protección, por el hecho de ser menores y por tener discapacidad y garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que los Fiscales pueden armonizar su actuación y ofrecer una respuesta común ante hechos similares a partir del trato respetuoso y salvaguardando siempre su intimidad, huyendo además de tratamientos que recurran a una visión lastimosa de los niños y niñas con discapacidad.

g) Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal.

En ella se aconsejan la utilización de criterios o parámetros que denoten la presencia de un móvil de odio o discriminación, que pueden venir referidos a la víctima de la acción, al autor de la misma o al contexto en el que se desarrollan las conductas analizadas, en los términos expuestos en el apartado 2.6 de esta Circular. En todo caso, la constatación de uno o varios de estos indicadores de «polarización radical» debe sugerir la existencia de un delito de odio que, como tal, habrá de ser confirmado o descartado a través de la correspondiente investigación. Se contempla el odio por razón de discapacidad, como uno de los supuestos de comisión del delito.

2.2. Manual de Buenas Prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. (Según las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especialistas en la protección de personas con discapacidad. Marzo de 2011)

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, 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 de los servicios judiciales, a fin de 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. 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, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Labor de especial trascendencia que resulta clave para su consolidación, como expresamente señala su artículo 8, y que ha sido tratada en el Manual de Buenas Prácticas del Ministerio Fiscal (Marzo de 2011), enmarcado en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2010), cuya aplicación supone un reto para todas las Instituciones y especialmente para el Ministerio Fiscal, al ser una de sus funciones constitucionales la de intervenir en los procesos civiles que determine la ley, cuando el interés social lo requiera.

Para ello deberán respetar la diversidad de los seres humanos, “según su edad, etnia, género, condición socioeconómica, orientación sexual y discapacidad”, bajo el principio de que “todos somos igualmente diferentes”.

En el citado Manual se determinan los problemas y buenas prácticas en el ejercicio de las funciones constitucionales asignadas al M. Fiscal en el artículo 124 de la CE.

3. RELACIONES INSTITUCIONALES. COOPERACIÓN DIRECTA CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD O LAS ENTIDADES QUE LES REPRESENTAN, MEDIANTE CONVENIOS DE COLABORACIÓN

Los Convenios celebrados por la Fiscalía General, con Cermi, Foro Justicia y Discapacidad, Fundación Aequitas y Cruz Roja a nivel nacional; determinan un enriquecimiento mutuo y de vital importancia, que han permitido un conocimiento real de los problemas que se han ido suscitando, solucionándose la mayoría de ellos con prontitud y eficacia.

3.1. El primer Convenio de colaboración con el CERMI data de 2006 y ha sido revisado y novado por el de 23 de noviembre de 2017

– La Fiscalía General del Estado y el CERMI coinciden en la conveniencia de aunar sus esfuerzos y de impulsar, el establecimiento de cauces de colaboración institucional para el desarrollo de sus fines, en las materias propias de su competencia, y en ejercicio de sus facultades, acordado adecuar el inicial Convenio Marco de colaboración firmado el 25 de enero de 2006, para su mejor inclusión en los principios y mandatos de la actual normativa en materia de discapacidad.

– Conforme a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se refuerza el cauce estable de comunicación e intercambio de información entre ambas instituciones, en los casos de vulneración de derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

– Adopción de iniciativas de investigación y estudio, que tengan por objeto profundizar y mejorar la protección jurídica; la igualdad de oportunidades y la no discriminación, de todos ellos.

– Organización de cursos monográficos o de otra índole sobre las materias objeto de este acuerdo, comprometiéndose recíprocamente a mantenerse informados y a facilitar su participación.

– Constitución de una Comisión de Seguimiento, para velar por el correcto desarrollo y ejecución.

Fruto también de esta colaboración, la Fiscalía General del Estado ha elaborado la Instrucción 1/2017, sobre la actuación del fiscal para la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de menores de edad con discapacidad ante los medios de comunicación audiovisual, que fue presentada el 27 de Marzo de 2017, en la sede de la propia Fisca-

lía con la presencia de una delegación del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), que ha colaborado activamente en su realización.

3.2 Convenio suscrito con el Colegio General del Notariado en el año 2006, y que ha sido recientemente renovado el 26 de Julio de 2016

Convenio de colaboración de enorme trascendencia recogido expresamente en la Instrucción 4/2016, en materia de protección jurídica de la infancia, adolescencia y personas adultas con capacidad modificada judicialmente modificada o por modificar, donde los Fiscales delegados de las CCAA, formarán parte de la red de puntos de contacto prevista en el Convenio de colaboración entre el Consejo General del Notariado y la Fiscalía General del Estado en materia de protección jurídica de la infancia, adolescencia y personas adultas con capacidad modificada judicialmente o por modificar, debiendo informar sobre aquellas cuestiones que exijan un tratamiento específico por la Comisión de Seguimiento.

3.3. Convenio de colaboración entre la Cruz Roja Española y la Fiscalía General del Estado en materia de protección jurídica de personas mayores con capacidad modificada judicialmente, o por modificar y en situación de vulnerabilidad. (2 de octubre de 2018)

Es objeto del Convenio la colaboración institucional entre la Fiscalía General del Estado y la Cruz Roja Española en materia de protección de las personas mayores con capacidad modificada, por modificar o en situación de vulnerabilidad. En concreto, tal colaboración se ejecutará mediante las siguientes acciones:

- a) Creación de una red de puntos de contacto entre la Fiscalía y la Cruz Roja Española de alcance provincial
- b) Coordinación y cooperación en la detección e intervención ante situaciones de riesgo o abuso que puedan sufrir las personas mayores.
- c) Impulso de la cooperación, en todos los ámbitos territoriales, con los restantes agentes implicados, mediante la suscripción de convenios, formalización de protocolos y cuantas actividades contribuyan a la mejora de estos objetivos.

Al objeto de facilitar los actos de comunicación entre los miembros de la Cruz Roja Española y el Ministerio Fiscal, se habilitará una red de puntos de contacto en las distintas provincias.

Ambas partes se comprometen a facilitar a la otra la relación concreta de sus integrantes, así como a comunicar las modificaciones que la misma pueda experimentar.

d) Coordinación y cooperación

Los integrantes de la red de puntos de contacto procurarán mantener una relación fluida sobre las cuestiones objeto del presente convenio.

En las tareas descritas, impulsarán mecanismos de coordinación y cooperación con los restantes servicios de protección sanitaria, social o jurídica de las personas mayores, tanto públicos como privados, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y con las organizaciones representativas

e) Se constituye una Comisión de Seguimiento, integrada por dos representantes de cada una de las partes, que se reunirán siempre que la otra parte lo solicite y, al menos, una vez al año. De cada reunión se levantará un acta ejerciendo de secretario de aquélla por turno rotatorio un miembro de la citada Comisión.

4. APLICACIÓN DE LA CDPD: PROBLEMAS PLANTEADOS EN LOS INGRESOS INVOLUNTARIOS URGENTES POR TRASTORNO PSIQUIÁTRICO. INTERNAMIENTOS INVOLUNTARIOS EN RESIDENCIAS ASISTENCIALES Y VISITAS A DICHOS CENTROS. BREVE REFERENCIA A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DE 2 JULIO DE 2012 Y DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2015

Distingue la primera sentencia, dos fases distintas, ingresos involuntarios urgentes por trastorno psiquiátrico:

A) La fase extrajudicial del internamiento urgente, que exige el cumplimiento de cuatro de cuatro exigencias básicas: a) Existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato, b) Información al afectado o su representante acerca del internamiento y sus causas, c) Obligación del centro de comunicar al juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, en el plazo de 24 horas. d) Control posterior sobre el centro: desde que tiene lugar la comunicación antedicha, el examen judicial directo del afectado se realizará en el propio establecimiento hospitalario.

B) Fase de control judicial en el internamiento urgente, que requiere el Juez ha de informar al interno o a su representante acerca de su situación material y procesal, lo que implica a su vez el derecho del afectado (o su representante en su nombre) a ser oído personalmente dentro del procedimiento.

Además, y conforme al artículo 763.3 LEC, el privado de libertad también será informado de su derecho a contar con Abogado y Procurador en este trámite y de su derecho a la práctica de pruebas.

La ausencia de diligencia de notificación de derechos y acta de examen personal del interno sin alusión alguna a la puesta en conocimiento de sus derechos no es constitucionalmente aceptable.

“El problema arranca antes: faltando la información sobre el derecho a la defensa jurídica y a la prueba, estos sencillamente no pudieron ser ejercitados. En este concreto ámbito, en el que la persona interna se halla prácticamente indefensa mientras está encerrada, la ley y la jurisprudencia de derechos humanos impone que el órgano judicial tome la iniciativa en la información, no presuponer su conocimiento por el afectado, como erróneamente sostiene el Auto de la Audiencia Provincial para disculpar lo sucedido, ni tampoco dar por cubierta esa defensa con la presencia del Ministerio Fiscal el cual actúa en defensa de la legalidad y no como defensor judicial del interno, quien ha de tener por tanto siempre su propia voz y defensa dentro del procedimiento, ya que en este momento procesal no está declarado incapaz. El resultado es una nueva lesión del derecho fundamental del Artículo 17.1 CE del recurrente”.

En la STC de 7 de septiembre de 2015, que resuelve un recurso de amparo promovido por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 28 de julio de 2014, dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Rollo de Apelación núm. 524/2014, recaído en el procedimiento de internamiento psiquiátrico no voluntario), hace suyos el Tribunal Constitucional los fundamentos esgrimidos por el Fiscal, en lo relativo a la cuestión del “dies a quo para el cómputo del plazo de 72 horas”. La doctrina, ya fijada en la STC 141/2012, señala que el cómputo del plazo de 72 horas debe hacerse desde que el propio Decanato recibe la comunicación del centro, aunque luego lo reparta al Juzgado competente para tramitar el procedimiento.

También es de reseñar la STC de 15 de febrero de 2013, que determina el Derecho de defensa en régimen de ingreso involuntario urgente por trastorno psiquiátrico contemplado en el artículo 763 LEC.

El hecho de que el artículo 763.3 in fine LEC, garantice la posibilidad de recurso de apelación contra la decisión adoptada, no legitima la privación de una garantía esencial del procedimiento de primera instancia. La negación de esta intervención de su representante procesal y defensor, vulnera el derecho a la asistencia jurídica, que en el ámbito de las garantías del proceso de internamiento involuntario del artículo 763 LEC, se reconduce a una lesión del derecho a la libertad del Artículo 17.1 CE.

Finalmente, en la STC de 27 de febrero del 2017, resolutorio de un recurso de amparo, interpuesto por el M. Fiscal, establece la actividad del M. Fiscal en el proceso de Modificación de la capacidad, cuando actúa como defensor de la persona con discapacidad, donde su presencia resul-

ta necesaria en “la Vista” del mismo, pues de lo contrario, se produce la vulneración de su derecho a no padecer indefensión y a un proceso con todas las garantías.

En las STS de fecha 1 y 29 de febrero de 2016, se aborda el problema planteado del ingreso de personas mayores en centros residenciales, elaborando al respecto, el Fiscal de Sala de lo Civil en escrito de 15 de Junio de 2016 unas Recomendaciones meramente orientativas, para facilitar la labor de los Fiscales, que han culminado con la Circular 2/2017, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno urgente en centros asistenciales para personas mayores, que resolverá las cuestiones de mayor complejidad.

5. LA NECESARIA CAPACITACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS Y LA CDPD. EXAMEN DEL ARTÍCULO 13 DE LA CDPD. LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS JUECES Y FISCALES COMO CUESTIÓN PRIORITARIA

En este contexto deben analizarse las necesidades de “especialización que requiere nuestro sistema”, pues, el artículo 13 de la CDPD que se refiere al acceso a la justicia, dispone que “Los Estados Parte, 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”. (artículo13.1)

“Para asegurar que las PCD tengan acceso efectivo a la justicia, los EP, promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario. (artículo 13.2), así como los trabajadores sociales. (Art 4.i)”. Capacitación y especialización adecuada del personal de la administración de justicia que abarca la de los Órganos Jurisdiccionales, Ministerio Fiscal y operadores jurídicos y sociales, así como de los órganos colaboradores multidisciplinarios.

La Instrucción nº 4/2009, “Sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas”, pretende una adaptación de los escasos recursos de las Fiscalías a las prestaciones de “especialidad y exclusividad”, que exige el artículo 13 de la CDPD, que como veremos no son lo suficientemente atendidas por las Secciones de lo Civil, bajo cuyo ámbito se encuadran. En todo caso se establece genéricamente y con una flexibilidad excesiva, que en las fiscalías Provinciales, se establecerá un

régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas, mediante la designación de Fiscales encargados del despacho de asuntos relativos a esta materia, los cuales, en todo caso, estarán integrados en las Secciones de lo Civil. Este régimen especializado también podrá establecerse en las Fiscalías de Área, cuando el volumen o las características de la actividad lo aconsejen y la plantilla lo permita. Y se efectuarán con flexibilidad, adaptándose a las necesidades del servicio de cada Fiscalía y a la existencia en su territorio de órganos jurisdiccionales especializados en esta materia. Por lo que la asistencia a señalamientos judiciales del orden jurisdiccional civil podrá realizarse por otros miembros de la Fiscalía no adscritos a la Sección de lo Civil, cuando las circunstancias de acumulación de servicios, distancia en los desplazamientos a los órganos jurisdiccionales o de otra índole así lo aconsejen, sin perjuicio de que la posición a mantener sea objeto de indicación y supervisión por el Decano o responsable de la Sección de lo Civil, o, en su caso, de los Fiscales designados para atender el régimen especializado de discapacidades y tutelas.

5.1. La especialización de los Fiscales como cuestión prioritaria

Desde la creación en el seno de la Fiscalía General de las Fiscalías de Sala Especializadas en materias relevantes, se hizo patente la carencia de una especialización en el marco de la protección de los mayores y personas con discapacidad, atendiendo a la misión que la Constitución Española y el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le encomienda, como defensor de los derechos fundamentales de las personas más vulnerables. Se creó y reguló la primera, pero nada se realizó respecto a la protección de las personas con discapacidad.

Es por tanto necesario estudiar la creación de dicha Fiscalía Especializada, que se encargaría de todas las funciones que desempeña actualmente la Coordinación de los Servicios Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad de las Fiscalías de las Audiencias Provinciales, así como la Delegación de la Fiscalía ante el Foro Justicia y discapacidad y Delegación en cumplimiento de los respectivos Convenios con Cermi, Aequitas y Cruz Roja.

El artículo 13 de la CDPD que se refiere al acceso a la justicia, dispone que “Los E. Parte, 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”. (artículo13.1)

Con el apoyo de las asociaciones y fundaciones representantes de los derechos de las personas con discapacidad, previo informe favorable del Consejo Fiscal, se ha aprobado en el último Consejo de Ministros, a propuesta de la ministra de Justicia, dos reales decretos por los que se crean un total de 75 unidades judiciales y se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal en 80 nuevas plazas.

El objetivo de estas medidas es atender las necesidades de la Justicia española, contribuir a su mayor eficacia y calidad y garantizar a los ciudadanos la protección judicial de sus derechos.

Entre estas medidas destaca la creación en la Fiscalía General del Estado de una plaza de primera categoría de Fiscal de Sala coordinador de los servicios especializados en la protección de las personas con discapacidad y mayores, que determinará las medidas de coordinación, acciones y la recepción de denuncias sobre situaciones de vulnerabilidad de estos colectivos; esta medida ha sido ya publicada en el BOE por Real Decreto 255/2019, de 12 de abril, por el que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes.

Finalmente y paralelamente a la creación de la Fiscalía de Sala especializada, se debería abordar la reorganización del M. Fiscal y la coordinación eficaz entre sus “Servicios de protección”, a otros colectivos vulnerables como son menores, mujeres y personas mayores, donde el denominador “con discapacidad” concorra, proyectando la doble vulnerabilidad existente.

5.2. Organización territorial de las Fiscalías especializadas en la protección de las personas con discapacidad. Fiscales Autonómicos, Provinciales y Fiscalías de Área

Además de los Fiscales designados en cada Fiscalía de las Audiencias Provinciales, Ceuta y Melilla, y Fiscalías de Área; la Instrucción nº4/2016, regula la figura de los Fiscales Delegados de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las CCAA, inspirándose su creación en el principio de flexibilidad derivado de las potestades autoorganizativas del Ministerio Fiscal y su actuación debe estar orientada al apoyo a los Fiscales especialistas.

Puede ser designado un Delegado en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, si se estima necesario o conveniente para suministrar apoyo a los Fiscales especialistas, particularmente, atendiendo al “volumen de actuaciones” que se generen en el correspondiente territorio. (Ver Anexo).

6. LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS VULNERABLES, COMO CENTRO DE ACTIVIDAD DE PROTECCIÓN POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL

Como analiza la Circular la Circular 2/2018 de la Fiscalía General “Sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios”, el Fiscal tiene acceso a la vía judicial en la protección de las personas vulnerables, cuando, en atención a sus circunstancias concretas, no sea posible utilizar otros medios que permitan reequilibrar la situación de inferioridad, indefensión o desprotección en que puedan encontrarse. Se engloba pues, en la estrategia general de los poderes públicos que, en este caso, permite proporcionar un mecanismo eficaz (artículo 51.1 CE) de acceso a los ciudadanos en condiciones de igualdad (artículo 9.2 CE) a la tutela judicial (artículo 24 CE). Como se desprende del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre).

Entre otras actuaciones podemos enumerar, las actuaciones de la Fiscalía Provincial de Córdoba, donde ante la denuncia formulada en octubre de 2010 ante la falta de accesibilidad de un polideportivo de la ciudad, inició diligencias prejudiciales que finalizaron con un Decreto de 22 de septiembre de 2012, en el que se consideró que: “Que la investigación realizada ha puesto de manifiesto la existencia en el Centro Deportivo Poniente de deficiencias de accesibilidad que pueden dificultar o incluso impedir la utilización y disfrute de sus instalaciones por parte de las Personas con Discapacidad.

Tales deficiencias son contrarias a la letra y al espíritu de la Legislación vigente en la materia, inspirada en los principios de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal contenidos en la Constitución Española y Convenciones Internacionales y desarrollados en las normas y ordenanzas ya señaladas.

Así, se acordó por el Fiscal remitir el Decreto a las autoridades municipales, (“a efectos de que se subsanen las deficiencias señaladas, en orden a facilitar la accesibilidad, en los términos legalmente previstos, de las Personas con alguna discapacidad, así como establecer o, en su caso, potenciar los mecanismos de control y seguimiento que eviten estas situaciones”), a la Oficina del Defensor del Pueblo Andaluz y a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

En igual sentido la Fiscalía Provincial de Jaén, en escrito de 14 julio de 2015, denunció la falta generalizada de accesibilidad en los medios del transporte interurbano. Por Decreto del Fiscal de fecha 28 de marzo de 2016, dispone:

“1º. Declarar la necesidad de llevar a cabo las medidas necesarias para que el transporte interurbano en la provincia de Jaén sea accesible, interesando de la Delegación Territorial de Fomento y Vivienda de Jaén

que comunique a esta Fiscalía todas las medidas que se vayan poniendo en marcha para garantizar dicha accesibilidad.

2º. Instar a dicha Delegación para que realice una labor pro-activa en la inspección y control de los incumplimientos que puedan existir en la materia.

3º. Que por la misma se tenga en cuenta en su labor las aportaciones de las entidades que representan a las personas con movilidad reducida y que son ciudadanía directa y primariamente afectadas por las medidas a tomar.

4º. Comuníquese esta decisión a la Delegación de la Consejería de Fomento y Vivienda y a los solicitantes con envío de copia de esta resolución, archívese provisionalmente el presente expediente para la adopción de las medidas judiciales que sean pertinentes en el caso de que no se resuelva la situación y ello dé lugar a la conculcación de algún derecho fundamental”.

Finalmente la Fiscalía Provincial de Valencia, ante las denuncias presentadas por la Confederación de Personas con Discapacidad con discapacidad física y orgánica de la Comunidad de Valencia (COCEMFE CV) contra RENFE, y entidades y sociedades que prestan el transporte ferroviario, por presunta discriminación a las personas con discapacidad y movilidad reducida; presentó sendas denuncias en mayo de 2018, basando su acción en la falta de accesibilidad y en el perjuicio provocado en los usuarios y consumidores con discapacidad.

7. EL MINISTERIO FISCAL EN LA DEFENSA Y GARANTÍAS DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES

El progreso de la medicina y la calidad de vida alargan notablemente la esperanza de vida de los ciudadanos, provocando el aumento del sector de las “Personas Mayores”, y el aumento del colectivo de personas con problemas de dependencia, que demanda cuidados permanentes y costosos, difíciles de atender por las familias, lo que supone el aumento de ingresos de las personas mayores en residencias, ante el acceso al trabajo de la mujer, tradicionalmente cuidadora de aquellos, así como por las nuevas tendencias sociales de nuclearización familiar, y movilidad geográfica.

La función tuitiva consustancial con el M. Fiscal español, que posee una honda raigambre en la historia de la institución, le otorga en su labor de protección la facultad de “visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente”. (artículo 4-2º EOMF), que ha sido completada por las Instrucciones de la FGE

6/1987, de 23 de noviembre, sobre ingresos en establecimientos psiquiátricos y la 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que siguen conservando su vigencia de acuerdo con los importantes retos que la sociedad actual demanda.

En este sentido, los ingresos no voluntarios realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia.

En el Referido Manual de Buenas prácticas del Ministerio Fiscal se establecen las siguientes:

1º) De la actividad del Ministerio Fiscal en la defensa y garantías de los derechos de las personas mayores.

El ejercicio de esta obligación de control y visita a los referidos Centros, ha sido precisado y completado por las Instrucciones de la FGE 6/1987, de 23 de noviembre, sobre ingresos en establecimientos psiquiátricos y la 3/1990, de 7 mayo, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad, que si bien siguen conservando toda su vigencia deben ser completadas de acuerdo con los importantes retos que se dan en la actualidad profundizando en los principios establecidos en las mismas. Por ello, el grado de civilización y elemento definidor de un estado social de derecho y de una democracia avanzada, están en la actualidad interrelacionados con la dedicación que la sociedad y las instituciones públicas presten al bienestar de sus ancianos.

a) En los ingresos no voluntarios realizados en residencias de la tercera edad y, a diferencia de lo que ocurre con las psiquiátricas, penitenciarias o de menores, la permanencia en el centro suele ser definitiva, lo que hace que las visitas periódicas que los fiscales deben realizar cobren una importancia de especial trascendencia.

En ningún caso las visitas deben tener un carácter de “ceremonial institucional” sino que debe dotárseles por la vía de una Instrucción de la FGE de contenido que recoja el “qué” y el “como” de las mismas.

En cuanto al “qué” creemos que deben incluirse, debe destacarse los siguientes:

- Cumplimiento por el centro de la normativa de la protección de datos.
- Que el centro dispone de un reglamento de derechos y deberes de los Residentes.
- Organización de las visitas a los residentes y de las comunicaciones de estos con sus familiares y allegados.
- Atención personalizada y respeto a su capacidad de decisión cuando esto es posible.

- Respeto a la intimidad de los internos y al resto de sus derechos fundamentales.
- Atención sanitaria, respetuosa con la autonomía del paciente y en condiciones de igualdad.
- Actividades de ocio.
- Temas de carácter jurídico: discapacidades, autorizaciones de internamiento, información sobre tutelas, etc....
- Temas de carácter económico con el fin de evitar los expolios y controlar a los guardadores de hecho.

En el caso que se constaten actividades de tipo fraudulento o una asistencia precaria o peligrosa para la salud y el bienestar psíquico y físico de los ancianos deberán ejercerse las correspondientes acciones dirigidas a depurar responsabilidades civiles o penales o solucionar el problema.

Para una mejor gestión del control se hace imprescindible el potenciar la relación y coordinación con los servicios sociales de la comunidad respectiva. No entendemos inconveniente el que las visitas se hagan asistidos por estos profesionales. Incluso puede ser operativo y acorde con el espíritu de las obligaciones legales del Fiscal utilizarlos como investigadores de los problemas ya que ellos visitan con frecuencia todas las residencias y conocen los mismos. La utilización de los mismos nos permitirá controlar todos los centros a través de “visitas indirectas” realizadas por los mismos, trasladándonos estos los problemas que detecten, y reservando la intervención de la Fiscalía solo a los casos de mayor trascendencia.

b) En cuanto al “cómo” podemos distinguir dos tipos de visitas: las ordinarias y las extraordinarias. En lo que se refiere a estas últimas que surgen por una denuncia, comunicación o queja llegada a Fiscalía deberán incoarse Diligencias Informativas del artículo 5 último párrafo EOMF, adoptando acuerdo de apertura, con el fin de examinar el hecho denunciado. En el mismo, se practicarán las diligencias que se estimen convenientes incluyendo una visita extraordinaria al centro residencial y entrevistas con residentes y familiares, bien directas bien a través de los funcionarios de la Inspección. Una vez realizadas las mismas se acordará lo que proceda, archivándolas o instando los procedimientos pertinentes.

Las visitas ordinarias deben ser programadas anualmente. Esta programación, aprobada luego por el Fiscal Jefe, debe entrar en la agenda de servicios de la Fiscalía con todo lo que ello supone. Por un lado, la obligatoriedad de los fiscales encargados/ asignados de llevarla a cabo. Por otro, la obligatoriedad de la estructura de la Fiscalía de liberarle esos días previamente determinados de otros servicios para facilitar su cumplimiento. Entendemos que no se trata de visitar todos los centros, sino de hacer una programación siguiendo criterios objetivos (centros más gran-

des, con mayor incidencia de personas con discapacidad, con problemas específicos, etc...) y, según el número de Fiscales del servicio, programar un mínimo de visitas al año por cada fiscales asignados al servicio.

En las visitas ordinarias se deberá poner especial énfasis en aquellos temas que puedan afectar a los derechos y libertades de los ancianos residentes (régimen de visitas y comunicaciones, salidas del centro, alimentación, salud, respeto a la intimidad, entre otros).

De las visitas deberá levantarse acta siguiendo un modelo uniforme con el fin de facilitar su comprensión.

De igual modo, podrán incoarse nuevos expedientes para la comprobación de hechos concretos que se hayan detectado en la visita. Igualmente, entendemos conveniente la comunicación a la dirección del centro de las irregularidades detectadas para su corrección inmediata, así como instar a la Inspección para el seguimiento de dichas irregularidades y correcciones. Igualmente se iniciarán todos los procedimientos judiciales que se consideren necesarios cuando ello sea preciso para la defensa y protección de los derechos de los ancianos.

Resulta conveniente implantar un archivo de seguimiento de centros, en el que se vayan anotando y concentrando en carpetas individualizadas, las incidencias referentes a las actuaciones que se lleven a cabo.

2º) Especial consideración al maltrato de las personas con discapacidad. La CDPD y los malos tratos a las personas con discapacidad. La Administración pública y las situaciones de vulnerabilidad próxima a la discapacidad.

a) La CDPD y los malos tratos a las personas con discapacidad.

Se considera “maltrato”, “todo acto u omisión sufrido por personas de 65 años o más o que se encuentra en una situación de discapacidad, que vulnera la integridad física, psíquica, sexual y económica, el principio de autonomía, o un derecho fundamental del individuo; que es percibido por éste o constatado objetivamente, con independencia de la intencionalidad y del medio donde ocurra (familiar, comunidad e instituciones).”

Los malos tratos a los mayores y a las personas con discapacidad es una de las mayores lacras sociales, olvidada en muchas ocasiones. Por ello, es necesaria una intervención decidida del Ministerio Fiscal, usando no solo los instrumentos penales, sino también los diferentes mecanismos de carácter civil.

Especial atención debe tenerse en el campo residencial donde se dan numerosos casos de maltrato institucional. Aquí podemos incluir muchos aspectos que se derivan de la actuación rutinaria de los poderes públicos en materia de ancianidad y de la falta de mecanismos sociales de protección. Esencial para perseguir este maltrato es el desarrollo de la Fiscalía, de acuerdo con sus posibilidades, de programas de visita a centros y de control del patrimonio del anciano, sobre todo, cuando este está en manos de guardadores de hecho no parientes o de parentesco lejano

b) Igualmente requieren especial atención las personas con discapacidad en los establecimientos penitenciarios ya que, por un lado, la pena no puede ni degradante, ni contraria a la reforma del penado, y por otro, no puede suponer un trato desigual con los demás sujetos del ámbito penitenciario.

El principal problema a contemplar viene motivado fundamentalmente, por la circunstancia de que en las prisiones, no se cuenta con los programas de tratamiento adecuados para tratar la salud mental de estos internos, sin que la intervención de entidades privadas que están desarrollando programas dentro de las prisiones pueda paliar la deficiente situación. Estos programas llegan a un núcleo reducido de internos, quedando el resto sometidos al cumplimiento ordinario con el consiguiente fracaso del tratamiento. Desde las Fiscalías deben buscarse salidas a estos casos para lo que es imprescindible coordinar las secciones de protección de personas con discapacidad y las de vigilancia penitenciaria.

c) Las sujeciones y contenciones mecánicas pueden afectar directamente a derechos fundamentales de las personas con discapacidad, por ello, solo deben contemplarse como medida excepcional, respetar la autonomía y la dignidad de la persona, ser una medida temporal y llevarse a cabo por personal especializado tanto técnica como humanamente. Al menos deben realizarse siguiendo un estricto protocolo de garantías y, al menos en los casos de mayor afectación, la actividad debe ser controlable por la autoridad judicial para la valoración de que los mismos se realizan en interés de la persona con discapacidad y no por otros motivos de tranquilidad del tutor o del centro residencial. Esta necesidad de autorización judicial aumenta en el caso de oposición del tutor o representante del incapaz a la adopción de la medida. La utilización de estos procedimientos de forma incorrecta atentan directamente contra la dignidad, la integridad e incluso, la salud de la persona afectada.

d) Existen en la actualidad realidades nuevas que colocan a la persona en una situación de riesgo como consecuencia de su falta de autogobierno, entendida esta, no solo como falta de capacidad propiamente dicha, sino también como falta de control o inexistencia de medios del afectado para actuar eliminando el posible riesgo que ello comporta.

El derecho no puede dejar de actuar en los casos en que se provoque un riesgo irrazonable para personas que carecen de los mecanismos biopsicosociales que le permitan auto protegerse de estos riesgos por lo que los mecanismos jurídicos dirigidos a proteger a las personas sin autogobierno o con autogobierno limitado pueden utilizarse en estos casos cuando de las circunstancias se deduzca que nos encontramos ante una verdadera falta de autogobierno.

Al tener el Ministerio Fiscal encomendada la protección de las personas carentes de la posibilidad de gobernarse a sí mismos, tiene también encomendada la protección en estos casos que, en principio, pueden no

parecer encuadrados en las situaciones en que el Ministerio Público debe actuar. Ejemplos concretos de ello pueden ser los casos de manipulación mental sectaria, los trastornos alimentarios, las adicciones, determinados trastornos de la personalidad, la capacidad intelectual límite o el síndrome de Diógenes.

e) Debemos partir siempre, que es la persona con discapacidad, la que ha de permanecer el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Pero para ello la sociedad debe dotarse de mecanismos de apoyo en el domicilio que no siempre existen, ni llegan a todos los rincones de nuestro país.

El ingreso en un Centro, sobre todo el no voluntario, debe ser excepcional y solo cuando sea estrictamente necesario; bien, por existir un riesgo grave para el paciente, o si la ausencia del internamiento entraña un deterioro en su estado o le impida recibir el tratamiento adecuado.

En el caso de que el internamiento no sea procedente, debe solicitarse del Juzgado el control de los servicios sociales comunitarios para comprobar que prestan a la persona con discapacidad la atención necesaria en su domicilio, no siendo correcto dejar a la libre voluntad de estos el llevar a cabo dicha actividad asistencial.

8. PERSPECTIVAS DE FUTURO

La reforma legislativa pendiente, en su ámbitos, material y procesal, nos conducen a la especialización de los operadores jurídicos implicados; que desde la perspectiva de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, deben proporcionarle el mejor apoyo posible. Así, como asegurarle los controles necesarios para salvaguardar su futuro, en atención a su evolución; personal, sanitaria y social. De forma que los apoyos otorgados, no sean definitivos; sino revisables.

Para ello deben asegurar, el derecho a la información, audiencia y defensa de sus intereses, al ser la persona con discapacidad, la única protagonista real del proceso.

Como punto de partida para el abordaje de la implementación de la CDPD, y en el trabajo diario de las Fiscalías en los Juzgados competentes para el conocimiento de los procedimientos relativos a las personas con discapacidad, se sugieren las siguientes líneas de actuación, en la mejora y eficacia de nuestros servicios:

– Articulación telemática del acceso del Ministerio Público a los datos fiscales y patrimoniales de las personas con discapacidad. Ello resulta indispensable para la protección real y efectiva de los bienes, sin cuyo conocimiento carece de eficacia, especialmente a la hora de interesar medidas cautelares de carácter urgente. (De la misma forma, para la comprobación de la exactitud de los inventarios presentados por los cu-

radadores y tutores, sería aconsejable el acceso directo a los Registros de la Propiedad y Mercantil internacionales en los supuestos de existir bienes en el extranjero).

– Creación de un vínculo institucional y profesional con la Consejería de Hacienda de la CAM con el fin de colaborar en el seguimiento de patrimonios de especial relevancia. Desde hace años se viene demandando la ayuda técnica a los Fiscales y a los Jueces en los supuestos de patrimonios complejos, sin que se haya creado hasta el momento mecanismo externo de carácter público u oficial de apoyo, lo que mantiene el riesgo de gestiones irregulares por entidades profesionales de carácter privado a los que se contrata para la administración de estos bienes por los tutores, ya sean estos particulares o de naturaleza pública.

– El acceso a la justicia de la persona con discapacidad requiere que el Ministerio Fiscal, cuente con medios adecuados para la adaptación, de sus escritos y actuaciones, a la capacidad de la persona a que se refiera, con la finalidad de que pueda ser entendido adecuadamente por ellos y por su entorno familiar. Principalmente importantes, serán los sistemas de lectura fácil, la formulación del escrito en Braille caso de invidentes, traductores de lenguaje de signos...etc., en función de cada caso concreto.

Las dependencias de las Fiscalías deberán adaptarse a las necesidades de accesibilidad de las personas con discapacidad y mayores con movilidad reducida.

– Para la consecución de estos fines sería deseable que las Fiscalías pudieran contar el asesoramiento profesional de Médicos Forenses adscritos a la misma, los cuales dotarían de mayor eficiencia al trabajo del Fiscal a la hora de concretar cómo afectan los diagnósticos de las personas a las distintas esferas de su vida, necesarias, al tiempo de la interposición de la demanda, valoración de la prueba, o actuaciones de controles periódicos.

– Coordinación con los Servicios de Salud Mental y Centros Residenciales en los que tienen lugar Ingresos Involuntarios.

Especial preocupación merece el Ingreso de los mayores en Centros, siendo lo deseable que legislativamente se diferencie la figura del Ingreso Involuntario por razón de trastorno psiquiátrico (enfermedad mental), de los supuestos del mayor institucionalizado.

– De los Servicios de Mediación Familiar.

En el ámbito de las Diligencias Preprocesales, la Fiscalía toma conocimiento de los casos con una problemática a veces más centrada, en las desavenencias familiares; que con la protección y apoyo a la persona con discapacidad. A semejanza de lo que ocurre en el ámbito del Derecho de Familia, la puesta en marcha de programas de Mediación, beneficiaría tanto a la persona como a su entorno familiar, haciendo muchas veces innecesaria la intervención de la Justicia.

– Defensa judicial de la persona con discapacidad.

En aquellos supuestos en los que en el proceso de Modificación de la capacidad, el demandante es el Fiscal, buena parte de los juzgados tienen por costumbre el nombramiento como defensor judicial de la persona cuyo apoyo legal se pretende; a un familiar, que en la práctica no interviene en defensa legal o procesal del demandado y suele ser la misma persona propuesta como curadora o tutora.

En estos casos, entendemos necesaria la designación de letrado especializado para la defensa de los intereses del demandado, que puede verse respaldada mediante la colaboración con el Consejo General de la Abogacía, con el fin de acceder a los servicios de letrados especializados en discapacidad, ya existentes en muchas Provincias.

9. MODIFICACIÓN DEL SISTEMA ACTUAL SEGÚN EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

El Anteproyecto que aprobó el Gobierno el día 21 de septiembre de 2018, acomete de forma ambiciosa una reforma estructural de la normativa procesal y sustantiva del procedimiento de modificación de la capacidad de las personas que venía siendo reclamada de forma creciente, cumpliendo con un paso más avanzado con las premisas de la CDPD.

Más concretamente, aborda la adaptación de nuestro sistema legal actual a lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Así, el sistema de protección de las personas con discapacidad cambia radicalmente desde el momento en el que se abandona la concepción de la incapacitación como figura que modifica el estado civil y que debía de ser así declarada en sentencia: el nuevo procedimiento judicial se construye sobre la base de apoyos o salvaguardias que tienen como objetivo asegurar el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona.

De esta manera el anteproyecto abandona el sistema actualmente vigente en el que prima la sustitución en la toma de decisiones de la persona con discapacidad como régimen de guarda legal general, y limita este modelo de protección a casos limitados a personas en las que concurren tales circunstancias que obliguen a la utilización de medidas de sustitución o representación legal.

La promoción de la autonomía y la voluntad de las personas en las que concurra alguna discapacidad lleva consigo la promoción de su autogo-

bierno, por ello el sistema de apoyos y de asistencia que idea el anteproyecto debe de alcanzar como objetivo que la persona con discapacidad pueda desenvolverse en condiciones de igualdad en todos los aspectos de la vida con respecto a las demás personas.

En consecuencia, el anteproyecto no sólo regula el procedimiento para la constitución de apoyos por la vía judicial, sino que también impulsa la intervención de la propia persona con discapacidad a través de la constitución de apoyos extrajudiciales, dando preferencia a las medidas preventivas que son las que puede tomar cualquier persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, medidas que han de prevalecer a las que se puedan construir de forma externa una vez constatada la necesidad de apoyo. El vehículo jurídico de tales medidas preventivas son principalmente los poderes y mandatos preventivos, así como la autocratela. Es novedoso que el anteproyecto disponga que la puesta en marcha de estos apoyos extrajudiciales se llevará a cabo también de forma extrajudicial ante el notario.

El Anteproyecto responde jurídicamente a la realidad actual configurando la Guarda de hecho como una institución formal de apoyo a la persona con discapacidad, dejando de ser una figura transitoria o provisional a la espera de la intervención judicial, siempre y cuando se manifieste como suficiente y adecuada para la persona, al revestir los caracteres de apoyo suficiente, y sólo en los supuestos en los que sea preciso, el guardador de hecho habrá de obtener autorización judicial para casos concretos, sin necesidad de entrar en el procedimiento de apoyo judicial general.

La figura principal del Anteproyecto como medida de apoyo judicial es la Curatela, que absorbe el contenido legal de la figura de la Tutela, de modo que sus funciones serán las que defina en cada caso el juzgador adaptando sus intereses y necesidades, y sólo cuando no sea posible contar con la voluntad o preferencias de la persona con discapacidad podrá alcanzar la curatela funciones representativas o de sustitución de determinadas decisiones. De esta forma, sólo un cambio relevante en las circunstancias puede permitir al juez apartarse de la designación como curador de otra persona distinta a la previamente elegida por el interesado.

Para concluir, resulta muy descriptiva la manifestación contenida en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto cuando dice que no se trata de un mero cambio de terminología que abandone términos como “incapacidad” o “incapacitación”, sino de un enfoque nuevo y más justo a la realidad, “SE TRATA, POR TANTO, DE UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS”.

ANEXO: MANUAL DE BUENAS PRÁCTICAS DE LOS SERVICIOS ESPECIALIZADOS DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y APOYOS, EN LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 13 DE DICIEMBRE DE 2006. (SEGÚN LAS CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE FISCALES ESPECIALISTAS EN LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. MARZO DE 2011).

- I. Del acceso del ciudadano a la fiscalía
 1. La Fiscalías y su labor de atención, información y asesoramiento a las personas con discapacidad.
 2. De las diligencias preprocesales. Fundamento, objeto y contenido.
- II. Fase procesal
- III. Fase de vigilancia y control del apoyo determinado
 1. En relación a la persona y su inclusión social.
 2. En relación al patrimonio.
- IV. El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico del artículo 763 de la LEC. y su adecuación a la convención. (Procedimiento de ingreso no voluntario)
- V. Sobre la protección y garantía de los derechos de las personas mayores
 1. De la actividad del ministerio fiscal en la defensa y garantías de los derechos de las personas mayores.
 2. Especial consideración al maltrato de las personas con discapacidad. La Convención y los malos tratos a las personas con discapacidad. La Administración pública y las situaciones de vulnerabilidad próxima a la discapacidad. Síndrome de Diógenes.
- VI. Cuestiones relacionadas con el derecho de acceso a justicia de las personas con discapacidad. Artículo 13 de la convención
- VII. De las buenas prácticas en relación a la accesibilidad de las personas con discapacidad

IV. LA DISCAPACIDAD Y LA NUEVA LEY DEL REGISTRO CIVIL. SU REFLEJO REGISTRAL

Martín Corera Izu

Letrado de la Administración de Justicia
Profesor Master Abogacía UPNA
Especialista en Derecho Registral

1. INTRODUCCIÓN

Nos ofrece, en estos momentos, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), una magnífica oportunidad para, con la previsión de que el próximo 30 de abril de 2021¹, entre en vigor la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil², (en adelante, LRC 2011), podamos ofrecer con ciertas garantías y previsión de realidad, cómo se reflejará la discapacidad en el nuevo Registro Civil. Y es, y resulta, una magnífica oportunidad, como decimos, porque nada de lo que actualmente conocemos como funcionamiento registral tendrá que ver con el nuevo modelo de Registro Civil que se aprobó y publicó en el, ya lejano en el tiempo, 22 de julio de 2011.

Hablamos de realidad y garantías y, la verdad, atendiendo a que en estos momentos, la LRC 2011 se encuentra en su sexta prórroga, en su sexta *vacatio legis*, un caso único en nuestra reciente historia legislativa, creemos que esta vez sí, en esta ocasión, el nuevo modelo registral que propone la LRC 2011 entrará en vigor en abril de 2021. Es cierto que, como veremos, y lo digo con muchísima pena, algunos aspectos de la Ley se han redefinido consecuencia de la dificultada para implantar el modelo de Registro Civil concebido por la LRC 2011.

Y, nos podemos preguntar, ¿por qué en esta ocasión somos tan optimistas? ¿qué diferencia este momento de los anteriores? Pues porque se están dando pasos parlamentarios que nos hacen vislumbrar que, estos cambios organizativos y de funcionamiento en el nuevo Registro Civil,

¹ Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril. BOE núm. 119, de 29 Abril 2020.

² BOE núm. 175, de 22 Julio 2011.

van, ahora sí, con la determinación suficiente para que la nueva norma registral entre en vigor.

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y administrativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia³, en su Disposición final quinta modifica la Disposición final décima de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y refiere que “La presente Ley entrará en vigor el 30 de abril de 2021”.

Lógicamente, cuando en el primer párrafo nos referimos a que estamos ante una magnífica oportunidad para reflejar cómo quedará la regulación de la discapacidad en la nueva Ley registral, es que es así. Sería absurdo hacer referencia al reflejo registral de la discapacidad conforme la vigente Ley del Registro Civil de 1957⁴, (en adelante, LRC 1957), cuando en abril de 2021 estaremos ante un escenario y un panorama registral completamente diferente al actual. Y, adelante, aun redefiniendo el modelo de Registro Civil concebido, para mejor, no. Para muchísimo mejor. Así lo creo y así lo voy a intentar explicar.

1.1. Caracteres y principios de funcionamiento de la LRC 2011

El Registro Civil es una de las funciones básicas del Estado. Su modernización debiera ser una verdadera prioridad para el Gobierno. La inscripción en el Registro Civil es el primer y uno de los principales factores de seguridad jurídica con que contamos los ciudadanos. Es la propia LRC 2011 la que, en su novedosa relación de “Derechos y deberes ante el Registro Civil”, señala como el primer derecho el de “ser inscrito mediante la apertura de un registro individual y la asignación de un código personal”.

Puede parecer un poco exagerada la siguiente afirmación. Empero, no lo es. Uno de los factores que marcan la diferencia entre los países civilizados y los que no lo son, es, precisamente, que en las “naciones civilizadas” se lleva la exacta y precisa contabilidad de sus ciudadanos y de cuantos avatares y circunstancias afectan al estado civil de los mismos. Por eso decimos, alto y claro, sin ambages, que el Registro Civil es una función básica del Estado.

¿Nos podemos imaginar, por un momento, en qué situación de especial vulnerabilidad se llegan a encontrar las personas con discapacidad no inscritas o países donde hay que pagar por registrarse? La pregunta, claro, es retórica. Si una persona con discapacidad, *per se*, ya necesita que desde las instituciones públicas se adopten las imprescindibles medidas

³ BOE núm. 250, de 19 Septiembre 2020.

⁴ Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil. BOE núm. 151, de 10 de junio.

de apoyo y protección, si la misma ni siquiera aparece inscrita, pues la vulnerabilidad de esa persona es extrema e inimaginable. A merced de cualquier depravación. Y, lo sabemos, depravados los hay.

No es éste el lugar y momento para realizar un estudio detallado sobre la LRC 2011, pero sí es necesario aportar alguna de sus características más importantes para que podamos visualizar la transformación que para las personas con discapacidad supondrá el cambio de modelo registral.

Para que nos hagamos una ligera idea de lo que supone esta norma registral, cuando estaba en trámite parlamentario, en el ya lejano mes de mayo de 2011, se dijo que la nueva configuración del Registro Civil “constituye una revolución, un giro copernicano”. Y, créanme, no exageraba.

En primer lugar, hemos de señalar que, si el doble objetivo de cualquier reforma legislativa y el elemento esencial del que la misma debe partir es, por un lado, el servicio a los ciudadanos, y, por otro lado, el servicio a los intereses públicos y generales, resulta incontestable que la nueva norma registral 2011, a mi parecer, los cumple sobradamente.

En segundo lugar, propone y ofrece un modelo registral tan absolutamente necesario como rompedor. Es una Ley magnífica. Su normativa conoce perfectamente la realidad registral de nuestro país. Sabe adaptarse a las nuevas circunstancias políticas, sociales, territoriales y tecnológicas existentes en la sociedad española. La vigente LRC 1957 es una norma caduca, acabada. Siendo de una indudable y magnífica técnica legislativa, está absolutamente superada, pese a sus esfuerzos de adaptación, por los nuevos valores que aporta la Constitución Española (en adelante, CE 1978). La organización del actual Registro Civil no responde ni a realidad del país ni a las necesidades de los ciudadanos.

La LRC 2011, en lo que interesa a las personas con discapacidad y es objeto del presente opúsculo, abandona la vieja preocupación por la constatación territorial de los hechos concernientes a las personas, y lo sustituye por un modelo radicalmente distinto que prioriza el historial de cada individuo. En este sentido, la Ley suprime el tradicional sistema de división del Registro en Secciones –nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales- y crea un registro individual para cada persona.

¿Qué supone la existencia del modelo de territorialidad unido a la existencia de las distintas Secciones en el Registro Civil? Pues implica la dispersión en distintos folios, de diferentes localidades, de los asientos referidos a una misma persona. ¿Es operativa esta dinámica registral? Pues por donde quiera que lo enfoquemos, su inoperatividad resulta evidente. Los datos registrales de una misma persona están dispersos en distintos Registros municipales, manejados por diversas personas y en diferentes ubicaciones. Cada oficina funciona de manera aislada y autónoma. Aquello tan gráfico del ministro Caamaño de: “8.000 islas que, a

pesar de que han dejado de compartir el olvido, todavía comparten la soledad”.

Por tanto, y es necesario destacarlo, de un plumazo imprescindible, sorprendente y, en su día, arriesgado, obtenemos un doble objetivo. Por un lado, superamos el obsoleto criterio de territorialidad que tiene el Registro Civil en España desde la Ley de 1870. Ciento cincuenta años, ya. Es decir, donde ocurre un hecho objeto de inscripción, se practica la misma. Por otro lado, el hecho de que desaparezcan las distintas Secciones registrales hace que optimicemos las posibilidades registrales. Un Registro Civil único para toda España. Una base de datos única. Uniformización de criterios en la tramitación de los expedientes registrales.

¿Resulta o no resulta operativa esta propuesta de nueva dinámica registral? ¿Se consigue o no se consigue el doble objetivo de servir a los ciudadanos y a los intereses generales? Pues es indudable que sí. Pero, claro. La cuestión ahora es, ¿qué propone la LRC 2011? Porque, evidente, acuerda desaparecer un modelo de llevanza registral obsoleto, caduco y no operativo, pero debe ofrecer otra alternativa registral. Es el registro individual para cada persona. Lo vemos.

1.2. Registro individual para cada persona. Desjudicialización

En la normativa registral actual, para que nos podamos hacer una idea de la dispersión existente, si una resolución judicial declara la modificación de la capacidad de una persona, esa resolución se inscribe en la Sección I (de Nacimientos y general), es decir, donde conste la inscripción de nacimiento del declarado incapaz (Artículo 46 LRC 1957). Esta declaración, claro, lleva implícita la constitución de organismo tutelar, pero la inscripción relativa al organismo tutelar se practica en la Sección IV (de Tutelas y Representaciones Legales), y esta inscripción debe realizarse en el Registro del domicilio de la persona sujeta a la tutela en el momento de constituirse ésta (Artículo 89 LRC 1957 en relación al 283 y ss de su Reglamento 1958). Un lío, en cualquier caso.

A su vez, hemos de tener en cuenta que Registros Civiles en España hay tantos como Ayuntamientos constituidos. Exactamente, 8.109 órganos registrales. Y en todos ellos existe la Sección I, la de Nacimientos. En contraposición, la Sección IV, la de las Tutelas, solo existe ahí donde hay un Registro Civil Principal, son las cabeceras de los Partidos Judiciales, y en nuestro país son 432. Esto es, podemos tener la inscripción de nacimiento en un Registro Civil y la constitución del organismo tutelar en otro órgano registral a cientos de kilómetros del anterior. La dispersión es total. La confusión, absoluta. De ahí que la reforma registral en nuestro país es tan necesaria como urgente.

En estos momentos⁵, se intenta consolidar el que haya una Oficina General del Registro Civil⁶ en todas las poblaciones que sean sede de la capital de un partido judicial. Habrá posibilidad, eso sí, de crear Oficinas Generales adicionales, o de agrupar Oficinas Generales para la mejor prestación de un servicio eficiente.

También. Muy importante. Tanto los Juzgados de Paz como los Ayuntamientos, en el nuevo Registro Civil, serán oficinas colaboradoras en materia registral⁷. Recordemos que en nuestro país, que cuenta con 7.690 Juzgados de Paz, hay dieciséis millones de personas que viven en localidades de menos de veinte mil habitantes, que no son cabecera de partido y tienen derecho a seguir utilizando los servicios tradicionales de comparecencia y prestación de documentos *in situ*. Hemos progresado muchísimo, empero, hay que reconocer que el uso de medios informáticos por la ciudadanía en sus relaciones con la Administración no está generalizado. Y hay que contemplar que estas personas que, por razones de edad o inhabilidad tecnológica, además de otros factores, no pueden utilizar estos medios informáticos en sus relaciones con la Administración, les sepamos ofrecer alternativas para continuar como hasta ahora.

Y ahí están, como decimos, tanto los Juzgados de Paz como los Ayuntamientos. Ahora que tanto hablamos de la “España vaciada” es, más que nunca, necesario ofrecer al ciudadano un servicio registral de proximidad.

Debemos tener siempre presente que el objetivo es pasar de un registro de hechos que contempla la LRC 1957, a un registro de personas, el de la LRC 2011. Un Registro Civil de las personas y para las personas. No solo de hechos. Que también. El objetivo registral es que el Registro Civil ofrezca un servicio público de calidad, gratuito y cercano a los ciudadanos. Y se intenta que así sea. La prueba irrefutable ha sido la ejemplar actuación de los Registros Civiles en nuestro país ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19 y la consideración de sus servicios como “esenciales”⁸.

No es la propuesta inicial prevista en el artículo 22.1 LRC 2011, pero se le parece. Se pretendía que en cada Comunidad Autónoma se ubicara al menos una Oficina General del Registro Civil. Además, se agregaba una Oficina más por cada 500.000 habitantes. Lo importante, lo sustan-

⁵ Proposición de Ley por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, N° 122/000079. Presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 7 de septiembre de 2020.

⁶ “Oficina General del Registro Civil”, es la nueva denominación de los Registros Civiles.

⁷ Art. 20.3 y Disposición Adicional 5ª LRC 2011.

⁸ Orden SND/272/2020, de 21 de marzo. BOE núm. 79, de 22 Marzo 2020.

tivo, sigue siendo echar andar la LRC 2011. Sería insoportable una séptima prórroga.

Pero, siguiendo con nuestro opúsculo en relación a las personas con discapacidad. ¿Cómo prevé la LRC 2011 este Registro individual? ¿Cuál es el modelo que instaura la LRC 2011 que resulta tan atractivo e ilusionante? Pues, salvando las lógicas diferencias derivadas de su diferente naturaleza jurídica, adopta el modelo que el Registro de la Propiedad tiene en relación a los bienes inmuebles⁹. Cada finca tiene su folio y cada inscripción o anotación posterior relativas a la misma finca se practican a continuación.

El modelo parece simple y se traslada al Registro Civil. Cada persona, con la inscripción de nacimiento, tendrá su registro individual. ¿Qué constará en este registro individual? Pues todos los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias que le afecten a lo largo de su vida. ¿Cómo constarán? Pues de manera continuada, sucesiva y cronológica. Desde el nacimiento hasta el fallecimiento. ¿Qué conseguimos con este modelo registral? Pues dos consecuencias trascendentes: La primera, suprimimos el criterio de la territorialidad. La segunda, superar la división del Registro Civil en Secciones.

Cuando hemos iniciado este apartado he intentado explicar de la forma más sencilla posible aquello de la Sección I y de la Sección IV. Aquello de la inscripción de nacimiento y de la constitución del organismo tutelar. Aquello de la distancia y la dispersión de datos. El Registro Civil donde está inscrito el nacimiento y el Registro Civil del domicilio del tutelado. Bien. Con este modelo registral que propone la LRC 2011, hemos acabado con todo esto. Afortunadamente. ¿Estamos o no ante una “revolución”? ¿Es correcto y acertado hablar de giro copernicano? Naturalmente.

Así mismo, como curiosidad, desde que se abre el registro individual con el primer asiento que se practique, se le asignará un Código Personal constituido por la secuencia alfanumérica generada por el Registro Civil que será única e invariable en el tiempo¹⁰. Será un número invariable que se atribuye a cada persona y, con la colaboración del Ministerio del Interior en su confección, se asociará de forma inmediata al DNI cuando la persona ostente o adquiera la nacionalidad española.

Por último, apuntamos que, después de someternos durante esta última década a un sainete de intentos privatizadores vergonzosos, se consolida la naturaleza del Registro Civil como un servicio público y gratui-

⁹ Art. 243 LH. Decreto de 8 de febrero de 1946.

¹⁰ Código alfanumérico: diseñado por números (del 0 al 9), letras del alfabeto (a-z y A-Z), signos especiales (+@=#/%, etc...), signos de puntuación (.,;-), y unos caracteres de control (<CP>, <LF>).

to. Ni puede entenderse, ni puede ser de otra manera, ni el servicio registral puede ostentar otra titularidad que no sea la pública.

El último pilar básico sobre el que se asienta el nuevo modelo registral es el de la desjudicialización. Las plazas de Encargados del Registro Civil se proveerán entre funcionarios de carrera del Subgrupo A1 o entre letrados de la Administración de Justicia¹¹. Éstos, a su vez, podrá ser compatible su actividad registral con funciones jurisdiccionales en su oficina judicial. Entiendo, la no dedicación en exclusividad a las tareas registrales por parte de los letrados, como una desnaturalización del espíritu de la LRC 2011, no rompe, creo, el eje fundamental de la misma pero lo cierto es que, al no existir exclusividad no proporciona la especialización, y si ésta no se da, no hay la necesaria seguridad jurídica. Un aspecto lleva al otro.

¿Cuál es el colectivo de profesionales de la Administración del Estado que ostenta la mejor preparación, conocimientos y experiencia en materia registral? Pues, la respuesta es sencilla. Los magistrados y magistradas encargadas de los Registros Civiles de manera exclusiva. Y si, retóricamente, nos volvemos a preguntar que cuál es la razón de ello, la respuesta sigue siendo obvia. Porque se dedican a ello sin ningún tipo de dedicación jurisdiccional o administrativa. Ellas y ellos son, en nuestro país, los verdaderos especialistas: Exclusividad-Especialidad-Seguridad Jurídica. No hay más secretos. Es lo procedente. Y para cualquier jurisdicción.

1.3. Constitución Española y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹²

Para que podamos tener una mejor perspectiva de cómo la LRC 2011 refleja la discapacidad a través de las inscripciones y anotaciones registrales, es necesario que, con carácter previo, veamos el enfoque de los dos textos legales de referencia en materia de discapacidad, la CE 1978 y la CDPD. Ambas normas representan un antes y un después en la regulación e interpretación de la discapacidad.

Entenderemos, creo, muchos aspectos y, sobre todo, la evolución del propio concepto de discapacidad. Veremos cómo, desde la perspectiva de 1978, el enfoque es el de un modelo biosanitario y rehabilitador, en

¹¹ Disposición adicional segunda LRC 2011.

¹² La CDPD, suscrita en NY. Es de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008. BOE núm. 96, de 21 Abril 2008. Forma parte de nuestro ordenamiento interno, Artículo 96 CE.

el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a las personas con discapacidad (el tutor), por otro modelo, el de la CDPD, en donde prima el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Adoptando para ello las correspondientes medidas de apoyo.

Dos modelos. Dos visiones. Dos enfoques. Cada una fruto del momento en que se adoptan. “La discapacidad es un concepto que evoluciona”¹³, dice el Preámbulo de la CDPD.

La CE 1978 es la norma en nuestro país que, a efectos legislativos y, por supuesto, políticos, marca un antes y un después en la percepción de los cambios en la sociedad española. Asume que las personas, iguales en dignidad y derechos, son su única razón de ser. De ahí que contemple a las personas con discapacidad¹⁴ bajo una triple premisa:

- Respeto a la dignidad de la persona.
- Protección y tutela de sus derechos fundamentales.
- Respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad.

Y esto se plasmó hace más de cuarenta años. Bien es cierto que no con la terminología que hoy consideramos adecuada. Cuando el artículo 49 CE 1978 habla “de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”¹⁵, ya sabemos, a la luz de la CDPD, que no es la más ajustada. La terminología del lenguaje, en esta materia, es toda una batalla y debe ser objetivo prioritario.

La CE 1978 contempla este modelo, que denominamos biosanitario/rehabilitador, bajo el prisma de que las personas con discapacidad están centradas en su enfermedad, en su tratamiento y en su rehabilitación. Por tanto, no pueden valerse por sí mismas. En consecuencia, alguien de su entorno, más o menos cercano, es quien le debe sustituir en la toma de sus decisiones. El tutor.

Después, al llegar la CDPD y reconocer capacidad jurídica a las personas con discapacidad, provoca el cambio del modelo vigente rehabilitador al modelo de apoyo y asistencia a la persona con discapacidad. Reconoce así la importancia que para las personas con discapacidad tiene su autonomía e independencia individual. La asistencia necesaria, el apoyo adecuado, para que la persona con discapacidad tome, por sí mismo, sus propias decisiones.

¹³ Apartado e). Preámbulo CDPD.

¹⁴ En nuestro país, se considera que forman este colectivo, aprox., 1.800.000 personas. Es decir, seis de cada cien, están dentro del concepto de persona con discapacidad. Un quantum importantísimo.

¹⁵ Existía la esperanza de que se cambiaría la terminología por la de “personas con discapacidad”. Ver C. de Ministros de 7 Diciembre 2018. Anteproyecto de reforma del art. 49 CE.

La CDPD, al igual que la LRC 2011 con el cambio de modelo registral, supone una auténtica revolución en la protección de las personas con discapacidad. Es la responsable del cambio, a mejor, para las personas con discapacidad. Aleja el concepto de discapacidad de enfermedad.

No son personas menos capaces que, o menos válidas que, o menos preparadas que. Son personas que, con los apoyos y asistencias necesarias, ajustadas a su situación y circunstancias, pueden y deben tomar sus propias decisiones: pueden prestar un consentimiento matrimonial, o sea, contraer matrimonio, pueden otorgar testamento, pueden ejercer su derecho al voto, pueden formar parte de un Jurado, pueden... todo, como todos, y lo veremos.

Pero, para llegar a esta conclusión debemos tener un respaldo jurídico que haga que lo escrito tenga alcance práctico y efectividad. Que no se quede en papel mojado. Ese respaldo fue el “mítico” y “referente” artículo 12 CDPD: “Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”.

El precepto lo que hace es eliminar la distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. Solo queda la capacidad jurídica. De esta interpretación se desprende que todas las personas tienen y disponen de aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismas. Y si la persona con discapacidad cuenta y dispone de los apoyos necesarios y adecuados, no solo será titular de todo tipo de derechos, también, claro, tiene la legitimación para ejercitarlos.

Esta capacidad jurídica a que se refiere la CDPD, en definitiva, abarca tanto la titularidad de derechos, como la legitimación para ejercitarlos.

Ésta y no otra es la razón de que la institución de la tutela, entendida como sustitutiva de la voluntad de la persona con discapacidad, desaparecerá de la vida jurídica consecuencia de que no es una medida de apoyo a la persona con discapacidad como lo son la guarda hecho, la curatela o el defensor judicial¹⁶. No apoya, sustituye. En consecuencia, ya no tiene cabida.

De ahí que resulte tan importante la puesta al día de nuestro Derecho interno en el respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es el casi inabarcable trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York. Pero, hay que persistir.

¹⁶ Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

2. “TEORÍA DEL TRAJE A MEDIDA”. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

Pienso que, tras casi diez años, desde que se aprobó y publicó la LRC 2011, las circunstancias en la sociedad española han avanzado de tal manera en materia de discapacidad que, algunos de los aspectos que regula la misma, han quedado desfasados. Y, sobre todo, han sido la Sala I del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional quienes, tras el reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad por la CDPD, han dictado sentencias que son auténticas puntas de lanza, referentes, de interpretación de la materia.

Este es, sin duda, el gran peligro que asumes cuando, prórroga tras prórroga, estás evitando echar a andar el texto registral. No resultaba fácil, hay que reconocerlo. Al final, dejas el texto original desubicado y casi, casi, rotos algunos de sus ejes fundamentales. No creo que desnaturalizado su espíritu. Desde luego.

La primera de las sentencias a la que me quiero referir y que nos servirá de referente en la regulación de la discapacidad en la LRC 2011, es la del Tribunal Constitucional¹⁷ que declaró, no sin polémica, la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹⁸. Es la Ley que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Menciono lo de la polémica porque tuvo la citada sentencia hasta cuatro votos particulares y, sobre todo, porque nos dejó una perla jurídica del constitucionalismo que constantemente se utiliza por los juristas en el sentido que pueda interesarles. Es la teoría de la “interpretación evolutiva”. Consiste, como su propio nombre refiere, en la lectura evolutiva de la Constitución. Pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla.

Aplicada esta interpretación evolutiva a conceptos como los de “integración” de las personas con discapacidad (Artículo 49 CE), o dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad de las mismas (Artículo 10.1 CE), en relación a la CDPD sobre el reconocimiento de la dignidad o que estas personas ejerzan sus derechos y libertades plenamente y sin discriminación¹⁹, hace que dispongamos de material normativo y jurisprudencial del más alto rango.

La denominada “teoría del traje a medida”, STS 341/2014, Sala I, de 1 de julio de 2014²⁰, ha servido de modelo a tantas y tantas resoluciones

¹⁷ STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012. BOE núm. 286, de 28 Noviembre 2012.

¹⁸ BOE núm. 157, de 2 Julio 2005.

¹⁹ Apartados a) y c) del Preámbulo.

²⁰ Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

posteriores de distintas jurisdicciones y que ha supuesto un cambio de mentalidad sobre la apreciación o perspectiva que de la discapacidad teníamos los operadores jurídicos.

¿Qué aporta esta teoría instaurada por la, para nosotros, referente y adelantada, Sala I TS²¹? Pues contribuir a que esa capacidad jurídica que se reconoce a las personas con discapacidad en la CDPD la puedan ejercer plenamente. Y, ¿cómo se consigue? Pues, primero, conociendo la situación y circunstancias precisas de la persona. En segundo lugar, contrastar si esa persona puede o no actuar por sí misma o necesita ayuda. Por último, en tercer lugar, movilizar las necesarias medidas de asistencia y apoyo para que, esa persona con discapacidad, atendidas sus circunstancias, pueda ejercer plenamente su capacidad jurídica de forma plena. En igualdad de condiciones con las demás. En todos los aspectos de la vida. No es poco todo esto que decimos.

3. CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. LEY DEL JURADO. DERECHO AL VOTO. OTORGAR TESTAMENTO

Lo mismo que hemos visto y contrastado cómo, nuestros más Altos Tribunales, TS y TC, recogen el sentido y orientación establecido por la CDPD, también deseo, someramente, hacer referencia a cuestiones a las que nuestro legislador ha sido sensible hacia estas personas con discapacidad y sabe captar el espíritu y la letra de la CDPD. El legislador también tiene interiorizado este modelo de medidas de apoyo.

Con ello quiero reflejar que, casi seguro, la LRC 2011 llegará un poco tarde en materia de discapacidad y que tanto nuestros Tribunales como nuestros legisladores ya han avanzado mucho más de lo que el texto registral refleja. Habrá que adecuar la LRC 2011 con las teorías vistas del “traje a medida” y de la interpretación evolutiva del TC.

El contenido del título va por orden cronológico de las leyes. Así, la primera es la que modifica el artículo 56 del Código Civil en la tramitación de un expediente matrimonial y la prestación del consentimiento matrimonial de las personas con discapacidad²². Permítanme, al respecto, una pequeña digresión. De las experiencias registrales más gratificantes que este que suscribe ha tenido a lo largo de esta, ya dilatada, carrera profesional es, precisamente, la de autorizar el matrimonio de personas con discapacidad. La emoción, ilusión y calidez que se transmite en la

²¹ Baena Ruiz, Seijas Quintana, Roca Trías, Parra Lucán.

²² Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Disposición final primera.

ceremonia, tanto por los propios contrayentes como por sus familiares y personas allegadas, es única. Una atmósfera inigualable. De verdad.

Un requisito imprescindible para la validez del matrimonio es prestar el consentimiento matrimonial. De hecho, “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial” (Artículo 45 CC). Y quienes quieran contraer matrimonio tienen que acreditar que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa (Artículo 56 CC). Y seguía, “si el contrayente estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas”, se exigía un dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

De entrada, vemos, una persona con discapacidad no lo tenía fácil para casarse. Se modificó el artículo 56 CC en el sentido de que, si alguno de los contrayentes estuviese afectado por “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, se exigirá este dictamen médico de aptitud. Pero, ¿cómo interpretó la DGRN²³ este precepto? Pues lo hizo a la luz de la CPDP y, en concreto, de sus artículos 12 y 23. Y nos dijo que el precepto se debe interpretar solo para supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de “forma evidente e impeditiva”, aún proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento²⁴.

Nos vino a decir, en el caso de contrayentes con discapacidad: Recabe los apoyos humanos, técnicos y materiales precisos y facilite la emisión del consentimiento. Así de claro. Si, pese a los apoyos citados, de modo evidente, le impide prestar el consentimiento, solo en este caso, se recabará dictamen médico.

Si esa es la voluntad de las personas con discapacidad, el propósito será siempre favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad eliminando restricciones y proporcionando apoyos. Resulta ya muy difícil no autorizar un matrimonio de una persona con discapacidad porque ésta no pueda prestar el consentimiento matrimonial.

Interpretado el precepto así por parte de la DGRN, el legislador volvió a modificar el artículo 56 CC²⁵, con el fin de mejorar su redacción y conseguir la plena adecuación a la Convención de 2008, en los mismos términos fijados por el Centro Directivo dejando, en consecuencia, muy clara la línea o criterio a seguir. Por lo menos, el que este opúsculo firma, lo tiene claro.

²³ Dirección General de los Registros y del Notariado. Actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (“DGSJyFP”).

²⁴ Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016, de la DGRN, sobre la interpretación y aplicación del Art. 56 CC, relativo a la forma de celebración del matrimonio.

²⁵ Ley 4/2017, de 28 de junio. Artículo único. BOE núm. 154 de 29 Junio 2017.

Siguiendo el íter cronológico y sucesivo, la siguiente modificación legislativa fue la de la Ley del Jurado²⁶. Por increíble que ahora lo veamos, la redacción de la L.O. 5/1995 señalaba, entre los requisitos para ser jurado, el de la “ausencia de impedimento físico, psíquico o sensorial”.

La L.O. 1/2017 lo que hace es modificar esta redacción pero en clave de discriminación positiva y dice, de manera expresa que “las personas con discapacidad no podrán ser excluidas por esta circunstancia de la función de jurado”, y, además, como hemos visto en la prestación del consentimiento matrimonial, con los apoyos precisos y los ajustes razonables que proporcione la propia Administración de Justicia para que, así, puedan desempeñar este cometido con entera normalidad.

Por último, siguiendo el íter marcado, tenemos “la modificación del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad” (sic)²⁷. Todas las reformas que señalamos son importantes. Es cierto. Pero si hay alguna de la que hay que estar especialmente orgullosos de que haya llegado es, precisamente, ésta. El que a las personas con discapacidad se les garantice el derecho de sufragio es todo un logro. Una recompensa al trabajo de tantos colectivos durante tantos años²⁸.

Es un dato de la Junta Electoral Central (acrónimo, “JEC”): en nuestro país, más de 100.000 personas con discapacidad no podían ejercer su derecho al voto. ¿Cuál era la causa que se lo impedía? Pues la Ley Electoral de 1985. En su artículo 3.1-b) decía que carecen de derecho de sufragio “Los declarados incapaces en virtud de sentencia”. Y, todos lo sabemos, las sentencias declarando la incapacidad llevaban siempre el “añadido” de la privación del derecho de sufragio. Era una coletilla que estaba en el manual. En el propio modelo de la parte dispositiva. Salía sola. ¿La consecuencia? Pues que la privación de este derecho se había convertido en la regla y no en la excepción. Y, así, hasta 100.000 personas estaban privadas, indebidamente, de su derecho a ejercer el voto.

“Muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad”. Así se describió esta coyuntura por Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH²⁹).

Nuevamente, la CDPD sirvió de fundamento (Artículos 12, cómo no, y 29 del Tratado) para hacer la modificación. A continuación ha sido la

²⁶ L.O. 1/2017, de 13 de diciembre, del Tribunal del Jurado (BOE núm. 303, de 14 Diciembre 2017). Modifica la L.O. 5/1995.

²⁷ L.O 2/2018, de 5 de diciembre (BOE núm. 294, de 6 Diciembre 2018), que modifica la L.O. 5/1985, de 19 de junio.

²⁸ CERMI: Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

²⁹ STEDH de 6 de octubre de 2005. Asunto Hirst c. UK.

JEC³⁰ quien se ha encargado de disipar cualquier duda a las Mesas Electorales en orden a que se debe admitir el voto de cualquier persona con aparente discapacidad. Estas personas se podrán valer de alguien que les acompañe o de medios materiales para trasladar los sobres electorales a los miembros de la Mesa Electoral. En ningún caso se podrá impedir que dicho voto sea introducido en la urna. En definitiva, medidas de apoyo y asistencia *ad hoc*.

Más complicado, contraste, está la cuestión en el otorgamiento de testamento por parte de estas personas que tienen judicialmente limitada su capacidad. La regulación existente³¹, considero, está superada por la CDPD que, en su propio Preámbulo³² contempla la importancia que para las personas con discapacidad tiene el “tomar sus propias decisiones”.

La regulación actual del CC³³ en ningún momento aprecia la posibilidad de medidas de apoyo o de asistencia o de los, denominados, ajustes razonables. Es más, sigue con aquello de los “facultativos”, “cabal juicio”, “momentos de lucidez”, etcétera. Casuística que nos retrotrae a ese modelo rehabilitador/biosanitario de una persona limitada, enferma. El modelo CE 1978. Modelo, como sabemos, totalmente superado ya por la CDPD.

Tampoco reformas posteriores en regímenes de Derecho Foral³⁴, que hace un seguidismo absoluto del artículo 665 CC, sin siquiera hacer mención a la CDPD, o que cuentan con un Derecho Privado propio³⁵, avanzan en la línea que hemos visto en los supuestos anteriores. El Código Civil de Cataluña (acrónimo, “CCC”), sí que elimina restricciones en materia testamentaria de las personas con discapacidad sensorial. Y también, en el propio Preámbulo de esta Ley 6/2019, habla de la CDPD, pero se queda ahí. En las personas con discapacidad sensorial: problemas visuales, auditivos o verbales.

Bueno, nos queda siempre la esperanza de nuestros Tribunales, y, más en concreto, de la Sala I del TS³⁶. Otorgamiento de dos testamentos notariales por una mujer con discapacidad intelectual. Muy interesante.

³⁰ Instrucciones JEC 5/2019, de 11 de marzo y 7/2019, de 18 de marzo.

³¹ Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos. BOE núm. 306, de 23 Diciembre 1991.

³² Apartado n) del Preámbulo.

³³ Artículo 665.

³⁴ Ley 184 de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, Fuero Nuevo de Navarra.

³⁵ Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial.

³⁶ Sala Primera del Supremo, de lo Civil, S 146/2018, de 15 Mar. 2018 (Rec. 2093/2015).

Aquí si que ha llegado aquello visto de la interpretación evolutiva y la teoría del “traje a medida”.

Y, lo hemos visto, decisiones como prestar un consentimiento matrimonial, ejercer el derecho al voto o formar parte de un Jurado, no considero que sean menos trascendentes que una disposición testamentaria. Habrá quien diga y piense lo contrario, por supuesto.

4. LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD EN LA LRC 2011. REFLEJO REGISTRAL. PUBLICIDAD REGISTRAL

Deberemos plantear y enfocar esta cuestión, entiendo, a la vista de los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias que, registralmente, pueden afectar a una persona con discapacidad.

La LRC 2011, desde el mismo Preámbulo³⁷, ya refiere de forma expresa que la Ley incorpora la CDPD porque forma parte de nuestro ordenamiento interno³⁸. En consecuencia, tenemos ya muchísimo adelantado. Ocurre, como hemos dicho, que la Ley es del 2011 y en estos, casi, diez años transcurridos desde su publicación, como hemos visto, tanto el legislador como nuestros Tribunales han dado unos pasos evolutivos en el reconocimiento de la dignidad de las personas con discapacidad que la LRC 2011 aún no podía considerar. Los intuía, es cierto, pero no pudo concretar más.

Lo primero que hace es establecer, en el novedoso “Derechos y Deberes ante el Registro Civil”³⁹, el derecho de las personas con discapacidad a promover la inscripción de los hechos y actos dirigidos a promover la protección de los mismos⁴⁰. Decimos novedoso porque, por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico se configura un catálogo de derechos y obligaciones en el ámbito del Registro Civil.

Después, en cuanto a los hechos y actos que se refieren al estado civil de las personas con discapacidad, establece las siguientes (Artículo 4):

- La modificación judicial de la capacidad de la persona.
- La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones.
- Constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.
- La autotutela y los apoderamientos preventivos.

³⁷ Apartado I, párrafo in fine, EM LRC 2011.

³⁸ Artículo 96 CE.

³⁹ Capítulo Segundo, Título I.

⁴⁰ Artículo 11, i) LRC 2011.

Todas estas circunstancias que recoge la LRC 2011 son las mismas que, bien a través del Código Civil⁴¹, bien a través de reformas de la LRC 1957 en su artículo 46 bis y ter⁴², con la extensión por duplicado de las inscripciones marginales de la Sección I, sobre modificaciones judiciales de capacidad, así como de la Sección IV sobre tutores y documentos notariales de autotutela y constitución de patrimonio protegido, contempla la actual normativa.

No quiero extenderme, por innecesario, en intentar explicar cómo está, en estos momentos, el reflejo registral en la LRC 1957 de las cuestiones que afectan a las personas con discapacidad. Hablar de *totum revolutum* y de revoltijo viene a ser lo mismo. Mezcla Secciones (la I, la IV). Mezcla distintos Registros Civiles ubicados en lugares diferentes. Mezcla clases de asientos (Inscripciones, Indicaciones registrales, Notas de referencia). Mezcla textos legales. Mezcla instituciones que deben remitir información (Notarios, Órganos Jurisdiccionales, Ministerio Fiscal). Mezcla..., casi todo. Un lío.

En fin. No crean que exagero. Por eso, ante la perspectiva real de que entre en vigor la LRC 2011, resulta mucho más operativo concentrar nuestras energías en intentar explicar el nuevo modelo registral para las personas con discapacidad. Más operativo e infinitamente más sencillo. Creo. Lo vemos.

Partimos de la referencia ya explicada⁴³ de que a cada nacido se le abrirá un registro individual y le será asignado un código personal. A su vez, abierto este registro individual con la inscripción de nacimiento, todos los hechos y actos que afecten al estado civil, identidad y demás circunstancias de la persona con discapacidad, se inscribirán o anotarán, en dicho registro de forma continuada, de forma sucesiva y de forma cronológica. En consecuencia, ya no habrá dispersión de datos. Ni Secciones. Ni asientos. Ni la locura y confusión actual. Algo habremos ganado.

El objetivo máximo de todo Registro público es intentar conseguir la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extrarregistral. Esta concordancia es un principio básico de la ordenación registral: procurar que lo inscrito refleje de forma precisa la realidad. Y, ¿cómo la LRC 2011 consigue la presunción de exactitud? Pues por dos medios:

- Obligando al Letrado del Juzgado a que remita a la Oficina del Registro Civil testimonio de la resolución que modifica judicial-

⁴¹ Patrimonio protegido de las personas con discapacidad. Autotutela (Art. 223 CC), y el apoderamiento preventivo (Art. 1732 CC). Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE núm. 277, de 19 Noviembre 2003).

⁴² Ley 1/2009, de 25 de marzo (BOE núm. 73, de 26 Marzo 2009).

⁴³ Apartado I.2 del presente trabajo.

mente la capacidad para que se inscriba en el registro individual del afectado.

- Obligando al Notario a que remita a la Oficina del Registro Civil los documentos públicos que se hayan otorgado en la Notaría para que se inscriban en el registro individual de la persona afectada⁴⁴.

En consecuencia, y bajo esas premisas imperativas de remisión y práctica de inscripción, todos cuantos hechos y actos afecten a la persona con discapacidad, quedarán inscritos de manera continuada, sucesiva y cronológica, en su registro individual. Perfecto.

4.1. Asientos registrales que afectan a las personas con discapacidad. Modificación judicial de la capacidad. Patrimonio protegido. Autotutela. Apoderamiento preventivo

Lo primero que es necesario aclarar es que con la LRC 2011, además de eliminar las Secciones del Rº Civil, las clases de asientos quedan reducidas a tres: las inscripciones, las anotaciones y las cancelaciones. Quedan suprimidas, en consecuencia, las indicaciones registrales, que es como se refleja en la actualidad la autotutela, y las notas de referencia, que pretendía hacer de la inscripción de nacimiento un cierto registro particular de la persona inscrita. No lo conseguía, claro.

El segundo aspecto que hay que decir es que todos los hechos y actos que afectan al estado civil de las personas con discapacidad sólo se practicarán a través de las inscripciones.

¿Qué supone una inscripción en el Registro Civil? Pues que constituyen prueba plena de los hechos y actos inscritos en el Registro Civil. De ahí lo de la presunción de exactitud. Las anotaciones registrales en ningún caso tienen el valor probatorio que proporciona la inscripción. Valor meramente informativo. Y ya digo, todas las cuestiones de discapacidad se practican por medio de inscripción, no de anotación. Esto lo señala el texto registral 2011 una y otra vez.

El reflejo de la modificación judicial de capacidad se inscribirá en el registro individual del afectado por medio del testimonio de la resolución judicial que remitirá el Letrado del Órgano Jurisdiccional a la Oficina del Registro Civil (Artículo 72 LRC).

El mismo proceder se realizará con las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador y las medidas de judiciales de guarda o administración y sobre vigilancia y control de los cargos tutelares.

Lógicamente, en tanto en cuanto dichas resoluciones judiciales no se hayan inscrito, no serán oponibles frente a terceros.

⁴⁴ Artículos 34 y 35 LRC 2011.

Tan sencillo y claro como lo acabo de exponer. Todo aquel lío de si la modificación judicial de capacidad va al margen del asiento de nacimiento, Sección I; los organismos tutelares irán en la Sección IV del Registro Civil Principal del domicilio de la persona sujeta a tutela. Todo esta dispersión de datos que constituye un auténtico galimatías registral, de un plumazo, pasará, esperemos, a mejor vida.

Del mismo modo, se inscribirá en el registro individual de la persona con discapacidad el documento público constitutivo de un patrimonio protegido⁴⁵ y el nombre del administrador que se designe para dicho patrimonio.

¿Cómo accederá esta escritura pública de constitución del patrimonio protegido al registro individual de la persona con discapacidad? Pues, creo, en este sentido, que no se diferenciará mucho de la regulación actual. Lo dirá el Reglamento que desarrolle la LRC 2011. El propio Notario remitirá de oficio con el testimonio de la escritura de constitución del patrimonio protegido a la Oficina del Registro Civil. A su vez, como esta inscripción se extiende por duplicado, el propio sistema informático registral genera de manera automática la remisión de uno de los ejemplares al Registro Civil Central para su extensión en el “Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos”. Que así se denomina⁴⁶.

El patrimonio protegido es una figura de verdadera relevancia jurídica para las personas con discapacidad ya que, con su constitución y la aportación de los correspondientes bienes y derechos, se contribuye a cubrir las necesidades vitales de las personas con discapacidad.

Una pregunta nos podemos/debemos hacer al respecto de esta figura: Resulta incuestionable los beneficios que el patrimonio protegido reporta al colectivo⁴⁷, entonces, ¿por qué resulta que casi no se utiliza siendo que repercute en el bienestar de estas personas? Es un dato objetivo incuestionable⁴⁸. ¿Falta publicidad? ¿Los incentivos fiscales no resultan suficientemente atractivos como para constituir estos patrimonios tan beneficiosos para estas personas? ¿No ofrece fiabilidad? ¿Es un problema de información en las Notarías? No lo sé. Empero, resulta necesario su análisis.

⁴⁵ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (BOE núm. 277, de 19 Nov. 2003). Modificada por Ley 1/2009, de 25 de marzo.

⁴⁶ Disposición transitoria única Ley 1/2009, de 25 de marzo.

⁴⁷ Pensemos, también, en lesiones cerebrales, lesiones medulares por accidentes de tráfico, enfermedades degenerativas, Alzheimer, etcétera.

⁴⁸ Web Fiscalía General del Estado. La Fiscalía recibe comunicación de todas las constituciones de patrimonios protegidos que se realicen.

Por último, son inscribibles en el registro individual del interesado el documento público de constitución, tanto de la autotutela como del apoderamiento preventivo⁴⁹. Y, al contrario de lo dicho en la constitución de patrimonios protegidos, estas dos figuras sí que son ampliamente utilizadas. ¡Qué digo! Son muy utilizadas⁵⁰. La verdad, resultan de lo más operativas y prácticas. Sobre todo, el apoderamiento preventivo

En la autotutela, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, adopta cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de su propio tutor⁵¹. Después, como para el nombramiento de tutor se prefiere, en primer lugar, al designado por el propio tutelado, pues es muy probable que el Juez designe al preferido por esa persona. También puede ser que haya elegido como tutor al menos indicado para el cargo. En ese caso, claro, el Juez podrá alterar ese orden que fija el artículo 234 CC.

Es muy importante señalar que la autotutela solo se puede hacer cuando tenemos la total capacidad para entender y comprender nuestros actos. Si, por la razón que fuera, hemos perdido la capacidad de obrar, también habremos perdido la posibilidad de acudir a la autotutela. El CC dice, “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente”. Volveré sobre ello.

La autotutela se ejerce con el otorgamiento de un documento público notarial. Después, el propio Notario, de oficio, lo comunica al Registro Civil de nacimiento del interesado para su indicación registral. Esto dice el CC. Como hemos dicho, con la LRC 2011, se practicará una inscripción registral, no una indicación, y se realizará en el registro individual del interesado al desaparecer lo de inscripción de nacimiento.

La última de las figuras que contempla la LRC 2011 en relación a las personas con discapacidad es, probablemente, la de mayor éxito y difusión está teniendo en nuestra sociedad. El apoderamiento preventivo⁵².

Es también una figura de autoprotección complementaria de la que hemos visto de la autotutela. En este caso, una persona, el poderdante, otorga a otra, el apoderado, la facultad de actuar en su nombre aún en el supuesto de que el otorgante fuese incapacitado. Es decir, la incapacitación no acaba el mandato.

Las ventajas y beneficios que ofrece esta figura son incuestionables. De ahí, sin duda, su éxito. En esta sociedad nuestra donde la longevidad forma parte de la misma, para los casos de demencias asociadas al envejecimiento, o enfermedades degenerativas, esta figura del apoderamiento

⁴⁹ Artículo 77 LRC 2011.

⁵⁰ Ver estadísticas en el Consejo General del Notariado (www.notariado.org).

⁵¹ Artículo 223 CC, modificado por Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

⁵² Artículo 1732 CC, también modificado por la Ley 41/2003.

preventivo resulta idónea de autoprotección, y sin necesidad de tramitar la modificación de capacidad. Bueno, creo también adecuada para una persona joven, posibilidad de accidentes, o una persona de mediana edad o matrimonios y parejas que avanzan en su proyecto vital, también resulta adecuada.

Lógicamente, la confianza, lealtad y compromiso que el poderdante debe tener en su apoderado debe ser total y absoluta. Si no...

Como en la autotutela, el Notario lo comunica de oficio al Registro Civil de nacimiento del poderdante para que se inscriba al margen del mismo. Ahora, con la LRC 2011, la comunicación se hará a la Oficina del Registro Civil para su inscripción en el registro individual del poderdante.

Deseo hacer una última reflexión sobre toda esta materia. Hemos visto que las leyes que regulan esta materia son de 2003 y de 2009. En esta última⁵³, habla de adaptarse a las previsiones de la CDPD. En estas normas se utiliza constantemente aquello de, cualquier persona con la “capacidad de obrar suficiente”. También la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁴, cuando modifica la Ley 41/2003, sigue hablando de, “cuando el beneficiario tenga la capacidad de obrar suficiente”.

Sigo con la reflexión. Enlazamos con aquello de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Que ya no existe distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*. Que el artículo 12 CDPD reconoce una única capacidad jurídica inherente a toda persona. No he visto por ningún lado lo de las medidas de apoyo y asistencia que estas personas puedan necesitar para tomar sus propias decisiones, y entre éstas incluyo todo lo de autotutela, patrimonio protegido o apoderamiento preventivo.

Figura clave en este proceso es el Notario. ¿Dejamos todo en sus manos a la hora de la interpretación de la “capacidad de obrar suficiente”? ¿Qué ocurre si una persona con discapacidad desea realizar un apoderamiento preventivo? ¿Y si quiere constituir un patrimonio protegido? ¿Entrarán en liza las medidas de apoyo y asistencia que, en su caso, pueda necesitar la persona con discapacidad? Ahí dejo el debate. Pero, recuerdo. Pueden prestar un consentimiento matrimonial, ejercer su derecho al voto, formar parte de un Jurado, otorgar un testamento. ¿Pueden designar tutor?

4.2. Publicidad registral

Quiero terminar el presente opúsculo haciendo referencia a intentar explicar si una persona interesada, un tercero, puede o no acceder, a

⁵³ Disposición final primera, Ley 1/2009, de 25 de marzo.

⁵⁴ Disposición final décima, Ley 15/2015, de 2 de julio.

través de las certificaciones registrales, a los asientos donde se reflejen estas figuras sobre la discapacidad que hemos descrito. Una cuestión, considero, muy sensible y delicada. Y en la que hay que tener especial cuidado.

Normalmente en las inscripciones de estos asientos se refleja el nº de escritura, el Notario, y la fecha del documento público. Pero, claro, si añades, a los efectos del artículo 223 o 1732 CC, o que se constituye un patrimonio protegido, no digamos nada si declara la incapacidad por sentencia de fecha tal del Juzgado correspondiente, pues con esa información registral estamos diciendo muchísimas cosas de la persona afectada. Verdaderamente, en los asientos registrales aparece todo lo que afecta a la intimidad personal y familiar de las personas.

En la actual legislación registral LRC 1957 se dice que el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos. A su vez, el interés en conocer los asientos se presume en quien solicita la certificación⁵⁵. Presunción legal, vemos.

Por tanto, en principio, se puede solicitar información de casi todo. Hay supuestos, los denominados de publicidad restringida, donde se exige autorización especial justificando interés legítimo y razón fundada para pedirla⁵⁶: filiación adoptiva o desconocida, rectificación del sexo, legajo de abortos y cambios de apellidos por violencia de género.

La regulación de la publicidad en la LRC 2011 está más lograda, por segura, entiendo, que en la legislación actual. Ésta, en algunos órganos registrales, parece un campo abierto sin control alguno.

La LRC 2011 también establece lo de que el Registro Civil es público y que los ciudadanos tienen libre acceso a los datos pero, y aquí está la diferencia, “que figuren en su registro individual”. Si una persona distinta del inscrito solicita esa información podrá obtenerla, si, pero deberá constar su identidad y existir un interés legítimo⁵⁷. Más o menos, salvando las enormes diferencias, como el control de acceso a una historia clínica. Por lo menos, habrá un control y no parecerá la información registral una jungla.

Después, claro, tenemos los supuestos ya mencionados de publicidad restringida⁵⁸, que son los mismos que hemos visto en la legislación actual, y a los que sólo pueden acceder el inscrito o sus representantes legales.

En todas las situaciones que hemos descrito que afectan a las personas con discapacidad, nada se dice de las mismas que sean publicidad res-

⁵⁵ Artículo 6 LRC 1957 y 17 de su Reglamento 1958. Presunción legal: Art. 385 LEC.

⁵⁶ Artículos 21 y 22 RRC 1958.

⁵⁷ Artículo 8 LRC 2011.

⁵⁸ Artículos 83 y 84 LRC 2011.

tringida. Ahora bien, se deberá controlar y contrastar ese “interés legítimo” quien dice tener para solicitar una información de una persona cuya capacidad haya sido judicialmente modificada, por ejemplo.

Además, para un mayor filtro y que no se produzca un descontrol en la información registral que se solicita, se dice que habrá “datos especialmente protegidos” a los cuales se accederá en los términos que reglamentariamente se establezcan⁵⁹. Esto es, o así lo creo, la información registral relativa a las personas con discapacidad, en las figuras que hemos visto, estará especialmente protegida. Espero sea así.

De igual modo, es necesario contemplar la información registral desde la perspectiva de que su contenido afecta a la esfera de la intimidad de la persona. Aunque el Registro Civil está excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Protección de Datos Personales⁶⁰, lo relevante es que los datos protegidos sólo pertenecen a su titular y a él corresponde autorizar que sean facilitados a terceros.

⁵⁹ Art. 84-2º LRC 2011.

⁶⁰ L.O. 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales (BOE núm. 294, de 06 Dic. 2018). Adapta el ordenamiento jurídico español al Reglamento (UE) 2016/679 DEL Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

V. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO NOTARIAL

Federico Cabello de Alba Jurado

Notario. Director del Área social de la fundación Aequitas (CGN)

Almudena Castro-Girona Martínez

Notario. Directora de la fundación Aequitas (CGN)

1. INTRODUCCIÓN

Tratamos de abordar a través de la presente publicación una actualización de la ya lejana guía de buenas prácticas publicada en el año 2011 por el foro “justicia y discapacidad” sobre “el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia”.

Podríamos llegar de manera escueta a la conclusión de que, por lo que se refiere al derecho privado, la adaptación de nuestra legislación al pleno reconocimiento de la capacidad de las personas con discapacidad ha quedado, de momento, en una pretensión frustrada. Las normas relacionadas con la plena efectividad del reconocimiento que hace el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), dada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, continúan inalteradas. Ahora bien, tenemos la obligación de no caer en el desánimo. El ambiente jurídico de nuestro país va siendo más receptivo que en el momento de la publicación de la “guía”, y eso se ha puesto de manifiesto no sólo en la práctica jurídica, sino en el anteproyecto de reforma del Código Civil y de la legislación procesal. Mejorable como toda norma, pero que por fin parece enfilarse hacia la reforma que venimos demandando desde hace tanto tiempo.

En cuanto al quehacer notarial, podríamos hacer una reflexión parecida, por lo que creemos más constructivo no reiterar lo que ya recogió aquella ya lejana publicación. Centrarnos en lo que se avecina, que, sin cambiar la esencia de nuestra actuación, sitúa a la actuación notarial en el centro del nuevo enfoque jurídico de la discapacidad.

2. Naturaleza de la actuación notarial

Según el artículo 1 del Reglamento Notarial vigente, «los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos». Y añade que, «Como profesionales del Derecho, tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar». Además, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 147 del mismo texto reglamentario, «el Notario deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico la voluntad común de los otorgantes».

El notario español es de raíz latino-germánica, el que existe en todos los países de nuestro más próximo entorno, de nuestra misma civilización y cultura y de organización democrática moderna.

En este sistema el notario es, ante todo, un elemento de seguridad jurídica preventiva, que actuando como un profesional del Derecho, asesora, aconseja e informa a los particulares en el ámbito de sus relaciones jurídicas privadas, configura y da forma documental a los actos o contratos que regulan esas relaciones, convirtiéndolos en auténticos gracias a la fe pública que ostenta por delegación del Estado y dotándolos de una especial fuerza probatoria, en juicio y fuera de él, y un valor ejecutivo. El notario es configurado pues, como un profesional del Derecho dotado de fe pública y de autoridad, un instrumento de seguridad en las relaciones jurídicas entre los ciudadanos.

Partiendo de una consideración amplia del asesoramiento que corresponde al notario en el ejercicio de su función, comprende la información a las partes (*ex* artículos. 147 y 194), consejo (*ex* artículo 1), asistencia (*ex* artículo 147 párrafo 3.º) y asesoramiento, en sentido estricto (*ex* artículo 1). El artículo 147 del Reglamento Notarial (RN) es clarificador cuando dispone que *"El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado...Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios."*

Desde el primer contacto entre el notario y el ciudadano que reclama su ministerio hasta la lectura «explicativa» que acabamos de ver y subsecuente firma del instrumento público, hay una sucesión de pasos que el notario debe recorrer personalmente en ejecución de su misión asesora-

ra. En este “*iter notarial*”, es él solo, en la intimidad de su despacho, quien debe recibir, aconsejar y ayudar a conformar la voluntad de la persona y quien la traslada al documento, proceso en que cada fedatario aplica su formación y personal criterio, pero también sus propias consideraciones deontológicas o morales.

3. NOTARIADO Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

A la vista de lo anterior, la actuación notarial se configura como vehículo de la autonomía de las personas, con discapacidad o no, en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es en sede notarial donde las personas delimitan, con las garantías que supone ese asesoramiento, con la seguridad jurídica que deriva del control de legalidad y con la eficacia que el ordenamiento anuda al instrumento público, su estatus jurídico en el sentido más amplio. Y es precisamente como instrumento y vehículo de esa autonomía de la voluntad, a través de la cual, la función notarial es garante de la dignidad de la persona. No hemos de perder de vista que la autonomía de la voluntad se configura en nuestro ordenamiento, dentro del ámbito del derecho civil, como línea vertebral del sistema jurídico, una de las garantías de los sistemas democráticos actuales y un valor que al mismo tiempo es manifestación y exigencia de la libertad y la dignidad humana.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), dada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 no podría ser ajena a esta reflexión y hace referencia reiterada a dicha autonomía y autorregulación de intereses como uno de los derechos que en la misma se reconocen respecto de las personas con discapacidad. Así resulta de varios de sus preceptos fundamentales:

En su artículo 3, que delimita los principios generales de la CDPD se reconoce como tal “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”. El artículo 12, tras establecer que “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”, dispone que “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”. Finalmente, el mismo artículo 12 dispone que “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”.

A la vista de todo ello, la autonomía de la voluntad, como manifestación de la libertad de la persona, debe predicarse en régimen de igualdad de todos los ciudadanos y con independencia de que concurra o no la discapacidad, aunque sin perjuicio de que haya de ser asistida, apoyada o, en la terminología de la constitución española, amparada.

No obstante, como la generalidad de los principios jurídicos, la consagración de la autonomía de la voluntad como tal no excluye que deba conciliarse con otros valores reconocidos en el ordenamiento. Así sucede con carácter general cuando en el ámbito, por ejemplo, de la libertad de contratación (artículo 1.255 CC), la libertad de pacto consagrada en cuanto al régimen económico matrimonial (artículo 1.328 CC) o la defensa de consumidores y usuarios se plantean límites a esa autorregulación, generalmente vinculados a las exigencias de la libertad y seguridad jurídica de los intervinientes, del tráfico y de los terceros que contratan con ellos. Con arreglo a ello, tampoco la autonomía o autorregulación de sus propios intereses que se nos exige reconocer a las personas con discapacidad es un derecho absoluto y, al igual que con relación a las demás personas, debe conciliarse con la seguridad y libre formación de la voluntad que les es debida. No es de extrañar que, aunque por fortuna cada vez es menos frecuente, los principales obstáculos que tenemos que superar en muchos ámbitos jurídicos a la aplicación plena de la CDPD, es la falta de seguridad que supondría reconocer sin más cortapisas plena capacidad a las personas con discapacidad al intervenir en el tráfico jurídico. Nuestra intención es demostrar la posible y necesaria coexistencia entre la libertad y autorregulación de sus intereses por las personas con discapacidad, con la seguridad jurídica que, como a cualquier persona, les es debida. Y destacar la función que al notariado toca asumir en este campo.

Pues bien, tal y como hemos visto, la CDPD, tras reconocer en su artículo 3 el necesario respeto a “la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones”, impone a los estados a través del artículo 12 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”. Claramente aparece consagrado que la libertad, autonomía de la voluntad y autorregulación de los intereses no impide el establecimiento de salvaguardias que impidan los abusos, pero que en ningún caso pueden ser obstáculo al respeto de la voluntad y las preferencias de la persona. Ese es el camino y el horizonte para conciliar la libertad y la seguridad debida a las personas con discapacidad.

Todo ello nos obliga a no olvidar que las cautelas, salvaguardias y apoyos que se establezcan en beneficio de las personas con discapacidad, únicos límites admisibles a su autonomía de voluntad, sólo serán admisibles cuando tiendan y faciliten la averiguación, con suficientes garantías, de cuál es su verdadera voluntad, que esté exenta de vicios en su formación y formulación, de influencias indebidas y, en definitiva, libre de abusos. Exactamente y en los mismos términos que se predicán para las personas sin discapacidad.

4. EL NOTARIO COMO SALVAGUARDA Y APOYO

Llegados a este punto cabe preguntarse qué relación guarda la actuación notarial con el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y las correlativas salvaguardias y apoyos a la capacidad de obrar de las personas con discapacidad consagrada en el artículo doce de la CDPD.

En nuestro sistema jurídico es a través de la actuación notarial el modo en que el ciudadano hace efectiva y posibilita el ejercicio de su capacidad jurídica a través del ejercicio de su autonomía, de su capacidad de autorregular sus propios intereses. El notario es autoridad y profesional del derecho ante el que se perfeccionan, con arreglo a derecho, todo tipo de negocios jurídicos, ya sean de contenido meramente patrimonial, personal, familiar, sucesorio, configurándose como la vía a través de la cual dicho negocio jurídico se perfecciona y despliega sus efectos.

Además, como vimos con anterioridad, la actuación notarial no se limita a recoger declaraciones de voluntad. Es función primordial del notario la labor de asesoramiento, con obligación de, como expresamente dispone el Reglamento Notarial “aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar”. Además, como principal valedor de la seguridad jurídica y de los que intervienen en el tráfico jurídico extrajudicial, está obligado a prestar, sin mengua de su imparcialidad, como también establece el propio Reglamento Notarial, “asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

Desde el primer momento en que el notario interactúa con el ciudadano, se abre una fase en la que se confunden la exposición de las pretensiones del requirente o compareciente y el asesoramiento que presta el notario, que, como hemos visto, ha de indagar e interpretar su voluntad. Supone una necesaria comunicación con el notario en su función de ilustrar a las partes sobre las consecuencias jurídicas de su actuación, los efectos y alcance de las manifestaciones que van a incorporar al instrumento redactado por el notario y que, en definitiva, van a hacer suyas.

De modo que en este ámbito han de proporcionarse aquellos ajustes razonables, apoyos y salvaguardias que sean necesarios para que se de esa comunicación, para que las personas con discapacidad puedan acce-

der a los servicios notariales en condiciones de igualdad a la de cualquier persona y por esa vía configurar su estatus patrimonial, social y familiar.

Pensemos por ejemplo, en las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, implica que puedan, libremente, hacer uso de las lenguas de signos y de los medios de apoyo a la comunicación oral en el campo propio de la actuación notarial señalando las conclusiones del “grupo de expertos Justicia y derechos Humanos” promovido por la Fundación Æquitas que los poderes públicos han de promover la prestación de servicios de intérpretes en lenguas de signos españolas en los mismos términos reconocidos por el artículo 143 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también, en el ámbito notarial.

Y en el caso de la discapacidad psíquica o psicosocial, igualmente se han de articular los mecanismos o vehículos jurídicos adecuados para que se dé esa comunicación, gozando además de la intervención de una autoridad pública, el notario, que velará por informar la voluntad de las partes y evitar los abusos e influencias indebidas, es decir, se ha de articular ese traje a medida que permita el ejercicio de los derechos por la persona con discapacidad, de modo que, puedan acceder al servicio público en condiciones de igualdad sin sufrir el estigma de que se les niegue la actuación por razón de una enfermedad psíquica o psicosocial, sino, atendiendo a la capacidad para cada caso concreto, a la existencia de aptitud de querer y de formación de la voluntad suficiente para el acto que desean realizar.

La culminación de todo este proceso 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 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, sino 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 conciliar altas cotas de seguridad jurídica con el respeto a la libertad, autonomía y autorregulación de los intereses de la persona con discapacidad que pretende celebrar un acto de trascendencia jurídica.

Evidentemente, nuestro derecho ha sido ajeno históricamente a este esquema de actuación, tanto en el ámbito estrictamente notarial como en el jurídico en general. El notario, como no puede ser de otro modo, ha de adecuar su actuación a las disposiciones legales y, sobre todo en aquellas ocasiones en que la persona había sido previamente incapacitada, a res-

petar necesariamente un sistema de sustitución en la toma de decisiones que es el que aún sigue vigente en nuestro ordenamiento. Con arreglo a dicho sistema tradicional, derivado del derecho romano, a la persona con discapacidad se le sustrae de cualquier protagonismo en ese “iter notarial” de toma de decisiones, de emisión de su voluntad, de recibir asesoramiento, de formalización del negocio y, en general, del apoyo y asistencia que todo ciudadano recibe del notario.

No obstante haberse protagonizado un enorme esfuerzo en superar ese régimen a través de instituciones que nos han venido sirviendo para superar esos principios, todo indica que, con mayor o menor acierto, de manera más o menos mejorable, dicho sistema va tocando a su fin. Pretendemos ahora analizar, conforme a esa nueva perspectiva, el amplio horizonte que a través de la actuación notarial se abre a la persona con discapacidad estudiando, con las restricciones de espacio que esta obra nos ofrece, la novedosa visión del juicio de capacidad notarial y el nuevo esquema que nos plantea el anteproyecto de reforma del Código Civil y la legislación procesal. Esperemos que estos cambios permitan al Notariado, en palabras de la relatora de Naciones Unidas para la CDPD *“evaluar la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica.....que los notarios entiendan el reconocimiento de la capacidad jurídica universal y el paradigma de apoyo introducido por la Convención, para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica.”*

5. JUICIO DE “CAPACIDAD” A LA VISTA DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El tradicionalmente denominado juicio de capacidad es una de las funciones de mayor trascendencia que el notario realiza en aras de conferir seguridad jurídica al negocio que se formaliza a través del instrumento público, manifestación, además, del control de legalidad que compete al notario. Se reconoce como tal exigencia en el artículo 156. 8º del Reglamento Notarial cuando dispone:

“La comparecencia de toda escritura expresará: (...)

8º La afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tiene la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación (...)”

Comprende la capacidad natural o aptitud de la persona como también aquellas restricciones a su capacidad que derivan del propio ordenamiento o de una resolución judicial, y se caracteriza por (1) ser una competen-

cia exclusiva del notario, que la ejerce bajo su responsabilidad (2) ser requisito de todo instrumento público, ya sea escritura pública, así como de las pólizas, (3) alcanza a indagar si los comparecientes, en el concepto en que intervienen, comprenden la trascendencia de su actuación y quieren los efectos derivados de ella, (4) supone la verificación, en la medida de lo posible, de la ausencia de vicios del consentimiento y (5) se refiere a la aptitud necesaria para entender y querer el acto concreto de que se trate, no a la capacidad general o en abstracto.

Su extraordinaria trascendencia deriva de que en base a ese juicio notarial, previo y necesario para el otorgamiento se crea una “especial relevancia de certidumbre” que supone una “presunción *iuris tantum*”, vinculante “*erga omnes*” y que obliga a pasar por ese juicio en tanto no sea revisado judicialmente. Si es negativo, aboca necesariamente a la persona a recurrir a alguna de las instituciones que establece nuestro ordenamiento, basado, como venimos viendo, en principios claramente contrarios a los que derivan de la CDPD.

También viene a ser recogido por el artículo 167 del Reglamento Notarial:

“El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones de derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto en que intervienen, tiene capacidad civil suficiente para el acto o contrato de que se trate”.

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta que el consentimiento formado regularmente, ausente de vicios y debidamente informado de los comparecientes, es uno de los presupuestos de la validez del negocio, queda clara la importancia de la actuación notarial al apreciar y confirmar su capacidad.

Dicha responsabilidad se predica de todos los actos y negocios jurídicos en que intervenga cualquier persona, con independencia de que haya mediado o no un procedimiento judicial que de algún modo haya dado lugar a una restricción a la capacidad de obrar de la persona afectada. Por tanto, si bien el notario quedaría vinculado por esa hipotética resolución judicial, la misma responsabilidad y alcance tiene su actuación aun cuando dicha resolución judicial no haya recaído, pues como vimos, el notario aprecia la capacidad en cualquier caso. Como consecuencia, otro de los elementos a tener en cuenta y que hace pivotar sobre la actuación notarial la seguridad jurídica, es que esta sirve para detectar en el tráfico numerosos supuestos en los que personas que a pesar de merecer una especial protección carecen de ella. Situaciones que sólo gracias a esa intervención salen a la luz y quedan de manifiesto.

El notario, además, como autoridad en el ejercicio de esa función, queda legitimado para apreciar la capacidad de los otorgantes y, si es

necesario, a través de su actuación, acudir y arbitrar medios de asistencia y apoyo para asegurar el regular ejercicio de su capacidad por parte de las personas con discapacidad.

Para el desarrollo de esa función 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. La capacidad del interesado en el negocio o actuación de que se trate ha de ser evaluada por el notario con relación al caso concreto y el alcance de la declaración de voluntad. Para entendernos, dicha apreciación no se sustenta sobre consideraciones genéricas y más o menos abstractas, sino con relación al caso concreto, lo que facilita y exige huir de apreciaciones groseras de la capacidad de la persona, demanda una atención personalizada que, por desgracia, es ajena en muchas otras instancias jurídicas.

Además, una ventaja añadida es que el notario es el único profesional, que en el ejercicio de su función y en el ámbito extrajudicial, tiene ante sí a la persona que participa en el negocio o acto jurídico de que se trate, de modo que goza de la posibilidad de examinar por sí mismo a la persona, interaccionar directamente con el y de un modo inmediato poder formar un juicio inmediato de su capacidad.

No podemos olvidar, por otro lado, que en nuestro ordenamiento el negocio jurídico se perfecciona y, en su caso, produce los efectos traslativos desde el momento de la prestación del consentimiento. Por tanto, ese momento, ese *iter negocial*, es el apropiado para apreciar la capacidad de la persona de que se trate. Si nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva debe tender a evitar que la persona afectada de modificación de su capacidad o que requiera un determinado apoyo o asistencia, pueda celebrar, contra lo dispuesto en una resolución judicial o por carecer de la capacidad natural exigible cualquier negocio jurídico sin contar con los medios de apoyo necesarios, es la actuación notarial la que puede evitarlo. Otorgada la escritura pública, el ordenamiento jurídico le anuda unas presunciones de validez, legalidad, efectos probatorios y ejecutivos que sólo quedarían sin efecto en virtud de la correspondiente resolución judicial firme, después de un procedimiento que, precisamente, es el que se trata de evitar para impedir la judicialización y litigiosidad de las relaciones sociales y jurídicas.

Finalmente, la función notarial recae sobre actos de toda índole, ya sean de carácter patrimonial, familiar o personal, relativos a bienes muebles o inmuebles, de carácter mercantil, bancario o crediticio, de alcance real o meramente obligacional, por lo que la seguridad jurídica y la pro-

tección de las personas con necesidades especiales quedaría garantizada con alcance prácticamente universal.

6. ¿QUÉ HA DE CAMBIAR A LA VISTA DE LA CDPD EN CUANTO A LA ACTUACIÓN NOTARIAL?

6.1. Nomenclatura

Una primera cuestión a plantearse es si podemos o no seguir planteando nuestra función con arreglo a esa denominación clásica de “juicio de capacidad”. Con arreglo al artículo 12 de la CDPD nos ha de quedar claro que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. Dicha capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho.

Si hemos de abolir toda forma de discriminación en el reconocimiento y ejercicio de la capacidad y de todas las personas se predica en igualdad de condiciones, no creo que debamos seguir utilizando una terminología que implícitamente hace lo contrario y es la que encontramos de manera reiterada en la legislación. Menciones como la de “capacidad legal o civil necesaria” o “capacidad civil suficiente” deberían ser superadas. Queda claro que si hablamos de una capacidad jurídica plena con carácter universal, no podemos seguir hablando de “juicio de capacidad”.

Podría plantearse, por ejemplo, una solución análoga a la que se plasmó en el artículo 182.1 del RN, que, a propuesta de la Fundación Aquitas y en cuanto a la capacidad para ser testigos sustituyó la referencia a “personas con discapacidad psíquica, los invidentes, los sordos y los mudos” por la de “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”. Terminología similar fue la empleada en la redacción dada en el CC en cuanto a la capacidad para ser testigo en el artículo 681 “No podrán ser testigos en los testamentos: Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical”. Aunque pueden plantearse numerosas opciones igualmente válidas, a nuestro entender podríamos hablar de “juicio de aptitud” o “juicio de discernimiento” sin contrariar la letra o el espíritu de la CDPD.

6.2. Modificaciones sustantivas o de fondo

El notario, al llevar a cabo y concretar esa función que hemos venido a denominar el juicio de capacidad, actúa, como no podía ser de otro modo, con sujeción a las leyes. Es más, esa función deriva con claridad

del control de legalidad que es competencia notarial. Queda explícito en el artículo 167 del RN “El notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas (...)”. Esa referencia al “derecho sustantivo” debe entenderse referida no sólo a las disposiciones legales, sino también a las restricciones resultantes de una resolución judicial e incluso a las que puedan derivar de las propias disposiciones de la persona en el marco y con la amplitud que el ordenamiento permita.

Bien es verdad que el ordenamiento no entra en muchas ocasiones a concretar qué debe entenderse por capacidad suficiente, aptitud o discernimiento en los términos que proponemos, y eso da amplitud a la actuación notarial. Pero hay ocasiones en la que sí lo hace, y aun con arreglo a un esquema clásico no demasiado afortunado. En otras ocasiones, vincula una serie de limitaciones al mero hecho de la presencia de una declaración judicial de modificación de la capacidad. Estas disposiciones suponen claramente una restricción a esa función de asistencia y apoyo de la actuación notarial de la que venimos hablando. Por ejemplo, en el Código Civil español (CC), sin ánimo de ser exhaustivos, en cuanto a la capacidad para contratar, el artículo 1.263 CC dispone que “no pueden prestar consentimiento: 2.º Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”, el artículo 665 que “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad” o el artículo 267 “El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación” y que consagra un principio claro de sustitución en la toma de decisiones.

A la vista de estos preceptos, y como ya han señalado varios informes del comité de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU (el último de abril de 2019), es necesario derogar “todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la toma de decisiones” e “introducir mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad”.

Cabe añadir a ello que la regulación sustantiva en los términos clásicos que sigue recogiendo, impide un ejercicio de la función notarial adecuado a las exigencias derivadas de la CDPD, hay veces en que la regulación sustantiva no deja recurso a ello. O el recurso queda limitado a una interpretación más o menos “forzada o arriesgada” de las normas. Mientras nos encontremos con esta realidad habrá inseguridad en cuanto la respuesta de los operadores jurídicos ante una misma realidad, que podría ser muy diversa dependiendo de la actitud de la autoridad que aplica el

derecho. Y esa inseguridad es clara y radicalmente contraria a la idea de justicia.

6.3. Cambio de actitud en el ejercicio de la función notarial

Con arreglo a nuestros derechos sustantivos, que, como venimos viendo limitan la capacidad de las personas con discapacidad en aras de una pretendida “protección”, la función notarial se ha asentado sobre un fundamento y unas bases que no se concilian bien con la doctrina de la CDPD.

Hasta ahora, la función notarial en el ejercicio de este juicio de capacidad se ha vertebrado en la comprobación de que en el caso se cumplían todos los requisitos establecidos por el ordenamiento para “sustituir” a la persona con discapacidad que había sido previamente incapacitada. A partir de ahora, el propio fundamento de la actuación notarial debe ser claramente distinto. Lo que a partir de ahora deberá comprobar el notario es si la persona compareciente tiene una clara percepción de lo que está haciendo, de las consecuencias jurídicas de su actuación y de que, cuando sea necesario, se han empleado los medios de apoyo y asistencia que en cada caso se necesitaran para ello.

Parecen maneras diferentes de decir lo mismo, pero la diferencia es sustancial. Con arreglo al sistema tradicional el notario hace una serie de comprobaciones formales conforme a un esquema predeterminado. En adelante, el notario carecerá normalmente de ese esquema rígido. De lo que debe tener certidumbre no es del cumplimiento de unos requisitos formales concretos (nombramiento y comparecencia del representante legal, autorizaciones judiciales exigibles, expresión de las correspondientes cautelas en el instrumento...), sino de que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello. Y de todo lo anterior, lógicamente, dejar constancia en el instrumento.

Nos encaminamos a una solución diversa que nos demanda una actuación distinta que ya se va abriendo camino en los ordenamientos de nuestro entorno. La suprema corte de Justicia de la Nación mejicana (amparo en revisión 702/2018, No136/2019) llega a concluir que “los notarios públicos, en los actos jurídicos que se celebren ante su fe, deben permitir a las personas con discapacidades que dificulten la manifestación de su voluntad, contar con apoyos y salvaguardias para el pleno ejercicio de su capacidad jurídica, ya sea los que hayan sido previamente designados por una autoridad judicial, los que la persona presente por sí misma ante el notario, o bien, permitir que estos se designen con su asesoría y auxilio, asentando en la escritura pública respectiva quienes o cuales

fueron los apoyos y su intervención en el acto; y sólo en caso excepcional, cuando no se logre conocer la voluntad de la persona con discapacidad respecto del acto, el notario público podrá negar la autorización de este bajo su fe, y reconducir a la persona a la autoridad judicial competente para que se establezca el sistema de apoyos o salvaguardias correspondientes”.

Otras legislaciones, como la peruana, reconocen que toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad, incluidas todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Insiste en reconocer de manera expresa esa función notarial a los efectos de servir de asistencia, apoyo y salvaguardia de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad en los ámbitos más diversos. Modifica el Código Civil de modo que “las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente”. Si no pueden manifestar su voluntad dichos apoyos serán designados judicialmente. En pocas ocasiones podemos encontrar un reconocimiento tan claro y preciso de esta nueva visión que confiere al notario la responsabilidad de facilitar a las personas con discapacidad la manifestación de su voluntad, contando al mismo tiempo con los apoyos y salvaguardias que ella misma, la autoridad judicial o el notario hayan proporcionado.

6.4. ¿Cuestión patológica?

Otro aspecto de nuestra actuación que necesariamente ha de cambiar es que debemos apartarnos de una concepción patológica o médica en la percepción de la aptitud de las personas. Lo “determinante” en el juicio notarial no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica. A los efectos de valorar la percepción que la persona con discapacidad tiene del acto o negocio de que se trate, no es determinante que su patología se llame “trastorno límite de personalidad”, “esquizofrenia”, “parkinson”, “oligofrenia” o “síndrome de down”. Porque el juicio lo hace un notario, no un médico. No hay inconveniente en que el notario pueda servirse del parecer y dictamen de facultativos cuando albergue dudas sobre la aptitud de la persona, pero se trata de valorar, como se hace en cualquier otro supuesto, si la persona con discapacidad percibe la trascendencia jurídica de su actuación, comprende sus consecuencias y son queridas por ella.

Hemos de acabar con los juicios “previos”, que empiezan y acaban con la comprobación de que una persona padece una enfermedad mental o

una patología determinada. Por desgracia, es enormemente frecuente en personas con síndrome de down. Como sus rasgos externos ponen de manifiesto su situación, ni siquiera se entra en más consideraciones y se les niega directamente la capacidad. El que una persona padezca esquizofrenia no debe ser obstáculo para que pueda concluir un determinado negocio jurídico, un testamento, una compraventa, si percibe claramente la naturaleza del acto y su trascendencia. Aun cuando sea indudable que en otros aspectos de la vida lo necesite. Siempre ha sido función del notario y se ha asumido con naturalidad que, en desarrollo de su función de asesoramiento, ha de adaptarse a las condiciones culturales y de conocimiento de la persona que comparece ante él a celebrar un negocio jurídico de cualquier naturaleza. No es lo mismo hacer saber y comprender a un trabajador del sector de la banca que a un agricultor el alcance y consecuencias de celebrar un préstamo hipotecario, ni explicar a aquél o a éste la naturaleza de una finca rústica. Esa adaptación, como apoyo y asistencia, salvaguardia de los intereses de la persona con discapacidad es lo que se nos exige ahora.

6.5. Juicio ceñido al caso concreto

Esto nos lleva a otra reflexión. El juicio notarial de capacidad no se refiere a una capacidad o percepción abstracta y perfecta sobre cualquier aspecto de la vida. Eso no lo hacemos ni con las personas en que no concurre una discapacidad. Si una persona comparece a otorgar testamento, deberemos asegurarnos de que percibe las consecuencias de esa actuación concreta de otorgar testamento, si acude a otorgar capitulaciones matrimoniales, debe percibir las consecuencias y efectos del régimen económico matrimonial, si acude a aceptar una herencia, un préstamo hipotecario, a aceptar una donación...

Hay personas que, por ejemplo, pueden necesitar un apoyo para administrar un negocio, para manejar y entender determinados productos bancarios, tengan o no tengan discapacidad. En España es relativamente frecuente en la actualidad que numerosos productos bancarios o de inversión que a la postre han resultado dañosos para el consumidor hayan sido anulados por defectos en la percepción que del mismo tenía la persona, por defectos de la información o contener cláusulas oscuras. Eso no impide que puedan haber realizado con toda normalidad otros actos de trascendencia jurídica, y estoy hablando de personas que no adolecen de ninguna discapacidad. ¿Por qué no puede predicarse ese mismo esquema de las personas con discapacidad?

En definitiva, la actuación notarial en este tema debe ceñirse al acto concreto de que se trate y, en su caso, de los apoyos que esa persona en concreto necesite para concluirlos.

6.6. Con la persona con discapacidad

Es evidente que para el desarrollo de esta función, ha de darse una intercomunicación con la personas con discapacidad. Es necesario empatizar con ella. En ocasiones hemos escuchado quejas del tratamiento a las personas con discapacidad cuando comparecen ante un operador jurídico o ante la administración de justicia. El funcionario o autoridad competente ni siquiera las ha recibido personalmente. Se les ha negado la posibilidad de realizar un determinado acto o contrato a la vista de una resolución judicial o dictamen médico sin haberlas siquiera escuchado.

Una exigencia mínima es recibir las personalmente, escucharlas y comprobar de primera mano su percepción de las cosas. Y, para librarlas de influencias indebidas, recibir las a solas e intercomunicar con ellas. Para mí, aunque en ocasiones es verdad que estas personas necesitan la proximidad de un ser cercano para hacerse entender y comprender, el mero empeño de no dejarlas solas en compañía del notario, provoca una sospecha de pretender una injerencia indebida en su voluntad. Es la persona con discapacidad la que debe expresar, de manera perfecta o no, su voluntad, la que debe ser escuchada y saberse valorada. Y todo ello sin perjuicio de que haya que escuchar también a su entorno más cercano, familiar o asistencial, que sin duda aportarán información de interés sobre las verdaderas inquietudes, aptitudes y preferencias de la persona con discapacidad.

Por mucho que el ordenamiento imponga una representación o sustitución, se debe, en la medida posible, contar con ellas no sólo en las fases preparatorias, sino en el propio otorgamiento. Para estas personas, normalmente apartadas de cualquier decisión que les atañe, supone un esfuerzo extraordinario el que se las escuche e incluso el mero acto de firmar una escritura aun cuando en principio no fuera ni necesario.

Como antes mencionamos, en el ámbito extrajudicial, sólo en sede notarial gozan estas personas y el funcionario o autoridad, de la posibilidad de interactuar de una manera presencial y directa, y esa posibilidad no puede ser desaprovechada si queremos ser eficaces instrumentos de aplicación de los postulados de la CDPD.

6.7. En cada actuación notarial...

Hemos destacado que el juicio de capacidad se predica de cualquier actuación notarial, que debe ceñirse al caso concreto y no se predica de la aptitud con carácter abstracto o general, sino para cada momento o situación.

Una exigencia de ello sería el que, con la extensión vista, la actuación notarial deba predicarse de cada actuación de la persona con discapaci-

dad. Del mismo modo que si una persona comparece en ocasiones distintas a presencia del notario en cada una de ellas se requiere que el notario adquiera la certidumbre de que la persona capta la naturaleza del acto, sus consecuencias y efectos, lo mismo debe predicarse, aun con más razón, cuando esa persona adolece de una discapacidad.

Por mucho que tenga familiaridad con la situación de la persona, el estado de ánimo, la evolución de una enfermedad, la influencia que pueden tener las demás personas comparecientes, la dispar materia y alcance de cada negocio jurídico, exigen que nuestra actuación no sea rutinaria y se predique con el mismo alcance en cada ocasión en que la persona con discapacidad comparezca.

6.8. Reforzamiento de la fe pública notarial

Ahora bien, el asumir estos principios puede suponer a la vista del estado actual, la asunción de un riesgo claro de que la litigiosidad se traslade al enjuiciamiento y cuestionamiento constante de la actuación notarial que en muchas ocasiones no es asumible.

Uno de los principales problemas que encontramos en la aplicación práctica de los principios inspiradores de la CDPD es precisamente ése, el miedo a que la actuación notarial a favor del reconocimiento de esos mismos principios derive en una litigiosidad no deseada y en el constante cuestionamiento de nuestra intervención.

Eso no sólo provocaría, si no está provocando ya, un miedo atroz a asumir el papel que nos corresponde, sino también, y es aún peor, una clara inseguridad del tráfico. Solucionar este problema pasa necesariamente por reforzar la actuación notarial, el que el notario no se encuentre solo frente a demandas temerarias y reiteradas cuyo único objeto es el de dilatar los procedimientos judiciales o tratar de conseguir ventajas procesales.

Esto es especialmente relevante en materias como la testamentaria, donde no es infrecuente encontrarse con demandas que cuestionan el juicio de capacidad notarial, o demandas de falsedad en procedimientos de ejecución que únicamente persiguen dilatar el procedimiento.

El reforzar la actuación notarial pasa, a mi entender, por incorporar reformas legislativas que refuercen el juicio de capacidad. En materia testamentaria debería reconocerse una presunción reforzada derivada de la actuación notarial más allá de la mera presunción *iuris tantum* que deriva de nuestro CC en general sin necesidad de la intervención del notario. Es verdad que hay juicios notariales de capacidad que son revistos y corregidos por fallos judiciales, pero también sucede respecto de fallos judiciales sin que a nadie se le ocurra tachar de falsedad o demandar al juzgador de primera instancia.

6.9. ¿Qué debe entenderse por apoyo?

Una de las críticas que en algunos ámbitos jurídicos se dirigen a la CDPD es que no se delimita qué debe entenderse por apoyo, no se da un concepto claro ni una enumeración, ni siquiera un ejemplo claro.

A mi entender esa crítica pone de manifiesto una carencia en la percepción del fin y objeto mismo de la CDPD. La CDPD tiene una vocación universal, tanto desde el punto de vista geográfico como humano. Está llamada a ser de aplicación en Afganistán, Francia, Colombia, Noruega o Italia, países con una realidad social y jurídica de lo más dispar. Desde un punto de vista humano, desde la persona con inteligencia límite al enfermo terminal de alzheimer. Y desde otro punto de vista, está llamada a garantizar tanto el acceso a una sala de cine como a un procedimiento judicial con todas las garantías.

Es imposible establecer una enumeración siquiera ejemplificadora de qué debe entenderse como apoyo. A pesar de ello, el artículo 12, párrafo 3, es contundente al reconocer el derecho de las personas con discapacidad a recibir apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a recibir el apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. Además, con arreglo a su párrafo 4, el sistema de apoyos debe contar con las salvaguardias apropiadas para garantizar el respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

En el ámbito de la actuación notarial cabe referirse a numerosos de esos apoyos, tanto desde un punto de vista funcional, como el recurso a apoyos lingüísticos (lengua de signos, braille, tablets y dispositivos informáticos) como material, (consentimientos asistidos, asentimientos realizados por otras personas...). No procede que nos extendamos aquí en ese tema, pero lo que si nos interesa señalar es la configuración de la propia actuación notarial como una forma de apoyo, asistencia y protección frente a influencias indebidas.

Hemos visto como la actuación notarial requiere un asesoramiento, una información cualificada al otorgante o parte en el negocio, como el notario debe asegurarse de la adecuación a la legalidad y de que se respete no sólo la ley sino los derechos de la persona. Todas esas funciones vienen siendo el propio fundamento de la intervención notarial desde tiempos inmemoriales, desde que el notario es notario.

Y el notario ha estado obligado desde siempre a desarrollar esa función adaptándose al caso concreto que requiere su actuación, al margen de que la persona sea más o menos cultivada, más o menos culta, tenga mayor o menor cualificación en relación con la materia de que se trate, personas que nunca han tenido las mismas necesidades. Y el notario ha desempeñado siempre una función de asistencia, ha sido siempre un instrumento de apoyo. Más o menos intenso según las necesidades de la persona.

En el ámbito de la discapacidad no se nos pide algo distinto a eso, a lo que siempre hemos hecho, servir de apoyo y asistencia. Documentos como el informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad (Informe de la relatora especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU. 37º periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda, punto 77), han tenido el acierto de ser consciente de esa realidad, y debemos aprovecharlo para tomar un impulso en el ejercicio de nuestra función.

No obstante, nos encontramos con un problema fundamental, estamos sujetos a la ley, y la ley, por regla general aun presenta grandes carencias en la asunción de estos principios. Como después veremos, algunos de ellos vienen a superarse en virtud del anteproyecto de reforma del CC y la legislación procesal en esta materia, aunque habrá que seguir atentos para evitar desviaciones o una interpretación sesgada de sus normas.

Podemos hacer por cambiar la ley, por fomentar una demanda social que genere ese cambio, pero no podemos conformarnos con eso. El notario no hace la ley, pero sí que crea derecho, sin infringir la ley debemos dar soluciones a los problemas que se nos plantean, con imaginación, audacia e iniciativa. Pensando en el ordenamiento español, fruto del quehacer en los despachos notariales han sido instituciones como la propiedad horizontal, la multipropiedad, las sociedades de responsabilidad limitada, la regulación de los efectos de la convivencia entre personas no casadas. No ha sido necesario esperar a que la ley diera el paso de regular estas instituciones para que la práctica notarial abordara esas cuestiones que demandaba la sociedad.

Una posición que se abre paso en la doctrina y la práctica notarial es reflejar en un documento previo o en el mismo instrumento público cómo el notario ha llegado a la certeza de que el compareciente tiene “aptitud” suficiente para celebrar el acto o contrato de que se trate. Las diferentes entrevistas que haya podido tener, los documentos periciales a que ha podido tener acceso, manifestaciones de familiares o guardadores de hecho. Esa formalidad, ya sea como exigencia legal o como manifestación de “buena práctica” podría reforzar por sí misma nuestra actuación.

Se debe asumir el reto que nos plantea la discapacidad con ese mismo ánimo y compromiso. Por la sencilla razón de que desde el Notariado ni nos resulta una materia extraña, ni es muy distinto de lo que siempre hemos hecho y, en definitiva, es una de las razones fundamentales que, a día de la fecha, justifican nuestra propia existencia.

7. ¿HACIA DÓNDE CAMINA EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL?

Como mencionamos al principio, a día de hoy nuestras normas de derecho privado permanecen aún inalteradas. Siguen obedeciendo a un

patrón obsoleto en el que únicamente se plasma como vía de protección de las personas con discapacidad un modelo de sustitución cuyo paradigma es la tutela. Nos venimos sirviendo de algunas “quiebras” de ese sistema para dar respuesta a los nuevos retos, pero es urgente generar un cambio legislativo que recoja las nuevas orientaciones.

Es algo aventurado hablar en profundidad de un anteproyecto que a pesar de llevar más de una década de retraso sigue siendo discutido. Hasta el punto de que ya han visto la luz dos distintos en menos de un año, en septiembre de 2018 y en enero de 2019. A ello se añade la dificultad derivada de la complicada situación política de nuestro país en los últimos tiempos. A pesar de ello, la presión social a favor del cambio es unánime y la insuficiencia de la regulación anterior es reconocida por la totalidad de los grupos políticos. Por todo ello no es de esperar que el proyecto definitivo se aparte, al menos en sus principios fundamentales, de los textos que manejamos en este momento.

La propia exposición de motivos del Anteproyecto viene a glosar y hacer suyos los principios fundamentales derivados de la CDPD. Las personas con discapacidad “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”, son acreedoras del “apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, se reconoce la obligación de asegurar que “las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”, que “sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible”, “sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente”. Concretando un poco más se afirma que supone un cambio de “sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afecten a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”.

Se enumeran como instituciones de apoyo la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (artículo 248). Evidentemente, no se trata de un elenco cerrado de medios de apoyo, pues necesariamente tendrán tal consideración también, como el propio anteproyecto reconoce con ocasión de las formalidades testamentarias, “cualquier medio técnico, material o humano” (artículo 695). Lo que sí queda meridianamente claro es que ya no podemos seguir hablando de incapacitación o modificación de la capacidad, todos tenemos idéntica capacidad para ser titulares de derechos y para ejercitarlos. Y, no hemos de olvidar, el único fundamento para establecer salvaguardias, apoyos o medios de asistencia, será evitar influencias indebidas, abusos y facilitar el asesoramiento y averiguación de la voluntad de la persona con discapacidad.

Así vistas las cosas, no es de extrañar, dada la naturaleza, extensión y fundamento de la actuación notarial, que la reforma acuda a esta institución como punto central en el desarrollo de la autonomía de la voluntad, autorregulación de sus intereses, salvaguardia, asistencia y apoyo de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El limitado espacio del que disponemos para desarrollar estas reflexiones nos impide hacer un comentario detallado y profundo de esta materia, pero al menos trataremos de dar unas pinceladas sobre las instituciones que, en conexión con la intervención notarial, hacen posible esta nueva realidad.

Para empezar, el notario seguirá siendo, como hasta ahora, el encargado de velar porque las previsiones de apoyo o asistencia que prevea una resolución judicial o una disposición voluntaria de la persona, se apliquen al perfeccionar un acto o negocio de trascendencia jurídica. Si bien se prevé que tales resoluciones o disposiciones se inscriban en el registro civil (artículo 299), seguimos echando de menos la previsión de que el notario en el ejercicio de esa función, disponga de acceso inmediato y telemático a su contenido. Quizá sea la tantas veces postergada reforma de la Ley del Registro Civil la ocasión para regular dicha necesidad, que entendemos imperiosa en aras de la seguridad jurídica. Igual reflexión cabe hacer con relación a los poderes y mandatos preventivos, que cuando se hubieran dado entre cónyuges o parejas de hecho, se extinguirá automáticamente en caso de cese de la convivencia (artículo 258).

Además, será en sede notarial cuando en la mayoría de las ocasiones, se ponga de manifiesto cualquier déficit que se plantee en orden a que la persona requiera un medio de asistencia y apoyo o el establecimiento de cautelas necesarias para impedir abusos o inherencias indebidas en el ejercicio de la capacidad jurídica. En sede notarial, en desarrollo de las funciones de asesoramiento que corresponden al notario, será donde se diseñarán de manera preferente, atendiendo a las preferencias y necesidades de la persona, en el marco de la ley y adecuándose a ésta, las instituciones de asistencia y apoyo. A la hora de concretar los apoyos, como reconoce expresamente la exposición de motivos, la nueva regulación otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, las que pueda tomar el interesado, las cuales han de prevalecer sobre las medidas que se establezcan externamente.

7.1. Disposiciones generales (artículos 248 a 253)

Bajo esta rúbrica viene el anteproyecto a reiterar y desarrollar los principios vistos y ya reconocidos en la exposición de motivos:

1. Las medidas de apoyo tienen por objeto que la persona pueda desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en

condiciones de igualdad, las de origen legal o judicial procederán sólo en defecto o por insuficiencia de la voluntad de la persona, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

2. Por vía de la intervención notarial, será la escritura pública, el medio a través del cual la persona pueda prever medidas de apoyo en el ámbito personal o patrimonial, estableciendo el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que haya de prestar su apoyo. Se reitera una vez más que sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.

3. Las entidades públicas, que darán conocimiento de la situación al ministerio fiscal, asumirán provisionalmente esas funciones de apoyo cuando una persona lo requiera de modo urgente y carezca del mismo.

4. Corroborando los principios que consagra el anteproyecto, sólo podrán conferirse al apoyo funciones representativas en casos excepcionales. Cuando “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona”. En este caso se sustituye a la persona con discapacidad, pero en vez de atender a su voluntad válidamente manifestada, se atiende a su “trayectoria vital, sus creencias y valores”. Nos encontramos con un caso en el que exista una imposibilidad de que la persona manifieste su voluntad, en el que la persona se encuentre en una situación en la que no quepa en modo alguno la expresión de su voluntad. A nuestro entender no se trata ya de un problema de “capacidad”, sino de aislamiento absoluto. Abre la puerta a la subsistencia de apoyos “sustitutivos”, tan denostados por los intérpretes de la CDPD pero que entendidos en su justa medida de excepcionalidad e imposibilidad de manifestación de la voluntad, no creemos contrarios a su espíritu.

Las escrituras públicas por las que se establezcan estas medidas serán comunicadas al Registro civil, se entiende con la finalidad de que lleguen a conocimiento de la autoridad judicial cuando proceda al nombramiento de un apoyo o haya de fiscalizar su funcionamiento.

7.2. Poderes y mandatos preventivos (artículos 254 a 260)

Llama la atención la rúbrica de este Capítulo, que muestra una cierta incongruencia con su contenido. Se refiere a poderes y mandatos preventivos cuando en su desarrollo habla solamente del poder. Quizá no sea esta sede adecuada para resolver o plantear siquiera los problemas que derivan de que nuestro Código Civil no deslinde claramente ambos conceptos, pero es verdad que la doctrina, amparada por instituciones similares de derecho comparado, tiende a hablar de mandato preventivo. De este cambio de denominación resultaría, en vez de una atribución unila-

teral de facultades, un negocio bilateral que obligaría a ambas partes con arreglo a las instrucciones del mandante. Conformémonos con reconocer que el poder puede tener un contenido amplio, incluidas instrucciones para el apoderado, lo que permite un cierto tránsito hacia la figura del mandato.

En cuanto a la regulación de esta figura, se recoge la distinción que de manera implícita se hacía tras la reforma de 2003, el poder en que el poderdante declara ser su voluntad que subsista, aunque con posterioridad se vea necesitado de apoyo y aquel que se otorga para el supuesto de que el poderdante en el futuro se vea necesitado de ese apoyo.

Se trata en ambos casos de una medida de apoyo que deriva de la voluntad de la persona, pero para supuestos distintos y en ambos casos, es compatible con otras instituciones o formas de apoyo. Podrá subsistir, por tanto, aun en aquellos supuestos en que a la persona se le designe un curador, defensor judicial o esté sujeta a una guarda de hecho. Además, en cuanto queda sujeto a lo dispuesto en el artículo 251, podrá contener no sólo la designación de uno o varios apoderados, mancomunados o solidarios, subsidiarios o sucesivos, o cuyas funciones abarquen distintos ámbitos de interés de la persona del poderdante, sino su régimen de actuación, ejercicio de facultades, medidas de fiscalización o cautelas que se consideren oportunas. En cuanto a los que despliegan sus efectos a partir del momento en que la persona se vea necesitada de apoyos, será la misma persona la que establezca la forma de acreditar cuándo ha llegado ese momento. En la práctica lo más frecuente será referirla a la certificación administrativa de un grado de discapacidad o al dictamen médico pericial.

En cuanto a sus requisitos formales, el poder preventivo, ya sea de una u otra modalidad, deberá constar en escritura pública. También se acude a la intervención notarial para determinar, mediante acta notarial, entendemos de notoriedad, que concurren las circunstancias que el poderdante establecía para que el poder empezase a desplegar sus efectos, que incorpore un dictamen pericial en el sentido antes expuesto. Todo ello sin perjuicio de que el poderdante pudiera haber establecido otra cosa.

Cuando el poder se ha dado para el supuesto de discapacidad sobrevenida y comprenda todos los negocios del poderdante, entendemos, sea general, el apoderado quedará sujeto al régimen de la curatela salvo que el poderdante haya dispuesto otra cosa. Nos encontramos con que se parte de que el poder, por su propia naturaleza, supone la atribución de una representación voluntaria, por lo que la remisión debe entenderse hecha al régimen de la curatela representativa. Nos encontramos por virtud de esta remisión a la aplicación de todas las disposiciones relativas a prestación de fianza, conflicto de intereses, necesidad de autorización judicial, remoción de la curatela, retribución del curador u obligación de hacer inventario, entre otras. Si bien el poderdante puede determinar otra

cosa al hacer el nombramiento, es una cuestión que puede plantear problemas. Hemos de tener en cuenta que, en muchas ocasiones, el poder preventivo se otorga con la intención de sustraer al representante de las formalidades establecidas para la designación judicial de apoyos y establecer un régimen con arreglo a las previsiones del poderdante. Además, si el curador o cualquier persona legitimada para instar el procedimiento judicial de provisión de apoyos pueden solicitar judicialmente la extinción del poder si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador (artículo 257), la ficción de acudir a la aplicación del régimen de la curatela podría resultar excesiva. Y eso sin contar con los problemas que pueden plantear los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la reforma, respecto de los cuales debería establecerse una previsión específica.

Finalmente, una disposición digna de elogio sería la de reconocer el carácter indelegable, a salvo actuaciones concretas, del poder preventivo. Si se ha dado con arreglo a la consideración de la persona del apoderado parece claro que de ello derive su carácter personalísimo. Aun entendiendo esto así, efecto parecido se podría conseguir nombrando varios apoderados con carácter sucesivo o subsidiario, o distribuyendo entre ellos sus funciones, supuesto distinto en cuanto en este caso el régimen de funcionamiento derivaría de la voluntad del poderdante y no de las decisiones del apoderado.

Como cautela, y de modo similar a la anterior, con relación a los poderes en general, salvo disposición expresa en contrario o que derive del internamiento del poderdante, el cese de la convivencia en caso de que el poder se haya dado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho, produce de derecho la extinción del poder. Razón de más para demandar, como antes planteamos, el necesario acceso del notario al contenido del Registro civil, donde constaran generalmente la separación judicial o divorcio del matrimonio. Problema distinto es el que plantearían las separaciones de hecho o cese de la convivencia en parejas de hecho, situaciones respecto de las cuales no existe medio de “publicidad formal”.

7.3. La guarda de hecho (artículos 261 a 265)

Nos encontramos con una de las instituciones que tradicionalmente se han planteado en nuestro Código, aun antes de la reforma, como una de las alternativas a la incapacitación o modificación judicial de la capacidad.

No obstante no hacer una elaboración amplia, como quizá no pueda ser de otra manera con relación a esta institución, se incorporan una serie de novedades que en ocasiones aclaran el tratamiento de esta institución.

Así, se prevé expresamente que el guardador, sin perjuicio de informar a la autoridad judicial y de que esta pueda establecer las medidas de sal-

vaguardia que considere oportunas, pueda seguir en el ejercicio de sus funciones. Se zanja así de una vez por todas la discusión en orden a si la autoridad judicial debía sustituir la guarda de hecho por otra forma de protección. No obstante, da a entender que esa subsistencia sólo procederá si no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente (artículo 261). No creemos que debiera haber inconveniente en que la guarda de hecho coexista con cualquier otra forma de apoyo o asistencia, como así reconoce el propio anteproyecto en ese mismo precepto cuando dispone que “la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan”. Disposición análoga debería establecerse con relación a todas las instituciones de apoyo, incluida la curatela.

En cuanto a la forma de acreditar la existencia del guardador de hecho, el anteproyecto guarda silencio. Se reconoce implícitamente la vía judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, pero nada obsta para que también pueda acudir a otros medios que ya venían siendo aceptados pacíficamente por la doctrina o la práctica como el acta notarial de notoriedad.

Otro asunto que se encarga ahora el Código de regular es el de las autorizaciones judiciales que requiere el guardador de hecho. No se opta por establecer una serie de actos que por su contenido requieran la autorización judicial, pero si dispone que “cuando la naturaleza del acto requiera acreditar la representación, la persona que ejerza la guarda de hecho solicitará la correspondiente autorización judicial” y “para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado”. En sentido negativo, no será necesaria esa autorización judicial para solicitar “una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos que “tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar”.

A nuestro juicio el sistema que sigue el anteproyecto es mejorable. Parece dar a entender que cuando la guarda se ejerza de modo “representativo”, es decir, cuando el guardador comparezca en nombre y representación de la persona, se requerirá en todo caso autorización judicial y que, cuando no sea así, es decir, cuando el guardador comparezca acompañando o asintiendo lo que la persona realiza, no será necesaria en ningún caso. A continuación, enumera una serie de actos que requieren en todo caso esa autorización y otros en los que no será necesaria. Quizá lo más adecuado en aras de la seguridad jurídica hubiera sido entrar en una enumeración de actos que lo requieran y otros en que no fuera así, de modo análogo a lo que se dispone con relación a la curatela.

Se refuerza la posición del guardador cuando se le reconoce el derecho al reembolso de los gastos e indemnización de los daños que pudiera

sufrir y se declaran no impugnables los actos realizados por el guardador si responde “a la voluntad, deseos y preferencias” de la persona con discapacidad. Una vez más se da idea del principio sobre el que pivota la reforma, en el que se ha venido sustituir como criterio para que los actos sean impugnables o no la voluntad, derechos y preferencias de la persona con discapacidad, no su “utilidad” como propugnaba el Código y la primera versión del anteproyecto.

Finalmente, se prevé que la guarda se extinga por voluntad de la persona sometida a ella, al desaparecer la causa que la motivó, si el guardador desiste de seguir desempeñándola o en virtud de declaración judicial. Como cautela para evitar el desamparo, se exige al guardador, si cesa en el ejercicio por su voluntad, poner la situación en conocimiento de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté encomendado el ejercicio de estas funciones de apoyo, aunque quizá lo más adecuado sería su puesta en conocimiento del ministerio fiscal por si se considera adecuado establecer a su instancia algún medio de apoyo distinto.

7.4. La curatela (artículos 266 a 292)

Es la institución de apoyo sobre la que, en principio, va a pivotar nuestro ordenamiento. No obstante, su aplicación es subsidiaria, en cuanto “la autoridad judicial constituirá la curatela cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad”. Otra novedad es que se incorpora a nuestro ordenamiento la curatela representativa, pero sólo en casos excepcionales. Además, por el contrario, al sistema que con anterioridad se empleaba para la tutela de los incapacitados, la resolución judicial fijará de manera precisa aquellos actos en que el curador debe prestar su asistencia y aquellos en que, excepcionalmente, proceda la representación (artículo 267).

La línea directriz de la curatela es el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona, criterios que se imponen tanto en el procedimiento de su constitución como en el ejercicio de la función de curador. A la vista de ello no es de extrañar que, una vez más a través de la intervención notarial, sea la escritura pública de autocuratela el modo preferente de designar o excluir por la propia persona afectada a quien desarrolle el ejercicio de esta función, establezca sus normas de funcionamiento, tanto personales como patrimoniales, administración y disposición de los bienes, retribución, dispensa de inventario, así como el establecimiento de medidas de vigilancia y control (artículo 269). Lógicamente, aunque estas disposiciones vinculen al juez, si la curatela se establece judicialmente, se podrá prescindir de ellas, siempre mediante resolución motivada (artículo 270). También, cuestión que antes no se reconocía expresamente, se admite la delegación en otra persona la elec-

ción del curador, aunque habrán de relacionarse en la escritura las personas por las que se ha de optar (artículo 272). Al igual que se reconocía respecto del tutor, los progenitores, que no los demás ascendientes, podrán establecer con el mismo alcance disposiciones relativas a la curatela de sus hijos, ampliándose tal facultad al cónyuge o a la pareja conviviente. Designación que habrá de hacerse en testamento.

En lo demás, la regulación de la curatela viene a asimilarse a la anterior regulación de la tutela, aunque salvando las distancias que existen en cuanto a la forma de su ejercicio, en cuanto es una institución de apoyo y sólo excepcionalmente de sustitución, al necesario respeto a las preferencias y voluntad del sometido a curatela y el mandato de procurar que la persona curatelada pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones. Eso sí, normas como las relativas a la obligación de hacer inventario o la autorización judicial previa para realizar algunos actos, queda limitada a la curatela representativa.

7.5. Defensor judicial (artículos 293 a 296)

Se trata de una institución que, como ya hemos tenido ocasión de reclamar durante muchos años, era, incluso con el régimen anterior, susceptible de arbitrar un medio de apoyo respetuoso con los nuevos principios. Bastaba con desvincularla de un proceso de incapacitación para arbitrar una medida de apoyo conciliable con dichos principios.

Creemos que eso es lo que se ha intentado a través de la regulación del anteproyecto. Aparte de los supuestos de conflicto de intereses, imposibilidad de ejercicio o excusa o remoción del curador, se reconoce para aquellos supuestos en que “la persona con discapacidad precise apoyo de forma ocasional, aunque sea recurrente”. El reconocimiento de que el apoyo pueda ser recurrente es un acierto respecto de actuaciones que sean periódicas o sea previsible se repitan en el tiempo, lo que evita a reiterar un procedimiento inútil en tales ocasiones.

Por su propio concepto, su nombramiento deriva de una decisión judicial, pero entendemos que, con arreglo al espíritu de la reforma, cualquier persona pueda establecer con el mismo alcance que se reconoce para el curador, la persona que sea su voluntad desarrolle esa función de defensor judicial e incluso su forma de ejercicio. De hecho, consideramos buena práctica que en las escrituras que tienen por objeto la elección de curador se establezca la designación de modo amplio, no sólo para cuando se proceda al nombramiento de éste, sino de “cualquier institución de apoyo o asistencia”.

Finalmente, dos cuestiones. No dispone el anteproyecto que la función del defensor sea representativa o no, pero parece evidente, por aplicación de los principios de la reforma, que la actuación del defensor será de

apoyo y asistencia y sólo en casos excepcionales asume facultades representativas de modo análogo al establecido respeto de la curatela.

7.6. Miscelánea

Finalmente, aunque sea de manera somera, no podemos dejar pasar estos comentarios sin hacer breve referencia a algunas otras cuestiones:

La publicidad formal de las resoluciones judiciales o voluntarias sobre la constitución de apoyos se arbitra a través del Registro civil. Así lo reconoce el artículo 299 del Código Civil respecto de las resoluciones judiciales, pero también el anteproyecto de reforma con arreglo a la redacción propuesta al artículo 4 de la Ley del Registro Civil, que también la prevé respecto de los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las demás medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, además de los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, otro de los apoyos voluntarios previstos en nuestro ordenamiento. La publicidad perseguida a través del Registro de la Propiedad y afectaría exclusivamente a negocios ya perfectos y eficaces, por lo que esta forma de publicidad es necesariamente accesoria. Obvia el anteproyecto una referencia a las entidades depositarias de fondos, acciones y otros activos, cada vez más relevantes desde el punto de vista patrimonial y a los que, por el contrario, sí que se refiere la regulación del Patrimonio protegido. Sólo cabe aquí reiterar lo expuesto ya con anterioridad, la urgencia de posibilitar el acceso notarial a los libros del Registro civil para asegurar el respeto a las resoluciones judiciales y disposiciones de la persona que establezcan medidas de apoyo.

En cuanto a la capacidad testamentaria, se excluye a las personas que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello (artículo 663). Se reconoce un avance loable frente a la regulación anterior que no viene sino a reiterar, al menos en lo que se refiere al testamento notarial, las reglas generales de nuestro sistema derivadas del juicio, hasta ahora denominado de capacidad, que emite el notario en todas sus intervenciones. El artículo 665 es heredero de la tradición de nuestro código en la regulación que hacía del testamento en intervalo lúcido y el de la persona incapacitada cuando la sentencia no se manifestaba sobre la posibilidad de testar. Impone la intervención de dos facultativos si el notario duda de la aptitud del testador, recurso, se trate o no del testamento, al que puede recurrir el notario en cualquier caso y, que por tanto, no deberíamos olvidar no debería ser único. Lo reconoce así el propio anteproyecto cuando se refiere a cualquier medio técnico, material y humano para que el testador manifieste su voluntad, innovación también elogiable, que ya se venía utilizando en la práctica y

que alcanza igualmente a las personas con discapacidad visual que pretendan otorgar testamento cerrado. No hemos de olvidar que tales medios de apoyo pueden aplicarse a propuesta del testador, pero también como exigencia del notario para cerciorarse de la inequívoca y válida expresión de la voluntad del testador.

En cuanto a la sustitución ejemplar que regula el artículo 776 del Código Civil, fue eliminado por la primera versión del anteproyecto. Precisamente fue uno de los extremos criticados por el informe elevado por la Fundación Aequitas y el Consejo General del Notariado. El nuevo anteproyecto incorpora de nuevo esta figura y aprovecha para salvar algunas de las dudas que su interpretación planteaba. Se limita a las personas sujetas a curatela representativa, es aplicable a todos los bienes del sustituido y se salva la problemática que planteaba el que fueran varios los ascendientes que la hubieran establecido.

Finalmente, diversos preceptos del anteproyecto, quizá por asimilación automática de la nueva terminología, se referían a personas que se encuentren en una “situación física o psíquica que la impida desenvolverse de forma autónoma”. Así sucede en la regulación de las sustituciones fideicomisarias que graven la legítima (artículo 782), disposición de la legítima estricta de otros colegitimarios a su favor (artículo 808), legado del derecho de habitación (artículo 822) o la dispensa de colación (artículo 1041), en la que se refería a “especiales circunstancias físicas o psíquicas”. Seguramente se trata de términos que hubieran dado lugar a una ardua interpretación y claros conflictos en su interpretación. Las dudas sobre qué debe entenderse por desenvolvimiento en forma autónoma se han superado por la nueva versión del anteproyecto, que, modificando la Disposición Adicional Cuarta del Código Civil, establece que en todos esos casos la referencia debe entenderse hecha al concepto definido por la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, es decir, a la calificación administrativa de la discapacidad.

7.7. Conclusión

A todas luces nos encontramos con un texto apasionante, y que va a requerir de todos los operadores jurídicos un importante esfuerzo de estudio, comprensión, análisis y crítica. Sin ninguna duda, afecta a la propia vertebración de nuestro sistema jurídico y queda mucho por recorrer.

Debemos enfrentarnos ahora a la tarea de adecuar nuestra actuación a unos principios novedosos y vigilar sobre su adecuada aplicación. Ojalá esta publicación inicie ese nuevo camino y cada uno, en nuestro lugar, acertemos con lo más adecuado para posibilitar que el nuevo marco que se abre a las personas con discapacidad no quede en papel mojado.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Alberto Muñoz Calvo

Registrador de la propiedad

Representante del Colegio de Registradores en el Foro Justicia y Discapacidad

1. INTRODUCCIÓN. LA EFICACIA PROTECTORA DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PREVENTIVA

El Registro de la Propiedad es una institución que garantiza la titularidad de los derechos que las personas tienen sobre los bienes inmuebles.

Mediante la inscripción en el Registro de los actos y contratos relativos a los derechos reales sobre aquellos bienes (fundamentalmente, el dominio o propiedad, pero también otros derechos como el usufructo, la hipoteca, la servidumbre...), cualquier persona (*tercero*, en la terminología registral) que en virtud de un negocio jurídico válido adquiera de quien aparezca previamente como titular de estos derechos en el Registro puede estar seguro tanto de mantener su adquisición (aunque después se anule el derecho del transmitente), como de adquirir el derecho sobre el inmueble en el estado con que figura inscrito en el Registro (es decir, libre de cargas y gravámenes, o con las que en su caso graven o pesen sobre el bien).

Al proteger las transacciones sobre bienes inmuebles y, por lo tanto, dar seguridad al mercado y al patrimonio de las personas, la eficacia de la publicidad que proporciona el Registro de la Propiedad se traduce también en la evitación de pleitos y conflictos, y es por ello que esta institución puede ser concebida como una manifestación de la *justicia preventiva*, cuyo *acceso efectivo* (en la terminología del artículo 13 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante, CDPD) debe ser proporcionado a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás individuos.

Es significativo a este respecto que muchos autores hayan catalogado al registrador (responsable de la llevanza del Registro de la Propiedad)

como *juez inmobiliario*, teniendo en cuenta que, conforme al artículo 1 de la Ley Hipotecaria (LH), los asientos del Registro, en lo referente a los derechos inscritos, están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no sea declarada su inexactitud mediante la correspondiente resolución judicial.

Además, si bien los asientos del Registro de la Propiedad carecen de la fuerza de *cosa juzgada* propia de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto que, como hemos visto, pueden ser revisados por los tribunales, en otro sentido su eficacia es superior a la de la sentencia, ya que no solo producen efectos entre las partes que hayan intervenido en el negocio jurídico inscrito, sino también *frente a todos*, frente a cualquier *tercero*, que puede ser cualquier potencial adquirente de un derecho inscrito.

Desde esta perspectiva, trataremos de explicar la relevancia que para los derechos patrimoniales de las personas afectadas por algún tipo de discapacidad tiene la institución del Registro de la Propiedad en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, conforme a la normativa registral actualmente vigente como base reguladora, recalcando también la importancia que reviste la implicación de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal para asegurar la mejor protección de aquellos derechos pues, como veremos, la tutela judicial en lo que respecta a esta esfera patrimonial podría resultar ineficaz si se desconociera la importante función que cumple el Registro como herramienta auxiliar indispensable y garantía de esa tutela.

Por último, al igual que todos los integrantes de la administración de justicia propiamente hablando, el registrador debe ser consciente de la necesidad de tener *la capacitación adecuada* para asegurar el *acceso efectivo a la justicia* en favor de las personas con discapacidad, lo que en definitiva constituye el objeto de estudio de esta Guía.

2. INSCRIPCIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE AFECTAN A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

2.1. El principio de calificación registral como fundamento de esta inscripción

El artículo 18 de la LH regula la calificación registral como manifestación del principio hipotecario de legalidad, que garantiza la inscripción solo de aquellos documentos que contengan actos y contratos que sean válidos conforme al derecho sustantivo aplicable y a los asientos del propio Registro de la Propiedad.

Conforme a este precepto, el registrador ha de calificar, entre otras cuestiones, la capacidad de los otorgantes del negocio jurídico presenta-

do a inscripción, entendida esta *capacidad* en sentido amplio, comprensiva tanto de la *capacidad jurídica* como de la *capacidad de obrar*, según la tradicional distinción en nuestra doctrina jurídica, hoy en día matizada tras la entrada en vigor de la CDPD (como así lo manifiestan diferentes textos legales ya reformados, que utilizan la expresión de *capacidad modificada judicialmente* para referirse a aquellas situaciones de restricción o, incluso, supresión de la capacidad de obrar, existentes todavía sobre la base de la normativa vigente).

Como es sabido, la CDPD de Nueva York (y, sin ningún género de dudas, la reforma normativa que entrará en vigor para adecuar nuestra legislación civil y procesal a la misma) elimina la distinción entre *capacidad jurídica* y *capacidad de obrar*, subsumiendo este último tipo de capacidad en el primero, de modo que se reconoce una única *capacidad jurídica* inherente a toda persona, que la hace susceptible de ser titular de todo tipo de derechos, y de poder ejercerlos por sí misma, siquiera con los apoyos que sean precisos por sufrir algún tipo de discapacidad.

No obstante ello, sigue siendo acertada la redacción del artículo 18 de la LH, teniendo en cuenta que hay supuestos, como por ejemplo la situación de concurso de la persona física, o la existencia de la patria potestad o de la tutela sobre un menor de edad, que exigen al registrador calificar negativamente la capacidad para celebrar válidamente el negocio jurídico cuando éste pretenda tener acceso al Registro sin que el concursado o el menor haya contado con las autorizaciones judiciales preceptivas ni con la intervención de sus representantes legales (administradores concursales, padres o tutores).

También en el ámbito de la discapacidad continúa siendo pertinente el contenido del citado artículo 18 de la LH, no ya solo sobre la base del vigente derecho civil y procesal (que permite la modificación judicial de la capacidad de la persona e, incluso, su incapacitación y sujeción a tutela), sino también desde la perspectiva de la CDPD y de la reforma normativa en ciernes.

En efecto, si bien en un futuro se reconocerá legalmente que toda persona mayor de edad tiene plena capacidad jurídica, con independencia de sus circunstancias o condiciones personales, o de estar afectada por algún tipo de deficiencia (sea ésta física, mental, intelectual o sensorial), siempre habrá individuos que para el efectivo y pleno ejercicio de esta capacidad precisen del apoyo o intervención de una persona que será nombrada por la autoridad judicial (caso del curador con facultades representativas), o cuya designación esté en último término bajo el control judicial (caso del apoderado preventivo).

Y el conocimiento de estas situaciones se hace indispensable para el registrador de la propiedad, con el fin de evitar que la persona con discapacidad precisada de apoyos pueda otorgar por sí sola actos dispositivos sobre bienes inmuebles con vicio de nulidad, y cuya inscripción registral

podría causar perjuicios irreparables tanto a la propia persona como al usuario del Registro con interés legítimo.

Queda así apuntado el fundamento último de la inscripción en el Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales que afectan a la capacidad de las personas, pues es esencial que el registrador califique la capacidad de los otorgantes del negocio jurídico que inscribe, como quedó ya expresado de modo magistral en la Exposición de Motivos de la primitiva LH de 1861:

(...) Para adquirir con seguridad bienes inmuebles o derechos reales, no basta que el vendedor o el imponente sea dueño de ellos; tampoco es suficiente que no estén los bienes afectos a otras cargas; es además necesario que el que enajena, que el que transmite, tenga capacidad civil para hacerlo: Solo por el concurso de estas circunstancias podrá estar completamente seguro el adquirente. Si la ley no atendiera, pues, a que la capacidad de la persona constara en el registro, su obra sería incompleta y no produciría frecuentemente el efecto apetecido (...)

2.2. Regulación actual

Conforme a los artículos 2.4º de la LH y 10 del Reglamento Hipotecario (RH), en los Registros de la Propiedad podrán inscribirse aquellas resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes, sea esta declaración realizada expresamente o bien porque, aunque no sea declarada de un modo terminante, las resoluciones judiciales produzcan legalmente algún tipo de incapacidad.

Siendo el ámbito natural de publicidad de estas resoluciones el Registro Civil, su inscripción en el Registro de la Propiedad es ciertamente atípica, pues conforme al artículo 1 de la LH lo que se inscribe con carácter general son los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Ahora bien, como ha quedado expuesto, este supuesto de inscripción de carácter excepcional, además de ser un elemento auxiliar en la calificación registral, muestra su principal eficacia en beneficio de la persona a la que se refiere la resolución judicial (la persona con discapacidad que precisa de apoyos para ejercer su capacidad jurídica), pues desde el momento en que el Registro publica frente a todos la situación declarada por dicha resolución, cualquier tercer adquirente de un inmueble inscrito a favor de esa persona debe saber que, para estar seguro en su adquisición, la persona que le transmite ha de contar con los apoyos precisos que se hubieran fijado (en

el caso más extremo, el otorgamiento del acto dispositivo por el tutor del incapacitado, contando además con la preceptiva autorización judicial).

Pasamos ahora a analizar el procedimiento para la práctica de la inscripción de este tipo de resoluciones, analizando lo dispuesto en la LEC, la LH y el RH.

2.3 Inicio del procedimiento; la anotación preventiva de demanda

Este procedimiento se iniciará a través de la correspondiente solicitud en el momento de interponer la demanda de incapacitación de la persona, estando legitimadas para hacerlo, según el artículo 757 de la LEC, las siguientes personas: el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz; y, si las personas anteriormente mencionadas no existieran o no lo hubieran solicitado, deberá promover la incapacitación el Ministerio Fiscal, a quien cualquier persona está facultada para ponerle en conocimiento los hechos determinantes de la incapacitación, siendo obligatoria tal puesta en conocimiento por parte de las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona.

Enlazando con los aspectos registrales, interesa destacar la posibilidad de que el tribunal competente para conocer del proceso de incapacitación (que, según el artículo 756 de la LEC, será el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite) inste la práctica de la anotación preventiva de la demanda de incapacitación al Registro de la Propiedad, como una de las varias medidas cautelares que cabe adoptar en el proceso.

Así lo dispone el artículo 42.5º de la LH, en concordancia también con el artículo 727.5ª de la LEC, que regula como una de las posibles medidas cautelares específicas (muy pertinente en los procesos que estamos tratando) la anotación preventiva de demanda cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en los Registros públicos.

Si bien el artículo 42.5º de la LH contempla que dicha anotación preventiva sea solicitada a instancia de parte, cuando dispone que el que propusiere demanda con el objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes puede pedir anotación preventiva en el Registro correspondiente, el artículo 762 de la LEC va más allá, ampliando las posibilidades de solicitud.

Este último precepto permite que sea el tribunal competente el que pueda no solo a instancia de parte, sino también de oficio, o a solicitud del Ministerio Fiscal, ordenar la práctica de la anotación, pudiendo hacerlo en cualquier estado del procedimiento si estima que esta medida es

necesaria para la adecuada protección del patrimonio del presunto incapaz, lo que constituye una importante excepción a la regla general del artículo 721 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que impide que el tribunal acuerde de oficio medidas cautelares, salvo lo dispuesto para los procesos especiales (como el que nos ocupa).

La posibilidad de que el juez dicte de oficio la adopción de esta medida cautelar también es contemplada en el artículo 43 de la LH, cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el juzgador, a su prudente arbitrio, lo estime conveniente para asegurar el efecto de la sentencia que pueda recaer en el juicio. Hay que decir, sin embargo, que en la práctica es bastante infrecuente que esto suceda, y sería deseable que con más asiduidad se ordenara por parte de los tribunales la práctica de estas anotaciones preventivas de demanda en el Registro de la Propiedad.

Para el caso de que la anotación preventiva de la demanda de incapacitación en el Registro de la Propiedad sea solicitada a instancia de parte, será necesario que la solicitud se formule con claridad y precisión, justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, acompañándose a la solicitud los documentos que la apoyen u ofreciendo la práctica de otros medios para acreditar los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares, en conformidad con el artículo 732 de la LEC.

Entre otros documentos de apoyo interesa destacar, como obvio, que se podría aportar la correspondiente información registral referente a las fincas que el presunto incapaz demandado tuviera inscritas en el Registro de la Propiedad (fuera en una única oficina registral o en varias), lo que se podría lograr fácilmente mediante la llamada *nota de localización*, en la que constan todas las propiedades inscritas a nombre de una persona en todos los Registros de la Propiedad de España.

El artículo 733 de la LEC dispone la audiencia del demandado por parte del tribunal antes de acordar la medida cautelar, salvo que el tribunal acuerde lo contrario a petición del solicitante que alegue razones de urgencia, o que la audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la misma.

El artículo 735 de la LEC establece que contra el auto acordando la medida cautelar cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos, lo que corrobora el artículo 68 de la LH, que determina que la providencia que decreta o deniegue la anotación preventiva de demanda será apelable en un solo efecto.

Se llega así, en la hipótesis de que la autoridad judicial estime pertinente la práctica de la anotación preventiva, al momento de la efectiva ejecución y cumplimiento de la medida cautelar adoptada, para lo cual el artículo 738 de la LEC se remite a las normas del Registro correspondiente, que en nuestro caso es el Registro de la Propiedad.

La normativa hipotecaria (artículo 257 de la LH) dispone la necesidad de que el Tribunal expida al efecto, por duplicado, el mandamiento co-

respondiente, uno de cuyos ejemplares sería devuelto por el registrador bien al Tribunal que lo hubiera expedido o al interesado que lo hubiera presentado, con nota expresiva de quedar cumplido en la forma que proceda, y conservando el otro ejemplar en su oficina, extendiendo en él otra nota rubricada igual a la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto, archivando este documento numerado por el orden de su presentación en el legajo correspondiente de la oficina.

Como requisito de forma del mandamiento judicial, el artículo 165 del RH añade la necesidad de que en él se inserte literalmente la resolución judicial respectiva acordando la adopción de la anotación preventiva (que, como hemos visto, revestirá la forma de auto), con expresión de su fecha y firmeza.

Presuponiendo una calificación favorable del mandamiento por parte del registrador de la propiedad, los bienes anotables sobre los que debe practicarse la anotación preventiva no son solo los que en su caso pudieran venir especificados en el documento judicial, pues a tenor de los artículos 73.2 de la LH y 171 del RH el registrador de oficio ha de practicar la anotación en el folio registral de cada uno de los bienes que aparezcan inscritos a favor del sujeto demandado, aunque el mandamiento no los contemple, pudiendo también practicarse la inscripción previa de bienes no inscritos a nombre del demandado, si el juez o tribunal lo ordenase.

El artículo 171 del RH dispone también que en el ejemplar del mandamiento que se devuelva a la autoridad judicial que lo hubiese expedido, el registrador hará constar una reseña sucinta de los bienes anotados, con su tomo, folio y número de finca.

En cuanto al contenido que debe figurar en el asiento registral de anotación preventiva, además de las circunstancias determinadas en general para las inscripciones, habrán de expresarse otras. Como determina el artículo 166 del RH: 1) especie de incapacidad, fecha de la resolución admitiendo la demanda y circunstancias del titular y del demandante según el Registro; 2) la expresión de quedar constituida la anotación, la clase de esta y la persona a cuyo favor se verifique; 3) el documento en cuya virtud se hiciera la anotación y su fecha, con indicación del juez o tribunal que lo hubiera dictado y expresión de quedar archivado uno de los ejemplares.

La duración de la anotación se sujeta al plazo de caducidad de cuatro años previsto genéricamente por el artículo 86 de la LH para todo tipo de anotaciones, contados desde la fecha del asiento registral, cabiendo no obstante, por mandato de la autoridad judicial que la decretó, la prórroga por un plazo de cuatro años más, siempre que el mandamiento ordenando la prórroga se presente antes de que caduque el asiento, pudiendo practicarse sucesivas ulteriores prórrogas por igual período máximo de duración y en los mismos términos.

Por lo que respecta a los efectos de la anotación preventiva de la demanda de incapacitación, ha de recalarse que, a diferencia de las ins-

cripciones (que son asientos definitivos), las anotaciones preventivas son asientos provisionales que, para desplegar su eficacia, han de estar vigentes y no haber incurrido en caducidad (teniendo en cuenta los plazos de duración que se han señalado anteriormente).

A la luz de los artículo 69 y 71 del RH, estos efectos se resumen en que, mientras se sustancia la demanda, no se produce cierre registral alguno y el demandado puede disponer de sus bienes, ya que la anotación es de mera afección y de publicidad, pues solo advierte a los posteriores adquirentes que su adquisición quedará sujeta a la resolución definitiva que recaiga en el juicio, de modo que no estarán protegidos por la *fe pública registral*, en tanto que recaída en el proceso de incapacitación la resolución judicial firme, puede suceder una u otra cosa, según que la resolución sea favorable al demandado o al demandante.

Si es favorable al demandado, se cancelará la anotación (artículo 206.4 del RH), presentando en el Registro mandamiento con testimonio de la resolución judicial firme que ordene la cancelación, que será librado de oficio por el Letrado de la Administración de Justicia (artículo 745 de la LEC).

Y si la resolución es favorable al demandante y declara a la persona en estado de incapacitación, se cancelará la anotación y se procederá a practicar una inscripción de las previstas en el artículo 2.4 de la LH, cancelándose los actos dispositivos posteriores a la fecha de la anotación preventiva, en virtud de lo dispuesto en el artículo 198 del RH.

2.4. La inscripción de las resoluciones judiciales de modificación de la capacidad. El mal llamado *Libro de Incapacitados*

Siguiendo con el curso del procedimiento, llegados a este punto en que hubiera recaído una sentencia firme decretando la incapacitación de la persona (más apropiadamente, *modificando su capacidad* y, en un futuro no muy lejano, determinando los *apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica*), volvemos a reiterar una vez más que, en conformidad con los artículos 2.4 de la LH y 10 del RH, dicha sentencia puede ser objeto de inscripción.

Esta inscripción constituye un asiento registral, ya de carácter definitivo, que redunda en favor de la seguridad del tráfico jurídico, pues posibilita que la situación de modificación judicial de la capacidad conste de manera auténtica en los libros registrales y pueda ser tenida en cuenta por el registrador, al calificar la capacidad del otorgante del negocio jurídico, aunque no resulte esta situación del título presentado a inscripción; y, por otra parte, la inscripción persigue impedir la aparición de *terceros hipotecarios* amparados en una información incompleta de la situación jurídica extrarregistral.

La inscripción de estas resoluciones judiciales presenta además una singularidad especial desde el punto de vista formal pues, además de en los Libros de Inscripciones (donde constan los llamados *folios reales* de las fincas que tuviera el incapacitado), se realiza también una inscripción genérica expresiva del estado de incapacitación en el mal llamado *Libro de Incapacitados*, sobre cuyo funcionamiento trataremos enseguida.

Por lo tanto, si existen bienes y derechos inscritos a favor del sujeto, deben practicarse los asientos correspondientes en los Libros de Inscripciones con las circunstancias generales de toda inscripción, en cuanto sean aplicables, pero además, según el artículo 55 del RH, se harán constar específicamente los siguientes datos: 1) el nombre, apellidos y vecindad del incapacitado; 2) la declaración de incapacidad, su especie y extensión; 3) la designación de la persona a quien se haya autorizado para administrar, si la resolución la determinare; 4) y la parte dispositiva de la resolución judicial, expresando su clase, su fecha y el Juzgado o Tribunal que la hubiere dictado.

Pero además, como quedó expuesto, en todos los casos, el registrador ha de extender la inscripción correspondiente en el *Libro de Incapacitados*. La reforma reglamentaria de 4 de septiembre de 1998 (operada por Real Decreto 1867/1998) sustituyó este libro por el llamado de *alteraciones en las facultades de administración y disposición*, de contenido bastante más amplio, y con una denominación que se hubiera acomodado mejor con el espíritu de la CDPD; sin embargo, este aspecto de la reforma fue anulado por la STS de 31 de enero de 2001, al entender el Alto Tribunal que esta ampliación del contenido de los Libros del Registro de la Propiedad es materia sujeta a reserva de ley, lo cual determinó que volviera a recobrar su vigencia la terminología para designar a este Libro que existía con anterioridad a la reforma.

La normativa del *Libro de Incapacitados* se contiene en los artículos 386 a 391 del RH, cuyo contenido esencial pasamos a resumir, no sin antes advertir que la STS de 31 de enero de 2001 citada anuló íntegramente los artículos 386, 387, 388 y 391, que fueron los únicos modificados por el Real Decreto 1867/1998, dejándolos totalmente vacíos de contenido; no obstante este vacío normativo, teniendo en cuenta que no se estableció expresamente la supresión del *Libro de Incapacitados* y, además, otras variadas circunstancias, como la utilidad y conveniencia del mismo, la práctica que se sigue llevando en los diferentes Registros de la Propiedad y la vigencia plena de los artículos 389 y 390 del RH, hemos de entender como lógico que se integre la regulación de este *Libro* con el apoyo que ofrecían esos preceptos derogados en la redacción que tenían antes de la reforma de 1998.

Por consiguiente, en el *Libro de Incapacitados* se extenderán los asientos relativos a las resoluciones judiciales de los artículos 2.4 de la

LH y 10 del RH. La cancelación de tales asientos, cuando proceda (por ejemplo, por cesar la persona en el estado de incapacidad), se llevará a cabo por nota al margen de ellos.

La mecánica procedimental comenzaría por la presentación de la ejecutoria o el mandamiento conteniendo la resolución judicial firme de incapacidad; el registrador, tras la calificación favorable del documento, practicaría en los Libros de Inscripciones los asientos correspondientes, consignando después en el de *Incapacitados* las circunstancias previstas en el artículo 55 del RH.

Una vez extendidos estos asientos, el registrador de la propiedad pondría nota de despacho al pie de la ejecutoria o mandamiento, expresiva de haber practicado la inscripción si la persona tuviera bienes inscritos o de que, por carecer de ellos, extendió el asiento correspondiente solo en el *Libro de Incapacitados*, como información relevante respecto de los bienes que pudiera adquirir en lo sucesivo, expresando el número que en tal *Libro* le corresponda al asiento de incapacidad practicado. Idéntica nota se pondría al margen del asiento de presentación que se hubiera extendido en el inicio del procedimiento registral, como es obligatorio que se haga con todos los documentos presentados en el llamado *Libro Diario* del Registro.

Al igual que en los casos de las anotaciones preventivas de demanda, la ejecutoria o el duplicado del mandamiento con la nota de despacho se devolverían al Tribunal que proceda, o a la persona que se hubiera encargado de su diligenciado y presentación en el Registro, conservándose también un ejemplar duplicado en el legajo correspondiente.

Cuando la persona declarada incapaz en virtud de resolución consignada en el *Libro de Incapacitados* adquiera con posterioridad bienes inmuebles o cualesquiera derechos reales sobre los mismos (siempre que, obviamente, se hayan cumplido los requisitos pertinentes de representación legal o de complemento de capacidad, según el ordenamiento jurídico vigente), a continuación de la inscripción de adquisición en el *Libro de Inscripciones* se extendería la de incapacidad, con referencia al asiento consignado en el Libro especial.

Esta última inscripción, realizada de oficio, permitirá conocer la situación de incapacidad del titular del derecho inscrito, de manera que cualquier persona interesada en contratar sobre dicho bien tendrá conocimiento de la situación de su titular.

También podría darse el supuesto de que no fuera presentada al Registro propiamente la ejecutoria o mandamiento declarando la incapacidad, pero que este documento se acompañara como complementario a un título de adquisición de alguna finca o derecho real por parte del incapacitado, lo que en buena praxis aconsejaría el seguimiento de las mismas pautas, esto es, la inscripción de oficio del correspondiente asiento en el *Libro de Incapacitados*.

2.5. El estado de la cuestión. El Registro de la Propiedad como apoyo para hacer realidad el principio de tutela judicial efectiva respecto de los intereses patrimoniales de las personas con discapacidad

Sea como fuere, si de hecho todas las demandas y resoluciones judiciales sobre incapacitación accedieran al Registro de la Propiedad, fuera por la vía de la anotación preventiva y, en todo caso, de la inscripción definitiva posterior, podría considerarse plena la protección registral de los derechos del incapacitado (supuesto al que quedará asimilado, en cumplimiento de la CDPD, el de la persona con discapacidad provista judicialmente de medidas de apoyo de carácter representativo para el ejercicio de su capacidad jurídica).

Así, en el supuesto de que se pretendiera realizar algún tipo de negocio dispositivo o declarativo sobre bienes o derechos de la persona incapacitada, cuya declaración constara inscrita en el Registro de la Propiedad, los interesados tendrían conocimiento de la situación personal del titular; y también el notario, al solicitar del Registro de la Propiedad la nota simple con información continuada regulada en el artículo 175 del Reglamento Notarial, como habitualmente se hace en la práctica diaria.

No obstante, la situación actual no logra proteger plenamente a las personas con discapacidad y a sus patrimonios, fundamentalmente porque en muy raras ocasiones se adopta la medida cautelar prevista en el artículo 42.5 de la LH (anotación preventiva de demanda), ni tampoco está generalizada como debiera la remisión de las resoluciones judiciales a los Registros de la Propiedad por parte de los Juzgados o de los representantes legales de los incapacitados; además, en los supuestos en que dichas resoluciones acceden al Registro, a veces solo llegan al correspondiente al del nacimiento del incapacitado (con independencia de que en dicho Registro tenga o no bienes inscritos), ignorando que, sin embargo, puede tener inscritos bienes en otras partes de España (lo que se podría evitar, dicho sea de paso, consultando al *Servicio de Índices* del Colegio de Registradores de España).

Esta situación ha provocado que en ocasiones se hayan producido perjuicios sobre los bienes de estas personas necesitadas de especial protección: piénsese en el supuesto de utilización fraudulenta por parte del apoderado con facultades dispositivas sobre bienes inmuebles del poder (no preventivo) otorgado por una persona que deviene incapaz, o en el caso de la escritura autorizada por un notario que ignora que el que está realizando el acto de disposición es incapaz, o en el de un mandamiento judicial o administrativo que ordene la práctica de asientos (de embargo, demanda, etc.) sobre los bienes de dichas personas y respecto de las cuales la notificación se haya realizado a ellas mismas (y no en

debida forma a sus representantes legales, defensores judiciales o Ministerio Fiscal).

Así, para que la protección a las personas con discapacidad fuera completa, resultaría necesario que la publicidad de la resolución judicial llegara a la instancia jurídica en la que constan inscritos los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos; en definitiva, sería necesario que las sentencias modificativas de la capacidad de las personas, las que declaran la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, o las que procedieran al nombramiento de órganos tutelares en sentido amplio, se inscribieran en todos los casos en el Registro de la Propiedad.

No hay en la actualidad un apoyo normativo que obligue a ello, como tampoco lo era el artículo 214 del Código Civil (CC) (derogado por la LEC de 7 de enero de 2000), que solo establecía la inscripción obligatoria de las resoluciones judiciales de incapacitación en el Registro Civil, “*sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil*”.

En diferentes proyectos de reforma de la institución del Registro Civil, todos abortados, se ha intentado arbitrar un sistema que serviría para cumplir la finalidad pretendida, sobre la base de evitar la dispersión de los asientos, pudiendo existir información relativa a un mismo individuo en distintos Registros Civiles Municipales, constituyéndose así el Registro Civil como un mecanismo de publicidad absolutamente fiable en todo el territorio.

El sistema que, como decimos, no ha llegado a ver la luz, preveía la puesta en práctica de un principio de coordinación informativa entre las distintas secciones del Registro Civil, así como entre los distintos Registros Civiles de España. Igualmente, la coordinación se extendería a las relaciones entre el Registro Civil y los Registros de la Propiedad y Mercantiles, y también el Notariado, de modo que las situaciones referentes a la capacidad de las personas funcionaran como *metadatos*, fácilmente accesibles y a disposición de todas estas instituciones por vía electrónica.

Hemos de decir que la proyectada reforma de la legislación civil y procesal en materia de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (sobre la que trataremos en el último apartado de este trabajo) soluciona absolutamente todos estos problemas derivados del *olvido* bastante generalizado de envío de las resoluciones a los Registros de la Propiedad.

Hasta entonces, no obstante, destacamos que desde la institución registral se han dado pasos trascendentales en la protección de los derechos de las personas con discapacidad, en lo que se refiere a la problemática sobre la que venimos hablando. En efecto, al abordar la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 1996 la necesidad de centralización informatizada de los datos del *Libro de Incapacitados*, las resoluciones judiciales modificativas de la capaci-

dad de las personas que llegan a algún Registro de la Propiedad son conocidas en cualquier oficina a través de la información centralizada ofrecida por el *Servicio de Índices* del Colegio de Registradores, cuyo sistema informático advertirá sobre esta circunstancia a cualquier registrador que tenga que calificar un documento que contenga una operación jurídica sobre bienes de estas personas.

3. OTRAS VERTIENTES DE LA PROTECCIÓN REGISTRAL

3.1. La hipoteca legal para asegurar las responsabilidades derivadas de la tutela y curatela

A diferencia de las llamadas *hipotecas voluntarias* (que son las más normales en el tráfico jurídico), las llamadas *hipotecas legales* son aquellas que la ley da derecho a exigir a determinados individuos con el fin de garantizar que, en su caso, puedan hacerse efectivas las responsabilidades derivadas del ejercicio de un cargo, o de una responsabilidad determinada, en beneficio e interés de la persona necesitada de protección, o del interés general.

Se caracterizan también estas hipotecas por ser *hipotecas de máximo*, ya que garantizan responsabilidades futuras hipotéticas y no concretadas en el momento de su constitución, que solo quedarán precisadas si se producen las circunstancias que determinan la exigencia de la responsabilidad que está asegurada.

Este tipo de hipoteca, como cualquier otro, está estrechamente vinculado al Registro de la Propiedad, por ser la hipoteca un derecho real de inscripción obligatoria y constitutiva, que solo existe y es efectivo si está inscrito en el mismo (artículo 1875 del CC).

Dentro de estas hipotecas legales se encuentra la hipoteca legal para asegurar las responsabilidades derivadas del ejercicio de la tutela (artículos 260 y 261 del CC, artículo 168.4 LH), que se puede establecer en beneficio de aquellas personas judicialmente incapacitadas que estén sujetas a tutela, y también en favor de aquellas personas que estuvieran sujetas a curatela (en conformidad con el artículo 291 del CC).

Esta institución de derecho registral de protección de los derechos de las personas con discapacidad en realidad es muy poco utilizada en la práctica, sin duda porque el ejercicio del cargo de tutor es en sí mismo bastante gravoso, y el juez pondera las más de las veces que no existe un peligro real de que el tutor vaya a ejercer el cargo de modo inadecuado, teniendo en cuenta además que estará ligado en muchas ocasiones por fuertes vínculos afectivos con la persona tutelada. Su constitución depende, en efecto, de la decisión judicial, pese a que de modo obsoleto la

normativa hipotecaria se refiera al *Consejo de Familia* (hoy extinto tras la reforma de 24 de octubre de 1983, que sustituye como es sabido el sistema de *tutela de familia* por el de *tutela de autoridad*).

Según el artículo 269 del RH, la escritura de constitución de hipoteca expresará, además de las circunstancias de la hipoteca voluntaria, otras específicas, tales como: el nombre y apellidos del tutor, la clase de tutela, el documento en que conste el nombramiento y su fecha, el importe de los bienes y rentas del sujeto a tutela, el importe de la cantidad asegurada por la constitución de hipoteca y, en su caso, la designación de la responsabilidad de cada finca (pues, si son varias las fincas hipotecadas, la normativa hipotecaria exige la distribución de responsabilidad).

Finalmente, en cuanto a la cancelación de esta clase de hipoteca, no se podrá llevar a cabo hasta que, aprobadas las cuentas de la tutela, el tutor hubiera extinguido todas las responsabilidades de su gestión, salvo el caso de que en función de las circunstancias se sustituya por otro tipo de garantía (incluyendo una nueva hipoteca legal).

3.2. El patrimonio protegido y el Registro de la Propiedad

El *patrimonio protegido de las personas con discapacidad* es una figura jurídica creada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPPD), cuya finalidad principal es, conforme al artículo 1 de la LPPPD, favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de estas personas, afectando estos bienes y derechos, así como sus rentas y productos, a la satisfacción de las necesidades vitales de los titulares o beneficiarios que, conforme al artículo 2 LPPPD, solo pueden ser aquellas personas que tengan reconocida administrativamente una discapacidad psíquica de al menos el 33 por ciento, o física o sensorial de al menos el 65 por ciento.

Es, pues, un *patrimonio de destino*, afecto a un fin (satisfacer las necesidades vitales de la persona con discapacidad); esta característica conlleva, como lógica consecuencia, que las aportaciones de bienes y derechos deban hacerse a título gratuito (artículos 1 y 4 de la LPPPD) y que no puedan someterse a término (artículo 4 LPPPD), de modo que el patrimonio solo puede extinguirse, según el artículo 6 LPPPD, por la muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad beneficiaria, o por perder ésta el grado de discapacidad mínimamente requerido para poder ser titular.

El artículo 8 LPPPD prevé la constancia en el Registro de la Propiedad cuando el dominio de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo se integre en esta clase de patrimonio, circunstancia que se hará constar mediante inscripción si la titularidad del derecho sobre el bien inmueble

se adquiere de nuevas por la persona con discapacidad titular del patrimonio, o bien mediante nota marginal si la persona era ya titular del derecho sobre el bien inmueble que ahora se adscribe o incorpora específicamente a este patrimonio especial, pues no hay que olvidar que según el artículo 3LPPPD la persona con discapacidad puede constituir su propio patrimonio protegido (en este caso, el derecho ya formaba parte de *su patrimonio*, pero ahora pasa a integrarse en un *patrimonio especial*, esto es, un *patrimonio protegido*).

La inscripción en el Registro de la Propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles que formen parte de un patrimonio protegido no es obligatoria (siguiéndose el principio general del derecho registral inmobiliario de que la inscripción es voluntaria), si bien no hace falta resaltar la conveniencia de que quede realizada tal inscripción para que se logre la plena protección de los derechos de las personas con discapacidad, hasta tal punto que nos atreveríamos a sugerir que legalmente fuera exigible e imperativa tal inscripción.

Esta propuesta queda avalada por la consideración que hace el artículo 1 de la LPPPD de que el objeto de la ley es establecer los *mecanismos adecuados* para garantizar la afección de los bienes y derechos integrantes del patrimonio a lo que constituye su fin esencial (*satisfacer las necesidades vitales de su titular*), fin que podría verse frustrado si, aunque de modo altamente improbable, pero posible hipotéticamente, la persona que hubiera realizado la aportación a favor de la persona con discapacidad dispusiera a posteriori del bien o derecho cuya titularidad todavía siguiera ostentando en el Registro, o sufriera un embargo sobre ese bien o derecho; sin olvidar tampoco que el mismo artículo 1 de la LPPPD alude a una cualidad esencial de este peculio, al emplear la expresión modal *patrimonio especialmente protegido*.

Y también desde el punto de vista del que hubiera realizado una aportación de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo a un patrimonio protegido es pertinente señalar la importancia de la inscripción registral pues, siendo por naturaleza la aportación de carácter gratuito, suele resultar muy frecuente que el aportante establezca el destino ulterior que haya de darse al bien o derecho una vez extinguido el patrimonio protegido, con las limitaciones a este respecto que marca la normativa de derecho civil, tal y como subraya el artículo 4.3 de la LPPPD; nos estamos refiriendo, por ejemplo, a cláusulas reversionales o sustituciones fideicomisarias establecidas en favor de los hermanos del titular del patrimonio protegido, que quedarían plenamente salvaguardadas gracias al Registro de la Propiedad.

Por último, a tenor del artículo 5.2 de la LPPPD y en coherencia con la especial protección de que goza este tipo de patrimonio, el registrador de la propiedad no puede desconocer la obligatoriedad de la autorización judicial para que sean válidos los actos dispositivos sobre bienes inmue-

bles integrados en el mismo (sin que sea necesaria la subasta pública), a menos que su titular y beneficiario tuviera *capacidad de obrar suficiente* (según la expresión que utiliza el propio precepto citado).

4. PERSPECTIVAS DE FUTURO

4.1. La nueva concepción de la capacidad jurídica. El Libro único informatizado de situaciones de la persona

La adaptación de nuestro derecho interno a los postulados de la CDPD se ha ido realizando paulatinamente. Creemos que este proceso de adaptación es altamente satisfactorio pese a que, entre otras carencias normativas importantes, todavía quede pendiente la reforma del derecho civil y procesal en lo que se refiere a dotar de medios suficientes a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con las demás, y con pleno respeto a su voluntad y preferencias, siendo esta una materia que está fuertemente relacionada con la función registral, como se ha visto.

Esta laguna ha sido denunciada en repetidas ocasiones no solo por las entidades del Tercer Sector, sino también por el propio Comité de seguimiento de la CDPD cuantas veces el Estado español ha tenido que ser examinado sobre la aplicación de aquélla, con el agravante además de no haberse cumplido los plazos para la aprobación de esta reforma que se habían previsto en diferentes disposiciones normativas.

Después de numerosas propuestas provenientes de diferentes ámbitos, la Comisión General de Codificación ha elaborado un Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica, siendo este un texto que, cumplidos los trámites de información y consulta públicas, ha recibido en general el beneplácito de las organizaciones de representantes de las personas con discapacidad y el de los profesionales de diferentes ámbitos (incluido el jurídico), así como también el informe favorable del CGPJ y del Consejo de Estado.

Desde la perspectiva del Registro de la Propiedad, siendo los intereses patrimoniales de las personas con discapacidad los que están en juego, entendemos que la reforma futura que sin duda verá la luz refuerza estos intereses no solo porque, desde el plano del derecho sustantivo (que ha de calificar y aplicar el Registrador con una mentalidad libre de prejuicios), desaparece el estado de incapacitación y el sistema de sustitución en la toma de decisiones (sustituyéndose por otro basado en el respeto de la autonomía de la voluntad, en la autorregulación de las medidas de previsión/provisión de apoyos y en la flexibilidad en su adopción), sino también

por la principal novedad prevista (ya en el ámbito puramente registral) que consiste en la creación del *Libro único informatizado de situaciones de la persona* (que vendría a sustituir al *Libro de Incapacitados*).

En palabras de la Exposición de Motivos esbozada en el Anteproyecto:

(...) En el ámbito del Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado, que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, para que cualquiera que sea el juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, sean conocidas por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo. De esta manera, los primeros tendrán un elemento decisivo en la calificación de la validez de los actos inscribibles, y los segundos no se verán sorprendidos por la anulabilidad de un negocio celebrado sin los requisitos previstos en la sentencia correspondiente. (...)

Estas palabras que se acaban de transcribir están en consonancia con lo que se ha expuesto acerca de la importancia de inscribir las resoluciones judiciales, y la protección que brinda el Registro de la Propiedad a las personas con discapacidad como consecuencia de esta inscripción.

Si bien con la reforma futura dejará de haber resoluciones judiciales que decreten la incapacidad de la persona, no es menos cierto que, en caso de discapacidad severa, la supervisión y tutela judiciales en lo que respecta al pleno desenvolvimiento de la capacidad jurídica van a seguir siendo insoslayables, sin que esta afirmación suponga defender ningún tipo de trasnochado planteamiento paternalista.

Así lo pone de manifiesto el acertado informe del CGPJ sobre el Anteproyecto. La tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad siempre se ha manifestado como la mayor garantía en defensa de sus derechos, siendo precisamente nuestros órganos judiciales quienes paulatinamente se han ido orientando en sus decisiones hacia fórmulas más respetuosas con la voluntad, necesidades y preferencias de las personas, adaptándose en este sentido los fallos judiciales a las circunstancias de las mismas, erigiendo la curatela sobre la tutela como la institución de apoyo más conveniente.

No debe en este sentido, a nuestro juicio, despertar recelos en la judicatura el hecho de que en la reforma proyectada, de acuerdo con el espíritu de la CDPD, se potencie un sistema de autorregulación por el cual prime la voluntad de la propia persona en la determinación de las medidas de apoyo necesarias para el caso de sobrevenirle una discapacidad que le dificulte el ejercicio pleno de su capacidad jurídica, pues en todo caso queda siempre salvaguardada la supervisión de la autoridad judicial, además de que, ciñéndonos a la esfera patrimonial (que constituye genuinamente el centro de atención principal del Registro de la Propiedad),

habrá casos en que la persona carezca de las mínimas facultades intelectivas necesarias para la celebración válida de un negocio jurídico dispositivo sobre bienes inmuebles.

En estos casos, en los que no existe la facultad de entender y querer (la facultad necesaria para poder prestar consentimiento), el Anteproyecto prevé el apoyo de un *curador con facultades representativas* nombrado necesariamente por la autoridad judicial (curador que, por otra parte, ha de seguir contando con el refuerzo o garantía añadida de la autorización judicial para la validez de determinados actos de enjundia económica, como singularmente es el caso típico de la venta de un inmueble); y son precisamente estos supuestos los que constituirán el contenido más característico del *Libro único informatizado* (además de otros que puedan afectar a la libre administración y disposición de los bienes de una persona, como el caso también paradigmático de la persona que incurre en concurso).

En definitiva, a través de este novedoso *Libro*, el Registro refuerza la efectividad de las resoluciones judiciales ya de un modo absoluto, al hacerlas públicas sin excepción.

No hace falta volver a insistir en el acierto del Anteproyecto al establecer con carácter imperativo la inscripción para todos estos casos en el Registro de la Propiedad (incumbiendo al Letrado de la Administración de Justicia la comunicación de oficio), manteniéndose por otra parte en la redacción del mismo la necesidad de seguir practicando también las inscripciones en el folio de la finca o fincas inscritas a nombre de la persona con discapacidad que reciba necesidad de apoyo, así como la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la demanda al inicio o en cualquier estado del procedimiento, reconociendo al Ministerio Fiscal plena legitimación para ello. También queda reiterada la necesidad de inscribir en todo caso estas resoluciones en el Registro Civil, como requisito para que sean plenamente oponibles a tercero.

4.2. Previsiones en materia de hipoteca legal

En esta materia el Anteproyecto a que hemos hecho alusión amplía la posibilidad de que la persona con discapacidad obtenga tal hipoteca a su favor no solo cuando la medida de apoyo establecida sea la curatela (judicial), pues también cabrá exigir hipoteca legal sobre los bienes de quienes ostenten un poder preventivo general, lo que es plenamente lógico al asimilarse *de facto* en este caso el apoderado al curador con plenas facultades representativas.

Como novedad introducida por la reforma proyectada se establece que la hipoteca quede cancelada no solo cuando la autoridad judicial acepte su sustitución por otra garantía o cuando hayan sido aprobadas las cuen-

tas de la curatela, sino en todo caso cuando hayan transcurrido tres años desde la rendición final de cuentas sin que conste en el Registro ninguna reclamación por razón de las mismas.

4.3 El uso de la vivienda familiar

Otra cuestión novedosa destacable en el Anteproyecto con repercusión registral es la nueva regulación del artículo 96 CC, que vendría a dar solución legal a un problema tratado por las SSTS (Sala 1ª) 31/2017, de 19 de enero, y 181/2018, de 24 de abril. Nos referimos a la imposibilidad de dar el mismo tratamiento (a tenor de la redacción vigente de este precepto y a la interpretación que del mismo hace el alto tribunal en relación con el conjunto del ordenamiento) a los hijos mayores con discapacidad que a los hijos menores de edad (como individuos, unos y otros, necesitados de especial protección), a la hora de atribuir el uso de la vivienda familiar en las situaciones de crisis matrimonial.

En la regulación actual, la atribución de tal uso se establece a favor del cónyuge y de los hijos en cuya compañía queden, sin determinación del plazo de duración de tal derecho real.

En la futura regulación está previsto que el uso se atribuya a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad, disponiéndose que si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará entonces el plazo de duración de ese derecho; previéndose en todo caso que los hijos comunes mayores de edad que, al tiempo de la nulidad, separación o divorcio, estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparen a los hijos menores que se hallen en similar situación.

Y como medida de protección registral a favor de los hijos con discapacidad que se hallen en estas circunstancias, se establece que para disponer de todo o parte de la vivienda cuyo uso se haya atribuido conforme a lo que se acaba de exponer, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial, haciéndose constar esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar en el Registro de la Propiedad.

4.4. La guarda de hecho

Para terminar, resaltamos un último aspecto en el Anteproyecto que tendría una gran trascendencia práctica en la vida real y en los asuntos

referentes al Registro de la Propiedad. Nos referimos a la nueva regulación de la *guarda de hecho*, que hoy por hoy, y sin necesidad de ningún reconocimiento legal o investidura judicial, constituye una realidad social por la que numerosas personas con discapacidad están adecuadamente asistidas o incluso apoyadas en su toma de decisiones por un guardador de hecho, que generalmente será un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables, tal y como lo pone de manifiesto la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto.

La realidad actual demuestra que en bastantes ocasiones el detonante que provoca el inicio del procedimiento de constitución de la tutela es la necesidad de que la persona con discapacidad enajene un bien inmueble, para así disponer de metálico con el que atender a sus necesidades económicas.

Con la futura reforma, que reconoce a la *guarda de hecho* como una de las principales instituciones de apoyo, ya no será necesario que se abra todo un procedimiento general por el que la autoridad judicial provea de los apoyos precisos, sino que bastará la autorización judicial para el caso concreto, previo examen de las circunstancias, que el guardador de hecho se encargará de procurar a través de un procedimiento más sencillo de jurisdicción voluntaria en el que, en coherencia con el respeto que merece la persona con discapacidad interesada, ésta habrá de ser oída inexcusablemente.

Confiamos en que esta previsión normativa y las otras que hemos analizado sean pronto una realidad legal.

VII. MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA, PSICOLÓGICA (COGNITIVA) Y A LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES. UNA VISIÓN DESDE LA PSIQUIATRÍA Y PSICOLOGÍA FORENSE, LA BIOÉTICA Y LA GERONTOLOGÍA

Julio Antonio Guija Villa

Psiquiatra. Médico Forense. Servicio de Psiquiatría Forense. Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Sevilla

Carmen Sánchez Carazo

Doctora en medicina.

Master en bioética

Antonio Martínez Maroto

Jurista-Gerontólogo

Master en bioética

Rocío Gómez Hermoso

Psicóloga forense

Doctora en derecho penal.

Cómo ámbitos de actuación debemos señalar los siguientes:

1. CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA.

Es necesaria una jurisdicción especializada, no sólo con la finalidad de profundizar en conocimientos sino, sobre todo, en la formación de los operadores jurídicos en las relaciones interpersonales. Cuando hacemos este tipo de reflexión no es con la idea de circunscribirse a los Jueces sino a todas las personas que de una u otra forma intervienen en los procedimientos judiciales en personas con discapacidad: Jueces, Fiscales, Médicos Forenses, Psicólogos Forenses, Abogados, Procuradores y el personal al servicio de la Administración de Justicia. Se debe proceder a la reali-

zación de cursos, impartidos por profesionales, en los que se profundice sobre aspectos tan esenciales como el trato con estas personas y en la comunicación, expresión y comprensión adecuada a sus necesidades.

2. PREFERENCIA EN LA UTILIZACIÓN DE LA COMUNICACIÓN ORAL SOBRE LA ESCRITA EN LA RELACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Obviamente, para que quede constancia de la comunicación, es necesaria la utilización del medio escrito. Ello no obsta a que la relación con las personas con discapacidad intelectual, se simultanee e incentive la comunicación oral. Es más fluido y menos estresante para la persona, este sistema que el escrito; para ello, como hemos señalado anteriormente, es absolutamente necesaria la formación del personal interviniente. La individualización en la comunicación verbal acorde con cada discapacidad resulta más eficaz para que cada persona inmersa en el proceso judicial entienda de que se trata ese acto, además aporta mayor empatía y atención a las necesidades personales. En la comunicación escrita se debe proceder a establecer formatos de fácil lectura para que las personas con problemas de comprensión puedan entender todo lo que se les dice. Igualmente, en el caso de que una persona sea ciega se le deberá proporcionar toda la información escrita en sistema Braille. En definitiva, cualquiera no puede ser interlocutor de una persona con discapacidad.

En la comunicación escrita se debe proceder a establecer formatos de fácil lectura para que las personas con problemas de comprensión puedan entender todo lo que se les dice. Igualmente, en el caso de que una persona sea ciega se le deberá proporcionar toda la información escrita en sistema Braille.

3. FOMENTAR LA ENTREVISTA SIMULTÁNEA DE JUEZ Y MÉDICO FORENSE CON LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Con ello se evitan duplicidades y reiteraciones. así como eventuales daños psicológicos. Por otro lado, se fomenta el enriquecimiento mutuo de Juez , Médico Forense y Psicólogo Forense escuchando uno la intervención del otro. Ello no es óbice para que el Médico y Psicólogos Forense, si lo consideran necesario, prolongue en solitario su entrevista.

Desde la perspectiva médico forense, y siempre con el fin de asesorar a jueces, fiscales y tribunales de justicia, así como para conocimiento del resto de operadores jurídicos, el proyecto de la Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, independientemente de su aprobación futura, nos aporta puntos de reflexión para su

aplicación en caso tanto de personas con trastorno psíquico como personas mayores. En este sentido cabe destacar:

A. Es necesario respetar la voluntad, deseos y preferencias de las personas así como mantener una proporcionalidad en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Las medidas de apoyo deben ser ágiles y adaptadas a las circunstancias. Es importante determinar la voluntad y preferencias de la persona en dos momentos diferentes:

- a) Poderes preventivos
- b) Disposición de la curatela

Sólo siendo escrupulosos en la valoración de la voluntad en esos momentos, descartando patologías o dependencia emocional patológica, podemos considerar que las decisiones de las personas se realizan voluntaria y libremente y no en el contexto de algún tipo de abuso. No es fácil superar la dificultad que plantea la determinación de la voluntad libremente. Por ello es preciso averiguar si concurre alguna patología que pueda alterar la capacidad para otorgar una decisión voluntaria y libremente determinada, decisión que no se encuentre alterada o mediatizada por trastorno psíquico. Es preciso también descartar la posibilidad de dependencia emocional que influya en la toma de decisiones (influencia indebida o captación de la voluntad). Es la única forma de entender la libertad de la persona. Por ello, no se pueden dar normas generales para cualquier tipo de patología sino que habrá que acudir al caso concreto.

B. Las personas se convierten en mayores poco a poco, año a año y por tanto el deterioro cognitivo o la demencia que en su caso que pudiera sobrevenir, no es un trastorno que habitualmente surja en escaso tiempo (semanas o meses) sino que debe transcurrir un tiempo prolongado para que se haga evidente (incluso años).

C. En estas circunstancias, estas personas son más vulnerables que el resto, estando potencialmente sometidas a situaciones de abuso de cualquier tipo: físico, psíquico, sexual, económico, etc. No podemos olvidar que en el momento actual, más del 75% de las demandas de modificación de la capacidad se llevan a cabo en personas mayores con trastornos cognitivos.

4. EVITAR LA ASISTENCIA A JUICIO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD SI NO ES ESTRICTAMENTE NECESARIO. PARA ELLO ES NECESARIO INFORMAR DESDE EL JUZGADO TANTO AL INTERESADO COMO A LA FAMILIA.

5. ADAPTAR LA ENTREVISTA, LOS INFORMES FORENSES (MÉDICOS Y/O PSICOLÓGICOS) Y LA SENTENCIA A LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS DE CADA CASO CONCRETO

Debe obviarse la generalización y la utilización de fórmulas estereotipadas. Hay que dejar absolutamente claro cuáles son las áreas en las que la persona necesita de ayuda y cuáles son en las que goza de plena autonomía. Una recogida de datos rigurosa y metodológicamente estricta adecuada a la discapacidad de la persona, llevara a una evaluación psicológica o médica tan completa que evitará nuevas intervenciones en un futuro.

La persona con discapacidad cognitiva deberá ser escuchada y su opinión ha de tenerse en cuenta. Para ello se requiere una intervención psicológica forense especializada que, acorde con la evaluación practicada y las capacidades cognitivas detectadas, pueda servir para que la persona discapacitada se sienta entendida y escuchada y así pueda tomar decisiones acordes con sus necesidades.

Hay que señalar que las personas que tienen una discapacidad física y/o sensorial que les dificulta la comunicación tienen todos sus derechos y ellas son las que han de tomar sus propias decisiones. Se deberá respetar los tiempos y los apoyos que necesiten para ser escuchados. Es necesario señalar que una persona con dificultades en la expresión o recepción del lenguaje pueden comprender los mensajes que se transmiten y decidir libremente.

A continuación se exponen algunos aspectos forenses en la modificación de la capacidad de las personas con discapacidad psíquica.

Partiendo de que la discapacidad psíquica no presupone por sí misma una alteración de la capacidad de la persona para la toma de decisiones, es cierto que en determinadas ocasiones la psicopatología que ocasiona el trastorno mental de base puede comprometer seriamente la libertad y la voluntad. Será en esos concretos casos en los que se deba realizar el estudio pormenorizado *ad hoc*, sin generalizaciones y valorando cuidadosamente cuáles son las habilidades o funcionalidades que permanecen en la persona y cuales se hayan comprometidas con el objeto que se designen los apoyos necesarios.

Hemos señalado la voluntad como eje necesario para la toma libre de decisiones, bien entendido que debe tratarse de una voluntad libre de toda patología. Desde la perspectiva forense el problema se plantea a la hora del estudio de la voluntad dado que se trata de una función psíquica (aspecto por otro lado discutido) que no permite un abordaje directo sino a través del estudio de las diferentes funciones psíquicas que componen a la persona.

Por tanto, la aproximación suele efectuarse de modo indirecto a través de la entrevista psiquiátrica o de diferentes instrumentos con los que

ponemos de manifiesto la psicopatología que puede incidir en las diferentes funciones psíquicas (conciencia, pensamiento, sensopercepción, afectividad, inteligencia, etc.), ocasionando una pérdida de libertad en la toma de decisiones, ya sea por una afectación cognitiva (demencias, discapacidad intelectual) o por alteración del resto de funciones psíquicas (por trastornos psicóticos, por consumo de sustancias o afectivos, fundamentalmente). Si bien es cierto que este procedimiento es útil y da respuesta a las cuestiones que se plantean habitualmente en el campo de la capacidad civil, no lo es menos que serían deseables instrumentos estandarizados del tipo *MacArthur Competence Assesement Tool* (Grisso y Apelebaum, 1988), aunque éste valora capacidad para consentir en tratamientos, o similares, con el objeto de valorar la capacidad, basándose en los criterios de comprensión, aperccepción, razonamiento y elección.

Tras el estudio forense de la persona, el informe debe aclarar los aspectos más representativos que ayuden al juez a *realizar el traje a medida* de la capacidad en la toma de decisiones y de voluntad en diferentes aspectos de la vida, dejando claro su funcionalidad y por tanto qué actividades permanecen y cuáles necesitan apoyos. En ese informe deben apreciarse con suficiente nitidez:

- a) las habilidades para la vida independiente: autocuidado (aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento, etc.); instrumentales cotidianas (comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda, etc).
- b) las habilidades económico-jurídico-administrativas: conocimiento de su situación económica; capacidad para tomar decisiones de tipo económico (seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.); capacidad para otorgar poderes a favor de terceros; capacidad para realizar disposiciones testamentarias; capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.
- c) Las habilidades para la salud: manejo de medicamentos; seguimiento de pautas alimenticias; autocuidado (cuidado de las heridas, úlceras, etc.); consentimiento del tratamiento.
- d) Las habilidades para el transporte y manejo de armas: capacidad para la conducción de vehículos; capacidad para el uso de armas.
- e) Las habilidades en relación con el propio procedimiento: alcance del conocimiento sobre el objeto del procedimiento; alcance del conocimiento sobre sus consecuencias.
- f) La capacidad contractual: Alcance del conocimiento y comprensión en determinados casos, como: préstamos, donaciones, cualesquiera actos de disposición patrimonial.

En definitiva, el informe forense debe ser lo mas objetivo posible a la hora de valorar la funcionalidad de la persona con discapacidad psíquica. La funcionalidad se encuentra relacionada tanto con las habilidades como

las carencias de la persona así como los apoyos con los que ya cuente, y siempre partiendo del principio de autonomía de la persona en la que hay que respetar la libertad y voluntad no patológicas.

6. ACCESIBILIDAD Y DESAPARICIÓN DE BARRERAS ARQUITECTÓNICAS

Resulta incongruente que los Juzgados destinados a resolver problemas de personas con discapacidad se encuentren situados en plantas elevadas de edificios en los cuales resulta difícil su acceso.

7. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y CONFIDENCIALIDAD ES UN DERECHO DE TODAS LAS PERSONAS, Y SIEMPRE HA DE SER RESPETADO EN EL CASO DE LAS PERSONAS CON ALGUNA DISCAPACIDAD, YA SEA FÍSICA, PSÍQUICA, PSICOLÓGICA/ COGNITIVA O SENSORIAL

8. ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COGNITIVA Y A LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES

8.1. Personas con discapacidad cognitiva

Debemos tener siempre presente que una persona con una discapacidad cognitiva o intelectual ha tenido anomalías en el proceso de aprendizaje, ha adquirido de forma incompleta y tardía habilidades intelectuales y suele presentar dificultades en algunas áreas adaptativas como comunicación, cuidado personal, vida en el hogar, habilidades sociales y autogobierno, entre otras. Pero la diversidad e intensidad de las dificultades es tan diferente de unas personas con discapacidad cognitiva a otras que, resulta fundamental que la sensibilización y adquisición de conocimientos sobre estas personas de todos los que trabajamos en Justicia sea una realidad que permita una aproximación individualizada y acorde con sus grados de discapacidad.

Conocer estas dificultades nos permite entenderlas y tratar a las personas con discapacidad cognitiva de forma empática.

La necesidad de contar con tiempo para comunicarse, respetar la lentitud en las respuestas, la falta de concentración o la dificultad para hacerse entender es un comienzo necesario para hablar del buen trato a las personas con discapacidad intelectual.

Los profesionales de la justicia debemos facilitar el acceso de estas personas a los procesos judiciales donde se ven inmersos. Una atención psicológica especializada sería idónea para acompañar en el proceso judicial a esta persona con dificultades. Sea cual sea el lugar que ocupe en el proceso, víctima, agresor, parte denunciante, denunciada, testigo...

Promover la autonomía de todas las personas con discapacidad y preservar la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la Justicia son criterios básicos de la convención que deben ser trasladados de igual manera a las personas con discapacidad cognitiva.

8.2. Especial referencia a la dependencia emocional y captación de la voluntad

La esperanza de vida ha aumentado de forma importante en España. En la actualidad, se sitúa en 83,3 años de media. Si bien esa información debe congratularnos por lo que supone de avance en el aspecto social, sanitario y humano, la última Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) del Instituto Nacional de Estadística (2008), se prevé actualización en 2021, nos pone de manifiesto algunos datos que deben hacernos reflexionar:

- El número de personas con discapacidad alcanza los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población.
- Un total de 608.000 personas con discapacidad viven solas en su hogar.
- 1,39 millones de personas no pueden realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda.
- 269 mil personas que residen en centros de personas mayores, centros de personas con discapacidad, hospitales psiquiátricos y hospitales geriátricos tienen alguna discapacidad
- Cuatro de cada 10 personas de seis y más años con discapacidad tienen deficiencias en huesos y articulaciones.

Existe un elevado porcentaje de personas con discapacidad, especialmente en el tramo de mayor edad, lo que les convierte en personas vulnerables necesitadas de mayor protección y respeto a sus derechos, entre ellos a su capacidad de tomar decisiones de forma libre y voluntaria.

En los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses se viene observando situaciones en las que las personas con leve discapacidad cognitiva y ligera/moderada discapacidad funcional, desarrollan dependencia emocional en relación a una nueva figura que emerge en su entorno que bien puede tratarse de la persona cuidadora, ya sea familiar o profesional, o bien de alguien que aparezca *de novo*. En el caso de que exista un verdadero interés por la persona mayor, no hay nada que objetar. El problema se suscita cuando comienzan conductas de influencia

indebida tales como mantener a la víctima en el desconocimiento, aislarla de los demás y de la información, generar miedo, aprovechar las vulnerabilidades, generar dependencias, propiciar la falta de confianza en las propias capacidades, inducir vergüenza y secretismo y realizar actos de bondad intermitente (Modelo de Brandle/Heisler/Steigel, 2005).

En definitiva, se genera una captación de la voluntad de tal forma que la misma deja de ser libre y pasa a encontrarse mediatizada por aspectos patológicos, ideación sobrevalorada acerca de determinadas personas, no siempre fáciles de poner de manifiesto. Esta limitación es de especial relevancia en la valoración que van a realizar determinados profesionales acerca de la capacidad de consentir en diferentes aspectos de la vida, tales como los notarios, jueces, fiscales, forenses... No se debe perder de vista que el ser humano, además de cognitivo es emocional y que ambas esferas psíquicas se influyen mutuamente. Valorar sólo el aspecto cognitivo sin entrar en algo tan esencial del ser humano como los afectos, puede llevarnos a importante error en detrimento de la persona mayor.

8.3. Personas mayores vulnerables

Aunque los avances en políticas sociales para las personas mayores más vulnerables han sido importantes en las últimas décadas, es conveniente referenciar que con la publicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y con entrada en pleno vigor el 3 de mayo de 2008, se incorpora una bocanada de aire fresco en la concepción de los derechos de las personas con discapacidades en general y de aquellas personas mayores con alguna discapacidad.

No en vano se ha dicho que esta Convención es la primera declaración de derechos humanos del siglo XXI. Y también, no en vano, son muchas las Asociaciones de todo tipo y los profesionales que han alentado una reforma tan fundamental como la que nos ofrece la Convención. La Convención da un gran paso adelante en lo esencial, en lo importante y no sólo en lo accesorio, consagra el predominio de la autonomía personal en todo tipo de personas, con independencia de sus características físicas, psíquicas, psicológicas/cognitivas o sensoriales y vela muy especialmente porque ésta no les sea arrebatada so pretexto de una mayor y más eficaz protección.

Sintetizando el enorme contenido que la Convención tiene, y tratando de llevarlo al formato reducido que una guía conlleva, vamos a poner de relieve aquellos puntos que pueden ser de más utilidad a los profesionales

que trabajan con personas mayores con discapacidad y a las propias personas mayores y a sus familias. En este orden de cosas conviene destacar la necesidad de que las personas mayores conozcan los siguientes temas:

A. La importancia de la autonomía personal.

La esencia del espíritu de la Convención, junto con el cambio conceptual de la propia discapacidad, gira constantemente en torno a este principio, la autonomía personal, que lo eleva a categoría universal. Los profesionales de la gerontología y sobre todo las familias no pueden perder de vista esta cuestión. La persona mayor aun en el caso de que fuera frágil y vulnerable, si puede expresar su voluntad, debe hacerlo; y ésta debe ser tenida en cuenta. Cuando hay deterioro cognitivo, en la medida en que puedan manifestar su voluntad, las personas mayores deben ser oídas y debe respetarse aquello que esté más de acuerdo con su anterior modo de vida o aquello que ha constituido la forma normal de resolver sus problemas. Este derecho debe ser tenido en cuenta y debe potenciarse, ya que afecta a todos los mayores con discapacidades psíquicas, psicológicas/cognitivas o sensoriales fundamentalmente, o con dependencias.

B. La protección jurídica general y el acceso a la Justicia.

El artículo 13 de la Convención dice que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, haciendo ajustes de procedimiento y acomplamientos adecuados a su edad. La exigencia no por complicada y compleja debe dejarse de cumplir. Las personas mayores deben conocer que tienen derecho a la protección de los jueces y por supuesto a acceder a la Justicia, tanto en sentido físico, (no barreras insalvables), como en sentido personal y humano (más cercanía, lenguaje comprensible, receptibilidad).

C. Igualdad y no discriminación

La igualdad y por lo tanto la no discriminación está reconocida en todas las declaraciones existentes. Como postulado general no admite ni la más mínima duda. No obstante lo anterior, la realidad es que la igualdad y la no discriminación es motivo de frecuentes quejas por parte de las personas mayores vulnerables y sus familias. En muchas ocasiones y en situaciones muy avanzadas de discapacidad o dependencia, a veces, no suele existir más que una aceptación de la propia discriminación.

D. Accesibilidad

El artículo 9 de la Convención que trata de este tema hace mención al entorno físico, el transporte y las comunicaciones, así como a las nuevas tecnologías. Es de todos conocida la existencia de la brecha digital, mucho más localizada entre la edad adulta y las personas mayores. De ahí que sea realmente complicado el uso de determinados sistemas por parte de

una persona mayor. Todo ello debe ser perfectamente allanado para que esto no suponga un fuerte rechazo para las personas mayores y tiene que haber una perfecta sintonía entre los operadores jurídicos y las personas con discapacidad, de tal manera que desaparezca la desconfianza e incluso el miedo y se realice todo con la máxima normalidad.

E. Libertad y seguridad de la persona. Vida independiente e inclusión en la comunidad

El disfrute del derecho a la libertad y a la seguridad de las personas mayores con discapacidad está muy relacionado con el acceso a la Justicia. La toma de decisiones cuando ello sea posible ayuda en la consecución de este derecho. Pero son muchas las ocasiones en que la persona mayor está condicionada por el parecer de sus descendientes o familiares en general. En ocasiones ciertas decisiones limitan ostensiblemente su capacidad de movimientos o sus formas de vida independiente o incluso la posibilidad de ser incluidas en la sociedad.

El vivir de una u otra manera, eligiendo su lugar de residencia, e incluso optando por diferentes modos y formas de acabar una vida, es una opción de la propia persona que debe respetarse y vigilar su cumplimiento desde la Fiscalía, cuando exista vulneración de derechos fundamentales. De ahí la necesidad establecida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige la autorización judicial para el ingreso en una institución residencial de las personas que no estén en condiciones de decidirlo por sí mismas y por supuesto el consentimiento de quien pueda manifestarlo.

Llama poderosamente la atención y supone un conocimiento muy preciso de la realidad social, como es de esperar, el último párrafo del artículo 19 de la Convención que habla de que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y que se tengan en cuenta sus necesidades. Hay que ser especialmente cauteloso con este tema, para propiciar la cohesión y las relaciones intergeneracionales, tan necesarias para la integración plena de las personas mayores en general y de las que tienen discapacidades en particular. Las personas mayores tienen derecho a tener sus propios proyectos vitales y a llevarlos a término de forma independiente. Y también tienen derecho a una participación inclusiva.

F. Privacidad

Dice claramente el artículo 22 de la Convención que los Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y que las personas no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación. Ni de agresiones contra su honor y su reputación.

La importancia del respeto a estos derechos ha sido puesta de relieve constantemente por todos los profesionales del derecho español en multitud de actuaciones, pero tan cierto como lo anterior es que no son pocas las personas mayores que se quejan de este tipo de vulneraciones en su vida normal, y son muchas más las que sin quejarse reciben este tipo de injerencias, con relativa frecuencia.

Con ello se quiere dejar constancia de que es un camino que no conviene abandonar. En esta línea es preciso seguir insistiendo, porque los cuidados de una persona tienen siempre límites, y el cuidador está sujeto a determinadas normas. La confidencialidad es esencial en las relaciones profesionales y cuando se trata de personas mayores es exactamente igual, incluso aunque éstas tengan deterioro cognitivo.

G. Salud

Partiendo de que las personas mayores dicen gozar de muy buena salud en las encuestas, y se manifiestan bien atendidas, por regla general, cuando acuden a los servicios sanitarios, es preciso insistir en la necesidad de una asistencia al mismo nivel que el resto de la ciudadanía. No debe haber discriminaciones en razón de la edad o teniendo en cuenta el número probable de años que quedan por vivir. La vida es un valor importante que no tiene una traducción cuantitativa. A menos años probables de vida restante, no equivale menos valor de esa vida, ni para la propia persona ni para el resto de ciudadanos y por lo tanto no se corresponde con menores cuidados. Ya se encarga la Convención de recordarlo y dice que la discapacidad no puede dar lugar a discriminación negativa. Los Estados deben proporcionar los mismos servicios en igualdad de condiciones, más algunos servicios específicos que tengan en cuenta la discapacidad y vayan directamente dirigidos a paliarla.

Es inadmisibles no prestar determinados servicios, en base a razones de edad o de dependencia o discapacidad. Si se entiende que hay mayor morbilidad asociada a la edad, la toma de decisiones no puede estar al margen del paciente mayor.

Tema de suma importancia es la información y el consentimiento informado, que deben darse al paciente, cliente o usuario y no a su familia o allegados. Informar y decidir son funciones propias y competen a la persona que va a recibir la prestación o el servicio.

Asimismo se deben tener en cuenta las instrucciones previas dadas por la persona mayor en previsión de que llegado el momento no esté en condiciones de decidir por sí misma.

En el ámbito sanitario no es aceptable la discriminación por edad, ni la sustitución de la persona mayor por los familiares, si no es absolutamente necesario o si no se manifiesta en este sentido la propia persona mayor.

Todo esto está recogido en la Convención junto con el trato humanizado que exige la dignidad de la persona afectada por una enfermedad y que desde el ámbito profesional se debe dar.

H. Epilogo

Con esto se concluye el breve repaso hecho a aquellos puntos más significativos de la Convención con repercusión directa en cuestiones relacionadas con las personas mayores con discapacidad. Si algo, en primer lugar, se tiene que destacar insistiríamos en la necesidad de trasladar la idea de autonomía que impera en la Convención a todo el ámbito de la discapacidad. Cualquier decisión que las personas mayores tengan que tomar es propia de la persona mayor. No es posible que queden excluidas de tomar decisiones las personas mayores por el mero hecho de la edad o la discapacidad.

En segundo lugar, destacaríamos la idea de accesibilidad física y la posibilidad de tomar contacto de manera normalizada con los operadores jurídicos en general. Esto daría cumplimiento al mismo tiempo al mandato constitucional de protección y abriría un nuevo camino en el acercamiento de las personas mayores a la protección y defensa de los jueces. La propia sociedad y las personas mayores deben pensar en los órganos judiciales como agentes de protección y para ello aparte de accesibilidad física se requiere que sean accesibles a nivel personal, humano y de relación. Muchos así son. Para ello es imprescindible, y como guía, así hay que decirlo, que las personas mayores acudan a la Justicia y denuncien sin ningún tipo de miedos ni prevenciones, que tienen su origen casi siempre en la falta de información.

Y en tercer lugar hay que insistir en la igualdad. Casi todos los mandatos que contiene la Convención, de una u otra forma, indican “en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos”. Se trata de evitar que la edad, la dependencia o la discapacidad sitúen a las personas mayores en desventaja en relación con el resto de la ciudadanía.

La regulación proyectada va a introducir importantes cambios en esta materia, que por lo que concierne a las personas mayores cabe resumir en la exigencia legal de suministrarles los apoyos que precisen para la toma de sus decisiones. Se parte de la base de tener en cuenta la autonomía personal inherente a todo ser humano. Conscientes de que habrá supuestos en los que será imposible, de facto, contar con el ejercicio de dicha autonomía, se prevé la posibilidad de dotar de ciertos apoyos a las personas que no puedan manifestar su voluntad con ciertas garantías. Ello no será impedimento para contar con sus preferencias, conocidas de antemano o con la manifestación de aquella parte de la voluntad que puedan exteriorizar.

Para las personas que necesiten apoyo, éstos serán entendidos con una perspectiva amplia, siendo varias las opciones a las que se pueda recurrir. Los apoyos no son sino medidas de protección que ayudan a la realización

de determinados actos, que de otra forma no se podrían llevar a cabo y así tal y como dice la exposición de motivos, se referirán a “acompañamientos amistosos, ayudas técnicas, ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, consejos o incluso a la representación o sustitución en la toma de decisiones, si ello fuera necesario”.

En relación con las personas mayores con dependencia, las personas vulnerables o frágiles adquirirán mayor relevancia las figuras del guardador de hecho o la curatela, que en realidad ya la están teniendo. Asimismo, los poderes preventivos, las instrucciones previas o cualquier otra declaración de voluntad previa tendrán prevalencia sobre otras medidas de apoyo, todo ello en aras de dar la máxima importancia a la autonomía personal. La flexibilidad en el uso de los apoyos será tenida en cuenta en la aplicación de estas instituciones.

En resumen, lo que la Convención quiere es que se respeten los derechos humanos de todas las personas, y especialmente la voluntad de las personas con discapacidad, en todos los momentos, en la toma de decisiones. Y si esto alguna vez no fuera posible tenerlo en consideración porque la persona no puede manifestarlo en absoluto, que se recurra a apoyos puntuales para un determinado asunto y por un tiempo corto.

Con la nueva significación que la persona con discapacidad adquiere en la Convención se debe insistir en que ésta sea el fundamento de cualquier modificación o cambio y se tienda a preservar el principio de igualdad y no discriminación que está presente en toda la filosofía de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006

VIII. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LAS REGLAS DE BRASILIA

Joaquín Delgado Martín

Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid.

Doctor en Derecho.

Miembro de la Red de Expertos en Derecho Europeo (REDUE)

PREÁMBULO: REGLAS DE BRASILIA COMO COMPLEMENTO DE LA CONVENCIÓN ONU 2006

Las Reglas de Brasilia definen y desarrollan los elementos necesarios para garantizar la tutela judicial de las personas con discapacidad. Por ello, puede afirmarse que las Reglas de Brasilia constituyen el complemento necesario del artículo 13 de la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que reconoce el acceso a la justicia como uno de los derechos de las personas con discapacidad

1. TUTELA JUDICIAL/ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS VULNERABLES

El acceso a la justicia puede definirse como el derecho fundamental que tiene toda persona para acudir y promover la actividad de los órganos encargados de prestar el servicio público de impartición de justicia, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial (Cumbre Judicial Iberoamericana Cancún 2002). Por otra parte el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de contenido complejo que confiere a toda persona el poder jurídico de promover, en defensa de sus derechos e intereses legítimos, la actividad de los órganos jurisdiccionales que desemboque en una resolución fundada en derecho tras un procedimiento justo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas por las partes, y a que la resolución se cumpla (Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española).

Téngase en cuenta que el reconocimiento de un derecho por la norma jurídica carece de sentido si el Estado no configura un mecanismo que permita su aplicación **efectiva**, es decir, que posibilite su cumplimiento eficaz en caso de violación o desconocimiento.

De esta forma, el reconocimiento formal del derecho de acceso a la justicia a todos los ciudadanos en los diferentes ordenamientos ha supuesto un paso importante, pero se ha demostrado insuficiente. Por ello, en el primer cuarto del siglo XXI es necesario avanzar hacia una mayor efectividad, en un proceso que se debe construir principalmente sobre tres presupuestos conceptuales:

1. El primer presupuesto radica en un enfoque funcional, esto es, análisis del funcionamiento del sistema judicial a través de la identificación y actuación sobre las barreras que impiden el efectivo acceso al sistema judicial, así como de las medidas que resulten adecuadas para la remoción de dichos obstáculos.
2. El segundo presupuesto es el enfoque integral, de tal forma que se adopte una perspectiva global que tome en consideración todo el sistema de justicia, es decir, el sistema compuesto por un conjunto de entidades, órganos e instituciones del Estado que están involucradas en la función de administrar justicia. De este sistema forman parte los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; los Jueces, Fiscales, Defensores Públicos, Procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia; los Abogados y otros profesionales del Derecho; y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento.
3. Y el tercer presupuesto se encuentra en el enfoque centrado en las personas vulnerables, que se concreta en una actuación más intensa frente a unos mayores obstáculos. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, dado que encuentran mayores obstáculos para su ejercicio. Por ello, el sistema de justicia debe llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema judicial puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades, favoreciendo la cohesión social.

2. ¿QUÉ SON Y CÓMO NACEN LAS REGLAS DE BRASILIA?

Las Reglas de Brasilia nacen con la finalidad de facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables, introduciendo la visión de un

sistema judicial proactivo frente a los obstáculos de acceso que afectan a estas personas.

2.1. Génesis

Con los presupuestos conceptuales antes mencionados han nacido las “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, siendo el resultado del trabajo en diferentes talleres y reuniones que tuvieron lugar los años 2007 y 2008 dentro de la estructura de preparación de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que agrupa a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y a los máximos responsables de los Consejos de la Judicatura de 23 países iberoamericanos. Resultando finalmente aprobada en el Plenario que tuvo lugar en Brasilia en 2008.

Posteriormente, su contenido fue aprobado por las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema de justicia:

- la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP),
- la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP),
- la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* (FIO) y
- la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA);
- habiendo contado con el apoyo del “Proyecto EUROsociAL Justicia” de la UE.

Asimismo, las Reglas de Brasilia han sido objeto de declaraciones nacionales, es decir, acuerdos y otros instrumentos de aprobación, adhesión y similares por diferentes poderes judiciales y entidades del sistema judicial nacional.

2.2. ONU: Objetivos de Desarrollo Sostenible

Cabe destacar la estrecha relación del contenido de las Reglas con la Objetivo 16 de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible. Recordemos que este objetivo se centra en la *“promoción de sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, la provisión de acceso a la justicia para todos y la construcción de instituciones responsables y eficaces a todos los niveles”*.

2.3. Estructura y contenido

Las llamadas “100 Reglas de Brasilia” tienen una primera parte que contiene reglas de procedimiento, así como de organización y gestión

judicial, destinadas a facilitar el acceso a la justicia de la persona vulnerable, como parte en el proceso, para la defensa de un derecho: promoción de una asistencia legal y defensa pública de calidad y especializada, así como gratuita cuando la persona se encuentre en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones; revisión de las reglas de procedimiento (requisitos de acceso al proceso, legitimación, oralidad, anticipo de la prueba) adoptando aquellas medidas de organización y de gestión judicial que resulten necesarias (agilidad, prioridad, coordinación, especialización, actuación interdisciplinaria, proximidad); estímulo de las formas alternativas de resolución de conflictos; promoción de actuaciones destinadas a proporcionar una información básica sobre los derechos (cultura jurídica); e impulso de los sistemas de resolución de conflictos dentro de las comunidades indígenas, propiciando la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basada en el principio de respeto mutuo.

Una segunda parte se refiere a las condiciones de realización de un acto judicial, que debe adaptarse a las circunstancias de cada persona vulnerable (derecho a un trato adecuado). Contiene un conjunto de reglas aplicables a cualquier persona en condición de vulnerabilidad que participe en un acto judicial, ya sea como parte que ejercita una acción o que defiende su derecho frente a una acción, ya sea en calidad de testigo, víctima o en cualquier otra condición: información sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso (contenido, tiempo y forma de la información); comprensión del acto judicial, reduciendo las dificultades de comunicación, tanto en actuaciones orales como en resoluciones escritas; condiciones de la comparecencia en dependencias judiciales (asistencia, información, así como reglas sobre el lugar, el tiempo y la forma); y protección de la intimidad (reserva de actuaciones, toma y difusión de imágenes, protección de datos personales especialmente cuando se encuentran en soporte digital)

Las Reglas contienen un último Capítulo referido a las medidas destinadas a fomentar su efectividad, de tal manera que puedan contribuir de manera eficaz a la mejora de las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: relevancia del principio de colaboración, tanto a nivel interno de cada país como a escala internacional; desarrollo de actuaciones destinadas a la sensibilización y formación de profesionales del ámbito de la justicia, así como a la realización de investigaciones y estudios en la materia; aprovechamiento de las posibilidades que ofrezcan las nuevas tecnologías; elaboración de Manuales de Buenas Prácticas Sectoriales.

Las propias Reglas contemplan la existencia de una Comisión de Seguimiento, que ha venido realizando durante estos años una importante labor de impulso de su conocimiento y aplicación, y en definitiva

de la eficacia de las 100 Reglas. En este ámbito, destaca la relevancia de la actualización de las Reglas aprobada en el Plenario de Quito en 2018

Se trata, en definitiva, de unas reglas reconocidas por las más importantes Redes del sistema judicial iberoamericano como estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Todo ello sin perjuicio del valor normativo derivado de la recepción en Derecho interno del contenido de las Reglas de Brasilia en los respectivos países.

Para terminar, cabe destacar que sería deseable que los principios y contenidos de las Reglas de Brasilia fuerza adoptados en un instrumento internacional vinculante (tratado o convenio internacional) que fortalezca su régimen de aplicación por los sistemas judiciales nacionales.

3. ¿CUÁL ES EL CONCEPTO DE PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD?

3.1. Concepto en las Reglas de Brasilia

Este concepto se encuentra en las Reglas (3) y (4) de las Reglas de Brasilia:

A. Según la Regla (3) de las Reglas de Brasilia, *“Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.*

En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

B. Y la Regla (4) establece lo siguiente: *“Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas – culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.*

La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

3.2. Elementos conceptuales

Las Reglas no contienen una enumeración cerrada de personas o grupos vulnerables, sino que se han optado por recoger un concepto general acompañado de una lista no exhaustiva de causas que pueden determinar la vulnerabilidad. Examinemos cada una de estas cuestiones.

A. Por un lado, se establece una cláusula general que define cuándo las personas se encuentran en condición de vulnerabilidad. A tal efecto, según la Regla (3), tras la actualización de las Reglas 2018, “una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada, por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. De esta manera, junto a la persona también se introduce una alusión al grupo de personas en condición de vulnerabilidad; e inserta asimismo la referencia a la capacidad de la persona o grupo, de tal forma que conecta la condición de vulnerabilidad con la presencia de una insuficiente capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, bien por no estar desarrollada o por encontrarse limitada.

B. Por otra parte, se enumeran una serie de factores que pueden constituir causas de vulnerabilidad, señalando que se trata de una lista no exhaustiva utilizando la expresión “entre otras”. Según la Regla (4) podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes:

1. la edad,
2. la discapacidad,
3. la pertenencia a comunidades indígenas,
4. la pertenencia a otras diversidades étnicas–culturales, entre ellas, las personas afrodescendientes
5. la victimización,
6. la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno,
7. la pobreza,
8. el género,
9. la orientación sexual e identidad de género
10. y la privación de libertad.

La actualización 2018 introduce en el listado de la Regla (4) nuevas causas de vulnerabilidad, con el propósito de dotarles de una mayor visibilidad:

- La pertenencia a otras diversidades étnicas–culturales, entre ellas, las personas afrodescendientes. La redacción inicial hablaba de “minorías”-Reglas (9), (48), (49) y (79)
- La condición de refugiado-Regla (13)
- La orientación sexual e identidad de género, haciendo alusión a los colectivos LGTBI-Regla (20)

C. Por último, se recuerda que será cada país quien determine qué concretas personas en encuentran en condición de vulnerabilidad para la aplicación de las Reglas de Brasilia, lo que dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico¹: por ejemplo, refugiados y poblaciones desplazadas², personas en situación de mayor pobreza, ancianos³, migrantes⁴, población carcelaria, personas infectadas con VIH/Sida, las personas jubiladas⁵, la población sin techo o que viva en barrios sin regularización...

Como puede observarse, la discapacidad supone una causa de vulnerabilidad, lo que determina la aplicación de las Reglas de Brasilia. A continuación examinamos las Reglas que se refieren específicamente a la discapacidad; sin perjuicio de la aplicación del resto de su contenido por su dimensión transversal a todas las personas en condición de vulnerabilidad.

¹ Si el nivel de desarrollo económico y social es elevado, mayor podrá ser el esfuerzo del Estado para ofrecer una especial tutela de los grupos más desfavorecidos.

² Es un problema de gran importancia en países con conflictos armados internos.

³ La adecuada tutela de los ancianos está convirtiéndose en una cuestión altamente preocupante en aquellas sociedades donde concurre un gran envejecimiento de la población.

⁴ El tratamiento y derechos de los migrantes deviene relevante especialmente en aquellos países con un gran volumen de inmigrantes.

⁵ La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina declaró la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre las jubilaciones y pensiones (artículos 23, inciso c; 79, inciso c; 81 y 90 de la ley 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430), destacando que la reforma constitucional de 1994 genera el deber del legislador de dar respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables –entre ellos los jubilados–, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. <https://www.cij.gov.ar/nota-33919-PREVISIONAL---La-Corte-Suprema-declar--la-inconstitucionalidad-del-cobro-a-los-jubilados-del-impuesto-a-las-ganancias-.html>

4. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD EN LAS REGLAS DE BRASILIA

La Regla (7) establece lo siguiente: *“Se entiende por discapacidad la situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, y cualquier tipo de barreras de su entorno, que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*

A los efectos de estas Reglas también se encuentran en situación de discapacidad, aquellas personas que de manera temporal presenten tales deficiencias, que les limiten o impidan el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con las demás”.

4.1. Instrumentos internacionales

El artículo 13 de la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención ONU) reconoce el acceso a la justicia como uno de los derechos de las personas con discapacidad. Y el artículo III.1 a) de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (Guatemala 7 de junio de 1999) recoge el compromiso de los Estados parte relativo a la adopción de *“medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración”.* Y. En esta misma línea, las Reglas de Brasilia consideran la discapacidad como un factor de vulnerabilidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Ximenes Lopes vs Brasil (Sentencia de 4 de julio de 2006), afirma que *“La Corte Interamericana considera que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición persona”* (Párrafo 103). Y posteriormente añade que *“Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz*

de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad” (Párrafo 105).

La Regla (7) ha sido modificada por la actualización 2018, redefiniendo el concepto de discapacidad de forma más acorde con la evolución de las convenciones internacionales, especialmente la Convención ONU 2006 y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad:

- Según el artículo I.1 de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (aprobada en Guatemala el 7 de junio de 1999), “el término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.
- El párrafo 2º del artículo 1 de la Convención ONU según el cual “*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales⁶, 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*”⁷.

4.2. La Regla (7) y el modelo social de la discapacidad

La referencia a la situación que resulta de la “interacción entre las personas... y cualquier tipo de barreras” introduce el modelo social de la discapacidad, al que también alude el párrafo 2º del artículo 1 de la Convención ONU que se ha transcrito.

A lo largo de la historia, de la manera en la que la sociedad se ha relacionado con la discapacidad se ha ido modificando considerablemente, habiéndose concretado principalmente en tres modelos⁸. El primer modelo

⁶ Se incluyen, pues, los casos referidos a la “salud mental”

⁷ La Convención ONU no incluye expresamente una definición de la discapacidad o de las personas con discapacidad, sino que contiene determinadas orientaciones que permiten aproximarnos a su concepto.

⁸ Javier MIRANDA ERRO, “La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales”, editado por Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad

es el llamado de prescindencia, en el que se consideraba que los motivos por los que una persona tiene una discapacidad escapan al razonamiento humano y era habitual creer que esa discapacidad tenía que ver con un castigo de Dios; se trataba de personas que no aportaban nada a la sociedad y constituían una carga por sí mismas, y su vida no tenía el mismo valor que la del resto de miembros de esa sociedad y por ello se prescindía de ellas, bien en el sentido literal (submodelo eugenésico) o bien condenándolas a la marginación o encierro (submodelo de marginación). El segundo modelo, el rehabilitador o médico, considera que las causas que dan origen a la discapacidad son médico-científicas, de tal forma que las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero solamente en la medida en que puedan ser rehabilitadas para la sociedad. En tercer lugar, nos encontramos con el modelo social, que se analiza posteriormente.

Tradicionalmente, ser una persona con discapacidad se concebía como una disfunción o carencia personal que residía en la propia persona; lo que generaba que la respuesta de la sociedad se centrara bien en “reparar” a la persona mediante la medicina o la rehabilitación (enfoque médico), o bien proporcionándole cuidados por medio de programas de beneficencia o de asistencia social (enfoque de beneficencia); de esta manera, se designan individuos y profesionales que controlan las decisiones en la vida de la persona con discapacidad.

En los últimos años se ha producido un cambio relevante en la forma de concebir la discapacidad, girando el foco de atención hacia un enfoque social⁹. En el denominado “modelo social de la discapacidad”, ésta es la consecuencia de la interacción del individuo con un entorno que no da cabida a las diferencias y límites del individuo o impide su participación en la sociedad.

(CERMI) y ediciones Cinca, 2016, página 53 y ss.

https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/La_accesibilidad_universal_y_su_gesti_n_como_elementos_imprescindibles_para_el_ejercicio_de_los_derechos_fundamentales.pdf

⁹ Guía para los observadores de la situación de los Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional N° 17. Naciones Unidas – Derechos Humanos – Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2010.

https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

4.3. Consecuencias de la adopción del modelo social de la discapacidad

En primer lugar, la acción del Estado y de la sociedad ha de focalizarse en las propias estructuras sociales, y no en la persona individual, dado que la discapacidad es fundamentalmente una situación y no un rasgo individual. En definitiva, el entorno es el que carece de la capacidad de incluir a estas personas, generando o profundizando su exclusión.

En segundo término, las personas con discapacidad son titulares de derechos, dejando de ser meros receptores de servicios de beneficencia u objetos de las decisiones de otros, y pasen a ser titulares de derechos (enfoque de derechos humanos).

Y, en tercer lugar, las medidas para garantizar los derechos de las personas con discapacidad han de tener como destinatarios todos los miembros de la sociedad (concepto de sociedad inclusiva).

4.4. Otros elementos conceptuales de la Regla (7)

Con la alusión expresa a las “barreras de su entorno”, las Reglas se alejan de antiguas concepciones que equiparaban la discapacidad con la existencia de limitaciones funcionales. El acceso a la justicia de las personas con discapacidad estará limitado o excluido, no por padecer una deficiencia, sino por obstáculos del propio sistema judicial (físicas, jurídicas...). A título de ejemplo, una persona que necesite una silla de ruedas para su desplazamiento no podrá participar en un juicio si la puerta de la sala es demasiado estrecha para la entrada de la silla, o si no existe rampa o ascensor.

En el último inciso de los dos párrafos de la Regla (7) se hace referencia a la “igualdad de condiciones con los demás”. Cabe destacar que, entre los principios generales por el artículo 3 de la Convención ONU, se reconocen en la no discriminación (letra b) y la igualdad de oportunidades (letra e).

La Corte IDH, en el Caso Furlan y Familiares vs Argentina (Sentencia de 31 de agosto de 2012) afirma que *“la Corte observa que [...] se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas”* (Pá-

rrafo 133). Asimismo recuerda que la Convención ONU 2006 “*contiene normas sobre la importancia del acceso a justicia de las personas con discapacidad “en igualdad de condiciones con las demás” e “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad” (Preámbulo y artículo 13.1). En este sentido, el Tribunal considera que en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos*” (Párrafo 196). Y afirma que “*las reparaciones otorgadas, en el presente caso, deben seguir el modelo social para abordar la discapacidad consagrado en los diversos tratados internacionales sobre la materia (supra párrs. 133 a 135). Lo anterior implica que las medidas de reparación no se centran exclusivamente en medidas de rehabilitación de tipo médico, sino que se incluyen medidas que ayuden a la persona con discapacidad a afrontar las barreras o limitaciones impuestas, con el fin de que dicha persona pueda “lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida”*” (Párrafo 278).

El segundo párrafo de la Regla (7) afirma que, a los efectos de estas Reglas, también se encuentran en situación de discapacidad, aquellas personas que de manera temporal presenten tales deficiencias, que les limiten o impidan el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con las demás. De esta manera, las deficiencias y barreras de acceso pueden afectar a la persona, no solamente de forma permanente sino también temporalmente, por lo que deberá ser protegida durante el periodo de tiempo en el que concurran las mismas. MONTEIRO¹⁰ cita como ejemplos el de una mujer embarazada que puede tener restricciones de acceso a determinado local, por la dificultad, temporal, de subir escaleras, con consecuencias negativas de lo más variadas. Durante el espacio de tiempo que durará el embarazo, esta mujer es claramente una persona con necesidades especiales, pero jamás persona con discapacidad; o el de una persona que por tener miopía en un grado elevado y por no contar con los recursos financieros necesarios para ponerle remedio, tiene grandes dificultades para ver, explicando que sus restricciones de acceso en las mismas condiciones de igualdad que las demás personas podrían simplemen-

¹⁰ José Claudio MONTEIRO DE BRITO FILHO, “Asegurando el goce de los derechos en condiciones de igualdad: derechos humanos de las personas con discapacidad – contexto general”, dentro de la obra “Derechos Humanos y Grupos Vulnerables”, Red de Derechos Humanos y Educación Superior (dhes), 2014, página 79.

te desaparecer con el uso de lentes correctoras, o mejor aún, con la realización de una cirugía.

5. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

5.1. Barreras de acceso a la justicia

El “Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado” (2013)¹¹ sistematiza las principales barreras que afectan al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, conteniendo interesantes recomendaciones para superar cada una de ellas. Estas barreras son:

5.1.1. Accesibilidad física

- Ingreso a los edificios
 - Indiferencia con respecto a la falta de señalética adecuada para desplazarse en los edificios y dirigirse a los organismos correspondientes.
 - Indiferencia ante las barreras arquitectónicas
- Consulta de expedientes en mesa de entradas
 - Indiferencia por la infraestructura inadecuada para las personas con discapacidad. La elevada altura de los mostradores de Mesa de Entradas puede constituir una barrera para aquellas personas que se encuentran en silla de ruedas o de baja talla al momento de consultar los expedientes y demás actos procesales propios de la procuración.
- Confidencialidad en lugares de recepción o realización de consultas
 - Falta de confidencialidad en los lugares en los que se recibe o en los cuales la persona con discapacidad realiza sus consultas.

¹¹ “Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado”, Colección de Documentos de Política n° 2, Área Justicia, Eurosocio, Programa para la Cohesión Social en América Latina, Buenos Aires, octubre 2013, páginas 39 y ss
http://www.sia.eurosocio-ii.eu/files/docs/1396257787-Protoco_Argentina_acceso%20a%20la%20justicia%20de%20personas%20con%20discapacidad.pdf

5.1.2. Acceso a la información y comprensión de las actuaciones

- Modo y/o procedimiento inadecuado para brindar información a las personas con discapacidad y comunicarse con ellas. En tales circunstancias se produce la conculcación de derechos o a la posible existencia de nulidades.
- Desconocimiento sobre información y recursos disponibles relacionados con los derechos de las personas con discapacidad.
- En causas relativas a la determinación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental, intelectual, psicosocial, auditiva u otra, se ha advertido en ocasiones que, a su inicio, no se informa a la persona con discapacidad sobre su existencia o naturaleza del procedimiento y, durante la prosecución de la causa, se omite brindar información respecto a su alcance y efectos.
- En relación con las personas con discapacidad psicosocial, se ha advertido desconocimiento por quienes han enfrentado internaciones prolongadas sobre su derecho a contar con un abogado defensor que represente sus intereses ante el juez y su equipo interdisciplinario. Ante ello, muchas internaciones transcurren sin que la persona con discapacidad psicosocial se haya vinculado con abogado alguno, ni suponga que ello constituye una vulneración de sus derechos.
- Notificaciones
 - Omisión de un formato adecuado que asegure que la persona con discapacidad tome conocimiento de su contenido en condiciones de igualdad.
 - Las notificaciones no resultan claras en su lenguaje
 - Falta de notificación personal al interesado. Se advierte que en los casos de las internaciones involuntarias de personas con discapacidad psicosocial o de residencia institucionalizada de personas con otras discapacidades, las cédulas personales no siempre son entregadas directamente a la persona interesada, sino que se dejan en la institución, sin constatar que la persona involucrada la reciba personalmente. Inclusive, en los casos en que esta notificación se realiza de manera personal, se advierte que las personas con discapacidad psicosocial, intelectual o auditiva pueden no comprender lo que se les está notificando, lo que dependerá de la mediación utilizada.

5.1.3. Contacto con el personal

- Identificación del personal
 - Trato despersonalizado por parte de las personas que operan en el sistema de justicia, lo que genera situaciones en las que las PCD

sensorial, intelectual y psicosocial no pueden identificar a la persona que la atendió o le proporcionó información

- Contacto directo
 - Falta de contacto personal de las personas que operan en el sistema de justicia con las PCD. Esto genera que no se realice un seguimiento personalizado del caso, aplicando modelos generales de actuación. En este marco, en algunas peticiones de las PCD se resuelve sin tener presente la voluntad de la persona o, en ocasiones, resolviendo aún más allá de ella.

5.1.4. *Comparecencia en dependencias judiciales*

- Audiencias – entrevistas
 - Indiferencia respecto de la adopción de ajustes razonables para el desarrollo de las audiencias/entrevistas o actos en condiciones de igualdad.
 - Indiferencia ante la situación de discapacidad para la fijación del horario de la audiencia
- Condiciones de la comparecencia
 - Indiferencia respecto de la inadecuación o inaccesibilidad de la sala de audiencias o lugar de la comparecencia.
 - Muchas veces el llamado a viva voz, en el pasillo de ingreso al organismo, presuponiendo que todas las personas se hallan en idéntica situación y pueden comprender lo que se está informando, constituye un obstáculo para la PCD.
- Tiempo de la comparecencia
 - Invisibilidad de los múltiples obstáculos que las PCD deben superar para concurrir a las dependencias del sistema de justicia.
- Forma de la comparecencia
 - Indiferencia respecto de la adopción de ajustes razonables para el desarrollo de las audiencias/entrevistas o actos en condiciones de igualdad.
 - Inclusión y participación de la persona con discapacidad
 - Se ha advertido en algunas ocasiones la existencia de una amplitud de criterio respecto de excepciones a la comparecencia a audiencias o a la realización de diligencias personales en los casos, no solamente de discapacidad física o movilidad reducida, sino para aquellos que requieren apoyos intensos para la comunicación.

5.1.5. *Pruebas periciales*

- Inadecuada percepción por parte de quien actúa en calidad de perito en un proceso respecto de las personas con discapacidad. En

muchas ocasiones, la “mirada” que los peritos tienen para con las personas con discapacidad no es acorde con el modelo social y de derechos humanos. En la práctica, la regla general suele ser la presunción de “incapacidad” (a la que corresponde la expresión “presunto incapaz” o “presunto insano”) y los informes periciales suelen abordarse en forma atomizada en lugar de la interdisciplinar. Se ha advertido cierta resistencia a modificar la mirada médico-céntrica y tutelar.

- Esto se observa en informes que contienen términos inadecuados, lesivos de la dignidad o discriminatorios que evidencian estereotipos negativos, contradicción o indiferencia respecto de la CDPD.

5.1.6. *Adopción de resoluciones*

- Demora en la resolución de las situaciones que involucran a personas con discapacidad.
- Se advierte en algunas ocasiones la omisión de actuación activa por parte de los organismos judiciales en los procesos que involucran a personas con discapacidad, llegando a omitir incluso cargas que les son impuestas por ley. Por ejemplo, en las internaciones involuntarias, solicitar los informes de oficio para los casos de las personas con discapacidad intelectual, psicosocial o auditiva.
- La adopción de resoluciones que afectan derechos fundamentales de las personas con discapacidad, sin tener contacto previo con ellas, constituye un obstáculo para las PCD. A modo de ejemplo, se ha advertido que al inicio de los procesos sobre capacidad jurídica, se ha procedido a la inhabilitación de los bienes, antes de mantener contacto con la persona con discapacidad.
- En muchas oportunidades se advierte que ante pedidos por parte de las personas con discapacidad (psicosocial, intelectual, sensorial y física) se exigen todos los recaudos formales propios del proceso, sin considerar la aplicación de ajustes razonables previo a darle trámite a las peticiones efectuadas.
- Se advierte, en el caso de las medidas que implican una internación involuntaria o privación de la libertad para las personas con discapacidad —psicosocial, intelectual y auditiva—, que los organismos judiciales en muchas oportunidades no actúan con la debida urgencia para adoptar las medidas y garantías establecidas por ley.
- Se advierte, en la mayoría de los casos, escasa presencia de las personas que operan en el sistema de justicia, en las instituciones donde se encuentran alojadas/internadas personas con algunas discapacidades.

- Se advierte una resistencia por parte de las personas que operan en el sistema de justicia para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica y para aplicar el modelo de toma de decisiones con apoyo establecido en la CDPD.

5.1.7. *Garantías en el debido proceso penal*

- Se ha advertido que, en ocasiones, cuando una persona con discapacidad psicosocial, intelectual o auditiva es declarada inimputable en un proceso penal, no se aplica procedimiento alguno en el que se respeten las garantías del debido proceso y se le priva inmediatamente de la libertad mediante la imposición de medidas de seguridad sin determinación temporal de la restricción, y sin acreditar, si quiera, su vinculación con el hecho.
- Es usual que, si la persona pudiese tener discapacidad, los operadores buscan reducir la investigación al juicio de inimputabilidad, sin analizar previamente si el hecho realmente ocurrió, si la persona participó en su ejecución y si la conducta fue, además, típica y antijurídica. Ello reviste trascendencia y gravedad cuando se impone como consecuencia del juicio de inimputabilidad, una medida de seguridad restrictiva de la libertad, privándose a la persona con discapacidad de su derecho a plantear, por ejemplo, su participación en el hecho o el haber actuado en legítima defensa y de obtener una absolución sin consecuencias. En correlato con lo manifestado precedentemente, suele ocurrir que los operadores también restan importancia al análisis de la capacidad procesal para estar en juicio. Por ello es preciso remover las prácticas prejuiciosas y estereotipadas (tanto de los cuerpos periciales como de las personas que operan en el sistema judicial) que asocian un diagnóstico médico en el campo de la salud mental con la presunción de que esa persona no puede conocer y comprender la criminalidad del acto.
- Asimismo, debe tenerse presente que la declaración de inimputabilidad no exime de responsabilidad civil a las personas objetivamente responsables (padres, empleadores, etc.)

5.2. **Garantía de la tutela judicial**

5.2.1. *Principio general*

En el Consejo de Europa, se viene entendiendo que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con sus referencias a “otras” razones, también protege a las personas con discapacidad frente a cual-

quier discriminación en el ejercicio de sus derechos (STEDH, Glor c. Suiza, n 13444/04, 30 de abril de 2009). Sin embargo, hay que tener presente que el artículo 14 no recoge un derecho autónomo, de tal forma que prohíbe la discriminación por razones de discapacidad únicamente en relación con los derechos sustantivos del CEDH. Aunque el Protocolo nº 12 del CEDH (ratificación en BOE de 14 de marzo de 2008) extiende la protección contra la discriminación a cualquier derecho garantizado por el Derecho nacional o por cualquier acto adoptado por una autoridad.

Como quiera que las personas con discapacidad se enfrentan con mayores obstáculos para la tutela judicial de sus derechos, los poderes públicos han de velar por que las mismas tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones a los demás, sin discriminación, para lo cual han de adoptarse todas aquellas medidas que resulten necesarias.

Esta idea se recoge en la Regla (8), que afirma lo siguiente: “Se establecerán las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural. Se promoverá en los Poderes Judiciales la inclusión laboral de las personas con discapacidad”.

Esta Regla viene a reconocer que el acceso a la justicia de las personas con discapacidad tiene una especial relevancia para luchar contra su discriminación en los diferentes ámbitos de la vida social. En este sentido la Corte IDH, en el Caso Furlan y Familiares vs Argentina (Sentencia de 31 de agosto de 2012) afirma que “*la Corte considera que las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El debido acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación*” (Párrafo 135).

Cabe destacar, en primer lugar, que la actualización 2018 introduce la expresión “se establecerán”, frente a la inicial “se procurará establecer”, con lo que se pretende fortalecer el carácter vinculante de su contenido.

La Regla (8) se refiere a la obligación de establecer las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La finalidad esencial de las Reglas no es reconocer nuevos derechos a las personas con discapacidad, sino asegurar

la aplicación del principio de no discriminación en el ejercicio de cada uno de los derechos recogidos por el ordenamiento jurídico, de tal manera que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades.

5.2.2. Ajustes razonables en la tutela judicial

Para conseguir la mencionada finalidad, la misma Regla se refiere a la implementación de “*aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos*”. Esta referencia ha de ser interpretada en relación con el concepto de ajustes razonables¹² contenido en el artículo 2 de la Convención: “*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*”. En este sentido, el propio artículo 13.1 de la Convención, al referirse al acceso a la justicia, afirma que “*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*”.

En definitiva, los “ajustes” consisten en la adaptación que se realiza en una norma, una práctica, una condición o un requisito para tener en cuenta las necesidades específicas de una persona con discapacidad¹³, con

¹² Sobre la relación entre “ajustes razonables” y medidas de “acción positiva”, véase Fernando PINDADO GARCÍA, “Hacia una catalogación de los derechos fundamentales-Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales-“, V Premio CERMI Derechos Humanos y Discapacidad, editado por CERMI y ediciones Cinca, 2015, página 63

https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/coleccion_UNU_n_13_-_OK_%282%29.pdf

¹³ Guía para los observadores de la situación de los Derechos Humanos. Serie de Capacitación Profesional N° 17. Naciones Unidas – Derechos Humanos – Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Nueva York y Ginebra, 2010, página 21.

https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/Publications/Disabilities_training_17_sp.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

el fin de que esa persona pueda acceder a la justicia plenamente y en condiciones de igualdad en sus tres planos:

- Plano procesal o legal, para participar en los procesos judiciales para defender un derecho propio (demandante, demandado, acusado...)
- Plano físico, para tener plena accesibilidad física a los edificios e instalaciones judiciales
- Plano comunicacional, para recibir la información de forma efectiva utilizando los medios adecuados: sistema Braille, formatos digitales, accesibilidad web, textos de lectura fácil, lenguaje de signos, entre otros

Por tanto, en primer lugar habrá que detectar la propia necesidad de un ajuste; en segundo lugar, deberán determinarse las específicas medidas que resultan adecuadas en el caso concreto; y, por último, será necesario valorar si las mismas resultan razonables. Para determinar si un órgano del sistema de justicia o servidor judicial ha tomado todas las medidas necesarias para proporcionar el acceso a la justicia a una persona con discapacidad, el concepto clave es el de “carga desproporcionada o indebida”, de tal manera que para establecer una exención legítima de la obligación de proporcionar ajustes razonables, se debe demostrar que satisfacer las necesidades de un individuo impondría una carga desproporcionada o indebida sobre la organización. De esta manera, resulta relevante que el Juez, Fiscal, Letrado de la Administración de Justicia... que ha de afrontar la situación tenga un amplio conocimiento y sensibilización sobre la discapacidad y sobre las barreras que obstaculizan la participación de las personas con discapacidad en el acceso a la justicia

También cabe destacar la relevancia de la capacitación de quienes trabajan en el sistema judicial. En este sentido, el artículo 13.2 de la Convención, al regular el acceso a la justicia, establece lo siguiente: *“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”*.

La Regla (8) dispone que se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia. Se incluyen aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen los siguientes elementos:

- Igualdad de trato (novedad en actualización 2018)
- Reconocimiento como persona ante la ley (novedad en actualización 2018)
- Respeto de su autonomía (novedad en actualización 2018)
- Capacidad de actuar (novedad en actualización 2018)
- Seguridad

- Movilidad
- Comodidad
- Comprensión
- Privacidad
- Comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural (nueva redacción dada por actualización 2018)

5.2.3. *Inclusión laboral*

El segundo párrafo de la Regla (8), introducido por la actualización 2018, hace referencia a la inclusión laboral al establecer que “*se promoverá en los Poderes Judiciales la inclusión laboral de las personas con discapacidad*”. Téngase en cuenta que la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establecía, entre sus principios, los siguientes: (9) “*El empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal*”.

5.2.4. *Discapacidad y proceso penal*

Resulta necesario prestar especial atención a una cuestión que tiene perfiles específicos: el acceso de las personas con discapacidad al sistema de justicia penal. Efectivamente, uno de los grandes problemas surge en torno a la discriminación que las personas con discapacidad sufren en el ámbito del sistema penal, especialmente por el trato que se les otorga en las instituciones. Según el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas¹⁴, en esta materia resulta necesario:

- Realizar un examen estructural de los procedimientos para sancionar penalmente a las personas con discapacidad cuando comenten delitos

¹⁴ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Resumen Ejecutivo “La aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la Unión Europea y países que la forman”, editado por Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y ediciones Cinca, 2017, página 91
https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/documento%20espanol_impresion.pdf

- Suprimir el criterio de peligrosidad y las medidas preventivas y de seguridad relacionadas con el mismo, cuando una persona con discapacidad psicosocial es acusada de delito
- Garantizar ajustes razonables y accesibilidad en prisiones
- Abolir todas las prácticas que implican violaciones de derechos en las instituciones y centros, con carácter especial las prácticas equiparables con tortura
- Contar con datos fiables e integrales
- Realizar programas de concienciación

Cabe destacar que la legislación derivada de la UE establece derechos específicos para las personas con discapacidad en el proceso penal. La Directiva 2012/29/UE dispone que las víctimas con discapacidad deben poder ejercer todos los derechos recogidos en la Directiva (considerando 15). La UE también ha dispuesto protecciones específicas para las personas con discapacidad en los procesos penales. Por ejemplo, la Directiva 2012/13/UE sobre el derecho a la información en los procesos penales obliga a los Estados miembros a garantizar que la información se facilite en lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades concretas de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables. La Directiva 2012/13/UE sobre el derecho a interpretación y traducción en los procesos penales obliga a prestar asistencia adecuada a personas con limitaciones auditivas o de expresión oral. Además, la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado obliga a los Estados miembros a garantizar que, cuando se aplique la Directiva, se tomen en consideración las necesidades específicas de los sospechosos y acusados que sean vulnerables. Por último, la Recomendación de 27 de noviembre de 2013 relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (DO 2013 C 378) aconsejaba adoptar salvaguardias procesales para las personas vulnerables que fueran sospechosas o acusadas en procesos penales.

5.2.5. *Vista o juicio para la determinación de la capacidad*

La presencia de la persona en la comparecencia para la determinación de su capacidad (o su revisión¹⁵) es relevante por dos razones: primero, para que esa persona pueda presentar su propio caso; y, segundo, para que el juez pueda formarse su opinión personal acerca de la capacidad mental del demandante¹⁶. Téngase en cuenta que solamente se puede

¹⁵ Puede ser preciso volver a revisar las restricciones al cabo de algún tiempo, especialmente si la persona lo solicita, véase STEDH, *Matter c. Eslovaquia*, n.º 31534/96, 5 de julio de 1999, apdo. 68

¹⁶ STEDH, *X e Y c. Croacia*, n.º 5193/09, 3 de noviembre de 2011, apdos. 84-85.

establecer una limitación de la capacidad si es necesario para proteger a la persona en cuestión¹⁷.

6. ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

6.1. Concepto de accesibilidad

La accesibilidad es una de las notas características de un servicio público de calidad y puede definirse como el grado con el que un servicio puede ser usado por todas las personas, independientemente de sus capacidades, por lo que afecta sobre todo a las personas con discapacidad.

Esta accesibilidad constituye uno de los principios de la Convención ONU (artículo 3), y ha de ser analizada en su relación en el concepto de participación e inclusión efectivas. Los elementos de *participación e inclusión plenas y efectivas* y de *accesibilidad* significan que la sociedad en sus dimensiones tanto públicas como privadas está organizada para que todos puedan participar plenamente. Para las personas con discapacidad estar plenamente incluidas en la sociedad significa ser consideradas y valoradas como participantes en condiciones de igualdad con los demás. Sus necesidades son entendidas como parte integrante del orden social y económico y no son señaladas como “especiales”.

6.2. Accesibilidad y sistema judicial

En relación con el sistema de justicia, la Regla (77) establece que “*se facilitará la accesibilidad de las personas con discapacidad a la celebración del acto judicial en el que deban intervenir, y se promoverá la eliminación de todo tipo de barreras arquitectónicas, de información, comunicación y actitudinales facilitando tanto el acceso como la estancia en los edificios judiciales*”.

Para lograr la integración plena, es necesario un entorno social y físico accesible y sin barreras físicas. Y los anteriores elementos ha de interpretarse en relación con el concepto de **diseño universal** definido en la Convención como 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*” (artículo 2). De esta

¹⁷ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Recomendación R(99)4 sobre principios aplicables a la protección legal de los adultos discapacitados, principio 3.

manera, en la fase de diseño se deben considerar las necesidades de todos los miembros de la sociedad para evitar que se requieran adaptaciones especiales más adelante¹⁸

A estos efectos, resultan relevantes tanto las condiciones de acceso a los espacios físicos (accesibilidad física), como la utilización de las nuevas tecnologías para mejorar dichas condiciones, especialmente a través de la denominada “accesibilidad web”.

En relación con el lugar de la comparecencia, la Regla (66) establece que “*resulta conveniente que la comparecencia tenga lugar en un entorno cómodo, accesible, seguro y tranquilo*”. En esta Regla se señalan las características que debería reunir el lugar donde tenga lugar el juicio, vista o comparecencia en la que participe una persona en condición de vulnerabilidad: comodidad (espacio cuyos elementos determinen que la personas se encuentre a gusto¹⁹), accesibilidad, seguridad y tranquilidad (lugar con las notas de tranquilo, sosegado o pacífico²⁰). Cabe destacar la experiencia hondureña de creación de Despachos de Usos Múltiples, que consiste en la designación de un espacio adecuado como sala de audiencias en el primer piso de los edificios del Poder Judicial, a efecto de que los jueces y juezas realicen las audiencias en que intervengan personas con dificultad de movilización.

Por otra parte, la Regla (95) afirma que “*se procurará el aprovechamiento de las posibilidades que ofrezca el progreso tecnológico para mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*”. En definitiva, las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) favorecen la aplicación de instrumentos que abran la justicia al ciudadano, sin barreras económicas, geográficas, lingüísticas, terminológicas o de cualquier tipo, que impidan su acceso a los tribunales. En definitiva, se trata de insertar a la justicia en la sociedad de la información, mediante la aplicación de los conceptos de Administración electrónica en beneficio de las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como ocurre con las personas con discapacidad.

¹⁸ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Naciones Unidas), “Vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía para los observadores de la situación de los derechos humanos”, Serie de Capacitación Profesional No 17, 2010, página 22.

¹⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

²⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

7. EPÍLOGO

Las Reglas de Brasilia contienen los elementos necesarios para garantizar la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad, por lo que han de ser tenido en cuenta por los responsables del sistema judicial, para que promuevan el desarrollo de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de sus beneficiarios; así como por todos los servidores y operadores del sistema de justicia (jueces, fiscales, letrados de la Administración de Justicia, funcionarios, abogados, procuradores, graduados sociales...), para que apliquen las medidas que se adopten y otorguen a las personas con discapacidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Desde esta perspectiva, las Reglas de Brasilia han de convertirse en un referente del sistema judicial español, como ya ocurre en los países de la comunidad iberoamericana.



CERTIFICACIÓN DE ACUERDO RELATIVO A INFORME

Acto que se certifica: Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 29 de noviembre de 2018, por el que se ha aprobado el siguiente:

INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 25 de septiembre de 2018, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial a efectos de evacuación del correspondiente informe conforme a lo dispuesto en el artículo 561.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad.

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión de 4 de octubre de 2018, designó Ponentes de este informe al Vocal don Juan Manuel Fernández Martínez y a la Vocal doña Pilar Sepúlveda García de la Torre.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

3.- La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a "*[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales*" (apartado 6 del art. 561.1 LOPJ), y a "*[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario*" (artículo 561.1, apartado 8, LOPJ).

4.- Atendiendo a este dictado, en aras a una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad consultiva que allí se prevé a favor de este Consejo, y considerado el contenido del Anteproyecto remitido, el informe



que se emite se centrará en el examen y alcance de las normas sustantivas con el señalado alcance y de las normas procesales que en él se incluyen específicamente.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

6.- El Anteproyecto de Ley que es objeto de informe (en lo sucesivo, AL, ALRD o el Anteproyecto) tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal española que el prelegislador considera necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY, o la Convención), y en particular a las exigencias que se derivan de su artículo 12, que proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

7.- Las reformas que introduce el Anteproyecto responden, por tanto, al nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad sirve para definir su capacidad jurídica y su capacidad de obrar.

8.- Esta nueva configuración de la discapacidad y de su régimen jurídico conduce, ante todo, a modificar, en el plano sustantivo, el régimen de la incapacidad y de las instituciones tutelares que se contienen en el Título IX y en el Título X, respectivamente, del Código Civil (CC). Pero



evidentemente, por más que constituya el núcleo de la reforma, la propuesta no se agota en tales modificaciones, sino que el nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en diferente grado –y más allá de cuestiones meramente nominales y terminológicas-, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico civil, alcanzando a las normas de conflicto del sistema autónomo de derecho internacional privado (artículos 9.6 y 10.8 CC), a las normas sobre nacionalidad (artículos 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2 CC), a determinados aspectos del derecho de familia (régimen de nulidad, separación y divorcio, filiación, patria potestad, prodigalidad, emancipación y régimen económico matrimonial), a la posesión y a diversos aspectos del derecho sucesorio, al régimen de capacidad y validez contractual, a la nulidad, anulabilidad y rescisión de los contratos, a determinadas figuras contractuales y, en fin, al régimen de la responsabilidad contractual y extracontractual de los discapacitados.

9.- Al mismo tiempo, la reforma proyectada tiene reflejo en el sistema registral español, tanto en la legislación de Registro Civil, en lo relativo al acceso y publicidad registral de los hechos, actos y resoluciones que conforman el régimen de autogobierno y el sistema de apoyos de las personas con discapacidad, como en la legislación hipotecaria, respecto de aquellos hechos, actos y resoluciones de contenido patrimonial y de trascendencia real que afectan a las personas con discapacidad.

10.- E ineludiblemente incide en la legislación procesal, en particular en la regulación de los procesos sobre capacidad de las personas y la provisión de los cargos tutelares, contenida tanto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) como en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), para acomodarla al nuevo modelo sobre el que se edifica el régimen jurídico-civil de la discapacidad, que prescinde de la declaración judicial de incapacidad, total o parcial, y de la modificación judicial de la capacidad, así como de la regulación de las figuras tutelares conforme a un sistema de sustitución y de representación de la persona con discapacidad, para articular un sistema procesal de apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica y de su capacidad de obrar sobre la base de respetar y asegurar en el mayor grado posible su autogobierno.

11.- Y alcanza, en fin, a la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en los artículos 118.1ª y 120.1ª del Código Penal, en los términos que se analizaran en las Consideraciones Particulares de este informe.

12.- Atendido su objeto y contenido, el examen del texto proyectado que ha de abordarse en el presente informe ha de recaer sobre aquellos aspectos



de la regulación propuesta que tienen una naturaleza netamente procesal o que se encuentran vinculados, en mayor o menor medida, al ejercicio de la función jurisdiccional; lo que, desde luego, se observa con nitidez en la vertiente procesal de la reforma proyectada, pero también en aquellos aspectos que, sin perjuicio de situarse en el ámbito del derecho material o sustantivo, se ven entreverados por el ejercicio de la función jurisdiccional, bien directamente por determinarse en la norma el carácter y el alcance de la intervención judicial, bien de forma indirecta o refleja por derivarse de ella efectos, principalmente registrales y de publicidad, que completan la configuración del régimen de autogobierno y de asistencia al discapacitado en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad. Y de manera igualmente ineludible habrán de abordarse las modificaciones propuestas en el Código Penal, por ser un imperativo derivado del artículo 561.1-8ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO

13.- El Anteproyecto de Ley consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

14.- El artículo primero, con sesenta y tres apartados, modifica el Código Civil. El artículo segundo, con seis apartados, modifica la Ley Hipotecaria. El artículo tercero, con catorce apartados, hace lo propio con la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo cuarto, que consta de nueve apartados, reforma la Ley de Registro Civil. Y finalmente, el artículo quinto, que se estructura en diez apartados, modifica la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES

I

15.- Conforme se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto y en la Memoria –extensa- de Impacto Normativo (MAIN) que lo acompaña, la reforma proyectada pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la CNY y a su Protocolo Facultativo, cuyo propósito es promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente (artículo 1 CNY).



16.- La Convención y su Protocolo Facultativo son fruto de un largo proceso en el que intervinieron diversos y diferentes agentes, entre los que tuvieron un destacado papel las organizaciones institucionales, gubernamentales y no gubernamentales de personas con discapacidad y sus familias, que participaron bajo la premisa y el amparo del conocido enunciado "*nada de la discapacidad sin la discapacidad*". La Asamblea General de las Naciones Unidas elaboró una norma que, a través de los correspondientes instrumentos de ratificación del texto de la Convención y de su Protocolo Facultativo, fuera jurídicamente vinculante para los Estados parte, articulando un sistema de regulación de la discapacidad con vocación de generalidad que la sitúa indiscutiblemente en el marco de los derechos humanos y constituye un cambio de paradigma en la consideración y tratamiento de la discapacidad, bajo lo que se ha llamado "*modelo de la diversidad*", en el que se pasa de la generalidad (derechos humanos inherentes a toda persona) a la especialidad (derechos humanos de las personas con discapacidad), en un examen de conciencia internacional acerca del problema que representa la desatención de las personas con discapacidad y su inclusión social. Este cambio de paradigma comporta la consideración de las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social, acogiendo por tanto un modelo "*social*" de la discapacidad, que la concibe como el resultado de un conjunto complejo de condiciones y circunstancias, originadas o agravadas en gran medida por el entorno social, con abandono, por tanto, del tradicional modelo "*médico o rehabilitador*".

17.- En el plano normativo, la CNY y su Protocolo se conciben como instrumentos que no se encuentran circunscritos al simple enunciado de principios meramente programáticos, sino que, a través de su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante el depósito de los oportunos instrumentos de ratificación, se configuran como normas jurídicamente vinculantes para los Estados miembros, sin perjuicio de las necesarias reformas que deban introducirse en los ordenamientos nacionales para acomodarlos al espíritu y al propio texto de la Convención.

18.- Ciertamente es que la comunidad internacional cuenta desde 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 2 proclama la titularidad de los derechos y las libertades fundamentales sin condición y distinción alguna, y cuyo artículo 7 proclama el derecho a la igualdad y la proscripción de la discriminación, en tanto que su artículo 22 declara el derecho de toda persona a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables para la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad. También el Pacto Internacional de Derechos



Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 reafirma los principios de igualdad, de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad. Y en similar orientación se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también de 16 de diciembre de 1966 (y en vigor, como el anterior, desde el 23 de marzo de 1976), la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación Racial de 21 de diciembre de 1965, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y la Convención Internacional sobre la protección de derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 18 de diciembre de 1990. Y también en esa mismo plano se encuentran, si bien en otro ámbito, el Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1982) y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1993).

19.- No obstante la preexistencia de este marco jurídico general, la CNY responde a la necesidad de dotar a la comunidad internacional de un marco normativo, más allá del meramente enunciativo de principios, que específicamente concrete estos principios en un catálogo de preceptos que configuren un diseño del régimen jurídico de la discapacidad desde el presupuesto de la dignidad y la igualdad de las personas con discapacidad en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, desde luego, pero también en el ejercicio de su capacidad de obrar, con una vocación de generalidad y de armonización normativa a través de la recepción de las disposiciones de la Convención en los ordenamientos internos de los Estados parte.

20.- El marco constitucional español habilita sobradamente dicha recepción, tanto material como formalmente. El artículo 14 declara, como es sabido, la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. El artículo 49 ofrece, por su parte, cobertura a la ejecución de políticas activas de integración de discapacitados, al establecer que *«[L]os poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la*



atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

21.- Formalmente, la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico interno se produjo una vez se hubo depositado el instrumento de ratificación y cumplida la exigencia de publicación en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 CE y en el artículo 1.5 CC.

22.- Como es sabido, España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de ese momento la Convención pasó a formar parte del ordenamiento jurídico español, con plena eficacia y aplicabilidad directa y con carácter vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1 de la Constitución, el artículo 1.5 del Código Civil, y los artículos 28, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

23.- Por su parte, la Unión Europea aprobó la Convención por Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 (Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, DO L 23/35, de 27.1.2010). Debe recordarse que la Unión Europea ha mantenido un compromiso activo con la elaboración de la Convención desde el primer momento, del que es buena muestra el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 26 de marzo de 2003, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (COM(2003) 16 final, Diario Oficial nº C 133 de 6 de junio de 2003).

24.- Las disposiciones convencionales presentan, por consiguiente, una doble virtualidad. Por una parte, la CNY constituye el instrumento normativo que acrisola los principios fundamentales del régimen de discapacidad que operan, ya no solo como elemento hermenéutico en la aplicación de las disposiciones nacionales que conforman el marco protector de los derechos y libertades fundamentales (ex artículo 10.2 CE), referidos ahora a las personas con discapacidad, sino como normas con eficacia directa, integrándose en el ordenamiento positivo español. Estos principios parten de reafirmar desde el Preámbulo de la Convención la universalidad, la



indivisibilidad, la interdependencia y la interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación. Parten también del reconocimiento de la discapacidad como 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. Asimismo, se reconoce que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y del valor inherentes al ser humano, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad, y su plena participación, tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas; al tiempo que se afirma la diversidad de las personas con discapacidad y la importancia que para ellas reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

25.- Sobre la base de estos principios, el objetivo de la Convención consiste en «[p]romover, 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»; incluyendo bajo el concepto de "*personas con discapacidad*" a todas «[a]quellas 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» (artículo 1 CNY).

26.- El artículo 3 enumera los principios generales de la Convención. Estos son, coherentemente con los anunciados en su Preámbulo, los siguientes:

- «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 niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad».

27.- Para la efectividad de estos principios, la Convención (artículo 4) impone a los Estados parte un conjunto de obligaciones que, en su enunciación general, consisten en el compromiso en asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por razón de ella, y en particular –y en lo que ahora interesa- en el compromiso en «[A]doptar todas las medidas legislativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención» (artículo 4.1a); «[T]omar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad» (artículo 4.1b); «[T]ener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad» (artículo 4.1c); «[A]bstenerse de actos y prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella» (artículo 4.1 d); y «[P]romover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos» (artículo 4.1i). Y con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte se comprometen «a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional» (artículo 4.2).

28.- Esta enumeración de principios se complementa con el de igualdad y no discriminación, que se enuncia en el artículo 5 en los siguientes términos:

«1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad



protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.

(...)».

29.- Entendiéndose por ajustes razonables «[l]as 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, quinto párrafo).

30.- Estas obligaciones generales, que se orientan a la consecución de la plena efectividad de los principios que proclama la Convención, se complementan con otras vinculadas a la efectividad de los derechos de carácter material que se declaran en el artículo 12, de especial significación por cuanto de él trae causa mediata el Anteproyecto que es objeto de informe, y que, bajo el epígrafe "*Igual reconocimiento como persona ante la ley*", proclama el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento en todas partes de su personalidad jurídica (apartado primero), y la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida (apartado segundo); imponiendo a los Estados Partes la obligación de adoptar «[l]as medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» (apartado tercero), y asegurar «[q]ue 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. (...)».



31.- Junto con estos derechos de carácter material, que inciden en el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica de los discapacitados, el artículo 13, como inherente a dicho reconocimiento, proclama el derecho a la justicia de las personas con discapacidad «[e]n igualdad de condiciones con los 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» (apartado primero); y a tal fin, «[l]os Estados Parte promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario» (apartado segundo).

II

32.- Tras la ratificación y publicación de la Convención, el legislador español había acometido la reforma de ciertos aspectos del régimen jurídico de la discapacidad, particularmente en lo relativo al tratamiento registral y a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, y había anunciado una reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación para su adaptación a las previsiones de la CNY. En la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se preveía, bajo la rúbrica "*Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*", que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, «[q]ue pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», para su adaptación a las previsiones de la CNY.

33.- El legislador, por lo tanto, se hacía ya entonces eco de la necesidad de adaptar el régimen legal, sustantivo y procesal, de la incapacidad a los requerimientos de la Convención, y de acometer las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo tal adaptación.

34.- En esa línea, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 se aprobó el informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la CNY, fruto del cual fue el Proyecto



de Ley de adaptación normativa a la Convención, aprobado el 17 de diciembre de 2010, por el que se modificaban, entre otras disposiciones, distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que fue seguido del borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de apoyo a menores y de personas con capacidad modificada judicialmente.

35.- En este borrador ya se esbozaban las líneas básicas de la reforma en materia de capacidad que en gran medida han cristalizado en el Anteproyecto de Ley que ahora se informa, con algunas variaciones. Además de proponer las necesarias modificaciones terminológicas, sustituyendo los términos "incapacidad" e "incapacitación" por los de "modificación judicial de la capacidad" y "persona con capacidad modificada judicialmente", se adoptaba con carácter general el modelo de medidas de apoyo, manteniendo el sistema de representación y sustitución con carácter subsidiario y residual. Se restringía, además, la figura de la incapacitación a las situaciones en las que no fuera posible conocer la voluntad de la persona afectada debido a una discapacidad persistente que le impidiese autogobernarse, y se incidía en la necesidad de que las medidas de apoyo adoptadas fueran proporcionales y adecuadas a las circunstancias y necesidades individuales de las personas afectadas. Al mismo tiempo, se introducía la figura del defensor provisional para aquellos casos en los que, sin concurrir causa de modificación de la capacidad, se daba en el afectado una imposibilidad temporal por razón de trastorno físico o psíquico para cuidar de sus intereses, al tiempo que se preveía un nuevo procedimiento de modificación de la capacidad y designación de la figura de apoyo en consonancia con el nuevo sistema propuesto.

36.- Este proceso de elaboración normativa se ha visto jalonado por promulgación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que modificó numerosas leyes para acomodarlas al contenido del instrumento internacional. Interesa ahora destacar que en su Disposición adicional séptima, introducida durante la tramitación parlamentaria de la Ley en respuesta a las aspiraciones de las asociaciones más representativas de personas con discapacidad [fruto de la enmienda nº 19ª del Grupo Popular en el Senado (BOCG-Senado, de 5 de julio de 2011)], se establecía lo siguiente:



«[E]l Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen».

37.- Ya en el Informe previo que precedió a la Ley 26/2011 se había puesto de manifiesto la necesidad de adaptar el ordenamiento nacional a los postulados de los artículos 12 (igualdad en el reconocimiento de los discapacitados como personas ante la ley), 13 (igualdad de acceso a la justicia) y 23 (respeto al hogar y la familia y a la igualdad de trato en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia y la paternidad) de la Convención, y, por consiguiente, la necesidad de acometer las modificaciones pertinentes en aquellos textos legales sobre los que los señalados preceptos de la Convención y sus principios inspiradores tenían impacto, entre los cuales se encontraba el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Registro Civil, la Ley Hipotecaria, la Ley del Notariado e incluso el Código Penal. En particular, se incidía en la necesidad de garantizar que la modificación de la capacidad de obrar de las personas que no estuviesen en condiciones de gestionar por sí solas sus intereses fuese la estrictamente necesaria para su adecuada protección y cumpliese los requisitos de proporcionalidad y adecuación al fin perseguido. Y se insistía en la obligación, impuesta desde la Convención, de garantizar el respeto a los derechos de la personalidad de las personas con discapacidad y, en particular, en que las medidas de apoyo en la toma de decisiones y las medidas de protección establecidas en su beneficio se articularan tomando en consideración sus deseos y preferencias.

38.- El proceso de adaptación del ordenamiento jurídico español a los principios y postulados de la CNY, abierto por la Ley 26/2011, continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGPD); con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; y, en



fin, con la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación sin exclusiones de las personas con discapacidad en esta institución.

39.- Cabe mencionar también en este proceso la reforma del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que, en su redacción actual, dispone que carecen de derecho de sufragio:

- «b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.
- c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio».

40.- Y añade:

«2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente».

41.- En la fecha de elaboración del presente informe dicho artículo ha sido objeto de revisión en trámite parlamentario a fin de reconocer a las personas con discapacidad el derecho de sufragio, a lo que ya se había adelantado la jurisprudencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo [cfr. SSTS 421/2013, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3441), 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168), 181/2016, de 17 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:1163), y 373/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2573)].

42.- El proceso adaptativo del ordenamiento interno culmina, hasta el presente, con el Anteproyecto de Ley que se ha sometido a informe de este órgano constitucional, cuyo eje principal, como se ha anunciado, es la modificación del sistema de incapacidad e incapacitación y de las instituciones tutelares y de apoyo regulado en los Títulos IX y X del Código Civil, y la modificación de las normas procesales que se contienen en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC, relativo a los procesos sobre capacidad de las personas (artículos 756 a 763, incluidos ambos), y en los



Capítulos IV, V y VI del Título II de la LJV, relativos a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, a la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad y a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, respectivamente.

III

43.- La Ley proyectada, en su vocación de adaptar plenamente las normas nacionales a los requerimientos que se derivan de los principios y de las disposiciones de la Convención, fundamentalmente de su artículo 12, modifica en profundidad el régimen de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad que se contiene en los Títulos IX y X del Libro I del CC.

44.- La reforma, como se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, tiene como guía la plena consecución del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, y el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respectivamente; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma que provienen de los principios rectores de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad, así como la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

45.- Este nuevo paradigma en el tratamiento de las personas con discapacidad descansa sobre la consideración de estas como verdaderos sujetos titulares de derechos (y obligaciones), y por tanto, como sujetos aptos para la titularidad de tales derechos (y obligaciones) en que se resume la capacidad jurídica, lo que no es sino consecuencia ineludible del reconocimiento de la personalidad jurídica y de su libre desarrollo en condiciones de igualdad y conforme a la dignidad inherente a todas las personas.

46.- El sistema que establece el prelegislador se encuentra por tanto vinculado al respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. La regulación de la discapacidad en la esfera civil y procesal civil que se impone desde la Convención enraiza con el pleno



reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, y como consustancial a tal reconocimiento, el de su capacidad jurídica, así como el reconocimiento del pleno ejercicio de sus derechos, esto es, de la capacidad de obrar, en condiciones de igualdad y sin discriminación. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, entendida como el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de la persona y de su aptitud para ser sujeto, activo y pasivo, de relaciones jurídicas –es decir, de la aptitud en abstracto para ser titular de derechos y obligaciones concretos- es inherente al reconocimiento de la personalidad de las personas afectadas por una discapacidad, como cualidad jurídica que se adquiere con el nacimiento y se prolonga hasta el fallecimiento de la persona. Consustancial al reconocimiento de la personalidad jurídica es el reconocimiento de la capacidad jurídica, entendida, en su acepción tradicional, como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, titularidad que ha de predicarse de toda persona por el hecho de gozar de personalidad jurídica.

47.- Pero la lectura de la Convención conduce –e impulsa al prelegislador en el texto proyectado- a la unificación bajo un mismo concepto de dos rasgos de la personalidad jurídica que hasta ahora han estado bien diferenciados: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, entendida esta última como la aptitud, no ya para ser titular de relaciones jurídicas, de derechos y obligaciones, sino para el ejercicio de dichos derechos y obligaciones, y, por tanto, para realizar actos y negocios jurídicos con plena eficacia.

48.- Esta disociación entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas físicas, si bien es concebible en otras esferas y ámbitos del Derecho –la minoría de edad o los supuestos de inhabilitación del concursado, por ejemplo-, no lo es, en cambio, cuando se trata de personas con discapacidad, por cuanto no se compeadece bien con el reconocimiento de su plena personalidad jurídica, con el respeto de la dignidad inherente a la misma y con el respeto del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos sin discriminación por razón de la discapacidad. Son estos principios, insertados en aquellos que inspiran la protección de los derechos humanos, los que conducen a una indefectible identificación de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar en la configuración del régimen legal de la discapacidad que se deriva de los postulados de la CNY.

49.- De la exégesis que un importante sector de la doctrina ha hecho de la Convención y de los requerimientos que de ella se derivan –y que se confirman por las recomendaciones que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha dirigido a los Estados Parte en sus



dictámenes sobre la adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos a las disposiciones de la Convención- se concluye que esta impone la adecuación y, en su caso, la revisión de los sistemas legales nacionales al menos en los siguientes aspectos: i) la consagración y reafirmación del reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad; ii) el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de las personas y en todos los aspectos de la vida; iii) la revisión de los sistemas jurídicos que restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; iv) el establecimiento, como único admisible, de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de asistencia en su ejercicio; v) el cambio de paradigma en el tratamiento de las instituciones tutelares y de guarda legal, con el abandono de los sistemas de declaración judicial de modificación de la capacidad y de guarda legal asentados sobre la base de la suspensión, total o parcial, de la capacidad de obrar del discapacitado y de la representación –total o parcial- del mismo, para dejar paso a sistemas basados en el autogobierno, con el establecimiento puntual y taxativo de las medidas de apoyo y asistencia, en los que los supuestos de suspensión de la capacidad de obrar y la representación del discapacitados sean excepcionales; y vi) la adopción de salvaguardas como garantía para el funcionamiento adecuado y regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre y en todo caso en el respeto de la voluntad del discapacitado y en sus preferencias, y que deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona con discapacidad, y sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

50.- Esta es, precisamente, la lectura que el prelegislador, a partir de la propuesta que ha formulado la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, ha hecho del texto de la Convención y de sus requerimientos. A ella ha coadyuvado, sin duda, el tenor de las Observaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre España, aprobadas en su 62ª sesión del 23 de septiembre de 2011 (CRPD/C/ESP/CO/1), que, en lo que se refiere a la adaptación del ordenamiento español a las disposiciones del artículo 12 de la Convención, y a la vista del plazo establecido en la Disposición final 7ª de la Ley 26/2011, declara que «[P]reocupa 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»; y continúa: «[E]l Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y 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». Y en sus Observaciones de 2014, el Comité de expertos postula una interpretación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad comprensiva, no solo de la titularidad de los derechos, sino también de su legitimación – aptitud- para ejercerlos.

51.- El sistema que propugna el texto proyectado se sintetiza en el abandono de la declaración judicial de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar- de las personas con discapacidad, desapareciendo los términos “incapaz” e “incapacitación” del acervo jurídico. La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para, en función de su resultado, y en atención a las circunstancias concurrentes, establecer el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo; es decir, lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar *“la confección del traje a medida para la persona con discapacidad”*. Paralelamente, la curatela se erige como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad –es decir, medidas de autogobierno, como los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho y el defensor judicial-, pero se desnuda a la figura de su carácter representativo, que solo se mantiene de forma excepcional. Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. De este modo, cobran especial virtualidad las medidas preventivas –los poderes y mandatos preventivos-, las medidas de autoorganización de la guarda legal, incluida la autocuratela –que ocupa el lugar de la autotutela-, y la guarda de hecho, que pasa a ser una genuina institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una



investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

52.- Como es natural, la incidencia de este nuevo sistema irradia hacia diferentes ámbitos, figuras e instituciones jurídicas. No solo se proyecta sobre los procesos judiciales sobre modificación de la capacidad y provisión de los sistemas de guarda legal, sino que, sin salir del ámbito sustantivo, afecta al régimen de la representación, al mandato, a la capacidad de transmitir y de administrar los bienes, a la capacidad para ejercer derechos y deberes de familia, al matrimonio, a la filiación, a la patria potestad, a la adopción, así como a la capacidad de donar y de testar, a diversas figuras e instituciones del régimen de sucesión *mortis causa*, y al régimen de responsabilidad contractual y extracontractual.

IV

53.- Conviene, llegado este punto, detenerse en el análisis del tratamiento que ofrece el derecho comparado de los sistemas de guarda legal de las personas con discapacidad y del modo en que los distintos legisladores nacionales han entendido los requerimientos derivados de la CNY y la necesidad de adaptar sus respectivos ordenamientos internos a sus postulados, así como las distintas respuestas que los Estados parte han dado a las observaciones que al respecto les ha dirigido el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

54.- En el régimen de la capacidad jurídica y de obrar ,y de la incapacitación y protección –asistencia- de los adultos del derecho alemán – que recoge como principios constitucionales la intangibilidad de la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949)-, la reforma operada por la Ley de Asistencia de 1992 tuvo por objeto desactivar la incapacitación regulada en los párrafos 104, 105 y 106 del Código Civil y la subsiguiente provisión de la tutela (§ 1898 y 1990 BGB) para configurar el sistema de protección de los adultos en torno a la curatela, ahora denominada “*asistencia*”, con funciones representativas – pero limitadas- del asistido; el cual, sin embargo, conserva su capacidad natural en la medida en que pueda gestionar sus asuntos de manera tan eficaz como lo haría el asistente (§ 1896 BGB). Al mismo tiempo, se acentúa el derecho de autodeterminación del asistido y la subsidiaridad de la representación del asistente, limitada a aquellos casos y funciones en los que fuera precisa, con reserva del consentimiento del asistido, y en tanto que este no pueda realizarlos por sí mismo, o puedan llevarse a cabo



mediante otras medidas (apoderamientos preventivos de protección, específicamente), y siempre conforme a sus deseos y aspiraciones (§§ 1901 y 1903 BGB).

55.- Con la primera reforma de la Ley de Asistencia se reforzó la autonomía del mayor de edad y el respeto a su libre voluntad, estableciéndose la interdicción del nombramiento de un asistente legal contra la libre voluntad del mayor de edad (§ 1896 BGB) y determinando *ex lege* la extensión de la asistencia y los deberes del asistente [§1901 BGB: «(1) La asistencia legal comprende todas las actuaciones que son necesarias para cuidar legalmente de los asuntos del asistido, de acuerdo con las disposiciones siguientes (...»)]. Al mismo tiempo, y dada su utilidad para reducir los costes de la protección de los adultos, se potenciaron las figuras de los poderes y mandatos preventivos.

56.- En una segunda reforma de la Ley de Asistencia (2005), además de modificarse las disposiciones relativas a la remuneración de los asistentes, se fomentó de nuevo la figura del apoderamiento preventivo, abriendo la posibilidad de registrarlo y ofreciendo ayudas al apoderado para ejercer sus poderes. Y en una tercera reforma (que entró en vigor en el año 2009) se introdujeron diversas disposiciones sobre voluntades anticipadas e instrucciones previas.

57.- Tanto en el memorando del Gobierno federal de 8 de noviembre de 2008, elaborado con la ley que incorporó al derecho interno la Convención, como en el informe inicial al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 15 de junio de 2011, se concluía, en esencia, que el derecho alemán se mostraba conforme con las exigencias de la Convención, en particular con las derivadas de su artículo 12, y no se veía necesaria la actuación del legislador para adecuar el ordenamiento interno a las disposiciones del instrumento internacional. Los trabajos de reforma llevados a cabo desde entonces se orientaron, con un carácter eminentemente práctico, a corregir las estructuras asistenciales con el fin de limitar el número de asistencias, reforzando fundamentalmente la subsidiariedad respecto de las otras ayudas mencionadas en el §1896 BGB, y reforzando al mismo tiempo las funciones de la Oficina de asistencia, que entró en vigor en julio de 2014, la cual debe informar al juzgado de asistencias –su consulta es obligatoria– acerca de la disponibilidad de otras ayudas en evitación de la designación de un asistente. Las orientaciones actuales se dirigen a la mejora de la calidad de la asistencia, en particular respecto de las asistencias “*profesionales*” que permite el §1897.6 BGB –si bien en defecto de asistencias legales no retribuidas–, sobre la base del



resultado del estudio elaborado por el Ministerio de Justicia sobre calidad de la asistencia jurídica ("*Qualität in der rechtlichen Betreuung 2015-2107*").

58.- Las reformas introducidas en el Código Civil suizo en 2008 –vigentes desde 2013- tuvieron por objeto potenciar el principio de autodeterminación y de proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo (artículos 388 y 389), y, coherentemente, sustituir las figuras de la tutela y la curatela (reguladas en los artículos 369 y 392 del Código Civil de 1912) y unificarlas en un solo instrumento, también llamado ahora curatela, que puede ser de acompañamiento, sin efectos sobre la capacidad de las personas ("*amministrazione di sostegno*", artículo 393 del Código Civil), de representación, en la que es posible, pero no obligatoria, la limitación de la capacidad ("*curatela di rappresentanza*", artículos 394 y 395 del Código Civil), y de cooperación, en la que exige en consentimiento del curador ("*curatela di cooperazione*", artículo 396 del Código Civil), estando prevista la combinación de todos estos tipos de curatela (artículo 397). Y sobre todas ellas, se contempla una curatela general (artículo 398), que comprende todos los asuntos personales y patrimoniales y deroga la capacidad de obrar de la persona, la cual se prevé para los casos de limitación o ausencia de discernimiento permanente.

59.- En Suiza la Convención entró en vigor en mayo de 2014. Al igual que sucedió en Alemania, tanto en la ley de incorporación del instrumento internacional como en el informe inicial de junio de 2016 se consideró que las disposiciones del Código Civil eran conformes con la Convención, en particular con las exigencias que se derivan de su artículo 12. No obstante, en la doctrina suiza se ha abierto recientemente el debate acerca de si el derecho a la protección de adultos es realmente conforme a la Convención, atendiendo al hecho –relevante- de que, según esa misma doctrina, la curatela de acompañamiento no comprende en rigor ayudas o apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, sino más bien ayudas de carácter social.

60.- En el derecho austriaco, la reforma del Ordenamiento sobre la incapacitación (*Entmündigungsordnung*) de 1916 tuvo lugar en el año 1984, incorporando en el Código Civil el régimen sobre protección de adultos, que eliminó la tradicional incapacitación total y parcial para reforzar la figura de la curatela ("*Sachwalterschaft*"), cuyo ámbito de funciones puede adaptarse a las necesidades de cada persona, el cual mantiene una capacidad de obrar limitada.



61.- En la reforma introducida en el año 2006 se acentuó, no obstante, el carácter subsidiario de la curatela respecto de otras ayudas para potenciar la autonomía y autogobierno del adulto, y se incorporaron disposiciones sobre el mandato y los poderes preventivos, al tiempo que se introdujo – con una palmaria finalidad de reducir costes asistenciales- la representación legal por el cónyuge o los parientes cercanos.

62.- La CNY se introdujo en Austria en el año 2008. En sus Observaciones finales de 2013, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad criticó duramente el sistema y el régimen de protección austriaco, por ser anticuado y no estar en sintonía con las disposiciones del artículo 12 de la Convención; por lo que, poniendo el énfasis en la limitación automática de la capacidad de obrar como consecuencia de la curatela, recomendó reemplazar la sustitución en la toma de decisiones por el apoyo a la toma de decisiones de las personas con discapacidad, y velar más por que las personas con discapacidad tengan acceso a mecanismos de apoyo a la toma de decisiones, sin quedar sujetas a tutela.

63.- En la actualidad, y como resultado de tales recomendaciones, está en curso una reforma legislativa que tiene como eje central la abolición de la limitación automática de la capacidad de obrar, al tiempo que se persigue potenciar los mandatos preventivos y la representación *ex lege* por parientes –esta última sobre la base de la presunta voluntad de la persona protegida-, y, junto a estas figuras y la curatela, articular la del “representante elegido” (“gewählter Erwachsenenvertreter”), con funciones limitadas. Paralelamente, se incide en la regulación de las asociaciones tutelares, a quienes se atribuye la trascendental función del “clearing” –la búsqueda de otros apoyos antes de disponer la curatela-, de forma similar a las que tienen las Oficinas de protección de adultos en Alemania.

64.- En el derecho francés, tras las reformas introducidas en el Código Civil en los años 2005 (ley de 11 de febrero de 2005), 2007 (Ley de 5 de marzo de 2007) y 2015 (Ordenanza de 15 de octubre de 2015), el sistema de guarda legal se articula en torno a las figuras de la tutela, la curatela, el defensor judicial (*sauvagarde de justice*) y la habilitación familiar (*habilitation familiale*), en sus dos modalidades: la habilitación entre esposos o conyugal (art. 219 del Código Civil), y la habilitación familiar propiamente dicha (artículos 494.1 a 494.12 del Código Civil).

65.- Habida cuenta del rigor con el que el Comité de expertos extrae las consecuencias del artículo 12 de la Convención, y del rigor de sus observaciones y recomendaciones en orden a concluir sobre la adecuación



de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a las disposiciones de la Convención, y toda vez que las figuras de la tutela y la curatela mantienen en el derecho francés las trazas características de estos institutos -si bien referidos ya a la discapacidad y no a la incapacidad, término que ha sido sustituido por el de "*vulnerabilité*", y más recientemente, por el de "*hándicap*", a los efectos de la definición contenida en el artículo 425 del Código Civil-, el punto de mira ha de situarse en las figuras del defensor judicial y de la habilitación familiar.

66.- Tal como se configura la primera en los artículos 433 a 439 del Código Civil, se trata de una medida de carácter temporal prevista para dotar de asistencia a la persona que sufre una alteración pasajera de sus facultades, y mientras la sufre. Este mantiene, por tanto, su capacidad jurídica, lo que permite considerar que se trata de una medida de protección conciliable con los requerimientos de la Convención; consideración esta que, sin embargo, se empaña cuando el asistido ha otorgado poderes preventivos, generales o especiales, que se antepongan conforme a la voluntad del poderdante a la designación del defensor judicial.

67.- No cabe decir lo mismo, sin embargo, de la habilitación familiar regulada en los artículos 494.1 a 494.12, introducidos por la Ordenanza de 15 de octubre de 2015, en vigor desde el primero de enero de 2016. Se trata en esencia de una medida prevista para situaciones de alteración médicamente constatada de las facultades que afectan a la expresión de la voluntad de un miembro de la familia, y que permite a los otros miembros asegurar la protección de aquel miembro que se encuentra en situación de vulnerabilidad, confiriendo a los habilitados, bien facultades de representación generales, bien facultades representativas limitadas, siempre con una duración no superior a diez años. Se trata, por tanto, de un mecanismo propiamente de sustitución, y no de asistencia, de la persona vulnerable o con discapacidad, lo que puede entrar en colisión con los principios y postulados de la Convención.

68.- La doctrina científica francesa, sin embargo, predica la conciliación del régimen de protección de las personas con discapacidad y los requerimientos de la Convención, no obstante las situaciones de representación y sustitución que se contemplan legalmente, desde un entendimiento general, y no meramente puntual, del sistema de guarda y apoyos que establece el vigente Código Civil; el cual, desde la reforma operada por la ley de 5 de marzo de 2007, ha sometido el sistema de medidas y de apoyos a los principios de necesidad, subsidiariedad, proporcionalidad e individualización, y al respeto de las libertades, los



derechos fundamentales y la dignidad de la persona (artículo 415 del Código Civil).

69.- También el Gobierno italiano ha sido objeto de las observaciones críticas y de las recomendaciones del Comité de Naciones Unidas acerca de la necesidad de adaptar el ordenamiento interno a las exigencias que se derivan de la Convención, y en particular de su artículo 12. El Comité de expertos ha manifestado su preocupación sobre la utilización de mecanismos de sustitución en la toma de decisiones. Como consecuencia de ello, la propuesta de ley nº 1985/2016 aboga por una reforma radical del régimen de protección de las personas discapacitadas, que pasa por la supresión de los institutos de la interdicción o incapacidad y la inhabilitación, en línea también con la consolidada orientación de la jurisprudencia, y por el reforzamiento del instituto del "*amministrazione di sostegno*" como instrumento de protección con carácter general, modificando el Capítulo II del Título XII del Libro primero del Código Civil, que actualmente lleva el título "*Della interdizione, della inabilitazione e della incapacità natural*", y que con la reforma pasará a intitularse "*Della incapacità natural*".

70.- En Portugal, la Ley 49/2018, de 14 de agosto, ha regulado el régimen jurídico del adulto asistido o acompañado, eliminando las instituciones de la incapacitación y la inhabilitación, y llevando a cabo las pertinentes modificaciones en el Código Civil y en la legislación procesal. En particular, el nuevo artículo 138 del Código Civil regula la medida del acompañamiento disponiendo que «[E]l mayor imposibilitado por razones de salud, deficiencia o por su comportamiento, de ejercer plena, personal y conscientemente, sus derechos, o en los mismos términos, de cumplir sus deberes, se beneficia de las medidas de acompañamiento previstas en este Código».

V

71.- Tras este somero análisis del derecho comparado, es conveniente abordar la manera en que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha interpretado el sistema legal español de protección de las personas con discapacidad a la luz de la Convención, como elemento para comprobar la compatibilidad del sistema vigente con los requerimientos que se derivan de ella, y para examinar la necesidad de su reforma; lo que ha de servir de pie de apoyo para analizar la justificación de la propuesta por el prelegislador y las posibles alternativas al sistema



proyectado, a la vista de aquellos requerimientos y de la interpretación jurisprudencial.

72.- La STS (Pleno) 282/2009, de 29 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2362), la primera que se hizo eco del impacto de la Convención sobre el sistema legal de protección de los discapacitados, atiende, en primer término, a los diferentes problemas que aquejan a los grupos de personas con discapacidad: *«[P]uede tratarse de personas dependientes, que solo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar de diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación, y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no solo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE».*

73.- La sentencia destaca en su análisis el derecho al reconocimiento de la dignidad de la persona que se deriva del artículo 10 CE: *«[E]n consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor que debe ser tutelado por el legislador y por el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento».*

74.- Para la Sala, la integración del régimen vigente de protección con los principios de la Convención es posible, siempre que aquel se interprete como un sistema de protección: *«[L]a privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección».* Para que funcionen los sistemas de protección la situación de falta de capacidad, entendida en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir, una estabilidad que influya sobre la idoneidad para desarrollar de forma adecuada y libre la responsabilidad: lo que comporta a) que puedan producirse una variedad de posibles hipótesis caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la



mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. *«[P]or ello hay que afirmar que la incapacidad al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí determina su forma de ejercicio. De aquí que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado».*

75.- La Sala destaca la conformidad del sistema legal con los valores constitucionales partiendo de que los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular, y de que una medida de protección como la incapacidad, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Se han de leer conjuntamente la CE y la Convención para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, de forma que *«[l]a insuficiencia mental, para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por tanto para derogar el principio de igualdad formal (artículo 14 CE), tiene que representar un estado patológico que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y solo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida en que sea necesario para su protección»; y «[n]o es argumento para considerar esta institución [con referencia a la incapacidad] como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacidad pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico (...) se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de una persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad».* En este mismo sentido se pronuncian las SSTS 716/2015, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:205:5438), 289/2017, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901), 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923) y 62/2018, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:310).



76.- En particular, la Sala ha venido afirmando que el sistema de apoyos, que en nuestro Derecho está integrado por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, deben interpretarse conforme a los principios de la Convención: *«[E]n consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya (art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo sus concretas y particulares circunstancias»* (STS 298/2017, de 16 de mayo, cit.).

77.- Por otra parte, la misma jurisprudencia ha declarado que las causas de incapacitación también deben ser interpretadas de acuerdo con la Convención, y ha incidido en la graduación de la incapacidad y en una concepción abierta de las causas de incapacitación: *«[D]e este modo, la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (...) "el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada"»* [STS 341/2014, de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3168), con cita de otras anteriores].

78.- En esta idea del juicio de incapacidad como una valoración concreta y particularizada de cada persona, y de la sentencia de incapacitación como un *"traje a medida"*, se encuentra también en las SSTS 341/2014, de 1 de julio (cit.), 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945), 557/2015, de 20 de octubre (ECLI:ES:TS:2015:4283), 373/2016, de 3 de junio (ECLI:ES:TS:2016:2573), y 552/2017, de 11 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3535).

79.- En particular, la STS 373/2016 (cit.) señala que para que funcionen los sistemas de protección *«[s]e hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas (...)»*.



80.- Y continúa: «*[S]e trata de lo que esta Sala ha calificado de un traje o trajes a medida (...) que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones*».

81.- Para concluir: «*[E]llo exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones*».

82.- También la naturaleza del juicio de incapacitación, la prueba, su tratamiento legal, los principios dispositivo y de aportación de parte, la discrecionalidad del juez a la hora de valorar la prueba, así como el reflejo de su valoración en la motivación de la sentencia, han de ser interpretados a la luz de los principios de la Convención. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, «*[q]ue es lo que, generalmente, caracteriza a los procesos civiles, sino como el cauce adecuado para lograr la finalidad perseguida, que es la real y efectiva protección de la persona discapacitada mediante el apoyo que pueda necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica*» [STS 244/2015, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:1945)].

83.- La necesidad de confeccionar el "traje a medida", y que el confeccionado sea el adecuado (cfr. STS 552/2017, de 11 de octubre, cit.), determina el rigor de la práctica de la prueba de examen o reconocimiento de la persona, de la audiencia de los parientes más próximos y de la emisión de los dictámenes necesarios en relación con las pretensiones de la demanda, pruebas que deberán ser acordadas incluso de oficio tanto en la primera como en la segunda instancia [artículo 759.1 y 3 LEC, y STS 597/2017, de 8 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:3923)].



84.- Al mismo tiempo, y en la misma línea de interpretar el sistema legal de protección conforme a los principios de la Convención, la Sala ha delimitado el carácter y contenido de las medidas de guarda legal en orden a establecer la procedencia de una u otra, en función del grado, pronóstico, reversibilidad y de las demás circunstancias que se den en la afectación que sufre la persona con discapacidad, y en particular la esfera de autonomía personal de la que disfrute.

85.- De este modo, se ha reservado la tutela para la incapacitación total, en tanto que la curatela, que se concibe en términos más flexibles, se destina para las incapacitaciones parciales, si bien la jurisprudencia, en la línea marcada por los principios de la Convención, se viene inclinando por esta última, dejando aquella para los casos en que se aprecie una limitación total del alcance de la capacidad (cfr. STS 69/2018, de 7 de febrero, cit.), en el entendido de que en el Código Civil la curatela no se circunscribe expresamente a la asistencia en la esfera patrimonial, sino que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 289 CC, pueden atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal; lo que, por lo demás, es conforme a la jurisprudencia según la cual *«[e]l curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, que no tiene que ser específicamente de naturaleza patrimonial»* [STS 341/2014, de 1 de julio (cit.), con cita de la 995/1991, de 31 de diciembre).

86.- Esta configuración de la curatela como medida de carácter asistencial, antes que representativa, es singularmente relevante en orden a interpretar el sistema de protección de las personas discapacitadas conforme a los principios de la Convención: *«[E]n puridad –dice la STS 341/2014, de 1 de julio-, para distinguir cuándo procede una institución tutelar u otra, hay que atender a si la sentencia de incapacitación atribuye al guardador legal la representación total o parcial del incapacitado, pues es esta la característica diferencial entre la tutela y la curatela. En el primer caso, aunque la representación tan solo sea patrimonial, debe constituirse la tutela, aunque sus funciones serán las que se correspondan con la extensión de la incapacidad; mientras que en el segundo caso en que no se atribuye la representación, procede constituir la curatela, con independencia de si las funciones asistenciales pertenecen a la esfera patrimonial o personal del incapacitado»*.



87.- Paralelamente, la Sala Primera ha destacado la relevancia de la voluntad de la persona afectada por la discapacidad en punto a la determinación del sistema de guarda legal procedente, y en particular, de la autotutela a la que se refieren los artículos 223 y 234 CC. Sobre este particular, la Sala ha incidido en la necesidad de atender a la voluntad de la persona afectada, manifestada con anterioridad a la afectación, si bien el juez puede prescindir de ella si el beneficio e interés superior del discapacitado así lo exigiera, y de forma motivada [cfr. SSTS 504/2012, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5676), y 552/2017, de 11 de octubre (cit.), entre otras]. Para conocer cuál es el interés superior del discapacitado, por encima de cualquier otro que pudiera concurrir, *«es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible la diversidad de las personas con discapacidad (...). No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso»* [STS 487/2014, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3908)].

88.- Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha propugnado una interpretación del sistema legal de protección de las personas con discapacidad conforme a los principios y valores constitucionales, que la aproximan a la que se impone desde los principios y valores de la Convención, que, por lo demás, se erige en canon interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades reconocidas por la Constitución (artículo 10.2 CE): *«[E]n el plano de la constitucionalidad que nos corresponde –dice la STC 174/2002, de 9 de octubre- hemos de declarar que el derecho a la personalidad del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación a la capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por*



sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (artículo 199 CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 LECivil que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de la incapacitación (artículos 199 y 200 CC), se erigen en las garantías esenciales del proceso de incapacitación. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

VI

89.- Una vez que se ha expuesto el panorama en el derecho comparado y en la jurisprudencia, se está en condiciones de avanzar unas primeras conclusiones de carácter general sobre el proyectado régimen de protección de las personas con discapacidad.

90.- Se ha de admitir, en línea de principio, que el Anteproyecto sirve adecuadamente al objetivo de adecuar la legislación civil y procesal a las exigencias derivadas de la Convención, y se muestra plenamente respetuoso con sus principios y con las obligaciones que establece, ya las generales, ya las específicamente impuestas en el artículo 12 del instrumento internacional en punto al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

91.- El texto proyectado, por tanto, es consecuencia directa de la obligación impuesta por la Convención a los Estados partes en orden a la adopción de todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes en la medida en que sea preciso para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y en particular para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, adoptando todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Desde esta perspectiva, la reforma proyectada no puede sino ser favorablemente acogida.



92.- En esta línea, el prelegislador ha optado por modificar en profundidad el sistema de protección de las personas con discapacidad a partir de una concepción maximalista de la Convención, con objeto de dotar de la mayor virtualidad posible a los principios, valores y disposiciones que contiene. Conforme esta concepción, la reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad pasa a gravitar sobre los siguientes ejes: i) la desaparición, formal y materialmente, de la incapacidad como estado civil y de la incapacitación como declaración judicial de modificación de la capacidad de las personas afectadas por alguna discapacidad; ii) la supresión del sistema de guarda legal basado, con carácter general, en la sustitución de la persona con discapacidad y en la representación de la misma, que quedan limitadas a los casos en que, por las circunstancias concurrentes, sea preciso articular medidas sustitutivas de carácter representativo, y solo en la medida y con el alcance que fuere preciso; iii) la promoción de la autonomía y la voluntad de las personas afectadas por discapacidades, y la promoción de su autogobierno; y iv) el establecimiento de un sistema de apoyos y de asistencia a la persona con discapacidad adecuado a la discapacidad que le afecta que le permita desenvolverse en condiciones de igualdad con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

93.- En la práctica, este nuevo sistema se traduce en la desaparición de la inveterada institución de la tutela, en la medida en que está asociada a la incapacitación total y a la sustitución y representación del incapaz, y en la articulación del sistema de guarda legal en torno a la curatela, como figura central del sistema de apoyos, dotada de un contenido y una extensión proporcional al grado de asistencia que precisa la persona con discapacidad, el defensor judicial, caracterizado por su provisionalidad, y el guardador de hecho, figura que ahora se potencia y que permite la asistencia al discapacitado de manera cercana y continuada sin necesidad de intervención judicial fuera de aquellos casos en que el guardador haya de sustituir y representar a la persona con discapacidad.

94.- Al mismo tiempo, se ha de operar una profunda transformación procedimental, por cuanto los tradicionales procesos de incapacitación y modificación judicial de la capacidad dejan paso a procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad, así como las salvaguardias que habrán de asegurar la efectividad y la eficacia de las medidas adoptadas.



95.- Este cambio de paradigma en el sistema de protección de las personas con discapacidad comporta no solo una profunda modificación del régimen jurídico de la discapacidad, sino también un cambio en la concepción de la discapacidad con proyección social y en el tráfico jurídico. El nuevo modelo significa reconocer a las personas con discapacidad como verdaderos actores sociales y en el tráfico jurídico y económico, lo que conlleva implícitamente una alteración en el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, en la medida en que pasan a ser sujetos del juicio de imputabilidad y a responder *per se*, sin perjuicio del mantenimiento de la responsabilidad por hecho ajeno, basada en la posición de garante de quien responde por hecho de otro, en la medida en que esta responsabilidad venga determinada por la discapacidad y el sistema de apoyo y asistencia dispuesto. E implícitamente significa también la asunción del riesgo de ver incrementadas las acciones de anulación o de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad, en un control *a posteriori* de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado.

96.- Se trata, por tanto, de un cambio de paradigma no solo con significación jurídica, sino también, y especialmente, con alcance social, que viene impuesto por el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, de la indisoluble e irrenunciable dignidad de tales personas y del reconocimiento no solo de la titularidad de relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, sino también de la aptitud para su pleno ejercicio en condiciones de igualdad con las demás personas.

97.- En este punto, cabe reflexionar acerca de la necesidad de este profundo cambio normativo, en el marco de la realización de los ajustes procedimentales a los que obliga la Convención para garantizar a todas las personas con discapacidad una protección legal, igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo (artículo 5 CNY).

98.- En líneas anteriores ya se ha visto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha hecho una interpretación del ordenamiento jurídico vigente acorde a los términos de la Convención, sobre la base de considerar que el sistema de guarda legal que establece, articulado en torno a la tutela, la curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho, se configura como un sistema de protección de la persona con discapacidad, a la que se reconoce plena personalidad jurídica y el respeto a la dignidad consustancial a dicha cualidad, en el que tiene especial significación la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad y su propio autogobierno.



99.- Esta interpretación del sistema legal de protección de las personas con discapacidad, que por lo demás es el resultado de un proceso en el que han intervenido diferentes operadores jurídicos, conduce a concebir las actuales instituciones tutelares como medidas de apoyo al discapacitado –el “*traje a medida*” adecuado a sus necesidades- en donde la curatela con funciones asistenciales se erige en la figura de referencia, y en donde la sustitución y la representación del discapacitado se contemplan únicamente para aquellos casos en los que, por las circunstancias que rodean la discapacidad, es necesario, y en la medida en que lo sea. De este modo, la tutela, como figura en la que es consustancial la sustitución y representación del tutelado, quedaría circunscrita a aquellas alteraciones cognitivas y volitivas profundas e irreversibles, del mismo modo que, bajo el sistema proyectado, y concurriendo esas circunstancias, se articularía la curatela representativa con esa misma dimensión.

100.- Conviene retener que las observaciones y recomendaciones que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha trasladado a los legisladores de los Estados Partes tienen como denominador común la declarada inconciliabilidad con la Convención de los sistemas y de las figuras legales de protección que se asientan con carácter general en la sustitución y representación de la persona con discapacidad. Ciertamente, en lo que al sistema español vigente se refiere, los principios y postulados de la Convención, basados en el reconocimiento de la personalidad y de la dignidad de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con las demás personas, no comulgan con una declaración judicial de incapacidad o de modificación judicial de la capacidad, sino que reclaman la intervención judicial para la determinación del régimen de protección y del sistema de apoyos adecuado a la discapacidad, para la confección, en suma, del “*traje a medida*” de la persona con discapacidad que le permita desarrollar su personalidad e intervenir en todos los actos de la vida en condiciones de igualdad.

101.- Es cierto que la desaparición de la incapacidad como tal obliga a una cierta reformulación de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar. En esta idea, cabe afirmar que la interpretación del sistema legal vigente conforme a la Convención que predica la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo lleva implícito el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, como cualidad inalienable consustancial al reconocimiento, pleno e igualitario, de su personalidad, de forma que la discapacidad en modo alguno altera su capacidad jurídica –su aptitud para ser titular de relaciones jurídicas-, sino su capacidad de actuar –de ejercitar



los derechos y obligaciones-, que se ve necesitada de la asistencia y del apoyo de otras personas e instituciones, las cuales, en ocasiones, han de sustituir y representar al afectado por la discapacidad.

102.- Cabría de este modo plantearse, en términos hipotéticos, la posibilidad de acometer una reforma del sistema legal de protección de las personas con discapacidad de menor calado que la propuesta por el prelegislador, que, más allá de ceñirse a aspectos meramente terminológicos y formales, prescindiera del concepto de incapacitación y de la incapacidad como definitoria de un estado civil caracterizado por la ausencia o limitación de la capacidad de obrar y por la sustitución en su ejercicio por quienes ejercen cargos y funciones tutelares, manteniendo sin embargo el esquema actual del sistema de guarda legal, si bien modulado por los principios y postulados de la Convención, particularmente en lo que se refiere a la autonomía y respeto de la voluntad de las personas con discapacidad, en la máxima aplicación del principio de autorregulación y en la modificación del sistema de sustitución y representación de la persona con discapacidad para dejar paso a un sistema de apoyos adecuados y proporcionados a la discapacidad y que le permitan ejercitar plenamente su capacidad de obrar en todos los aspectos de la vida en condiciones de igualdad y no discriminación. Se trataría, en suma, de acomodar la legislación vigente a los principios y postulados de la Convención en la medida necesaria para que el sistema legal de protección permita la confección del *“traje a medida”* adecuado a la persona que sufre la discapacidad, en los términos en los que se ha expresado la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

103.- No obstante la posibilidad –en el plano hipotético- de este menor alcance de la reforma, este órgano de gobierno del Poder Judicial ha de hacer una valoración favorable, en términos generales, de la que propone el prelegislador. Y ello porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, la mayor dimensión de la reforma, con el cambio de paradigma que comporta, se muestra de todo punto respetuosa con los principios y valores constitucionales y con los principios y valores de la Convención que informan las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución. Supone la consagración de la discapacidad no como una limitación excluyente, sino como una realidad que requiere del tratamiento normativo adecuado para lograr la definitiva y plena participación e inclusión social de las personas con discapacidad, por más que tal cosa requiera un esfuerzo por parte de todas las instituciones y poderes públicos, de los operadores jurídicos, de



los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico, y, en fin, de la sociedad en su conjunto.

VII

104.- Esta valoración general favorable del Anteproyecto no ha de impedir, sin embargo, ciertas consideraciones críticas, también de carácter general, sobre el sistema propuesto y sobre las consecuencias que se derivarán de su aplicación, así como acerca de los requerimientos que su plena y adecuada efectividad exigirán en orden, específicamente, a la organización judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional.

105.- En primer término, se ha de advertir que el abandono del sistema de tutela de autoridad puede generar situaciones incompatibles con la tutela judicial efectiva. El sistema de protección proyectado deja espacios ajenos al control judicial que pueden resultar inconciliables con la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, es discutible la conveniencia de prescindir de forma absoluta del concepto objetivo del “*superior interés*” de la persona con discapacidad, que ha de ser apreciado por quien debe dispensarle la tutela de sus derechos e intereses. Ciertamente es que el Comité de expertos (cfr. Informe de 2017, observaciones 33 y 34, referidas al artículo 12 de la Convención) ha manifestado su preocupación acerca de aquellos regímenes jurídicos en los que la privación de la capacidad se dispone sobre la base del juicio de un tercero sobre lo que es su mejor interés. En línea aparentemente opuesta, la STS (Sala de lo Civil) núm. 635/2015, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2015:4711; en similares términos, la STS 596/2017, de 8 de noviembre, ECLI:ES:TS:2017:3925) mantiene que el interés superior de la persona con discapacidad constituye el elemento rector de la actuación de los poderes públicos, considerando que tal superior interés «*[n]o es más que la suma de los distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico de su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión, para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado*». Y el Anteproyecto tampoco ignora, ni elude, la relevancia del interés superior de la persona con discapacidad (cfr. artículos 749.1 LEC y 45.4 LJV, ambos en la redacción anteproyectada). A la vista de ello, parece preciso, por tanto, conjugar el régimen de protección basado en el autogobierno y la autoorganización con el debido control



judicial que permita asegurar la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

106.- Por otra parte, en la MAIN, al analizar el impacto económico y presupuestario del Anteproyecto, se señala que a fecha de 2016 en España había 1.840.700 personas con discapacidad en edad laboral (16-64 años), que representaban el 6,1 % de la fuerza laboral. El prelegislador considera que la flexibilización del marco legal para otorgar las medidas de apoyo que necesiten las personas con discapacidad en el ámbito patrimonial estimulará su participación en el tráfico económico al potenciar su autonomía. Análogo efecto –estima- es previsible por la introducción de determinadas normas tendentes a agilizar la gestión y administración del patrimonio de las personas con discapacidad.

107.- El prelegislador, que se hace eco de la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la necesidad de confeccionar a la persona con discapacidad “*un traje a medida*” y de proveer las medidas de apoyo que sean proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, con respeto a su máxima autonomía, voluntad, deseos y preferencias (y cita el artículo 266 anteproyectado), admite que la definición de las concretas medidas de apoyo puede suponer un alargamiento de los trámites de examen del afectado así como de la audiencia a parientes, entidades y otras personas, profesionales y facultativos, a fin de comprender el grado de autonomía del afectado y afinar el alcance, efectos y contenidos de la medida de apoyo.

108.- Considera, empero, que junto con estos factores concurren otros que habrán de reducir la carga de trabajo de la Administración de Justicia en la aplicación del nuevo sistema. Estos factores, explica, son los siguientes:

- a) La potenciación de la autorregulación de la discapacidad a través de la escritura de previsión de medidas de apoyo sobre la persona o bienes, los poderes preventivos y la autocuratela;
- b) La subsidiaridad de la heterorregulación y la preferencia de la autorregulación, que desplaza las medidas de apoyo legales o judiciales frente a las voluntarias, pudiendo coexistir unas y otras, quedando sometida la autorregulación únicamente a un control judicial posterior, y no previo;
- c) El desarrollo de la figura del guardador de hecho, que puede realizar actos representativos concretos mediando autorización judicial concreta, sin necesidad de previo procedimiento judicial de determinación de apoyos, y el acceso no contencioso (jurisdicción



voluntaria y provisión de apoyos tanto informal como formal o notarial) a vías de formalización de los apoyos solo cuando las circunstancias lo requieran, con la subsiguiente contención del aumento del gasto asistencial;

- d) La configuración del sistema de apoyo judicial en torno a la institución de la curatela; y
- e) La provisión de modificación y supresión de las medidas judiciales de apoyo.

109.- Todas estas circunstancias conducen al prelegislador a considerar que el coste presupuestario y de dotación de personal por unidad –judicial, se ha de entender- no cambiará respecto del actual «[y]a que el coste acumulado (total de procedimientos gestionados en un año en todo el territorio) del escenario judicial (fiscalía, judicatura, administración de justicia y abogacía) no solo no aumentará, sino que disminuirá al quedar aliviada la demanda judicial, sobre todo la contenciosa, con vías de provisión de apoyos alternativas al sistema judicial».

110.- Y concluye: «[E]n resumen, concurren múltiples factores que favorecerán la consideración de las preferencias de las personas con discapacidad sin necesidad de intervención judicial o con autorización puntual a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. Particularmente relevante a estos efectos es la regulación de los poderes y mandatos preventivos y de la guarda de hecho, instituciones a las que se dota de un sustrato normativo más sólido y con capacidad para proyectar su utilidad a la mayor parte de las situaciones. Incluso cuando resulte imprescindible acudir a la curatela (por no existir otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad, tal y como predica el artículo 267 del Código Civil en la versión anteproyectada) y, por ende, a la provisión de medidas judiciales de apoyo, la figura de la autocratela (que podrá comprender la puesta en funcionamiento y contenido de la curatela) facilitará enormemente el procedimiento judicial. Solamente en los supuestos en los que no basten las medidas notariales preventivas ni la guarda de hecho y, por consiguiente, sea oportuna la tramitación del procedimiento de provisión judicial de medidas, sin que, además, se hayan perfilado tales medidas a través de la autocratela, dicho procedimiento puede albergar mayor dificultad. Pero se entiende que aquellos factores compensan cualquier incremento de la carga de trabajo que pueda producirse en estos últimos casos».

111.- Estas conclusiones, empero, merecen ciertas consideraciones, que, más allá de la mera crítica, pretenden inducir a determinadas reflexiones



sobre los efectos de la implantación del nuevo sistema de protección diseñado por el prelegislador en el plano jurisdiccional, y que pueden tener trascendencia de cara a su efectividad y eficacia.

112.- En primer lugar, el hecho de que el nuevo sistema gravite en torno a la autorregulación de la discapacidad, con preferencia sobre la heterorregulación, no ha de significar necesariamente una disminución de la intervención judicial, por más que se desplace en gran medida a la esfera de la jurisdicción voluntaria. La configuración voluntaria del régimen de asistencia y de las medidas de apoyo (conforme a los proyectados artículos 251, 254 a 260, y 269 a 272), si bien se mueve inicialmente en el plano extraprocésal, terminará en gran medida por situarse y cobrar virtualidad en la esfera del proceso. La previsión de medidas de apoyo en escritura pública en atención a la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones (artículo 251) no eximirá en la mayoría de los casos de la valoración judicial de su adecuación y suficiencia, así como de la adopción de otras medidas supletorias o complementarias cuando las establecidas por el afectado sean insuficientes (cfr. artículo 251, apartado segundo).

113.- Lo mismo sucederá con el otorgamiento de poderes y mandatos preventivos para el supuesto de que en el futuro el poderdante o mandante se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. La previsión de que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad se estará a las previsiones del poderdante o mandante, y de que, en garantía del cumplimiento de las previsiones de estos se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial (artículo 255), puede resultar insuficiente en los casos en que, bien el propio afectado, bien los legitimados para instar los procedimientos de provisión de apoyos, cuestionen la concurrencia del presupuesto que habilita la eficacia del poder o del mandato, tanto más en aquellos supuestos en los que el apoderamiento o el mandato no contengan previsiones concretas y suficientemente completas acerca de la concurrencia del hecho o las circunstancias que activan el poder o el mandato preventivo, o las adecuadas previsiones acerca de su acreditación. Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que los poderes y mandatos preventivos, pese a su subsistencia, no obstaculizan la constitución de otras medidas de apoyo establecidas judicialmente, cuando las voluntariamente previstas sean inadecuadas o insuficientes (cfr. artículo 256, primer párrafo, AL), ni impedirán la designación de un defensor judicial en los casos previstos en el artículo 293 AL, particularmente en los supuestos de



conflictos de intereses entre la persona con discapacidad y el apoderado o mandatario (artículo 293-3º AL).

114.- Paralelamente, se ha de considerar que en muchas ocasiones, y para los actos y negocios jurídicos más relevantes de la persona con discapacidad, la guarda de hecho comportará el ejercicio de funciones representativas, lo que, conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del proyectado artículo 261, requerirá autorización judicial, lo mismo que para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona sujeta a la guarda de hecho, cuando no pueda prestarlo por sí misma.

115.- Y la autocratela, si bien es relevante en orden a la designación del curador y a la determinación del funcionamiento y contenido de la curatela, no exime de la intervención judicial para su provisión y para la concreción de su contenido y ejercicio (artículos 267, 269, 274 y 285 AL).

116.- Por otra parte, el sistema de medidas de apoyo -que, como precisa el artículo 266 AL, han de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias-, requiere, de forma consustancial a su propia esencia, una continuada constitución de las medidas de forma correlativa al grado de desarrollo de la afectación en que consiste la discapacidad, particularmente en los casos de deterioros progresivos o de una progresiva degeneración de las facultades cognitivas e intelectivas. Esta continua adaptación del régimen y de las medidas de apoyo a la persona con discapacidad también se produce, desde luego, bajo el manto de la legislación vigente, pues se trata de confeccionar el "*traje a medida*" adecuado para la concreta situación de discapacidad; pero la implantación del nuevo paradigma de la discapacidad y del sistema de apoyos requerirá un mayor grado de intervención judicial para establecer las medidas de apoyo concretas que precise la persona con discapacidad en cada momento y en cada situación concreta, y en la medida en que sean necesarios para asistirle en el ejercicio de su capacidad de obrar.

117.- Vinculada a lo anterior se encuentra la expresa previsión de la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas "*en un plazo máximo de tres años*" (artículo 266 AL). Tienen asimismo especial incidencia en la aplicación inmediata del nuevo sistema las disposiciones transitorias del Anteproyecto, conforme a las cuales se somete al régimen proyectado el ejercicio de las funciones tutelares (tutela, curatela y defensor judicial),



aplicándose a los tutores de personas con discapacidad las normas establecidas para los curadores representativos (disposición transitoria segunda), y entendiéndose referidas a la autotutela las previsiones de autotutela (disposición transitoria tercera). Singularmente relevante es la disposición transitoria cuarta, que prevé que las personas con capacidad modificada judicialmente, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley proyectada para adaptarlas a esta; y, en todo caso, con la primera presentación del informe y rendición de cuentas anual posterior a la entrada en vigor de la ley, los tutores o curadores solicitarán que se proceda a la revisión judicial de la situación actual de las personas a su cargo, para adaptarla a las previsiones de la ley. Dicha revisión deberá efectuarse por el juez en un plazo máximo de dos años desde que tuvo lugar la solicitud (disposición transitoria cuarta). Y no es inane tampoco, de cara a la incidencia que ha de tener la implantación del nuevo sistema respecto del ejercicio de la función jurisdiccional, la previsión de la disposición transitoria quinta, conforme a la cual los procesos relativos a la capacidad de las personas que se estén tramitando a la entrada en vigor de la futura ley se regirán por lo dispuesto en ella, especialmente en lo que se refiere al contenido de la sentencia, conservando en todo caso su validez las actuaciones que se hubiesen practicado hasta ese momento.

118.- Junto a lo anterior debe tenerse en cuenta la importancia que en el nuevo sistema tienen las medidas de vigilancia y control en el ejercicio de los apoyos establecidos (cfr. artículos 256 y 268 AL), tributarias del mandato contenido en el apartado cuarto del artículo 12 de la Convención, y que habrán de exigir la intervención judicial, bien para valorar la adecuación, pertinencia y suficiencia de las previstas por la persona con discapacidad –dada la relevancia que tienen para garantizar el correcto ejercicio de los apoyos previstos por esta y evitar abusos–, bien para fijarlas en el momento de establecer las medidas de apoyo judicial.

119.- Al mismo tiempo, es significativa la incidencia que ha de tener la previsión contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 91 CC, conforme al cual *«[C]uando al tiempo de la separación, divorcio o nulidad existieran hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad.*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad».

120.- Todo lo anterior pone de manifiesto que la implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos que se diseña en el AL, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial virtualidad del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como el examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución de la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente.

121.- Adviértase que, según la información que facilita la propia MAIN, el número de personas que tienen la consideración de “*personas con discapacidad*”, ascendía, a 31 de diciembre de 2016, a 3.378.622, de las cuales un total de 277.472 personas tenían reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, porcentaje en el que la primera deficiencia que concurre es la mental, seguida de la deficiencia intelectual, tanto en hombres como en mujeres.

122.- La distribución actual de los órganos judiciales que tienen asumida competencia en materia de capacidad, bien de forma exclusiva, bien de forma concurrencial con competencias en materia de internamientos, tutelas y, en general, familia, es la que aparece reflejada en los cuadros siguientes:

a) Órganos unipersonales:

Especialidad	Nombre
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE ALBACETE
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE ALBACETE
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE ALICANTE



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE ALICANTE
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE ALICANTE
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 5 DE ELX
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE PALMA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 12 DE PALMA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 16 DE PALMA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 20 DE PALMA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE BADALONA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE BADALONA
CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL PERSONAS	JDO DE 1ª INS Nº 40 DE BARCELONA
CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL PERSONAS	JDO DE 1ª INS Nº 58 DE BARCELONA
CAPACIDAD, INTERNAMIENTOS Y ESTADO CIVIL PERSONAS	JDO DE 1ª INS Nº 59 DE BARCELONA
FAMILIA, INTERNAMIENTOS Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE GRANOLLERS
FAMILIA, INTERNAMIENTOS Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE GRANOLLERS
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE MATARO
FAMILIA, INTERNAMIENTO Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE SABADELL
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE TERRASSA
FAMILIA, INTERNAMIENTOS Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE TERRASSA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE BURGOS
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE JEREZ DE LA FRONTERA
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE CASTELLO DE LA PLANA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE CORDOBA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 5 DE CORDOBA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE A CORUÑA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE A CORUÑA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE GIRONA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE GRANADA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 16 DE GRANADA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE GUADALAJARA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE DONOSTIA-SAN SEBASTIAN
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE HUELVA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE JAEN
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE LEON
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 11 DE LEON
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE LLEIDA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 1 DE LOGROÑO
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE ALCALA DE HENARES
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 30 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 65 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 78 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 94 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 95 DE MADRID
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS, TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 11 DE MALAGA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE CARTAGENA



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE CARTAGENA
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE MURCIA
INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE MURCIA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE GIJON
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE GIJON
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 9 DE OVIEDO
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 5 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 15 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 15 DE VIGO
FAMILIA, TUTELAS Y CAPACIDAD	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
FAMILIA, CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 8 DE SANTA CRUZ DE TENERIFE
FAMILIA Y CAPACIDADES	JDO DE 1ª INS Nº 11 DE SANTANDER
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 17 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 23 DE SEVILLA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	JDO DE 1ª INS Nº 26 DE SEVILLA
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 7 DE TARRAGONA
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE VALENCIA
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 28 DE VALENCIA
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 3 DE VALLADOLID
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 10 DE VALLADOLID
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS/TUTELAS)	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE VALLADOLID
CAPACIDAD Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 6 DE BARAKALDO
FAMILIA Y TUTELAS	JDO DE 1ª INS Nº 14 DE BILBAO
INCAPACIDAD, INTERNAMIENTOS	JDO DE 1ª INS Nº 13 DE ZARAGOZA

b) Órganos Colegiados:

Especialidad	Nombre
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 4 DE LA AP DE BALEARES
FAMILIA (INCAPACIDADES/INTERNAMIENTOS)	SECCION Nº 18 DE LA AP DE BARCELONA
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 2 DE LA AP DE BURGOS
CAPACIDAD Y ESTADO CIVIL PERSONAS	SECCION Nº 2 DE LA AP DE CASTELLO
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 5 DE LA AP DE GRANADA
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 22 DE LA AP DE MADRID
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 24 DE LA AP DE MADRID
FAMILIA Y CAPACIDADES	SECCION Nº 3 DE LA AP DE LAS PALMAS



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

FAMILIA Y CAPACIDADES

SECCION Nº 1 DE LA AP DE SANTA CRUZ DE TENERIFE

SECCION Nº 2 DE LA AP DE CANTABRIA

SECCION Nº 2 DE LA AP DE SEVILLA

SECCION Nº 1 DE LA AP DE TARRAGONA

SECCION Nº 1 DE LA AP DE VALLADOLID

SECCION Nº 4 DE LA AP DE BIZKAIA

SECCION Nº 2 DE LA AP DE ZARAGOZA

123.- El número de resoluciones finales dictadas en procedimientos de modificación de la capacidad durante el año 2107 y el primer semestre del 2018 es el siguiente, distribuido por provincias:

	2017	1^{er} Semestre 2018
ALMERIA	290	172
CADIZ	714	372
CORDOBA	291	196
GRANADA	670	409
HUELVA	180	110
JAEN	274	180
MALAGA	869	514
SEVILLA	838	601
HUESCA	221	130
TERUEL	123	75
ZARAGOZA	1.099	612
ASTURIAS	841	437
ILLES BALEARS	836	399
LAS PALMAS	682	388
SANTA CRUZ DE TENERIFE	472	296
CANTABRIA	614	333
AVILA	173	96
BURGOS	288	188
LEON	369	183
PALENCIA	162	61
SALAMANCA	306	131
SEGOVIA	83	64
SORIA	107	58
VALLADOLID	412	231
ZAMORA	183	132
ALBACETE	325	186
CIUDAD REAL	413	221
CUENCA	210	130



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Secretaría General

GUADALAJARA	95	52
TOLEDO	339	220
BARCELONA	3.422	2.141
GIRONA	449	271
LLEIDA	311	124
TARRAGONA	580	307
ALICANTE	1.182	753
CASTELLON	558	276
VALENCIA	2.069	1.143
BADAJOS	315	216
CACERES	223	161
A CORUÑA	1.069	503
LUGO	531	287
OURENSE	395	112
PONTEVEDRA	768	308
MADRID	4.127	2.339
MURCIA	693	400
NAVARRA	560	307
ARABA/ALAVA	217	119
GIPUZKOA	403	205
BIZKAIA	1.230	660
LA RIOJA	229	123
TOTAL	33.827	17.932

124.- Las anteriores consideraciones, confrontadas con los datos que se acaban de consignar, abonan la necesidad de ahondar en la incidencia real que tendrá la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y del nuevo sistema de apoyos, y conducen a cuestionar la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que, en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, se derivarán del sistema diseñado por el prelegislador. Y ello ya no solo por el mayor grado –cuantitativo y cualitativo– de la intervención judicial en la configuración del régimen y del sistema de apoyos adecuado para la persona con discapacidad, en su seguimiento, su revisión y en el establecimiento de las cautelas y salvaguardias precisas para su eficacia, sino también porque el nuevo paradigma de la discapacidad precisa a su vez de un cambio de paradigma en la concepción de discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, implicados en su tratamiento y en la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, que cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la estructura judicial y de la Administración de Justicia para atender a los



requerimientos del nuevo sistema; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales, atribuyendo competencias específicas en esta materia a un mayor número de órganos judiciales a través del cauce que habilita el artículo 98 LOPJ; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad, que suponga una mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y con quienes han de participar en el proceso de adopción de apoyos; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii), en fin, la adopción de todas aquellas medidas de accesibilidad, conforme al principio de accesibilidad universal y de diseño –entre las que se cuentan las de carácter arquitectónico o funcional, o aquellas otras para facilitar la lectura y comprensión de los documentos- que permitan a las personas con discapacidad ejercer con plenitud sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva.

125.- Las consideraciones expuestas han de venir seguidas de aquellas otras orientadas a poner de relieve la virtualidad del principio de corresponsabilidad pública, y pública y privada, en la implantación y desarrollo del sistema de protección de las personas con discapacidad, con la subsiguiente coordinación de los servicios médicos y asistenciales estatales, autonómicos y locales, y con el adecuado desarrollo del marco jurídico, legal y reglamentario, que regule la actuación de los equipos técnicos de psicólogos y trabajadores sociales adscritos a los Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

126.- Abundando en lo anterior, cabe significar que en la doctrina científica se está abriendo paso una concepción de la discapacidad no solo circunscrita a las alteraciones cognitivas y volitivas, sino que también comprende la afectación de las habilidades funcionales de las personas. De ahí la importancia de contar con centros ocupacionales y adecuados y suficientes equipos psicosociales que permitan la detección y el tratamiento de tales situaciones y el desarrollo de las habilidades funcionales afectadas.

127.- Y también en punto a la necesidad de cubrir carencias estructurales se ha de incidir en la necesidad de que los órganos judiciales dispongan de



medios adecuados para el debido control económico de las medidas de apoyo acordadas, principalmente en materia contable y de auditoría.

128.- No puede olvidarse, por otra parte, la obligación, impuesta por el artículo 31 de la Convención a los Estados parte, de llevar a cabo la recopilación de la información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que permita la formulación y aplicación de las políticas oportunas a fin de dar efecto a la Convención.

129.- Al mismo tiempo, al desvincularse la discapacidad del estado civil de las personas, se hace precisa la articulación de un régimen jurídico completo de las personas con discapacidad que alcance a todos los ámbitos de su personalidad, familiares, sociales y políticos, incluyendo la filiación, el matrimonio, las relaciones familiares, el régimen sucesorio, las relaciones patrimoniales, la especial consideración de las personas con discapacidad como consumidoras, y el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales, en especial los derechos de sufragio activo y pasivo, aspecto este último sobre el que versa el recientemente aprobado proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

130.- Cabe hacer, para concluir estas consideraciones generales, las que a continuación se recogen, también de carácter general, y desde el planteamiento de la colaboración institucional en el proceso de elaboración normativa en cuyo marco se ejercita la función consultiva de este órgano de gobierno del Poder Judicial.

- a) El ALRD no contiene una definición de persona con discapacidad, ni establece la forma de acreditar la consideración legal de persona con discapacidad. Esta se encuentra recogida en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad (TRLGD), conforme a cuyo apartado primero «[S]on personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

Esta definición de personas con discapacidad es sustancialmente idéntica a la que se contiene en el segundo párrafo del artículo 1 de la Convención, que prescinde, sin embargo, del carácter "*previsiblemente permanente*" de las deficiencias, para referir las personas con discapacidad a aquellas aquejadas de deficiencias "*a largo plazo*".



El artículo 4 del TRLGD, en su apartado segundo, considera personas con discapacidad, además de aquellas que define en su apartado primero, "y a todos los efectos", a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Y añade que «[s]e considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o de gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos»; para concluir el apartado tercero: «[E]l reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional».

Aun cuando esta extensión del concepto de discapacidad puede resultar beneficiosa para otros fines, en la configuración del sistema de protección legal de las personas con discapacidad puede ser, sin embargo, un tanto perturbador. Cabe someter a la consideración del prelegislador, por tanto, la conveniencia de prescindir del automatismo en el empleo de elementos y de competencias administrativas a la hora de establecer el régimen y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad, por más que la declaración de discapacidad a efectos administrativos y la determinación de su grado pueda constituir un elemento a tomar en consideración para valorar la situación y las necesidades de la persona con discapacidad y para configurar judicialmente el régimen y las concretas medidas de apoyo que precisa.

- b) Abundando en lo anterior, se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de la incapacitación en el artículo 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que impida el autogobierno-, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa.



- c) Es igualmente conveniente que el prelegislador valore la oportunidad de acudir a otros mecanismos de guarda legal y de potenciar aquellos que se ofrezcan como instrumentos alternativos a la intervención judicial, y que resulten eficaces para asistir a las personas con discapacidad en el ejercicio de pleno de su capacidad de obrar. En esta línea, cabría valorar positivamente la articulación de un régimen legal de guarda o asistencia familiar, similar al contemplado en la legislación francesa, con determinadas, concretas y limitadas facultades representativas establecidas *ex lege*, lo que evitaría los inconvenientes de tener que acudir a la autoridad judicial para que el guardador de hecho o el curador puedan obtener la autorización para representar y sustituir a la persona con discapacidad.
- d) Por otra parte, debe evitarse en lo posible, tanto que la ejecución y el desarrollo de las medidas de apoyo resulte gravoso para quien las ejercita, como que resulte oneroso para la persona con discapacidad, por lo general necesitado de todo su potencial económico. Sin perjuicio del régimen de retribución de quienes ejercitan funciones de apoyo a las personas con discapacidad, la adecuada eficacia del sistema de apoyos requiere la articulación de mecanismos asistenciales, predominantemente públicos, que faciliten el desarrollo de los sistemas de guarda legal, incluso aquellos de carácter familiar que pudieran contemplarse.
- e) Al margen de lo anterior, la prioridad que tiene la autorregulación frente a la heterorregulación en el proyectado sistema de apoyos, y la necesidad de que existan mecanismos de publicidad de las medidas de apoyo previstas y de las dispuestas, bien voluntariamente, bien judicialmente, exige articular los oportunos mecanismos de interconexión registral y de información, particularmente a los órganos judiciales, sobre las anotaciones registrales relativas al régimen de protección de las personas con discapacidad y las medidas previstas y adoptadas.
- f) Vinculado a lo anterior, ha de adecuarse la regulación de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad que se contiene en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al régimen proyectado, en particular en lo atinente al concepto de persona con discapacidad beneficiaria y titular del patrimonio protegido –la ley únicamente considera tales, a estos efectos, a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento y a las



afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento-, y a la constitución y administración del patrimonio protegido.

- g) No ha de desdeñarse, por último, el efecto que el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad tendrá en la legislación notarial, principalmente en la regulación del otorgamiento de las escrituras públicas en las que se prevean el régimen y las medidas de apoyo para una futura situación de discapacidad, de los poderes preventivos y de las escrituras públicas de constitución y configuración de la autotutela; pero también en la regulación del juicio de capacidad del otorgante afectado por una discapacidad, en la constatación de la concurrencia del supuesto que activa las medidas de apoyo predispuestas por el otorgante, y, en fin, en el juicio de capacidad y en la forma de otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de las personas con discapacidad, entre otros extremos. Se echa en falta, por lo tanto, siquiera la previsión, mediante la correspondiente disposición final, de la reforma de la legislación notarial en la medida en que venga exigida por el nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad; como, por cierto, sí se preveía en el anteproyecto de ley que precedió al que ahora es objeto de informe.

VIII

131.- En el marco de este Informe no puede dejar de ponerse de manifiesto la actividad que ha venido desarrollando el Consejo General del Poder Judicial en el ámbito de la promoción y protección de las personas con discapacidad con respecto al acceso a los Tribunales de Justicia. El Foro Justicia y Discapacidad, creado a través de Convenio de 1 de diciembre de 2003, constituye el marco institucional de colaboración y coordinación de las distintas instituciones para conseguir una mayor efectividad en la tutela judicial de los derechos de las personas con diversidad funcional. El Foro está conformado, además de por el propio Consejo, por el Ministerio de Justicia; el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; la Fiscalía General del Estado; el Consejo General de la Abogacía Española; el Consejo General de Procuradores de España; el Consejo General del Notariado; el Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantil y de Bienes Muebles de España; el Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales; el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI); y por la Fundación ONCE.

132.- A lo largo de estos años de funcionamiento se han impulsado iniciativas y proyectos de carácter divulgativo, formativo y de estudio con la



finalidad de remover obstáculos y ampliar las oportunidades de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia. Entre estas actividades cabe señalar la aprobación por acuerdo de la Comisión Permanente de 6 de abril de 2017, a instancias del Foro Justicia y Discapacidad, del Protocolo de Actuación de los delegados y las delegadas de discapacidad, que son miembros de la Carrera Judicial encargados de coordinar, promover e impulsar las actuaciones no jurisdiccionales para la adecuada tutela de los derechos de las personas con discapacidad en los órganos judiciales adscritos a un determinado Tribunal Superior de Justicia.

V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL ARTICULADO

A) Modificaciones en el Código Civil

a) Con relación a la vecindad civil y a la nacionalidad, separación, efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, filiación y patria potestad.

133.- Se examinan a continuación aquellos preceptos relativos a estas materias que, más allá de la mera adaptación terminológica al anteproyectado régimen de protección de las personas con discapacidad y al nuevo sistema de apoyos, merecen alguna consideración u observación dentro del marco de la función consultiva de este Consejo General del Poder Judicial.

134.- Los apartados Tres y Cuatro del Artículo primero del Anteproyecto modifican, respectivamente, los artículos 15.1 y 20.2 CC, que regulan la declaración de opción de la vecindad civil y de la nacionalidad española. En ambos casos, se suprime la referencia a la capacidad y a los incapaces, coherentemente con el nuevo régimen y sistema de protección proyectado; y se contempla al mismo tiempo la declaración de opción por el propio optante o interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise. Cuando se trata de la declaración de opción de la vecindad civil ante el encargado del Registro Civil al inscribir la nacionalidad española, el proyectado segundo párrafo del artículo 15.1 dice: «[E]sta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que, en su caso, precise, o por su representante legal (...)». Para dotar de mayor claridad al precepto, sería conveniente que, al referirse a los apoyos que precise el optante, se precise que este ha de ser persona con discapacidad.



135.- Por su parte, el artículo 20.2 CC, en la redacción anteproyectada, dispone que la declaración de opción por la nacionalidad española se formulará: « (...) d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise. Y e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieren impedido ejercitarla con anterioridad». Esta última previsión es tributaria de la redacción del vigente artículo 20.2 d) CC, que prevé el ejercicio de la facultad de opción por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Sin embargo, la redacción proyectada no guarda la debida coherencia con la previsión contenida en la letra d) del mismo artículo, en la redacción proyectada, que faculta al interesado a formular la declaración de opción con los apoyos que, en su caso, precise; de manera que si los apoyos fueron dispuestos, precisamente, para ejercitar la declaración de opción por la persona con discapacidad, pierde en gran medida sentido la previsión posterior.

136.- El AL introduce un segundo párrafo en el artículo 91 CC para regular la disposición judicial en los procedimientos de separación nulidad o divorcio de medidas de apoyo a los hijos comunes mayores de diecisiete años que se hallasen en situación de necesitarlas por razón de discapacidad, y que entrarán en vigor al alcanzar la mayoría de edad. El precepto dispone que en estos casos el juez, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas medidas. La legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

137.- El precepto debe ponerse en relación con el anteproyectado artículo 250, que dispone que «[C]uando se prevea razonablemente en el año anterior a la mayoría de edad que un menor sujeto a la patria potestad o tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial, a petición de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal podrá acordar, si lo estima necesario, la procedencia de la curatela o el nombramiento de un defensor judicial para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias».

138.- Al enfrentar uno y otro precepto se advierte cierta discordancia que se debería corregir. El establecimiento de medidas de apoyo institucionales o judiciales respecto del menor de edad mayor de diecisiete años, con carácter anticipatorio o preventivo de la discapacidad futura, y con



efectividad desde la mayoría de edad, ha de ser homogéneo, medie o no una sentencia de separación, nulidad o divorcio, de manera que en todo caso pueda la autoridad judicial fijar, respecto de los menores que se encuentren en estas circunstancias, bien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, bien en la sentencia "*ad hoc*" dictada en el oportuno procedimiento sobre la adopción de medidas de apoyo, aquellas que resulten adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcance la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial. En muchas ocasiones será suficiente la guarda de hecho, que podrá ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el artículo 261 AL, sin necesidad de acudir a la provisión de un curador, aunque sea meramente asistencial y no representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal.

139.- Lo anterior permite hacer una digresión acerca de la conveniencia, ya apuntada, de articular medidas de apoyo alternativas que, sin identificarse conceptualmente con la patria potestad prorrogada o con la rehabilitación de la patria potestad –en tanto que una y otra se vinculen a una situación de incapacidad del sujeto a ellas-, sean funcionalmente similares, en parecida línea a la habilitación familiar del ordenamiento jurídico francés.

140.- El Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 94 CC, para regular, fundamentalmente, el régimen de visitas de los hijos mayores de edad o emancipados con discapacidad en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio. Respecto de ellos, se prevé que la autoridad judicial determinará el tiempo y lugar en que el progenitor que no los tenga en su compañía podrá ejercitar su derecho a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. A tal efecto, el progenitor podrá solicitar en el mismo procedimiento que se establezca el modo en que se ejercerá dicho derecho, que se determinará por el juez, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. El precepto contempla los casos en que el juez podrá limitar o suspender este derecho (si se dieran circunstancias relevantes –no graves, como ahora- que así lo aconsejen o el incumplimiento grave y reiterado de los deberes impuestos por la resolución judicial), y concluye con el reconocimiento del derecho de los hermanos, abuelos y otros parientes y allegados de relacionarse con el menor o del mayor con discapacidad, salvo justa causa.



141.- El artículo proyectado, que se conecta con el artículo 160.2 CC, no difiere en esencia del vigente en cuanto al reconocimiento del derecho de los progenitores que no tengan consigo a los hijos menores o –ahoramayores con discapacidad a relacionarse con ellos, es decir, a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. En el proyectado, la determinación del modo –y tiempo y lugar, ha de entenderse- de ejercitar este derecho respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que no estén en condiciones de decidirlo por sí solos, queda supeditado a la solicitud del progenitor.

142.- El precepto, tal y como está proyectado, es formalmente coherente con el reconocimiento del derecho de los padres de relacionarse con sus hijos, y quiere serlo también con un régimen de protección de las personas con discapacidad basado en el autogobierno. No obstante, sin menoscabo del reconocimiento de aquel derecho a relacionarse con los hijos –que se concibe como un derecho personal de titularidad del progenitor y de los familiares-, una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas.

143.- Las modificaciones que se introducen en el artículo 96 CC se orientan, por una parte, a establecer un límite temporal del derecho de uso de la vivienda familiar o de los objetos de uso ordinario de ella, que se fija en el momento en que todos los hijos comunes alcancen la mayoría de edad. Por otra parte, se dirige a establecer el derecho de uso de la vivienda familiar después de la mayoría de edad, cuando entre los hijos hubiere alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda, en cuyo caso la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho; a cuyos efectos, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren medidas de apoyo que hicieren conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación. En tercer lugar, se incluye la expresa previsión de que, extinguido el uso de la vivienda, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el Título VI del Libro I del Código Civil, relativo a los alimentos entre parientes. Y finalmente se dispone que la restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar cuyo uso hubiera sido atribuido conforme a los párrafos



anteriores se hará constar en el Registro de la Propiedad, sin que la manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda pueda perjudicar al adquirente de buena fe.

144.- Las modificaciones propuestas han de ser acogidas favorablemente, tanto en lo atinente a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar más allá de la mayoría de edad a los hijos afectados por una situación de discapacidad, cuando fuere necesaria tal atribución, como en lo relativo a la sujeción del régimen del uso de la vivienda, extinguido el derecho de uso de los hijos menores y del cónyuge en cuya compañía queden y de los hijos mayores con discapacidad, y ante la falta de independencia económica, al régimen de alimentos entre parientes; lo cual no es sino reflejo de la doctrina establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

145.- Conviene, en este punto, recordar que la STS, Sala Primera, 31/2017, de 19 de enero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:113), que contempló al caso de una persona con discapacidad no reconocida judicialmente que convivía en el domicilio familiar con su madre, después de indicar que el artículo 96 CC no tiene en cuenta esta situación –posiblemente porque está contemplando como instrumento protector la prórroga de la patria potestad con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que, conforme a la jurisprudencia anterior de la Sala, se produce la equiparación entre hijos menores y mayores-, señala:

«[E]l problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 CC configura este derecho como una medida de protección de los menores tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije (...). Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la



capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contraria al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad».

146.- Y continúa:

«[N]o se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad». En términos similares se pronuncia la STS (Sala de lo Civil) 181/2018, de 24 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1166).

147.- Cabe hacer, empero, las siguientes observaciones: i) El segundo párrafo del proyectado artículo 96, que reza: «A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación», es innecesario y contradictorio. El uso de la vivienda se les atribuye en el párrafo anterior del mismo artículo y con este segundo párrafo parece volverse, innecesariamente, a la contradictoria equiparación entre el discapacitado y el menor de edad. ii) Debería precisarse con claridad si el derecho de uso de la vivienda familiar en favor del hijo mayor de edad con discapacidad es independiente del derecho del cónyuge en cuya compañía ha quedado. iii) Para disponer de la vivienda familiar cuyo uso ha sido asignado se precisa del consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial; el empleo de la conjunción copulativa, en vez de la disyuntiva “o” que ahora contiene el último inciso del vigente artículo 96 CC, conduce a pensar que en los casos en los que el uso de la vivienda familiar se hubiera asignado al hijo mayor de edad con discapacidad no bastará la concurrencia del consentimiento de los cónyuges, sino también la autorización judicial, lo



que, sin embargo, debería aclararse en el precepto proyectado. iv) En el párrafo sexto se establece que «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad [...]». Lo que debe constar en el Registro es el derecho de uso para evitar el persistente debate sobre su naturaleza y consecuencias, y no solo la restricción dispositiva. La restricción a la facultad de disponer es tan solo consecuencia de la existencia de tal derecho. v) Es oscura también la forma de acceso registral de la restricción de la facultad dispositiva de la vivienda familiar fuera de los casos en que se recoja tal restricción en la resolución judicial por virtud de la cual se atribuya el uso de la vivienda familiar, o, en su caso, en el documento que contenga el acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial. Por lo demás, la protección del tercer adquirente de buena fe, una vez ha tenido reflejo registral la referida restricción, es consustancial al régimen de protección que se deriva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

148.- El Anteproyecto modifica el párrafo segundo del artículo 112 CC, relativo a la conservación de la validez de los actos otorgados, antes de que la filiación hubiese sido determinada, en nombre del hijo menor o del mayor de edad con discapacidad, para adaptarlo al nuevo sistema de apoyos, y con el mismo fin añade un segundo párrafo al artículo 121 CC para regular, conforme este sistema de apoyos, la validez del reconocimiento otorgado por las personas con discapacidad respecto de las que se hubiesen establecido medidas de apoyo, que estará supeditada a lo que se disponga en la resolución judicial que las hubiera establecido o que las establezca a tal fin. Este último se complementa con el artículo 124 CC que, en la redacción anteproyectada, y en lo que ahora interesa, establece en su párrafo segundo que «[E]l consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta, salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo».

149.- La proyección del nuevo régimen de protección y del sistema de apoyos a la regulación del reconocimiento otorgado por las personas con discapacidad comporta admitir la validez del reconocimiento otorgado por este conforme al sistema de apoyos establecidos por la autoridad judicial. Por tanto, se prescinde de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y, en su caso, del progenitor conocido, para admitir la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad con



los apoyos que se hubiesen establecido en la resolución judicial correspondiente. Adviértase que, dado el carácter personalísimo del reconocimiento, y de que está en juego la filiación del hijo reconocido, si bien se autoriza a la persona con discapacidad a prestarlo, no se prescinde de la intervención judicial y del establecimiento de medidas judiciales, entre las cuales ha de encontrarse aquella adecuada para otorgar el reconocimiento. Sin ellas, en consecuencia, no es posible otorgarlo de manera válida y eficaz. Resulta, por ello, un tanto innecesaria la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 124, en la redacción propuesta, pues bastaría añadir en el párrafo segundo del artículo 121 «[P]ara la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado (...)».

150.- También en la idea de acomodarlo al nuevo régimen de protección y sistema de apoyos, la redacción propuesta del artículo 125 CC -conforme a cuya redacción actual se sujeta la determinación legal de la filiación del otro progenitor, una vez ha quedado determinada legalmente la del otro, hermano o pariente por consanguineidad en línea recta del anterior, a la autorización judicial, cuando se trate de menores e incapacitados, y siempre en beneficio de estos- deja al margen de la protección judicial a las personas con discapacidad. Cuando se dé la situación descrita en la norma respecto de una persona con discapacidad, no será necesaria la intervención judicial ni la audiencia del Ministerio Fiscal para la determinación legal de la filiación respecto de ambos progenitores. Ha de entenderse, por tanto, que la protección del interés de esta ha de dispensarse a instancia de quienes ejerzan los apoyos en el procedimiento de determinación legal de la filiación, siempre que se hubiesen dispuesto, voluntaria o judicialmente. Sin poner en duda que el espíritu de la norma proyectada quiere ser lo más respetuoso posible con los principios de la Convención y con el régimen de protección y asistencia a las personas con discapacidad que se deriva de ella, al tiempo que quiere preservar adecuadamente el derecho de estas a tener determinada legalmente su filiación paterna y materna, cabe incidir en la necesidad de que la determinación legal de la filiación de las personas con discapacidad respecto de los progenitores que se encuentren en la situación contemplada por la norma no se realice al margen de la intervención del sistema de apoyos judiciales que aquellas precisen, y por tanto, de la intervención judicial –siquiera mediata, mediante la determinación de los apoyos precisos-, en la medida en que fuere necesario para conocer y comprender la trascendencia de la determinación legal de la filiación paterna y materna en estos casos.

151.- La modificación de los apartados primero y segundo del artículo 137 responde al mismo designio. De este modo, se articula la legitimación del



hijo con discapacidad para ejercitar la acción de impugnación de la filiación, de manera que si se hubiesen dispuesto judicialmente medidas de apoyo que exijan la actuación del curador –necesariamente representativo– para impugnarla, el plazo anual para el ejercicio se contará desde la extinción de las medidas de apoyo, en el caso de no haber ejercitado la acción el curador designado y facultado para ello. Este, por su parte, y en su defecto el Ministerio Fiscal, podrán ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación. El cómputo del plazo anual comenzará a contar desde que el hijo con discapacidad para el que se hubieran dispuesto medidas de apoyo tuvo conocimiento de la falta de paternidad biológica de quien aparece inscrito como su progenitor, aunque hubiera transcurrido más de un año desde la inscripción en el registro, la mayoría de edad o desde la extinción de la medida de apoyo.

152.- De este modo, se contempla de forma suficientemente amplia y completa la legitimación de las personas con discapacidad para ejercer la acción de impugnación de la paternidad, por sí, una vez extinguidas las medidas de apoyo, o por el curador con facultades de representación facultado para ello, y, en defecto de este, por el Ministerio Fiscal. La legitimación del Ministerio Público, no obstante, si bien es comprensible cuando se trata de un hijo menor de edad, en el papel que le corresponde en la protección de los menores, es, sin embargo, discutible en el régimen de protección de las personas adultas con discapacidad y en el sistema de apoyos proyectado, sin perjuicio de su condición de parte y de su intervención procesal ex artículo 749 LEC.

153.- La consideración de las personas con discapacidad como titulares plenos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar conduce, por otra parte, a suprimir del párrafo quinto del artículo 156 CC la referencia a la incapacidad, de manera que queda redactado, según la propuesta, del siguiente modo: «[e]n defecto o por ausencia o imposibilidad de uno de los progenitores, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro». Por consiguiente, la discapacidad no priva del ejercicio de la patria potestad ni de sus funciones, que, en su caso, serán ejercitadas por la persona con discapacidad con los apoyos que precise. Y debe entenderse que solo en aquellas situaciones en que por razón de la discapacidad se vea imposibilitada para su ejercicio, y dado el carácter personalísimo de su ejercicio, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro progenitor, lo que tiene perfecto acomodo en la redacción proyectada.

154.- Por otra parte, la misma consideración de las personas con discapacidad determina la desactivación de la patria potestad prorrogada y



la rehabilitación de la patria potestad, junto con la subsiguiente supresión del artículo 171 CC. Ya se ha sugerido con anterioridad la conveniencia de articular, en el sistema de protección y apoyos a las personas con discapacidad, mecanismos de protección de carácter familiar que resulten eficaces y eficientes, y que contribuyan a disminuir la sobrecarga de los órganos judiciales; e incidiendo en ello, cabe sugerir nuevamente al prelegislador que valore la posibilidad de establecer este tipo de medidas, siquiera limitadas a aquellos casos de discapacidad grave, con afectación profunda, prolongada e irreversible de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas.

b) Modificación de los Títulos IX, X, XI y XII del Libro Primero del Código Civil

155.- La reforma del sistema de protección de las personas con discapacidad tiene su núcleo central en la modificación de los Títulos IX, X, XI y XII del Libro Primero del Código Civil y del régimen de incapacitación, así como de las instituciones tutelares de los menores o incapacitados.

156.- La reforma pasa, ante todo, y conforme al régimen de protección proyectado, por suprimir la incapacidad como estado civil y la declaración judicial de incapacitación, que desaparecen del Título IX, que ahora pasa a denominarse "De la tutela y guarda de los menores", donde se contiene la regulación de la institución tutelar, del defensor judicial del menor y de la guarda de hecho del menor, en tanto que el Título X se reserva para la regulación de la mayoría de edad y la emancipación, quedando el Título XI para recoger la regulación del sistema de protección y de medidas de apoyo a las personas con discapacidad en torno a las figuras de los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho, la autotutela y la tutela, y el defensor judicial. El sistema se cierra con el Título XII, que ahora regula la asistencia en caso de prodigalidad y las disposiciones comunes relativas a las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y de asistencia al prójimo.

157.- Tal y como se ha avanzado, la tutela queda reservada para los menores de edad no emancipados en situación de desamparo y los menores no emancipados no sujetos a patria potestad. La regulación que de ella hacen los proyectados artículos 199 a 223 tiene por finalidad adaptar la regulación de la tutela contenida en los vigentes artículos 216 a 285 CC, en lo relativo a las funciones tutelares, a la promoción, constitución y delación de la tutela, al nombramiento del tutor, al ejercicio de la tutela y a su extinción y rendición de cuentas, al marco objetivo para el que se reserva la



institución tutelar. Habida cuenta de la finalidad meramente adaptativa de la nueva redacción de estos artículos, que reproducen casi en sus mismos términos los actuales artículos 216 a 218 CC, resulta innecesario llevar a cabo a un particularizado examen de los mismos.

158.- Con todo, cabe hacer las siguientes consideraciones, que vienen referidas a modificaciones de cierta relevancia:

- a) El vigente artículo 216 CC, en su segundo párrafo, establece que las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos. El proyectado artículo 200 mantiene la misma previsión, pero referida exclusivamente a los supuestos de tutela de los menores, coherentemente con el ámbito material sobre el que se configura la institución tutelar en el Anteproyecto. De este modo, se desactivan las medidas judiciales de protección establecidas en el artículo 158 respecto de las personas con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que las medidas de carácter preventivo que recoge este precepto – que podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria- tienen por objeto la protección de los hijos menores y de los sujetos a tutela o guarda, e incluyen una cláusula de cierre que autoriza a la autoridad judicial a adoptar «[l]as demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor [y a los sujetos a tutela o guarda, ex art. 216 CC] de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas», garantizando la audiencia del menor [o sujeto a tutela o guarda] en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Es cuestionable que el nuevo paradigma sobre el que se asienta el régimen de protección de las personas con discapacidad determine la indefectible desactivación de estas medidas de protección referidas a dichas personas. La necesidad de adoptar medidas preventivas respecto de ellas no es inconciliable con el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica y de obrar y con un sistema de apoyos preeminentemente autoorganizativo y en el que prima la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad. Baste pensar en aquellos casos, que no por improbables dejan de ser posibles, en los que las medidas preventivas han de dirigirse frente a quienes prestan los apoyos, y la afectación que constituye la causa de la discapacidad es de tal entidad que limita de manera importante el autogobierno de quien la padece. También aquí, y muy



especialmente, debe ponerse en cuestión la elusión del interés superior de la persona con discapacidad. Por ello, cabe sugerir al prelegislador que reconsidere la total desactivación de las medidas preventivas previstas en el artículo 158 CC respecto de las personas con discapacidad, en la medida en que puedan ser destinatarias de ellas.

- b) La reforma mantiene el derecho del tutor a ser retribuido (artículo 228 AL), pero no sujeta dicho derecho a condición o límite alguno. Recuérdese que, de conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 274 CC, el derecho del tutor a ser retribuido viene condicionado a que el patrimonio del tutelado lo permita, y el importe de la retribución –que será fijado por el juez, así como el modo de percibirla- vendrá determinado por el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por cien del rendimiento líquido de los bienes. Ciertamente es que el proyectado artículo 279 establece el mismo derecho de retribución para el curador «[s]iempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita», y que el artículo 224, en la redacción proyectada, dispone que el ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes; pero el proyectado artículo 228 contempla, como se acaba de decir, el derecho a la retribución del tutor sin ninguna condición y sin límite alguno, lo que suscita la duda acerca de si dicho derecho es, en efecto, incondicionado, de tal modo que el juez deba fijar la retribución en todo caso, conforme a los parámetros que establece el artículo 48.1 de la LJV (la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado), en cuya proyectada redacción desaparece, por ende, la condición de que «[e]l patrimonio del tutelado o asistido lo permita». Es preciso, por tanto, que el prelegislador despeje la duda apuntada. Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 228 debe iniciarse con la expresión "*También podrá establecerse*", incorporando la partícula reflexiva al predicado que contiene, y clarificar de ese modo su sentido.

159.- La reforma del régimen de protección de las personas con discapacidad y la implantación del sistema de apoyos se incorpora en el nuevo Título XI del Libro Primero del CC, que se intitula "*De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad*", el cual se abre con unas disposiciones generales (Capítulo I), seguido de la regulación de los poderes



y mandatos preventivos (Capítulo II), para a continuación abordar la regulación de las figuras e instituciones de apoyo propiamente dichas (guarda de hecho, curatela y defensor judicial).

160.-El nuevo régimen de protección y el nuevo sistema de apoyos se articula en torno a la configuración de dos tipos de medidas que, siguiendo la terminología del Memorandum explicativo de la Recomendación CM/Rec. (2009)11, se clasifican en medidas anticipatorias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y tomadas por el interesado *ex ante*, en previsión de una futura necesidad de apoyo, y en consideración a ella, y medidas reactivas o *ex post*, establecidas una vez constatada la necesidad de apoyo, ante la ausencia de previsión o disposición por el interesado (medidas judiciales de apoyo o instituciones de apoyo).

161.- El sistema proyectado, como se ha venido señalando, parte de establecer el carácter prioritario de las medidas de apoyo preventivas o voluntarias, en coherencia con los principios sobre los que se asienta el nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad, en el que prevalece el pleno reconocimiento de la personalidad y de la capacidad de las personas con discapacidad y la voluntad y autonomía de los interesados.

El sistema de apoyos preventivos y voluntarios del Anteproyecto, que se integra por la autotutela y los poderes preventivos y las medidas o directrices dispuestas en los documentos de voluntades anticipadas, pretende superar la exigua eficacia de la autotutela y de los poderes preventivos introducidos por la Ley 41/2003, y se acomodan a los dictados de la Recomendación CM/Rec (2009)11, de 9 de diciembre de 2009, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a las autorizaciones permanentes y las directivas anticipadas relacionadas con la incapacidad, y, desde luego, a las exigencias derivadas de la Convención.

162.- Las directivas o medidas anticipadas no se mencionan como tales en el Anteproyecto, pero parece indudable que a ellas se refiere el proyectado artículo 251, que dispone que «[C]ualquier persona mayor de edad o emancipada, en previsión de la concurrencia futura de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes estableciendo, en su caso, el régimen de actuación y el alcance de las facultades de la persona que le haya de prestar apoyo. Podrá igualmente otorgar poder preventivo o proponer el nombramiento de curador». Y añade: «[S]olo en defecto o por insuficiencia



de estas medidas de naturaleza voluntaria, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias».

163.- El precepto transcrito sirve, en puridad, de marco normativo general de las medidas anticipatorias y voluntarias, y en él tiene cabida cualquier disposición relativa a futuras medidas de apoyo de carácter personal o patrimonial adoptadas en razón de la futura concurrencia de circunstancias que hagan preciso tales apoyos, ya de carácter particular o concreto, ya de carácter general. Dada la amplitud con que se conciben, cabe considerar que incluyen las disposiciones relacionadas con la salud del otorgante, lo que puede entrar en concurrencia con las instrucciones previas previstas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en otras disposiciones autonómicas.

Y vinculada a esta concurrencia normativa, surge la duda –no irrelevante– acerca de si al amparo de lo dispuesto en el proyectado artículo 251 cabe estipular que en el futuro, y ante una determinada circunstancia que dificulte el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar, no se suministre o proporcione medida de apoyo alguno. Ante el eventual conflicto que abriría esta confluencia e interacción normativa parece aconsejable una mayor concreción del sentido y contenido posible de la voluntad anticipada del otorgante, teniendo en consideración las esferas de actuación sobre las que podría proyectarse y su eventual incidencia en derechos, principios y valores de raigambre constitucional.

164.- Los artículos 254 y 255 CC, en la redacción del Anteproyecto, contemplan las dos modalidades de este tipo de negocios jurídicos preventivos, a los que se suma el mandato sin poder a que hace referencia el artículo 260, en la redacción anteproyectada. El artículo 254 se refiere a los poderes preventivos eficaces desde su otorgamiento y con cláusula de subsistencia si el otorgante en el futuro se ve necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad; y el artículo 255 se refiere a los poderes preventivos que serán eficaces solo para el supuesto de que en el futuro el otorgante se vea necesitado de apoyo en el ejercicio de su capacidad. El Memorandum de la Recomendación CM/Rec (2009)¹¹ contempla una tercera categoría de poderes preventivos, que comprende aquellos en los que el poderdante establezca una fecha determinada de eficacia del poder, o que disponga que su eficacia vendrá determinada por su decisión comunicada al apoderado. La amplitud del artículo 255 permite, sin embargo, englobar esta tercera categoría de apoderamiento.



165.- Interesa detenerse en la distinta naturaleza y el distinto carácter del apoderamiento y del mandato preventivo al que alude el proyectado artículo 260. Pues si bien este constituye con claridad un negocio jurídico bilateral, que precisa de la aceptación del mandatario (cfr. artículo 1718 CC), respecto del primero se abrigan dudas acerca de si tiene la naturaleza de un negocio jurídico unilateral de carácter recepticio, en el que no es precisa la aceptación del apoderado, o por el contrario, el apoderamiento preventivo, como figura dentro del sistema de apoyos de las personas con discapacidad, solo es concebible como un mandato representativo directo. La consideración del apoderamiento preventivo como negocio jurídico unilateral de carácter recepticio –que admite expresamente el Memorandum de la Recomendación CM/Rec (2009)11- se explicaría a partir de la caracterización del mismo como negocio jurídico basado en la confianza. Como fácilmente se advierte, la determinación de la naturaleza de los poderes preventivos, que requiere de una mayor concreción por parte del prelegislador, no es inane, pues de ella depende no solo su carácter vinculante para el apoderado, sino también las causas de extinción, en contemplación a las que se recogen en el vigente artículo 1732 CC.

166.- Independientemente de lo anterior, el mandato preventivo sin poder a que se refiere el proyectado artículo 260 CC parece venir referido a aquellas situaciones en las que el mandato no se exterioriza ante terceros, admitido el hecho de que determinadas cuestiones de índole personal del mandante, como decidir si quiere estar internado o no en un centro de atención especializada, las decisiones sobre voluntades digitales, o la forma de atender cuentas virtuales, no precisarán de facultades de representación frente a terceros ni, por consiguiente, poderes de carácter representativos.

167.- La cuestión más relevante de la regulación de los poderes y mandatos preventivos, y en general de las medidas de apoyo anticipativas y voluntarias, reside en determinar hasta qué punto las disposiciones del otorgante, en lo relativo a la constatación de las circunstancias que han de activarlas, a la designación de la persona o personas que han de prestar los apoyos, y a su contenido y forma de ejercicio, quedan al margen del control judicial. La cuestión, que afecta también a la subsistencia de las medidas, no atañe exclusivamente a los poderes y mandatos preventivos, y a las directivas anticipadas, sino también a la autotutela, como medida de apoyo anticipativa y voluntaria.

168.- Ante todo, debe admitirse el hecho de que determinadas disposiciones legales que integran el sistema de apoyos tienen, dada la primacía de la voluntad del que los necesita o habrá de necesitarlos,



carácter dispositivo. Así se desprende directamente del artículo 251 CC, en la redacción proyectada; y cabe apreciar tal carácter dispositivo en preceptos tales como el proyectado artículo 257, que dispone que «[C]uando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el otorgante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para este supuesto, y comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa». También en el proyectado artículo 258, conforme a cuyo segundo párrafo se extinguirán automáticamente los poderes preventivos otorgados a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante por el cese de la convivencia «[s]alvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este». Igualmente se aprecia en las causas de extinción del poder, respecto de las que el poderdante podrá establecer formas específicas de extinción (artículo 256, segundo párrafo). Y, en general, en todo lo relativo a la disposición de sus bienes, a la retribución de quien ha de prestar los apoyos, a la obligación de hacer inventario y a las medidas de vigilancia y control (ex artículo 269, segundo párrafo).

169.- Dicho lo anterior, se ha de incidir en que el sistema proyectado se asienta en la primacía de la voluntad del necesitado de apoyos y en el respeto a su voluntad. De ahí que solo en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria pueda la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias (artículo 251, segundo párrafo); que solo proceda adoptar medidas de origen legal o judicial en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate, siempre conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad (artículo 248, segundo párrafo); que los poderes preventivos mantengan su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado (artículo 256, primer párrafo); que las medidas tomadas por la autoridad judicial en los procedimientos de provisión de apoyos deban ser proporcionadas a las necesidades de las personas que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de estas en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (artículo 266); que la curatela solo se constituya cuando no exista otra medida de apoyo suficiente –las voluntarias ante todo- para la persona con discapacidad (artículo 267); y que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que determinen la necesidad de apoyos, pueda proponer el nombramiento de un curador o la exclusión de una o varias personas



determinadas para el ejercicio de la función de curador, así como establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela, y en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, dispensa de la obligación de hacer inventario y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (artículo 269, segundo párrafo), todo ello con carácter vinculante para la autoridad judicial (artículo 270).

170.- En su vertiente práctica, esta primacía y la consecuente subsidiariedad de las medidas legales y judiciales significa vedar con carácter general la intervención judicial en la determinación de la concurrencia del presupuesto de activación de los poderes y mandatos preventivos, en la designación de las personas que han de prestar apoyo propuestas por el otorgante –en la valoración de su idoneidad-, así como en el contenido de las medidas de apoyo y la forma de su ejercicio propuestos por la persona que ha de necesitar de ellas, en su extinción y en la sustitución por otras.

171.- La intervención judicial, ante las medidas voluntarias, se contrae a adoptar aquellas que sean supletorias o complementarias de las dispuestas, siempre conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, en defecto o por insuficiencia de las de carácter voluntario (artículos 248, segundo párrafo, 251, segundo párrafo, 266 y 267). La autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de las mismas, a instancia de las personas llamadas a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal, y siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por el que las estableció, o alteración de las causas expresadas por el mismo o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones (artículo 270, segundo párrafo, y 274, primer párrafo). Se contrae también a la remoción del curador, de oficio o a solicitud de la persona en cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, suspendiendo al curador de sus funciones mientras se resuelve el expediente (artículo 276, segundo y tercer párrafo), así como a declarar la extinción de los poderes preventivos si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador (artículo 256, tercer párrafo). Y, en fin, a autorizar los actos previstos en el artículo 285, esto último con ciertas dudas, como se verá, respecto de determinados actos de contenido patrimonial o personal cuando la persona que ha de necesitar los apoyos haya excluido la necesidad de autorización judicial.



172.- Examinado el articulado proyectado en su conjunto cabe afirmar, sin embargo, que el prelegislador no excluye de raíz la intervención y el control judicial ante la previsión de medidas de apoyo de carácter preventivo y voluntario. En primer término, ha de darse la debida virtualidad a la posibilidad de que la autoridad judicial pueda adoptar medidas supletorias o complementarias de las dispuestas de forma voluntaria "*en defecto o por insuficiencia de estas*" (artículo 251, segundo párrafo), lo que se predica para todo tipo de medida de naturaleza voluntaria, incluida la autocuratela. Esta potestad comporta, desde luego, una valoración de la suficiencia de las medidas dispuestas con carácter voluntario, pero también de la adecuación de las mismas, que ha de encontrarse implícita en la posibilidad de adoptar medidas *supletorias*, en la medida en que el verbo "*suplir*" del que proviene el adjetivo "*supletoria*" admite no solo la acepción de cumplir o integrar lo que falta en algo o remediar una carencia, sino también la de ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces, sustituir o reemplazar una persona o cosa en un puesto o función, u ocupar [una persona o cosa] el lugar o puesto de otra.

173.- Por otra parte, el sistema proyectado admite la eventual concurrencia y coexistencia de medidas voluntarias y de carácter judicial, si bien bajo la regla del mantenimiento de las medidas de carácter voluntario, que solo cedería en el caso de la disposición judicial de medidas de apoyo –por defecto o insuficiencia de las dispuestas de forma voluntaria- que impliquen representación plena, en tanto se considere que esta comprende todos los actos, personales y patrimoniales, del representado, conforme al proyectado artículo 1732.2º CC, que, en rigor debería aplicarse a todas las medidas de apoyo de carácter voluntario, y no solo al mandato preventivo.

174.- Y, si bien la extinción de los poderes preventivos solo se contempla, a instancia de los legitimados para instar el procedimiento de provisión de apoyos y del curador si lo hubiere, cuando concurran en el apoderado alguna de las causas previstas para la remoción del curador, no ha de olvidarse que el artículo 276, en la redacción propuesta, considera como tales a las causas de inhabilidad, el mal desempeño del cargo por incumplimiento de los deberes propios del mismo, la notoria ineptitud para su ejercicio y los problemas de convivencia graves y continuados, estando autorizada la autoridad judicial a decretar, incluso de oficio, la remoción cuando conociere, por sí o a través de cualquier interesado, circunstancias que comprometan el desempeño correcto del cargo.



175.- Por otra parte, el proyectado artículo 273 deja al juicio de la autoridad judicial la apreciación de las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de las funciones del curador.

176.- No obstante, en línea con lo que se ha venido propugnando en este informe, la tensión entre autogobierno y primacía de la voluntad, por un lado, y tutela judicial de los derechos e intereses de la persona con discapacidad, por otro, y entre el principio dispositivo y los límites a la voluntad del disponente, se ha de resolver ponderando debidamente ambos extremos, de manera que la intervención judicial ante medidas de carácter voluntario no se conciba con carácter excepcional, sino que se permita, en términos claros, el control de la adecuación, idoneidad y suficiencia de las dispuestas voluntariamente, lo que pasa por la valoración de las necesidades de apoyo de aquel en cuyo favor se establecen, lo que debe entenderse, por lo demás, amparado por el artículo 12.4 de la Convención, que prevé la adopción de salvaguardias, con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, en evitación de conflictos de intereses, de influencia indebida, falta de adaptación a las necesidades de las personas, y falta de proporcionalidad de las medidas dispuestas.

177.- Más en particular, cabe sugerir que entre las causas de extinción de los mandatos –y poderes- preventivos, así como de las directivas o medidas anticipatorias, se contemple la adopción de medidas de apoyo judiciales que sustituyan a las dispuestas con carácter voluntario, por inadecuación, idoneidad e insuficiencia de las mismas. No parece suficiente, por tanto, que la modificación que se introduce en el artículo 1732.2º CC prevea la extinción del mandato «[p]or renuncia del mandatario y cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que *impliquen representación plena*». Y en cualquier caso es aconsejable que se regulen de manera sistemática las causas de extinción de los poderes y mandatos preventivos.

178.- Y, en aras a dotar de coherencia a los preceptos proyectados, sería preciso cohonestar la legitimación para instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos (artículo 256, tercer párrafo) con la facultad que se confiere a la autoridad judicial de decretar de oficio la remoción del curador, conforme prevé el segundo párrafo del artículo 276, al que se remite el artículo 256.



179.- Para cerrar este subapartado cabe hacer, asimismo, las siguientes consideraciones respecto de la regulación de las disposiciones generales y de los poderes y mandatos preventivos:

- a) En el primer párrafo del artículo 247 se debería incluir una referencia a los elementos que conforman la causa de la discapacidad, a saber, las alteraciones psíquicas –intelectuales o mentales que afecten a la conciencia y voluntad-, sensoriales y físicas que afecten al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar.
- b) En el párrafo segundo de este mismo artículo, cuando dice: «[L]as de origen legal solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trata», sería más apropiado decir: "(...) *en defecto o insuficiencia de las medidas previstas por la persona*".
- c) El artículo 249 enumera las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad de forma cerrada (guardador de hecho, curatela y defensor judicial). El prelegislador, sin embargo, debería considerar la conveniencia de regular estas instituciones de una manera más amplia, que comprendiera también la "*asistencia*" institucional, como figura similar a la "*amministrazione di sostegno*", más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menor prolongada, dispuesta en expediente de jurisdicción voluntaria (piénsese en afectaciones por causa de drogodependencia, alcoholismo, ludopatía, anorexia, etc.). De este modo, la asistencia institucional absorbería aquellas situaciones en las que la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque fuese recurrente, que ahora sirven para definir la figura del defensor judicial en el artículo 249 AL, y se contempla en el ordinal primero del proyectado artículo 293 entre los casos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. Este quedaría circunscrito, entonces, a los demás casos previstos en dicho artículo, que se identifican mejor con el tradicional ámbito de actuación de esta figura: cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; cuando exista conflicto de intereses; o cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. En cualquier caso, es necesario coordinar el párrafo cuarto del artículo 249, referido al defensor judicial, con el contenido del artículo 293 del Anteproyecto.



- d) Para clarificar la naturaleza jurídica y el contenido obligacional que deriva de los poderes preventivos con cláusula de subsistencia (artículo 254) y los poderes preventivos de apoyo (artículo 255) sería aconsejable que se previera en ambos la aceptación del apoderado, una vez conocida y acreditada la causa que exija el apoyo, si bien tal aceptación podría considerarse implícita mediante el uso del poder, ya como mandato de protección o de apoyo.
- e) El proyectado artículo 257 puede plantear ciertos problemas de interpretación al referirse a “*todos los negocios del otorgante*” y la sujeción del apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. Cabe la duda de si por “*todos los negocios del poderdante*” se deben entender todos los actos de administración a los que se contrae el mandato concebido en términos generales (artículo 1713 CC), o si comprenden también los actos de disposición a los que serían de aplicación directa las limitaciones establecidas en el proyectado artículo 285. Cabe asimismo abrigar la duda de qué disposiciones de la curatela, además de las previstas en el artículo 285, serían de aplicación al apoderado (si se aplicarían las causas de inhabilitación del artículo 270, las causas de remoción del artículo 276 como causas de extinción, las causas de excusión del artículo 277 como causas de renuncia, las reglas de retribución del artículo 279 o la exigencia de fianza del artículo 282). Y, en fin, cabe dudar acerca de la eficacia misma de esta disposición, ante la existencia y regulación de la autcuratela.

180.- Ya se ha hecho con anterioridad alusión a la finalidad que anima la reforma de potenciar la figura del guardador de hecho, que, en palabras de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, «*[s]e transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables-, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea*».

181.- Sin perjuicio de incidir en la conveniencia de contemplar, dentro de las instituciones de apoyo, la habilitación familiar con un determinado



ámbito material y temporal, y, al mismo tiempo, de poner de manifiesto las dificultades y los inconvenientes de índole práctica que con frecuencia se derivan de la guarda de hecho *familiar*, y que el prelegislador sin embargo orilla, resulta procedente detenerse en los siguientes aspectos:

- a) El artículo 261, segundo párrafo, en la redacción proyectada, dispone que será necesario contar con la autorización judicial para que la persona que ejerza la guarda de hecho acredite la representación de la persona asistida. Esta autorización judicial, que será otorgada en expediente de jurisdicción voluntaria, «[p]odrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo». Y el párrafo cuarto del mismo artículo establece: «[N]o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar». Sin perjuicio de poner de relieve la imprecisión de los términos “*escasa relevancia económica*” y “*especial significado personal o familiar*”, no es fácil cohonestar el sentido de ambos párrafos, cuando la autorización judicial viene referida a una pluralidad de actos que no excedan de la administración ordinaria, y se dispensa de la autorización judicial para realizar actos de disposición de bienes de escasa relevancia económica o que carezcan de especial significado personal o familiar. Una adecuada coordinación de los preceptos exigiría situar la autorización judicial a que se refiere el párrafo segundo en la esfera de la representación del asistido, que puede tener por objeto actos de mera administración ordinaria que, sin embargo, requieran acreditar tal representación; *sin perjuicio de la cual* queda dispensada de la autorización judicial la realización de actos de disposición sobre bienes de escasa relevancia económica o carentes de especial significado personal o familiar que no precisen la acreditación de la representación de la persona con discapacidad.
- b) El párrafo tercero del mismo artículo establece que en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo. Ha de tenerse en cuenta en este punto la concurrencia de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de



derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo relativo a la prestación del consentimiento por representación de las personas con discapacidad [el artículo 9.3 b) alude a personas con capacidad modificada judicialmente].

- c) La efectividad de los controles previstos en el proyectado artículo 263 requiere el conocimiento por la autoridad judicial del ejercicio de la guarda de hecho; a cuyos efectos, podría preverse que, cuando la guarda de hecho se prolongue más allá de un determinado periodo de tiempo, y sin perjuicio de las autorizaciones que resulten procedente, el guardador de hecho deba poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de la guarda de hecho y su condición de guardador de hecho.

182.- El capítulo relativo a la curatela se abre con el artículo 266, que establece: «[L]as medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseo y preferencias. A través de un expediente de jurisdicción voluntaria se revisarán periódicamente las medidas adoptada en un plazo máximo de tres años».

183.- Este precepto merece las siguientes consideraciones: i) se trata de una disposición que tiene una proyección no solamente limitada a la curatela, pues alcanza a las demás figuras e instituciones del sistema de apoyos, por lo que su ubicación sistemática debería encontrarse en las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; ii) la previsión de la revisión periódica, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, de las medidas adoptadas, que se concibe en términos categóricos y absolutos, sin contemplar excepción alguna, puede no encontrar suficiente justificación en algunos casos de afectaciones físicas o psíquicas irreversibles, por lo que activar la actuación judicial, aunque sea a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, puede resultar innecesario.

184.- Es significativa, por otra parte, la circunstancia de que, siendo la curatela la figura central del sistema de apoyos, no se haya regulado de forma expresa el derecho y el deber de promover la curatela. Es cierto que el artículo 757.1 LEC, en la redacción anteproyectada, al regular la legitimación y la intervención procesal, dispone que el proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad



«[p]uede promoverlo la propia persona interesada, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, y sus descendientes, ascendientes o hermanos». El segundo apartado del mismo artículo añade que «[E]l Ministerio Fiscal deberá promover dicho proceso si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no hubieran presentado la correspondiente demanda»; y el apartado tercero dispone que «[C]ualquier persona está facultada para poner en conocimiento del ministerio Fiscal los hechos que pudieran ser determinantes de una situación que requiera la adopción de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal».

Tales disposiciones, que en esencia reproducen los términos de los apartados primero, segundo, y tercero del vigente artículo 757 LEC, contienen las reglas de legitimación procesal, directa o por sustitución, para promover los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo. Pero sería aconsejable que junto con las normas de legitimación procesal se contuvieran en el Código Civil las normas sustantivas relativas a la titularidad de los derechos y obligaciones en orden a proveer la medida de apoyo en que consiste la curatela.

185.- El artículo 273, último inciso, en la redacción propuesta, establece que «[P]odrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción y asistencia a las personas con discapacidad». Al examinar los distintos regímenes de protección de las personas adultas en el derecho comparado se puso de manifiesto la tendencia de ciertas legislaciones a abrir paso a la profesionalización de la asistencia o a la asistencia profesional. A la vista del ejemplo que ofrecen estos sistemas de protección cabe sugerir al prelegislador que considere la conveniencia de no limitar a las entidades sin ánimo de lucro la aptitud para ser curador, máxime si se tiene en cuenta el carácter retribuido del cargo, y habida cuenta de los controles a los que se sujeta su ejercicio; sin perjuicio de reforzar, en su caso, las garantías – fianzas e hipotecas legales- para el debido cumplimiento de sus obligaciones.

186.- Por otra parte, el proyectado artículo 274, al establecer el orden de preferencia para el nombramiento de curador, no menciona a las instituciones, pese a admitirse su posibilidad en el artículo anterior.



187.-Al regular el ejercicio de la curatela, el artículo 280 dispone, en su párrafo quinto, que «[E]l curador, cuando actúe con facultades representativas, deberá tener en cuenta la trayectoria vital, los valores y las creencias de la persona a la que preste apoyo y tratará de determinar la decisión que hubiera tomado aquella en caso de no requerir representación, teniendo en cuenta los factores que habría tomado en consideración». Llama la atención que la toma en consideración de los valores, la trayectoria vital y las creencias de la persona a la que se preste apoyo se reserve a la curatela con facultades de representación, y no se predique lo mismo respecto de la curatela asistencial, en cuyo ejercicio también deberán tenerse en cuenta la trayectoria, los valores y creencias de la persona asistida. Por otra parte, el párrafo sexto del mismo artículo, conforme al cual «[e]l curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro», no es sino reiteración del último inciso del artículo 248 del Anteproyecto.

188.- El proyectado artículo 285 es trasunto del vigente artículo 271 CC, que somete a autorización judicial determinados actos de quienes ejercen las funciones tutelares, ahora circunscritos a quienes ejercen la curatela con funciones de representación. Es este un precepto que resulta paradigmático de la tensión que late en el sistema de apoyos proyectado entre la primacía de la voluntad y el autogobierno, de una parte, y la intervención judicial en garantía del mejor interés de la persona con discapacidad, de otra, o lo que es lo mismo, entre el derecho imperativo y el dispositivo. Subyace la duda acerca de si, en un sistema de autoorganización de apoyos, y en el que la autoridad judicial ha de atender ante todo a la voluntad de la persona necesitada de ellos, el interesado puede excluir la autorización judicial para la realización de alguno o algunos de los actos que se enumeran en el artículo 285. Como ejemplo se acude al que ofrece, en esta línea, el artículo 252 del Anteproyecto, conforme al cual quien dispone bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyos puede establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, y en general, al ejemplo que ofrece la autonomía de la voluntad del disponente, que si puede establecer cargas o condiciones, o prohibiciones de disponer, también podrá dispensar de la autorización judicial respecto de los bienes o derechos donados. Es este, en fin, un aspecto en donde mayor incidencia ha de tener la ponderación que el prelegislador ha de hacer entre aquellos elementos para definir de manera más completa el régimen de protección y el sistema de apoyos que diseña.



189.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer al respecto las siguientes observaciones:

- a) El ordinal primero de este artículo se refiere a los «[a]ctos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por sí mismo». La amplitud de los términos en que se formula la excepción hace surgir la duda acerca de si tiene alguna proyección sobre el régimen de internamiento involuntario y, en su caso, en qué medida.
- b) Cabría concebir, en cualquier caso, ciertas excepciones a la regla, más allá de los casos de disposición de bienes de “*escasa relevancia económica*” o que carezcan de “*especial significado personal o familiar*” (ordinal tercero), o respecto de “*asuntos urgentes o de escasa cuantía*” (ordinal séptimo), y fuera de la posibilidad de autorizar la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad a que se refiere el artículo 286, en la redacción del Anteproyecto. De este modo, la resolución de la autoridad judicial por la que se establezca la curatela y se determine su ámbito podría eximir de autorización judicial a ciertos actos o negocios jurídicos, en atención a las circunstancias de la persona que necesita de los apoyos y de su patrimonio, reforzando en su caso las medidas de control y salvaguardias. No está de más recordar que el artículo 246, en la redacción del Anteproyecto –que recoge en esencia el actual artículo 323 CC-, permite (a contrario) al menor emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor con el consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, de su defensor judicial; es decir, sin autorización judicial. Y para que el casado menor de edad pueda enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, basta si es mayor el otro cónyuge, el consentimiento de los dos; y si también es menor, el consentimiento, además, de los progenitores o defensor judicial e uno y otro (artículo 247, en la redacción del Anteproyecto, y 324 CC en la redacción actual).

190.- Por otra parte, se debería corregir el tenor del proyectado artículo 287, al referirse al “*curador representativo*”, sustituyendo la expresión por la más adecuada y propia de “*curador con funciones de representación*”.



191.- Para cerrar este apartado, cabe sugerir que se reconsidere la regulación de la prodigalidad, como hace el texto proyectado, de manera diferenciada y separada del régimen del sistema de apoyos, y dentro de un título que, sin embargo, incluye un segundo capítulo para recoger disposiciones comunes sobre las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a la discapacidad y asistencia al pródigo. El tratamiento de la prodigalidad de forma diferenciada de aquellas otras situaciones para las que se diseña el sistema de apoyos, que se justifica por razón de la esfera afectada por la conducta desordena de quien ha de ser declarado pródigo, y por tratarse de una institución absolutamente ajena a la discapacidad (cfr. Exposición de Motivos del Anteproyecto), puede ser cuestionable, por cuanto no deja de constituir una afectación de carácter psíquico que afecta a la capacidad jurídica y de obrar del afectado, y que precisa del mismo sistema de apoyos que el previsto para las personas con discapacidad, del que, de otro modo, se encontraría desconectado.

B) Modificaciones de naturaleza procesal

192.- Sin entrar en el análisis de las modificaciones de carácter formal y de orden terminológico, y de aquellas de carácter estrictamente técnico, merecen especial consideración las siguientes:

- a) Aunque el Anteproyecto no lo prevé, debería modificarse el artículo 755 de la LEC para acomodarlo al tenor del proyectado artículo 300 CC, de forma que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procesos sobre medidas judiciales de apoyo se comuniquen de oficio no solo al Registro Civil, sino también al Registro de la Propiedad cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles.
- b) El artículo 756 de la LEC, que actualmente versa sobre la competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, pasa a titularse "*Ámbito de aplicación y procedencia*", para referir el primero –el ámbito de aplicación– a la adopción de las medidas de apoyo a personas con discapacidad en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. El ámbito de aplicación así determinado es, sin embargo, incompleto, pues se olvida de la declaración de prodigalidad y en general de todos aquellos casos en los que el expediente se torne contradictorio o el procedimiento tenga o deba tener ese carácter.



- c) La competencia territorial para conocer de estos procesos se establece en torno al fuero de la residencia habitual de la persona a la que se refiera la solicitud de apoyos (artículo 756.2 LEC, en la redacción propuesta). Como excepción a la regla de la perpetuación de la jurisdicción (artículo 411 LEC), el proyectado apartado tercero del artículo 756 LEC establece que si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Tal previsión, que tiene por objeto configurar la competencia territorial acercando al tribunal tanto a quien se han de referir las medidas como el objeto mismo del proceso, ha de ser favorablemente acogida, respondiendo, por lo demás, a la más reciente orientación jurisprudencial [vid., por todos, ATS de 11 de septiembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:8779A), con cita de los de 13 de abril de 2010, 8 de febrero, 14 de junio y 22 de noviembre de 2011, y 17 de abril y 3 de junio de 2012]. La misma regla de competencia se mantiene, conectándola con la regla de competencia funcional, para el conocimiento de los incidentes de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas (artículo 761.1, en la redacción proyectada).
- d) El artículo 758.1 LEC, en la redacción del Anteproyecto, dispone que admitida la demanda el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas. En rigor, la certificación habrá de recabarse no solo del Registro Civil, sino también del Registro de la Propiedad y, en general, de aquel o de aquellos registros públicos que se establezcan para dotar de la debida publicidad al sistema de apoyos, voluntaria o judicialmente dispuestos.
- e) El apartado segundo de este mismo artículo 758 establece que una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando el afectado no hubiera podido ser notificado personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento; dándose a continuación nuevo plazo para contestar a la demanda. El precepto, evidentemente, trata de evitar la declaración de rebeldía de la persona con discapacidad, inconcebible



desde el respeto del derecho de defensa; pero no ha de dejar de advertirse acerca de la necesidad de que la persona con discapacidad frente a la que se dirige la demanda comparezca personalmente en el procedimiento por cuanto con él han de entenderse los trámites del reconocimiento judicial de la perdonada afectada, de las audiencias preceptivas y de la emisión de los informes facultativos y aquellos que fueren pertinentes.

- f) La facultad de la autoridad judicial de prescindir de las audiencias preceptivas cuando la demanda hubiera sido presentada por el propio afectado y cuando así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (artículo 759.2 y 3 LEC, en la redacción propuesta), debería concebirse con carácter excepcional, tras la debida ponderación del derecho a la intimidad del afectado y el derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, en garantía de la cual se configura el trámite de audiencia.
- g) El proyectado artículo 769 LEC remite a los artículos 266 y siguientes del CC, y por tanto, al régimen de revisión de las sentencias que dispongan las medidas de apoyo. Se ha de reiterar lo ya expuesto con anterioridad a este respecto, y ceñir la revisión de las medidas a aquellos casos que, en función de la afectación y las circunstancias concurrentes, verdaderamente lo requieran.
- h) El artículo 761 LEC, en la redacción proyectada, regula el incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, para el caso de que, sobrevenidas nuevas circunstancias, resulte procedente dejar sin efecto o modificar el alcance de las medidas adoptadas. En su apartado quinto, contemplado un supuesto específico de subsanación y complemento de la sentencia (regulado con carácter general en el artículo 215 LEC), prevé que, «[c]uando, antes del vencimiento del plazo de revisión de las medidas fijado en la sentencia, se hiciese preciso complementarla por haber omitido alguna medida de apoyo, las personas legitimadas en el procedimiento podrán solicitar, previo informe del Ministerio Fiscal y alegaciones del resto de las partes en el plazo de cinco días, la adición de la medida de apoyo que se precise, la cual podrá ser autorizada mediante auto por el juez». Este artículo ha de ponerse en relación con el nuevo artículo 51 bis de la LJV, que regula la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente, en el plazo y la forma en que disponga la sentencia que los hubiere acordado, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, en



coherencia con lo dispuesto en el proyectado artículo 266 CC. La revisión deberá al menos comprender un informe pericial relativo a la persona afectada elaborado por facultativo designado por el tribunal, dándose traslado de las actuaciones practicadas al curador y al Ministerio Fiscal a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días. Y el apartado tercero de este artículo concluye: «[C]uando el juez constatare la existencia de circunstancias excepcionales sobrevenidas que pudieran dar lugar a la desaparición o modificación de las medidas de apoyo acordadas, pondrá fin al expediente y dará traslado al Ministerio Fiscal y las personas legitimadas o que acrediten un interés legítimo a fin de instar la incoación del incidente de modificación de dichas medidas». Por tanto, el prelegislador configura un mecanismo procesal para la revisión periódica de las medidas de apoyo en los términos establecidos en la sentencia que las ha acordado, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, un incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, y un incidente de complemento de la sentencia por haber omitido alguna medida de apoyo. Ese planteamiento conjunto de actuaciones procesales ofrece ciertos problemas y da pie a ciertos interrogantes que resulta oportuno consignar: i) No siempre será fácil determinar cuál es el cauce procedimental procedente, pues normalmente la sentencia que establece los apoyos habrá previsto su revisión cuando sobrevinieran nuevas circunstancias que hagan precisa la modificación o, en su caso, supresión de las medidas adoptadas; ii) no queda clara la legitimación para instar la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente; y iii) no queda clara cuál es la intervención en este expediente de las partes que intervinieron en el previo procedimiento de adopción de medidas, y, en particular, si en dicho expediente ha de ser reconocida la persona para la que han sido adoptadas.

- i) El apartado tercero del artículo 52 LJV, en la redacción propuesta, incurre en un error al referirse al párrafo segundo del artículo 265 CC, pues debe venir referido al segundo párrafo del artículo 261 CC, en la redacción del Anteproyecto.
- j) El artículo 62 LJV, en la redacción anteproyectada, regula la competencia, legitimación y postulación en el expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con discapacidad. En su apartado primero se



mantiene la competencia para conocer del expediente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Sería conveniente, no obstante, que la competencia territorial estuviese determinada conforme a las mismas reglas de competencia establecidas de forma general para el conocimiento de los procedimientos de adopción judicial de medidas de apoyo, y, en consecuencia, que se atribuyera al juzgado de la residencia del menor o persona con discapacidad, teniendo en cuenta el eventual cambio de residencia habitual, en los términos previstos en los proyectados artículos 756.2 LEC y 43.2 LJV. Por otra parte, merece favorable acogida la previsión contenida en el apartado tercero de este artículo 62 LJV, en la redacción propuesta, conforme a la cual la solicitud inicial del expediente podrá realizarse sin necesidad de Abogado y Procurador, aun cuando el valor del acto para el que se inste supere los 6.000 euros, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de Abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados.

C) Modificaciones en la Ley Hipotecaria

193.- El artículo segundo del Anteproyecto modifica la Ley Hipotecaria (LH, en adelante) en alguno de sus artículos, con el fin de acomodar la legislación hipotecaria a las nuevas previsiones sobre el sistema de protección de las personas con discapacidad.

194.- El artículo 300 CC proyectado dispone que «[c]uando las resoluciones judiciales afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles, se inscribirán en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación registral. Las demandas correspondientes podrán ser objeto de anotación preventiva». Esta previsión normativa tiene en el Anteproyecto su oportuno traslado en la Ley Hipotecaria a través de la modificación de los artículos 2.4 y 42.5.

195.- La redacción del vigente artículo 2.4 LH proviene de la reforma introducida por la Ley 6/1984, de 32 de marzo, y se actualiza ahora para sustituir la genérica referencia a «*las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar*» por la mención específica como títulos inscribibles a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, así como las resoluciones judiciales de prodigalidad de concurso establecidas en la legislación concursal. Junto a ello, el precepto mantiene la tradicional doble



técnica de inscripción de modo que la inscripción de los correspondientes títulos se practicará en el folio de la finca y en el ahora denominado «*Libro único informatizado de situaciones de la persona*». Respecto de esto último, conviene recordar que esta denominación sustituye a la tradicional «*Libro de incapacitados*», que es la ahora vigente, al haber sido declarada nula por la STS Contencioso-Administrativo 571/2001, de 31 de enero (ECLI:ES:TS:2001:571) la denominación dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de modificación del Reglamento Hipotecario, por la que fue llamado «*Libro de alteración de las facultades de administración y disposición*». En esta misma línea, se modifica el artículo 222 bis.5 último párrafo para sustituir la referencia al Libro de discapacitados por la del Libro único informatizado de situaciones de la persona.

196.- El artículo 2.4 LH proyectado incorpora, asimismo, como novedad la previsión de que se haga constar en la inscripción de la finca la cualidad del bien inmueble o derecho real correspondiente de formar parte de un patrimonio protegido de las personas con discapacidad. La introducción en el precepto hipotecario de la constancia registral de la pertenencia de un bien o derecho a un patrimonio protegido merece un juicio favorable por cuanto viene a recoger en sede hipotecaria lo ya establecido en el artículo 8.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

197.- La modificación proyectada del artículo 2.4 LH pretende, por tanto, ajustar la Ley Hipotecaria a la nueva regulación sustantiva en materia de sistema de provisión de apoyos a las personas de discapacidad contenida en el Código Civil, de manera que se sigan cumpliendo las específicas finalidades de la inscripción de estos títulos como son, por un lado, impedir que pueda quedar protegido un subadquirente por efecto del artículo 34 LH y, por otro lado, facilitar la labor de calificación registral en relación con la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) mediante la consulta del Libro único informatizado.

198.- Lo mismo cabe decir de la modificación del artículo 42.5 LH en cuanto a la anotación preventiva de la solicitud de medidas de apoyo a personas con discapacidad o la demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el artículo 2.4 LH, por cuanto se trata de una medida cautelar dirigida a evitar que durante la tramitación del procedimiento de provisión de apoyos a la persona con discapacidad puedan enajenarse bienes de la persona afectada a terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, privando de utilidad y eficacia la protección a través de la inscripción del



título contemplada en el artículo 2.4 LH. Como novedad relevante se prevé en el precepto que la legitimación para instar la anotación preventiva no sólo corresponde al solicitante de las medidas o al demandante en el procedimiento de provisión, sino también al Ministerio Fiscal como medida de protección del patrimonio de la persona afectada.

199.- Se modifican los artículos 165, primer párrafo y regla 6ª, 168.cuarto y 192 LH reguladores de la hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, curadores y demás figuras tuitivas. El artículo 192 LH regula con detalle el procedimiento para la constitución judicial de la fianza hipotecaria de los cargos tutelares, curadores y figuras asimilables, incorporando la posibilidad de que esta hipoteca legal pueda constituirse también en relación con aquellas personas encargadas de la administración de los bienes en virtud de medidas voluntarias de apoyo.

D) Modificaciones en la Ley de Registro Civil

200.- El artículo cuarto del Anteproyecto introduce determinadas modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC). De acuerdo con la Exposición de Motivos, en el nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad, el Registro Civil se convierte en «*una pieza central de la materia*», pues a través de él se dota de efectividad a la preferencia que se atribuye en el nuevo sistema a las medidas preventivas adoptadas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, de modo que mediante la consulta al registro individual la autoridad judicial tendrá conocimiento de la existencia de estas medidas previstas en el artículo 251 CC, en la redacción propuesta por el AL. En efecto, en esta línea, el nuevo artículo 758 LEC, en el marco de la regulación del procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo, dispone que, admitida la demanda, el Letrado de la Administración de justicia recabará certificación del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas.

201.- Más allá de esta finalidad explicitada por el prelegislador, la reforma de la LRC viene a acomodar las previsiones registrales al régimen sustantivo sobre protección de las personas con discapacidad previsto en los nuevos preceptos del Código Civil. Se trata de que los actos jurídicos sobre medidas de apoyo tengan el debido acceso en el Registro Civil, sustituyendo las referencias a las figuras del sistema anterior de incapacitación. Así, se modifica el artículo 4 LRC relativo a los hechos y actos inscribibles en el Registro, incorporando la especificación de las correspondientes medidas de apoyo. En este punto, cabe advertir que el



artículo 4.11º LRC al referirse a «[l]as sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a personas con discapacidad», puede resultar infra-incluyente en la medida en que la autoridad judicial puede adoptar medidas de apoyo que hayan de tener reflejo registral a través de resoluciones distintas de la que ponga fin al proceso (así, por ejemplo, la adopción de medidas de control de la curatela en resolución posterior a la que haya acordado su constitución [art. 268 CC] o la suspensión del curador durante la tramitación del expediente de remoción [art. 276, tercer párrafo, CC]). Por ello, resulta más adecuada la redacción del artículo 4.11º LRC referida a *«las resoluciones judiciales»*.

202.- Como observación de técnica normativa, debe ponerse de manifiesto que de la redacción del artículo 4 LRC que se contiene en el apartado uno del artículo cuarto AL se desprende la supresión del actual numeral 14º del artículo 4 LRC referido a las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Con el fin de evitar esa consecuencia debería redactarse el último inciso del primer apartado del artículo cuarto. Uno ALRD del siguiente modo: *«pasando a identificarse con el número 16º el actual supuesto 14º y con el número 17º el actual supuesto 15º»*.

203.- El apartado dos del artículo cuarto ALRD da nueva redacción a la letra i) del artículo 11 LRC, relativo a los derechos de las personas ante el Registro Civil. El precepto proyectado viene a reproducir, en sustancia, la letra del redactado actual con la novedad de la sustitución de la mención a *«personas con capacidad modificada judicialmente»* y *«personas con discapacidad»* por la perífrasis *«personas respecto de las cuales la inscripción registral supone una particular garantía de sus derechos»*.

204.- Se da nueva redacción al artículo 44.7 LRC en el inciso relativo al reconocimiento, por parte de una persona respecto de la que se hayan establecido medida de apoyo, de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo. El precepto establece que si se tratare de una estas personas *«se estará a lo que resulte de la resolución judicial que las haya establecido, y si nada se hubiese dispuesto, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal»*. El precepto registral acoge, de este modo, lo contemplado en el anteproyectado artículo 121 CC, segundo párrafo, que da prioridad a lo específicamente previsto en la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo, superando así el carácter absoluto que el vigente artículo 121 CC confiere a la previa aprobación judicial.



205.- De nuevo, como observación de técnica normativa, debe ponerse de manifiesto que la redacción proyectada del artículo 44.7 LRC tal y como se deriva del artículo cuarto.Tres AL parece excluir el actual segundo párrafo relativo a los casos de inscripción de la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil. Para evitar ese efecto el artículo cuarto.Tres AL debería decir *«Se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 44.7 con el siguiente texto»*.

206.- Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 72 LRC que pasa a regular la inscripción de las sentencias de provisión de apoyos. El precepto proyectado dispone «La sentencia dictada en procedimiento de provisión de apoyo, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado. La inscripción expresará la extensión y límites de la provisión de apoyo, así como si la persona queda sujeta a curatela según la resolución judicial». La regulación proyectada constituye la adaptación del actual artículo 72.1 LRC al nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad y, en esa medida, resulta plenamente coherente con la finalidad del Anteproyecto. Ahora bien, la reforma de la LRC contenida en el artículo cuarto del AL viene a eliminar el actual artículo 73.1 LRC que prevé que se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada las resoluciones en las que se nombre tutor o curador, así como las medidas judiciales sobre guarda o administración y sobre vigilancia o control de dichos cargos tutelares.

207.- En la nueva regulación del Código Civil se elimina, como se ha puesto ampliamente de relieve en el presente informe, la figura del tutor de la persona con discapacidad, pero se prevén una serie de figuras tuitivas a las que se les encomiendan funciones de asistencia o de representación de extensión variable, según la apreciación de las circunstancias, desde el curador con funciones de representación (art. 285 CC), el curador con meras funciones de asistencia (art. 280 CC), el defensor judicial en determinados supuestos (art. 277 cuarto párrafo CC, art. 281 CC, art. 293 CC) o el guardador de hecho que cuente con autorización judicial para ejercer funciones de representación para determinados actos (art. 261 segundo párrafo CC). En relación con estos supuestos, se prevé que la autoridad judicial pueda establecer las salvaguardias necesarias (para el guardador de hecho con autorización judicial, art. 263 CC) o las medidas de control que estime oportunas (para el curador, art. 268 CC).

208.- Parece razonable que las resoluciones judiciales sobre el nombramiento o autorizaciones de estas figuras tuitivas, así como sobre las



salvaguardas y controles de su actuación, tengan acceso al Registro con el fin de garantizar la debida publicidad. Por ello, resultaría apropiado mantener una previsión normativa equivalente a la del actual párrafo 1 del artículo 73 LRC, con las debidas adaptaciones a la terminología empleada por el Anteproyecto. Esta previsión se podría incorporar como tercer párrafo del proyecto artículo 72.1 LRC. Al respecto cabe señalar que en la MAIN (página 31) se advierte que uno de los objetivos de la reforma de la LRC es posibilitar la inscripción de la sentencia de prestación de apoyos, pero también la inscripción de la curatela y sus modificaciones, de modo que se inscriban en el registro individual de la persona las resoluciones judiciales en las que se nombre curador y se puedan inscribir las medidas de vigilancia o control sobre dicho cargo. Tal y como se ha señalado, la redacción del artículo cuatro del Anteproyecto no recoge este propósito expresado en la MAIN. Por todo ello, se reitera la conveniencia de modificar el artículo 72.1 LRC proyectado en el sentido indicado, sin limitar el acceso al Registro al cargo de curador y posibilitando la inscripción de otras figuras tuitivas y de asistencia.

209.- El apartado cinco del artículo cuarto del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 73 LRC al que intitula «*Oponibilidad de las resoluciones*». En él se regula una manifestación del principio de inoponibilidad del artículo 18.2 LRC en el sentido de que «las resoluciones a que se refiere el artículo anterior sólo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones». En la redacción del Anteproyecto la oponibilidad de las resoluciones inscritas se limita a las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos y a las de declaración del concurso, que son las únicas a las que se refiere el artículo 72 LRC en los términos en que resulta modificado por el AL. En línea con lo expuesto anteriormente, es importante clarificar en el texto proyectado que el principio de inoponibilidad se predica también de las resoluciones sobre nombramiento de figuras tuitivas que no hayan sido objeto de inscripción, de modo que no resultarán oponibles frente a terceros de buena fe, que desconocen la realidad del nombramiento de esa figura tuitiva.

210.- En relación con la regulación de la oponibilidad de las resoluciones inscritas, debe advertirse que tal y como resulta del texto del Anteproyecto, la previsión contenida en el artículo 73 LRC deja de tener el correspondiente correlato en una norma sustantiva del Código Civil, pues en la reforma prevista no se contiene una regla equivalente a la del vigente artículo 218 CC de acuerdo con el cual las resoluciones sobre cargos tutelares y de curatela no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones. La incorporación de esta regla sobre la



inoponibilidad en la reforma proyectada del CC resulta aconsejable a fin de mantener la correspondencia entre norma sustantiva y norma adjetiva y la coherencia con los demás supuestos de actos inscribibles cuya oponibilidad frente a terceros depende de la inscripción en el Registro: así, por ejemplo, el supuesto del régimen económico del matrimonio (art. 60.1 LRC en relación con el art. 1333 CC) o la emancipación y el beneficio de mayor edad (art. 70.4 LRC en relación con el art. 318 CC). En este sentido, resultaría adecuado ubicar la regla de inoponibilidad como segundo párrafo del artículo 299 CC en la redacción dada por el Anteproyecto.

211.- El artículo 75 LRC proyectado elimina la referencia a la inscripción de la tutela administrativa de la persona con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo en línea con la supresión del régimen de incapacitación y tutela que opera la reforma. En efecto, el proyectado artículo 253 CC prevé únicamente que el apoyo provisional por la entidad pública competente para los casos en que la persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de guardador de hecho. El carácter no inscribible de este apoyo *ex lege* por la autoridad pública puede justificarse en el carácter provisional y no estable de esta situación jurídica.

212.- El artículo 77 LRC regula la inscripción en el registro individual del interesado del documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes, la propuesta de nombramiento de curador y el apoderamiento preventivo previstos en la legislación civil. Este precepto registral debe ponerse en relación con el artículo 251 CC proyectado, cuyo último párrafo establece que los documentos públicos en los que se autodisponga este tipo de medidas preventivas «serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante». Este precepto no identifica el sujeto de la obligación de comunicación, aunque de acuerdo con el artículo 35 LRC resulta claro que es el notario autorizante, tal y como se explicita en el vigente artículo 223.3 CC. En este sentido, cabe señalar que mejoraría la claridad del artículo 251 CC, último párrafo, si se añadiera la precisión de que los documentos públicos «*serán comunicados de oficio por el notario autorizante*».

213.- Los apartados ocho y nueve del artículo cuarto del Anteproyecto modifican los artículos 83.1 y 84 primer párrafo LRC, al incorporar el primero de los preceptos al listado de datos especialmente protegidos que se rigen por un sistema de publicidad restringida el dato de «*la discapacidad*», y el segundo precepto, que estable el conjunto de sujetos



legitimados para acceder o autorizar el acceso de terceras personas a los datos especialmente protegidos, al disponer que esa legitimación corresponde a la persona inscrita o sus representantes legales, añadiendo, como novedad, que en el caso de personas con discapacidad también al apoderado preventivo general o el curador.

214.- El Registro Civil como registro público tiene como finalidad hacer constar oficialmente los hechos y actos que se refieren al estado civil y otras condiciones personales que se determinen en la Ley (art. 2 LRC), cumpliendo así la función fundamental de dar seguridad al tráfico jurídico. Uno de los principios estructurales del Registro Civil es, justamente, el de publicidad (art. 15 LRC) que determina que las Administraciones y funcionarios públicos pueden acceder a los datos contenidos en el Registro Civil, así como las terceras personas, siempre que conste la identidad del solicitante y exista un interés legítimo. Este régimen de publicidad de los datos registrales se limita respecto de determinados datos especialmente protegidos que quedan sometidos a un sistema de acceso restringido establecido en los artículos 83 y 84 LRC. El fundamento de este régimen de publicidad restringida se encuentra en el respeto al derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), que es, a su vez, uno de los derechos reconocidos por la LRC a las personas ante el Registro Civil (art. 11.e LRC). Determinados datos personales que constan en el Registro son considerados por el legislador como integrantes del «*ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana*» (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Entre esos datos se encuentran en la redacción actual del artículo 83.1 LRC, entre otros, la filiación adoptiva y la desconocida, la rectificación de sexo, el matrimonio secreto o las causas de privación o suspensión de la patria potestad.

215.- El prelegislador ha considerado que el dato de la «*discapacidad*» merece la protección del sistema de publicidad restringida propia de los datos especialmente protegidos. La inclusión de ese dato en el listado del artículo 83 LRC encuentra apoyo en el artículo 22 de la Convención que regula el derecho al respeto de la privacidad, cuyo apartado 2 establece que «*[l]os Estados Partes protegerán la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*». Ciertamente, la discapacidad en tanto dato sobre la salud de una persona merece la protección del derecho a la intimidad y forma parte de las categorías especiales de datos de carácter personal que merecen una especial protección. En este sentido, cabe recordar que el artículo 5.g del Real Decreto 1720/2007, de 21 de



diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, establece que «[e]n particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética».

216.- Como ya se ha expuesto, en nuestro ordenamiento jurídico se contiene una definición legal de discapacidad en el artículo 2.a del TRLGD, de acuerdo con la cual se trata de «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Tal definición se concreta en el artículo 4 de ese texto legal, al definir los titulares de los derechos reconocidos en el referido texto legal, estableciendo que «[s]on personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4.1) y «a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento».

217.- Si se parte de las anteriores definiciones legales para interpretar el alcance del término «*discapacidad*» empleado en el artículo 83.b LRC proyectado determinaría una extensión ciertamente amplia del sistema de publicidad restringida que podría conllevar que el acceso al acto inscribible mismo (por ejemplo, la resolución dictada en el procedimiento de provisión de apoyos o la resolución de nombramiento de curador) por parte de un tercero con interés legítimo se viera condicionado a la previa autorización de uno de los sujetos señalados en el artículo 84 LRC, en la medida en que se entendiera que el acceso al hecho mismo de la existencia de medidas de apoyo revela el dato de la discapacidad.

218.- Una interpretación tan amplia del alcance del dato especialmente protegido supondría una limitación considerable del principio de publicidad consustancial al Registro Civil, por ello debería cualificarse de algún modo la inclusión de la discapacidad como dato sujeto a publicidad restringida a fin de evitar un resultado interpretativo como el señalado. Siendo la finalidad de esta protección especial del dato la garantía del derecho a la intimidad de las personas, en la medida en que el acceso público al Registro permitiría desvelar información sobre la salud, debería refinarse la redacción del artículo 83.b LRC de manera que el alcance del precepto fuera coextenso



con la finalidad tuitiva perseguida. En este sentido, cabría identificar el dato especialmente protegido con una fórmula como «los datos de salud vinculados a la discapacidad», de este modo lo sometido al sistema de publicidad restringida sería el conocimiento de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales determinantes de la discapacidad de la persona u otros datos de carácter personal relacionados o reveladores de esa circunstancia.

219.- Finalmente, antes de concluir estas consideraciones sobre las modificaciones de la LRC, es preciso hacer algunas observaciones. En primer lugar, la reforma proyectada de la LRC, de acuerdo con la disposición final tercera del Anteproyecto entrará en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que de acuerdo con lo previsto en la disposición final décima de esta Ley, en la redacción dada por Ley 5/2018, de 11 de junio, tendrá lugar el día 30 de junio de 2020. A la vista de ello, puede suceder que el presente Anteproyecto, tras su tramitación parlamentaria, aprobación, sanción, promulgación y publicación, entre en vigor en una fecha anterior a la del 30 de junio de 2020. En este caso, las previsiones sustantivas del Código Civil sobre el sistema de apoyos a las personas con discapacidad no tendrían el debido reflejo en el Registro Civil. Por ello, resultaría prudente establecer en una disposición transitoria algún tipo de previsión que permitiera la provisional adaptación de la vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 al nuevo sistema de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

220.- En segundo lugar, con el fin de una más completa adaptación de las previsiones contenidas tanto en la LEC como en la LRC a la reforma introducida por el Anteproyecto, cabe sugerir las siguientes modificaciones:

- Convendría adaptar la redacción el artículo 222.3 LEC al nuevo sistema del AL, de modo que al regular el efecto de cosa juzgada de las sentencias contempladas en su segundo párrafo se sustituyera la referencia a las sentencias sobre «*incapacitación y reintegración de la capacidad*» por la de sentencias sobre «*medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo*».
- El AL elimina la figura de la patria potestad prorrogada al suprimirse el vigente artículo 171 CC y sustituirse por las medidas de apoyo previstas en el artículo 250 CC proyectado. En coherencia con esta modificación, debería eliminarse la referencia a la prórroga de la patria potestad como acto inscribible que se contempla en el artículo 71.2 LRC.



E) Modificaciones en el Código Penal

221.- La disposición final primera del Anteproyecto modifica el Código Penal en cuanto a la determinación de determinados supuestos de responsabilidad civil derivada del delito, regulados en preceptos que, por razón de la materia, no tienen carácter orgánico, tal y como explicita la disposición final sexta del Código Penal vigente.

222.- Se da nueva redacción al primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 CP que regula la responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad por concurrir las causas de inimputabilidad previstas en los apartados 1 y 3 del artículo 20 CP. En la redacción propuesta se mantiene el texto vigente sustituyendo la identificación de los sujetos responsables civilmente de «*quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho*» por «*quienes ejerzan su apoyo legal o de hecho*». Los conceptos de apoyo legal y apoyo de hecho deberán ser integrados con la regulación prevista en el CC proyectado (art. 249), de modo que tales expresiones deben entenderse referidas, por un lado, al curador, cualquiera que sea la extensión e intensidad de sus funciones, y al defensor judicial, y por otro lado, al guardador de hecho. Es cierto que el Anteproyecto no emplea en la regulación del sistema de apoyos a las personas con discapacidad los términos de apoyo legal o apoyo de hecho, pero su incorporación en el precepto penal no resulta objetable en aras de la debida tersura de estilo de la disposición legal.

223.- En sede de responsabilidad civil subsidiaria, se da nueva redacción al artículo 120.1 CP, estableciendo que serán responsables civiles subsidiarios los curadores con facultades de representación plena que convivan con la persona a quien prestan apoyo, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. La regulación del CP proyectado se ajusta a la previsión del artículo 1903 párrafo cuarto CC, en los términos contemplados en el Anteproyecto, que limita la responsabilidad civil por hecho ajeno, cuando el hecho dañoso sea causado por una persona no imputable por razón de discapacidad, a la figura tuitiva prevista en el Código Civil con carácter excepcional, que es el curador con facultades de representación plena (art. 267 tercer párrafo CC).

F) Otras consideraciones

224.- En la regulación del régimen de derecho intertemporal que propone el prelegislador no ha de ignorarse la relevante circunstancia de que la



modificación propuesta se proyecta sobre todo el articulado del Código Civil, y que el régimen transitorio que contiene el Anteproyecto habrá de convivir de forma coherente con el régimen transitorio establecido con carácter general en el Código Civil.

225.- La Disposición transitoria segunda del Anteproyecto establece que «[L]os tutores, curadores y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior, ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos. Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta ley». Y la Disposición transitoria tercera establece que: «[L]as previsiones de autotutela se entenderán referidas a la autocuratela. Tanto las mencionadas previsiones como los poderes y mandatos preventivos se regirán por la presente ley». Se echa en falta, en este régimen transitorio, la referencia a la patria potestad prorrogada y a la rehabilitación de la patria potestad, respecto de las que, pese a su desaparición, no hay norma de derecho intertemporal alguna, más allá de la relativa a la sobrevenida ineficacia de las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad (Disposición transitoria primera) y de la revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada para adaptarlas a esta.

226.- Por otra parte, la aplicación a los tutores de las personas con discapacidad de las normas establecidas para los curadores representativos podrá servir para aquellos casos en los que la sentencia que declaró la incapacidad lo hubiera hecho con carácter total y absoluto, no para otros casos de modificación parcial de la capacidad.

227.- La revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada (Disposición transitoria cuarta) debería establecerse teniendo en cuenta la "adaptación" de las figuras tutelares a las figuras del sistema de apoyo proyectado, conforme se deriva de la aplicación de las Disposiciones transitorias primera a tercera, ambas inclusive. Por tanto, la revisión solo será procedente en la medida en que, más allá del resultado de la aplicación de las previsiones del régimen transitorio del Anteproyecto, sea necesaria la adaptación de las medidas adoptadas en su día conforme al hasta ahora vigente régimen de protección de las personas con discapacidad.



228.- El Anteproyecto ha omitido, acaso de manera deliberada, cualquier modificación del régimen de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico regulado en el artículo 763 LEC, y por consiguiente, ha omitido también cualquier disposición de carácter transitorio. Como es bien sabido, el régimen de los internamientos no voluntarios se ha visto afectado, en primer término, por la declaración de inconstitucionalidad de los primeros incisos del párrafo primero y segundo del primer apartado del artículo 763 LEC por virtud de la STC 132/2010, de 2 de diciembre. Conviene recordar que, tras dicha declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando los requisitos exigibles para la validez de los internamientos involuntarios desde la perspectiva del derecho fundamental del artículo 17.1 CE, tanto cuando es acordada directamente por la autoridad judicial, bien cuando es acordada como medida cautelar de un proceso ya iniciado, bien, en fin, cuando es dispuesta como medida definitiva en sentencia. Como epítome de la doctrina constitucional, la STC 141/2012, de 2 de julio, contiene una síntesis de los requisitos y garantías que se derivan del artículo 763 LEC, interpretado conforme al artículo 17.1 CE, y en particular analiza las condiciones para el internamiento urgente y las cuatro exigencias de validez derivadas del respeto al derecho fundamental de la libertad personal que deben darse en la fase extrajudicial del internamiento urgente (informe médico que acredite el trastorno psíquico, información al afectado o a su representante del internamiento y sus causas, comunicación por parte del centro al juez competente del internamiento y de sus motivos en el plazo de 24 horas, con el límite de 72 horas, y el control judicial posterior del internamiento); doctrina constitucional que ha incidido en el carácter improrrogable del plazo para el control judicial de la medida, en el derecho a la asistencia letrada de la persona afectada por la medida de internamiento involuntario (STC 22/2016, de 15 de febrero), y sobre el cauce idóneo para la obtención de la autorización judicial que permita mantener internada a una persona que presenta un cuadro de enfermedad mental degenerativa y lleva un tiempo prolongado recluida en un centro asistencia, que no es otro que el de modificación de su capacidad –en el futuro, la adopción de medidas de apoyo- (STC 34/2016, de 29 de febrero).

229.- Sin duda, esta omisión encuentra cabal explicación en los trabajos que está llevando a cabo la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación para modificar –seguramente a través de una Ley Orgánica- el régimen de los internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales en el marco del proceso civil. No obstante, sería aconsejable que la reforma sobre esta materia cuyos trabajos preparatorios se están llevando a cabo estuviera acompañada, tanto material como



temporalmente, a la reforma del régimen de la discapacidad que se propone por el prelegislador.

230.- Por último, cabe recordar que la reforma propuesta ha de tener reflejo en diversas disposiciones normativas que han de adaptarse, y no solo terminológicamente al nuevo régimen de protección y al sistema de apoyo proyectado. Entre ellas se encuentra la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnica de reproducción humana asistida; la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica; y el Real Decreto-ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en personas.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Anteproyecto de Ley que es objeto de informe tiene por objeto llevar a cabo las reformas en la legislación sustantiva y procesal española que el prelegislador considera necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante, CNY, o la Convención), y en particular a las exigencias que se derivan de su artículo 12, que proclama que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Las reformas que introduce el Anteproyecto responden al nuevo paradigma en torno al cual se estructura el régimen jurídico civil y procesal de la discapacidad, que gravita en torno a la consideración de que las personas que sufren algún tipo de discapacidad, física, psíquica, intelectual, sensorial



o funcional, son verdaderos sujetos de derechos y obligaciones, con capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones que las demás personas, y con acceso al sistema de apoyos que se diseña para el pleno y adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones cuya titularidad sirve para definir su capacidad jurídica y su capacidad de obrar.

SEGUNDA.- La Ley proyectada, en su vocación de adaptar plenamente las normas nacionales a los requerimientos que se derivan de los principios y de las disposiciones de la Convención, fundamentalmente de su artículo 12, modifica en profundidad el régimen de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad que se contiene en los Títulos IX y X del Libro I del CC.

La reforma tiene como guía la plena consecución del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, y el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respetivamente; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma que provienen de los principios rectores de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad, así como la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

TERCERA.- El sistema que propugna el texto proyectado se sintetiza en el abandono de la declaración judicial de la incapacidad y de la modificación judicial de la capacidad, incompatible con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica y de la capacidad jurídica –y de obrar– de las personas con discapacidad, desapareciendo los términos “incapaz” e “incapacitación” del acervo jurídico. La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Coherentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para, en función de su resultado, y en atención a las circunstancias concurrentes, establecer el régimen de guarda legal adecuado y las medidas de apoyo precisas para



asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo. Paralelamente, la curatela se erige como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad –es decir, medidas de autogobierno, como los poderes y mandatos preventivos, la guarda de hecho y el defensor judicial-, pero se desnuda a la figura de su carácter representativo, que solo se mantiene de forma excepcional.

Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. De este modo, cobran especial virtualidad las medidas preventivas –los poderes y mandatos preventivos-, las medidas de autoorganización de la guarda legal, incluida la autocuratela –que ocupa el lugar de la autotutela-, y la guarda de hecho, que pasa a ser una genuina institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

CUARTA.- El Anteproyecto sirve adecuadamente al objetivo de adecuar la legislación civil y procesal a las exigencias derivadas de la Convención, y se muestra plenamente respetuoso con sus principios y con las obligaciones que establece, ya las generales, ya las específicamente impuestas en el artículo 12 del instrumento internacional en punto al pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad y de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida.

El texto proyectado, por tanto, es consecuencia directa de la obligación impuesta por la Convención a los Estados partes en orden a la adopción de todas las medidas pertinentes, incluidas las legislativas, para modificar o derogar leyes en la medida en que sea preciso para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, y en particular para hacer efectivo el reconocimiento de la personalidad y la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, adoptando todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes procedimentales a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Desde esta perspectiva, la reforma proyectada no puede sino ser favorablemente acogida.



QUINTA.- Sin perjuicio de la posibilidad –en un plano hipotético- de un menor alcance de la reforma, este órgano de gobierno del Poder Judicial ha de mantener su valoración favorable, en términos generales, de la que propone el prelegislador. Y ello porque, más allá del respeto que merece la opción escogida por el prelegislador, la mayor dimensión de la reforma, con el cambio de paradigma que comporta, se muestra de todo punto respetuosa con los principios y valores constitucionales y con los principios y valores de la Convención que informan las normas reguladoras de los derechos fundamentales y libertades consagrados en la Constitución. Supone la consagración de la discapacidad no como una limitación excluyente, sino como una realidad que requiere del tratamiento normativo adecuado para lograr la definitiva y plena participación e inclusión social de las personas con discapacidad, por más que tal cosa requiera un esfuerzo por parte de todas las instituciones y poderes públicos, de los operadores jurídicos, de los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico, y, en fin, de la sociedad en su conjunto.

SEXTA.- Esta valoración general favorable del Anteproyecto no ha de impedir, sin embargo, ciertas consideraciones críticas, también de carácter general, sobre el sistema propuesto y sobre las consecuencias que se derivarán de su aplicación, así como acerca de los requerimientos que su plena y adecuada efectividad exigirán en orden, específicamente, a la organización judicial y al ejercicio de la función jurisdiccional.

En primer término, se ha de advertir que el abandono del sistema de tutela de autoridad puede generar situaciones incompatibles con la tutela judicial efectiva. El sistema de protección proyectado deja espacios ajenos al control judicial que pueden resultar inconciliables con la tutela efectiva de los derechos de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva, es discutible la conveniencia de prescindir de forma absoluta del concepto objetivo del “*superior interés*” de la persona con discapacidad, que ha de ser apreciado por quien debe dispensarle la tutela de sus derechos e intereses.

Parece preciso conjugar el régimen de protección basado en el autogobierno y la autoorganización con el debido control judicial que permita asegurar la protección y la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

SÉPTIMA.- Por otra parte, el hecho de que el nuevo sistema gravite en torno a la autorregulación de la discapacidad, con preferencia sobre la heterorregulación, no ha de significar necesariamente una disminución de la



intervención judicial, por más que se desplace en gran medida a la esfera de la jurisdicción voluntaria.

La implantación del nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad y el desarrollo del sistema de apoyos que se diseña en el AL, con las incidencias y trámites correspondientes –con especial virtualidad del trámite de audiencia a parientes y allegados y al Ministerio Fiscal, así como el examen de la persona con discapacidad y los informes y dictámenes facultativos y de quienes ejercen las medidas de apoyo, en un régimen procedimental en el que no rigen con su dimensión habitual los principios dispositivo y de aportación de parte, modulados por las facultades de investigación y actuación de oficio que se confieren al tribunal-, lejos de producir una disminución en la carga jurisdiccional y, en general, de la Administración de Justicia, ha de suponer razonablemente un aumento, cuantitativo y cualitativo, de la intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia, mayor en las primeras fases de implantación e implementación del sistema, donde al esfuerzo consustancial a su puesta en funcionamiento se unirá el que conlleva la revisión del régimen y medidas de protección y apoyo dispuestas bajo la legislación vigente.

OCTAVA.- Se ha ahondar en la incidencia real que tendrá la implementación del nuevo régimen de protección de las personas con discapacidad y del nuevo sistema de apoyos, que pone en cuestión la suficiencia de la estructura de la organización judicial actual y de su configuración territorial para hacer frente a los mayores requerimientos que, en lo que al ejercicio de la función jurisdiccional se refiere, se derivarán del sistema diseñado por el prelegislador. Y ello ya no solo por el mayor grado –cuantitativo y cualitativo- de la intervención judicial en la configuración del régimen y del sistema de apoyos adecuado para la persona con discapacidad, en su seguimiento, su revisión y en el establecimiento de las cautelas y salvaguardias precisas para su eficacia, sino también porque el nuevo paradigma de la discapacidad precisa a su vez de un cambio de paradigma en la concepción de discapacidad por parte de todos los sectores, profesionales y sociales, implicados en su tratamiento y en la participación en la sociedad de las personas con discapacidad, que cabalmente ha de suponer i) un redimensionamiento y una reorganización de la estructura judicial y de la Administración de Justicia para atender a los requerimientos del nuevo sistema; ii) un mayor grado de especialización de los órganos judiciales para el conocimiento de los procedimientos de provisión de apoyos y designación de tutores, curadores y defensores judiciales, atribuyendo competencias específicas en esta materia a un



mayor número de órganos judiciales a través del cauce que habilita el artículo 98 LOPJ; iii) un aumento correlativo de oficinas judiciales especializadas, así como de medios personales y materiales; iv) un nuevo diseño de distribución territorial de competencias, acorde con el mapa territorial del tratamiento judicial de la discapacidad, que suponga una mayor cercanía del órgano judicial a la persona con discapacidad y con quienes han de participar en el proceso de adopción de apoyos; v) una estructura auxiliar adecuada y próxima al órgano judicial y a los afectados por la discapacidad; vi) la pertinente, adecuada y continuada formación especializada de todos los agentes y participantes en la protección legal de las personas con discapacidad; y vii), en fin, la adopción de todas aquellas medidas de accesibilidad, conforme al principio de accesibilidad universal y de diseño –entre las que se cuentan las de carácter arquitectónico o funcional, o aquellas otras para facilitar la lectura y comprensión de los documentos- que permitan a las personas con discapacidad ejercer con plenitud sus derechos en el proceso y ver plenamente satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva.

NOVENA.- El ALRD no contiene una definición de persona con discapacidad, ni establece la forma de acreditar la consideración legal de persona con discapacidad. Esta se encuentra recogida en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad (TRLGD)

Aun cuando la extensión del concepto de discapacidad puede resultar beneficiosa para otros fines, en la configuración del sistema de protección legal de las personas con discapacidad puede ser, sin embargo, un tanto perturbador. Cabe someter a la consideración del prelegislador, por tanto, la conveniencia de prescindir del automatismo en el empleo de elementos y de competencias administrativas a la hora de establecer el régimen y el sistema judicial de apoyos a las personas con discapacidad, por más que la declaración de discapacidad a efectos administrativos y la determinación de su grado pueda constituir un elemento a tomar en consideración para valorar la situación y las necesidades de la persona con discapacidad y para configurar judicialmente el régimen y las concretas medidas de apoyo que precisa.

DÉCIMA.- Abundando en lo anterior, se echa en falta la determinación del presupuesto objetivo de la discapacidad. En este sentido, cabría cuestionar la procedencia de prescindir de la caracterización de la discapacidad con base en los elementos que definen actualmente las causas de la incapacitación en el artículo 200 CC –afectación cognitiva y volitiva que



impida el autogobierno-, y, al tiempo, valorar la conveniencia de incorporar a esa caracterización el elemento de la vulnerabilidad, siguiendo el ejemplo de la legislación francesa.

UNDÉCIMA.- Es igualmente conveniente que el prelegislador valore la oportunidad de acudir a otros mecanismos de guarda legal y de potenciar aquellos que se ofrezcan como instrumentos alternativos a la intervención judicial, y que resulten eficaces para asistir a las personas con discapacidad en el ejercicio de pleno de su capacidad de obrar. En esta línea, cabría valorar positivamente la articulación de un régimen legal de guarda o asistencia familiar, similar al contemplado en la legislación francesa, con determinadas, concretas y limitadas facultades representativas establecidas *ex lege*, lo que evitaría los inconvenientes de tener que acudir a la autoridad judicial para que el guardador de hecho o el curador puedan obtener la autorización para representar y sustituir a la persona con discapacidad.

DECIMOSEGUNDA.- Debe evitarse en lo posible, tanto que la ejecución y el desarrollo de las medidas de apoyo resulte gravoso para quien las ejerce, como que resulte oneroso para la persona con discapacidad, por lo general necesitado de todo su potencial económico. Sin perjuicio del régimen de retribución de quienes ejercitan funciones de apoyo a las personas con discapacidad, la adecuada eficacia del sistema de apoyos requiere la articulación de mecanismos asistenciales, predominantemente públicos, que faciliten el desarrollo de los sistemas de guarda legal, incluso aquellos de carácter familiar que pudieran contemplarse.

DECIMOTERCERA. La prioridad que tiene la autorregulación frente a la heterorregulación en el proyectado sistema de apoyos, y la necesidad de que existan mecanismos de publicidad de las medidas de apoyo previstas y de las dispuestas, bien voluntariamente, bien judicialmente, exige articular los oportunos mecanismos de interconexión registral y de información, particularmente a los órganos judiciales, sobre las anotaciones registrales relativas al régimen de protección de las personas con discapacidad y las medidas previstas y adoptadas.

DECIMOCUARTA.- Ha de adecuarse la regulación de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad que se contiene en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al régimen proyectado, en particular en lo atinente al concepto de persona con discapacidad beneficiaria y titular del patrimonio protegido –la ley únicamente considera tales, a estos efectos, a las personas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33



por ciento y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento-, y a la constitución y administración del patrimonio protegido.

DECIMOQUINTA.- No ha de desdeñarse el efecto que el nuevo sistema de protección de las personas con discapacidad tendrá en la legislación notarial, principalmente en la regulación del otorgamiento de las escrituras públicas en las que se prevean el régimen y las medidas de apoyo para una futura situación de discapacidad, de los poderes preventivos y de las escrituras públicas de constitución y configuración de la autocratela; pero también en la regulación del juicio de capacidad del otorgante afectado por una discapacidad, en la constatación de la concurrencia del supuesto que activa las medidas de apoyo predispuestas por el otorgante, y, en fin, en el juicio de capacidad y en la forma de otorgamiento de las disposiciones de última voluntad de las personas con discapacidad, entre otros extremos. Se echa en falta, por lo tanto, siquiera la previsión, mediante la correspondiente disposición final, de la reforma de la legislación notarial en la medida en que venga exigida por el nuevo sistema de apoyos de las personas con discapacidad.

DECIMOSEXTA.- El proyectado segundo párrafo del artículo 15.1 CC dice: «[E]sta declaración de opción se formulará, según los casos, por el propio optante, solo o con los apoyos que, en su caso, precise, o por su representante legal (...)». Para dotar de mayor claridad al precepto, sería conveniente que, al referirse a los apoyos que precise el optante, se precise que este ha de ser persona con discapacidad.

DECIMOSÉPTIMA.- El artículo 20.2 CC, en la redacción anteproyectada, dispone que la declaración de opción por la nacionalidad española se formulará: « (...) d) Por el interesado con discapacidad con los apoyos que, en su caso, precise. Y e) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la extinción de las medidas de apoyo que le hubieren impedido ejercitarla con anterioridad». Esta última previsión es tributaria de la redacción del vigente artículo 20.2 d) CC, que prevé el ejercicio de la facultad de opción por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Sin embargo, la redacción proyectada no guarda la debida coherencia con la previsión contenida en la letra d) del mismo artículo, en la redacción proyectada, que faculta al interesado a formular la declaración de opción con los apoyos que, en su caso, precise; de manera que si los apoyos fueron dispuestos, precisamente, para ejercitar la declaración de opción por la persona con discapacidad, pierde en gran medida sentido la previsión posterior.



DECIMOCTAVA.- Al confrontar el segundo párrafo del anteproyectado artículo 91 CC y el también propuesto artículo 250 CC se advierte cierta discordancia que se debería corregir. El establecimiento de medidas de apoyo institucionales o judiciales respecto del menor de edad mayor de diecisiete años, con carácter anticipatorio o preventivo de la discapacidad futura, y con efectividad desde la mayoría de edad, ha de ser homogéneo, medie o no una sentencia de separación, nulidad o divorcio, de manera que en todo caso pueda la autoridad judicial fijar, respecto de los menores que se encuentren en estas circunstancias, bien en la sentencia de separación, nulidad o divorcio, bien en la sentencia "*ad hoc*" dictada en el oportuno procedimiento sobre la adopción de medidas de apoyo, aquellas que resulten adecuadas y proporcionadas a las necesidades futuras de la persona con discapacidad o con razonable previsión de discapacidad para cuando alcance la mayoría de edad, sin estar limitadas a la constitución de la curatela o al nombramiento de un defensor judicial. En muchas ocasiones será suficiente la guarda de hecho, que podrá ostentar uno u otro progenitor, un familiar o un tercero, con la pertinente autorización judicial para la acreditación de la representación y el ejercicio de las funciones representativas en los términos previstos en el artículo 261 AL, sin necesidad de acudir a la provisión de un curador, aunque sea meramente asistencial y no representativo, o un defensor judicial, concebido este último con carácter puntual, ocasional o temporal.

DECIMONOVENA.- El artículo 94 CC, tal y como está redactado en el Anteproyecto, es formalmente coherente con el reconocimiento del derecho de los padres de relacionarse con sus hijos, y quiere serlo también con un régimen de protección de las personas con discapacidad basado en el autogobierno. No obstante, sin menoscabo del reconocimiento de aquel derecho a relacionarse con los hijos –que se concibe como un derecho personal de titularidad del progenitor y de los familiares-, una coherencia no meramente formal con el sistema de apoyos proyectado conduciría a ponderar mejor el peso de la voluntad del hijo mayor con discapacidad, tanto más relevante cuanto se trata del derecho a relacionarse con él de sus hermanos, abuelos, parientes y allegados, y tanto más cuanto el elemento o hecho causante de la discapacidad no comporta una anulación completa o especialmente importante de sus facultades cognitivas y volitivas.

VIGÉSIMA.- Las modificaciones propuestas en el artículo 96 CC han de ser acogidas favorablemente, tanto en lo atinente a la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar más allá de la mayoría de edad a los hijos afectados por una situación de discapacidad, cuando fuere necesaria tal



atribución, como en lo relativo a la sujeción del régimen del uso de la vivienda, extinguido el derecho de uso de los hijos menores y del cónyuge en cuya compañía queden y de los hijos mayores con discapacidad, y ante la falta de independencia económica, al régimen de alimentos entre parientes; lo cual no es sino reflejo de la doctrina establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Cabe hacer, no obstante, las siguientes observaciones: i) El segundo párrafo del proyectado artículo 96, que reza: «A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación», es innecesario y contradictorio. El uso de la vivienda se les atribuye en el párrafo anterior del mismo artículo y con este segundo párrafo parece volverse, innecesariamente, a la contradictoria equiparación entre el discapacitado y el menor de edad. ii) Debería precisarse con claridad si el derecho de uso de la vivienda familiar en favor del hijo mayor de edad con discapacidad es independiente del derecho del cónyuge en cuya compañía ha quedado. iii) Para disponer de la vivienda familiar cuyo uso ha sido asignado se precisa del consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial; el empleo de la conjunción copulativa, en vez de la disyuntiva “o” que ahora contiene el último inciso del vigente artículo 96 CC, conduce a pensar que en los casos en los que el uso de la vivienda familiar se hubiera asignado al hijo mayor de edad con discapacidad no bastará la concurrencia del consentimiento de los cónyuges, sino también la autorización judicial, lo que, sin embargo, debería aclararse en el precepto proyectado. iv) En el párrafo sexto se establece que «Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad [...]». Lo que debe constar en el Registro es el derecho de uso para evitar el persistente debate sobre su naturaleza y consecuencias, y no solo la restricción dispositiva. La restricción a la facultad de disponer es tan solo consecuencia de la existencia de tal derecho. v) Es oscura también la forma de acceso registral de la restricción de la facultad dispositiva de la vivienda familiar fuera de los casos en que se recoja tal restricción en la resolución judicial por virtud de la cual se atribuya el uso de la vivienda familiar, o, en su caso, en el documento que contenga el acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial. Por lo demás, la protección del tercer adquirente de buena fe, una vez ha tenido reflejo registral la referida



restricción, es consustancial al régimen de protección que se deriva del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

VIGESIMOPRIMERA.- La proyección del nuevo régimen de protección y del sistema de apoyos a la regulación del reconocimiento otorgado por las personas con discapacidad comporta admitir la validez del reconocimiento otorgado por este conforme al sistema de apoyos establecidos por la autoridad judicial. Por tanto, se prescinde de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y, en su caso, del progenitor conocido, para admitir la validez y la eficacia del reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad con los apoyos que se hubiesen establecido en la resolución judicial correspondiente. Adviértase que, dado el carácter personalísimo del reconocimiento, y de que está en juego la filiación del hijo reconocido, si bien se autoriza a la persona con discapacidad a prestarlo, no se prescinde de la intervención judicial y del establecimiento de medidas judiciales, entre las cuales ha de encontrarse aquella adecuada para otorgar el reconocimiento. Sin ellas, en consecuencia, no es posible otorgarlo de manera válida y eficaz. Resulta, por ello, un tanto innecesaria la previsión contenida en el párrafo segundo del artículo 124, en la redacción propuesta, pues bastaría añadir en el párrafo segundo del artículo 121 «[P]ara la validez y la *eficacia* del reconocimiento otorgado (...)».

VIGESIMOSEGUNDA.- Sin poner en duda que el espíritu de la norma proyectada quiere ser lo más respetuoso posible con los principios de la Convención y con el régimen de protección y asistencia a las personas con discapacidad que se deriva de ella, al tiempo que quiere preservar adecuadamente el derecho de estas a tener determinada legalmente su filiación paterna y materna, cabe incidir en la necesidad de que la determinación legal de la filiación de las personas con discapacidad respecto de los progenitores que se encuentren en la situación contemplada por el artículo 125 CC no se realice al margen de la intervención del sistema de apoyos judiciales que aquellas precisen, y por tanto, de la intervención judicial –siquiera mediata, mediante la determinación de los apoyos precisos–, en la medida en que fuere necesario para conocer y comprender la trascendencia de la determinación legal de la filiación paterna y materna en estos casos.

VIGESIMOTERCERA.- En el anteproyectado artículo 137 CC se contempla de forma suficientemente amplia y completa la legitimación de las personas con discapacidad para ejercer la acción de impugnación de la paternidad, por sí, una vez extinguidas las medidas de apoyo, o por el curador con facultades de representación facultado para ello, y, en defecto de este, por



el Ministerio Fiscal. La legitimación del Ministerio Público, no obstante, si bien es comprensible cuando se trata de un hijo menor de edad, en el papel que le corresponde en la protección de los menores, es, sin embargo, discutible en el régimen de protección de las personas adultas con discapacidad y en el sistema de apoyos proyectado, sin perjuicio de su condición de parte y de su intervención procesal ex artículo 749 LEC.

VIGESIMOCUARTA.- La consideración de las personas con discapacidad como titulares plenos de capacidad jurídica y de capacidad de obrar conduce a suprimir el artículo 171 CC y, por tanto, la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. Se ha de insistir en la conveniencia de articular, en el sistema de protección y apoyos a las personas con discapacidad, mecanismos de protección de carácter familiar que resulten eficaces y eficientes, y que contribuyan a disminuir la sobrecarga de los órganos judiciales; e incidiendo en ello, cabe sugerir al prelegislador que valore la posibilidad de establecer este tipo de medidas, siquiera limitadas a aquellos casos de discapacidad grave, con afectación profunda, prolongada e irreversible de las facultades cognitivas, intelectivas y volitivas.

VIGESIMOQUINTA.- El vigente artículo 216 CC, en su segundo párrafo, establece que las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de estos. El proyectado artículo 200 mantiene la misma previsión, pero referida exclusivamente a los supuestos de tutela de los menores, coherentemente con el ámbito material sobre el que se configura la institución tutelar en el Anteproyecto. De este modo, se desactivan las medidas judiciales de protección establecidas en el artículo 158 respecto de las personas con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que las medidas de carácter preventivo que recoge este precepto –que podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria- tienen por objeto la protección de los hijos menores y de los sujetos a tutela o guarda, e incluyen una cláusula de cierre que autoriza a la autoridad judicial a adoptar «[l]as demás disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor [y a los sujetos a tutela o guarda, ex art. 216 CC] de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas», garantizando la audiencia del menor [o sujeto a tutela o guarda] en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. Es cuestionable que el nuevo paradigma sobre el que se asienta el régimen de protección de las personas con discapacidad determine la



indefectible desactivación de estas medidas de protección referidas a dichas personas. La necesidad de adoptar medidas preventivas respecto de ellas no es inconciliable con el pleno reconocimiento de su capacidad jurídica y de obrar y con un sistema de apoyos preeminentemente autoorganizativo y en el que prima la autonomía y la voluntad de la persona con discapacidad. Por ello, cabe sugerir al prelegislador que reconsidere la total desactivación de las medidas preventivas previstas en el artículo 158 CC respecto de las personas con discapacidad, en la medida en que puedan ser destinatarias de ellas.

VIGESIMOSEXTA.- La reforma mantiene el derecho del tutor a ser retribuido (artículo 228 AL), pero no sujeta dicho derecho a condición o límite alguno. Se suscita la duda acerca de si dicho derecho es, en efecto, incondicionado, de tal modo que el juez deba fijar la retribución en todo caso, conforme a los parámetros que establece el artículo 48.1 de la LJV (la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado), en cuya proyectada redacción desaparece, por ende, la condición de que «[e]l patrimonio del tutelado o asistido lo permita». Es preciso, por tanto, que el prelegislador despeje la duda apuntada.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 228 debe iniciarse con la expresión "*También podrá establecerse*", incorporando la partícula reflexiva al predicado que contiene, y clarificar de ese modo su sentido.

VIGESIMOSÉPTIMA.- Dada la amplitud con que se concibe el artículo 251 CC, en la redacción del Anteproyecto, cabe considerar que incluyen las disposiciones relacionadas con la salud del otorgante, lo que puede entrar en concurrencia con las instrucciones previas previstas en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en otras disposiciones autonómicas. Y vinculada a esta concurrencia normativa, surge la duda –no irrelevante– acerca de si al amparo de lo dispuesto en el proyectado artículo 251 cabe estipular que en el futuro, y ante una determinada circunstancia que dificulte el ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar, no se suministre o proporcione medida de apoyo alguno. Ante el eventual conflicto que abriría esta confluencia e interacción normativa parece aconsejable una mayor concreción del sentido y contenido posible de la voluntad anticipada del otorgante, teniendo en consideración las esferas de actuación sobre las que podría proyectarse y su eventual incidencia en derechos, principios y valores de raigambre constitucional.



VIGESIMOCTAVA.- La determinación de la naturaleza de los poderes preventivos requiere de una mayor concreción por parte del prelegislador, pues de ella depende no solo su carácter vinculante para el apoderado, sino también las causas de extinción, en contemplación a las que se recogen en el vigente artículo 1732 CC.

VIGESIMONOVENA.- La tensión entre autogobierno y primacía de la voluntad, por un lado, y tutela judicial de los derechos e intereses de la persona con discapacidad, por otro, y entre el principio dispositivo y los límites a la voluntad del disponente, se ha de resolver ponderando debidamente ambos extremos, de manera que la intervención judicial ante medidas de carácter voluntario no se conciba con carácter excepcional, sino que se permita, en términos claros, el control de la adecuación, idoneidad y suficiencia de las dispuestas voluntariamente, lo que pasa por la valoración de las necesidades de apoyo de aquel en cuyo favor se establecen, lo que debe entenderse, por lo demás, amparado por el artículo 12.4 de la Convención, que prevé la adopción de salvaguardias, con respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, en evitación de conflictos de intereses, de influencia indebida, falta de adaptación a las necesidades de las personas, y falta de proporcionalidad de las medidas dispuestas.

TRIGÉSIMA.- Más en particular, cabe sugerir que entre las causas de extinción de los mandatos –y poderes– preventivos, así como de las directivas o medidas anticipatorias, se contemple la adopción de medidas de apoyo judiciales que sustituyan a las dispuestas con carácter voluntario, por inadecuación, inidoneidad e insuficiencia de las mismas. No parece suficiente, por tanto, que la modificación que se introduce en el artículo 1732.2º CC prevea la extinción del mandato «[p]or renuncia del mandatario y cuando respecto de este se dispongan judicialmente medidas de apoyo que *impliquen representación plena*». Y en cualquier caso es aconsejable que se regulen de manera sistemática las causas de extinción de los poderes y mandatos preventivos.

TRIGESIMOPRIMERA.- En aras a dotar de coherencia a los preceptos proyectados, sería preciso cohonestar la legitimación para instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos (artículo 256, tercer párrafo) con la facultad que se confiere a la autoridad judicial de decretar de oficio la remoción del curador, conforme prevé el segundo párrafo del artículo 276, al que se remite el artículo 256.



TRIGESIMOSEGUNDA.- Cabe hacer, asimismo, las siguientes consideraciones respecto de la regulación de las disposiciones generales y de los poderes y mandatos preventivos:

- a) En el primer párrafo del artículo 247 se debería incluir una referencia a los elementos que conforman la causa de la discapacidad, a saber, las alteraciones psíquicas –intelectuales o mentales que afecten a la conciencia y voluntad-, sensoriales y físicas que afecten al adecuado ejercicio de la capacidad jurídica y de obrar.
- b) En el párrafo segundo de este mismo artículo, cuando dice: «[L]as de origen legal solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trata», sería más apropiado decir: "(...) *en defecto o insuficiencia de las medidas previstas por la persona*".
- c) El artículo 249 enumera las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad de forma cerrada (guardador de hecho, curatela y defensor judicial). El prelegislador, sin embargo, debería considerar la conveniencia de regular estas instituciones de una manera más amplia, que comprendiera también la "*asistencia*" institucional, como figura similar a la "*amministrazione di sostegno*", más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menor prolongada, dispuesta en expediente de jurisdicción voluntaria (piénsese en afectaciones por causa de drogodependencia, alcoholismo, ludopatía, anorexia, etc.). De este modo, la asistencia institucional absorbería aquellas situaciones en las que la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque fuese recurrente, que ahora sirven para definir la figura del defensor judicial en el artículo 249 AL, y se contempla en el ordinal primero del proyectado artículo 293 entre los casos en los que procede el nombramiento del defensor judicial. Este quedaría circunscrito, entonces, a los demás casos previstos en dicho artículo, que se identifican mejor con el tradicional ámbito de actuación de esta figura: cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; cuando exista conflicto de intereses; o cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario. En cualquier caso, es necesario coordinar el párrafo cuarto del artículo 249, referido al defensor judicial, con el contenido del artículo 293 del Anteproyecto.
- d) Para clarificar la naturaleza jurídica y el contenido obligatorio que deriva de los poderes preventivos con cláusula de subsistencia (artículo 254) y los poderes preventivos de apoyo (artículo 255) sería



aconsejable que se previera en ambos la aceptación del apoderado, una vez conocida y acreditada la causa que exija el apoyo, si bien tal aceptación podría considerarse implícita mediante el uso del poder, ya como mandato de protección o de apoyo.

- e) El proyectado artículo 257 puede plantear ciertos problemas de interpretación al referirse a "*todos los negocios del otorgante*" y la sujeción del apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, al régimen de la curatela, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. Cabe la duda de si por "*todos los negocios del poderdante*" se deben entender todos los actos de administración a los que se contrae el mandato concebido en términos generales (artículo 1713 CC), o si comprenden también los actos de disposición a los que serían de aplicación directa las limitaciones establecidas en el proyectado artículo 285. Cabe asimismo abrigar la duda de qué disposiciones de la curatela, además de las previstas en el artículo 285, serían de aplicación al apoderado (si se aplicarían las causas de inhabilitación del artículo 270, las causas de remoción del artículo 276 como causas de extinción, las causas de excusión del artículo 277 como causas de renuncia, las reglas de retribución del artículo 279 o la exigencia de fianza del artículo 282). Y, en fin, cabe dudar acerca de la eficacia misma de esta disposición, ante la existencia y regulación de la autocuratela.

TRIGESIMOTERCERA.- El artículo 261, segundo párrafo, en la redacción proyectada, dispone que será necesario contar con la autorización judicial para que la persona que ejerza la guarda de hecho acredite la representación de la persona asistida. Esta autorización judicial, que será otorgada en expediente de jurisdicción voluntaria, «[p]odrá comprender una pluralidad de actos que, sin exceder de la mera administración ordinaria, sean necesarios para el desarrollo de la función de apoyo». Y el párrafo cuarto del mismo artículo establece: «[N]o será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación pública a favor de la persona con discapacidad o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar». Sin perjuicio de poner de relieve la imprecisión de los términos "*escasa relevancia económica*" y "*especial significado personal o familiar*", no es fácil cohonestar el sentido de ambos párrafos, cuando la autorización judicial viene referida a una pluralidad de actos que no excedan de la administración ordinaria, y se dispensa de la autorización judicial para realizar actos de disposición de bienes de escasa relevancia económica o que carezcan de especial significado personal o familiar. Una adecuada coordinación de los preceptos exigiría situar la



autorización judicial a que se refiere el párrafo segundo en la esfera de la representación del asistido, que puede tener por objeto actos de mera administración ordinaria que, sin embargo, requieran acreditar tal representación; *sin perjuicio de la cual* queda dispensada de la autorización judicial la realización de actos de disposición sobre bienes de escasa relevancia económica o carentes de especial significado personal o familiar que no precisen la acreditación de la representación de la persona con discapacidad.

El párrafo tercero del mismo artículo establece que en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho, deberá recabar autorización judicial a través de un expediente de jurisdicción voluntaria para prestar consentimiento en los actos que impliquen riesgo para la vida, la integridad física o la libertad de la persona a su cuidado, cuando esta no pueda prestarlo. Ha de tenerse en cuenta en este punto la concurrencia de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en lo relativo a la prestación del consentimiento por representación de las personas con discapacidad [el artículo 9.3 b) alude a personas con capacidad modificada judicialmente].

TRIGESIMOCUARTA.- La efectividad de los controles previstos en el proyectado artículo 263 requiere el conocimiento por la autoridad judicial del ejercicio de la guarda de hecho; a cuyos efectos, podría preverse que, cuando la guarda de hecho se prolongue más allá de un determinado periodo de tiempo, y sin perjuicio de las autorizaciones que resulten procedente, el guardador de hecho deba poner en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de la guarda de hecho y su condición de guardador de hecho.

TRIGESIMOQUINTA.- Con relación al anteproyectado artículo 266 CC cabe hacer las siguientes consideraciones: i) se trata de una disposición que tiene una proyección no solamente limitada a la curatela, pues alcanza a las demás figuras e instituciones del sistema de apoyos, por lo que su ubicación sistemática debería encontrarse en las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo a las personas con discapacidad; ii) la previsión de la revisión periódica, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, de las medidas adoptadas, que se concibe en términos categóricos y absolutos, sin contemplar excepción alguna, puede no encontrar suficiente justificación en algunos casos de afectaciones físicas o psíquicas irreversibles, por lo que activar la actuación judicial, aunque sea a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, puede resultar innecesario.



TRIGESIMOSEXTA.- Es significativa la circunstancia de que, siendo la curatela la figura central del sistema de apoyos, no se haya regulado de forma expresa el derecho y el deber de promover la curatela. Sería aconsejable que junto con las normas de legitimación procesal se contuvieran en el Código Civil las normas sustantivas relativas a la titularidad de los derechos y obligaciones en orden a proveer la medida de apoyo en que consiste la curatela.

TRIGESIMOSÉPTIMA.- Cabe sugerir al prelegislador que considere la conveniencia de no limitar a las entidades sin ánimo de lucro la aptitud para ser curador, máxime si se tiene en cuenta el carácter retribuido del cargo, y habida cuenta de los controles a los que se sujeta su ejercicio; sin perjuicio de reforzar, en su caso, las garantías –fianzas e hipotecas legales- para el debido cumplimiento de sus obligaciones.

Por otra parte, el proyectado artículo 274, al establecer el orden de preferencia para el nombramiento de curador, no menciona a las instituciones, pese a admitirse su posibilidad en el artículo anterior.

TRIGESIMOCTAVA.- En el anteproyectado artículo 280 CC Llama la atención que la toma en consideración de los valores, la trayectoria vital y las creencias de la persona a la que se preste apoyo se reserve a la curatela con facultades de representación, y no se predique lo mismo respecto de la curatela asistencial, en cuyo ejercicio también deberán tenerse en cuenta la trayectoria, los valores y creencias de la persona asistida. Por otra parte, el párrafo sexto del mismo artículo, conforme al cual «[e]l curador procurará fomentar las aptitudes de la persona a la que preste apoyo, de modo que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro», no es sino reiteración del último inciso del artículo 248 del Anteproyecto.

TRIGESIMONOVENA.- Subyace la duda acerca de si, en un sistema de autoorganización de apoyos, y en el que la autoridad judicial ha de atender ante todo a la voluntad de la persona necesitada de ellos, el interesado puede excluir la autorización judicial para la realización de alguno o algunos de los actos que se enumeran en el artículo 285. Es este un aspecto en donde mayor incidencia ha de tener la ponderación que el prelegislador ha de hacer entre aquellos elementos para definir de manera más completa el régimen de protección y el sistema de apoyos que diseña.

CUADRAGÉSIMA.- Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer respecto las siguientes observaciones respecto del propuesto artículo 285 CC:



- a) El ordinal primero de este artículo se refiere a los «[a]ctos de trascendencia personal o familiar cuando el afectado no pueda hacerlo por sí mismo». La amplitud de los términos en que se formula la excepción hace surgir la duda acerca de si tiene alguna proyección sobre el régimen de internamiento involuntario y, en su caso, en qué medida.
- b) Cabría concebir, en cualquier caso, ciertas excepciones a la regla, más allá de los casos de disposición de bienes de “*escasa relevancia económica*” o que carezcan de “*especial significado personal o familiar*” (ordinal tercero), o respecto de “*asuntos urgentes o de escasa cuantía*” (ordinal séptimo), y fuera de la posibilidad de autorizar la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad a que se refiere el artículo 286, en la redacción del Anteproyecto. De este modo, la resolución de la autoridad judicial por la que se establezca la curatela y se determine su ámbito podría eximir de autorización judicial a ciertos actos o negocios jurídicos, en atención a las circunstancias de la persona que necesita de los apoyos y de su patrimonio, reforzando en su caso las medidas de control y salvaguardias.
- c) Por otra parte, se debería corregir el tenor del proyectado artículo 287, al referirse al “*curador representativo*”, sustituyendo la expresión por la más adecuada y propia de “*curador con funciones de representación*”.

CUADRAGESIMOPRIMERA.- El tratamiento de la prodigalidad de forma diferenciada de aquellas otras situaciones para las que se diseña el sistema de apoyos, que se justifica por razón de la esfera afectada por la conducta desordena de quien ha de ser declarado pródigo, y por tratarse de una institución absolutamente ajena a la discapacidad, puede ser cuestionable, por cuanto no deja de constituir una afectación de carácter psíquico que afecta a la capacidad jurídica y de obrar del afectado, y que precisa del mismo sistema de apoyos que el previsto para las personas con discapacidad, del que, de otro modo, se encontraría desconectado.

CUADRAGESIMOSEGUNDA.- Aunque el Anteproyecto no lo prevé, debería modificarse el artículo 755 de la LEC para acomodarlo al tenor del proyectado artículo 300 CC, de forma que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procesos sobre medidas judiciales de apoyo se comuniquen de oficio no solo al Registro Civil, sino también al Registro de la Propiedad cuando afecten a las facultades de administración y disposición de bienes inmuebles.



CUADRAGESIMOTERCERA.- El artículo 756 de la LEC, que actualmente versa sobre la competencia para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, pasa a titularse "*Ámbito de aplicación y procedencia*", para referir el primero –el ámbito de aplicación– a la adopción de las medidas de apoyo a personas con discapacidad en aquellos supuestos en los que, de acuerdo con el Código Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. El ámbito de aplicación así determinado es, sin embargo, incompleto, pues se olvida de la declaración de prodigalidad y en general de todos aquellos casos en los que el expediente se torne contradictorio o el procedimiento tenga o deba tener ese carácter.

CUADRAGESIMOCUARTA.- La competencia territorial para conocer de los procesos sobre provisión de medidas judiciales de apoyo se establece en torno al fuero de la residencia habitual de la persona a la que se refiera la solicitud de apoyos (artículo 756.2 LEC, en la redacción propuesta). Como excepción a la regla de la perpetuación de la jurisdicción (artículo 411 LEC), el proyectado apartado tercero del artículo 756 LEC establece que si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al juzgado correspondiente en el estado en que se hallen. Tal previsión, que tiene por objeto configurar la competencia territorial acercando al tribunal tanto a quien se han de referir las medidas como el objeto mismo del proceso, ha de ser favorablemente acogida, respondiéndolo, por lo demás, a la más reciente orientación jurisprudencial.

CUADRAGESIMOQUINTA.- El artículo 758.1 LEC, en la redacción del Anteproyecto, dispone que admitida la demanda el Letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil sobre las medidas de protección inscritas. En rigor, la certificación habrá de recabarse no solo del Registro Civil, sino también del Registro de la Propiedad y, en general, de aquel o de aquellos registros públicos que se establezcan para dotar de la debida publicidad al sistema de apoyos, voluntaria o judicialmente dispuestos.

CUADRAGESIMOSEXTA.- El apartado segundo de este mismo artículo 758 establece que una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando el afectado no hubiera podido ser notificado personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no compareciera ante el juzgado con su propia defensa y representación, el Letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera



nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento; dándose a continuación nuevo plazo para contestar a la demanda. El precepto, evidentemente, trata de evitar la declaración de rebeldía de la persona con discapacidad, inconcebible desde el respeto del derecho de defensa; pero no ha de dejar de advertirse acerca de la necesidad de que la persona con discapacidad frente a la que se dirige la demanda comparezca personalmente en el procedimiento por cuanto con él han de entenderse los trámites del reconocimiento judicial de la persona afectada, de las audiencias preceptivas y de la emisión de los informes facultativos y aquellos que fueren pertinentes.

CUADRAGESIMOSÉPTIMA.- La facultad de la autoridad judicial de prescindir de las audiencias preceptivas cuando la demanda hubiera sido presentada por el propio afectado y cuando así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad (artículo 759.2 y 3 LEC, en la redacción propuesta) debería concebirse con carácter excepcional, tras la debida ponderación del derecho a la intimidad del afectado y el derecho a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, en garantía de la cual se configura el trámite de audiencia.

CUADRAGESIMOCTAVA.- El prelegislador configura un mecanismo procesal para la revisión periódica de las medidas de apoyo en los términos establecidos en la sentencia que las ha acordado, y en todo caso en un plazo máximo de tres años, un incidente de modificación del alcance de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas, y un incidente de complemento de la sentencia por haber omitido alguna medida de apoyo. Ese planteamiento conjunto de actuaciones procesales ofrece ciertos problemas y da pie a ciertos interrogantes que resulta oportuno consignar: i) No siempre será fácil determinar cuál es el cauce procedimental procedente, pues normalmente la sentencia que establece los apoyos habrá previsto su revisión cuando sobrevinieran nuevas circunstancias que hagan precisa la modificación o, en su caso, supresión de las medidas adoptadas; ii) no queda clara la legitimación para instar la revisión periódica de las medidas de apoyo adoptadas judicialmente; y iii) no queda clara cuál es la intervención en este expediente de las partes que intervinieron en el previo procedimiento de adopción de medidas, y, en particular, si en dicho expediente ha de ser reconocida la persona para la que han sido adoptadas.

CUADRAGESIMONOVENA.- El apartado tercero del artículo 52 LJV, en la redacción propuesta, incurre en un error al referirse al párrafo segundo del artículo 265 CC, pues debe venir referido al segundo párrafo del artículo 261 CC, en la redacción del Anteproyecto.



QUINCUAGÉSIMA.- El artículo 62 LJV, en la redacción anteproyectada, regula la competencia, legitimación y postulación en el expediente de autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con discapacidad. En su apartado primero se mantiene la competencia para conocer del expediente al Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Sería conveniente, no obstante, que la competencia territorial estuviese determinada conforme a las mismas reglas de competencia establecidas de forma general para el conocimiento de los procedimientos de adopción judicial de medidas de apoyo, y, en consecuencia, que se atribuyera al juzgado de la residencia del menor o persona con discapacidad, teniendo en cuenta el eventual cambio de residencia habitual, en los términos previstos en los proyectados artículos 756.2 LEC y 43.2 LJV.

Por otra parte, merece favorable acogida la previsión contenida en el apartado tercero de este artículo 62 LJV, en la redacción propuesta, conforme a la cual la solicitud inicial del expediente podrá realizarse sin necesidad de Abogado y Procurador, aun cuando el valor del acto para el que se inste supere los 6.000 euros, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la actuación de todos los interesados por medio de Abogado cuando la complejidad de la operación así lo requiera o comparezcan sujetos con intereses enfrentados.

QUINCUAGESIMOPRIMERA.- El artículo segundo del Anteproyecto modifica la Ley Hipotecaria en alguno de sus artículos, con el fin de acomodar la legislación hipotecaria a las nuevas previsiones sobre el sistema de protección de las personas con discapacidad. La modificación proyectada del artículo 2.4 LH pretende ajustar la Ley Hipotecaria a la nueva regulación sustantiva en materia de sistema de provisión de apoyos a las personas de discapacidad contenida en el Código Civil, de manera que se sigan cumpliendo las específicas finalidades de la inscripción de estos títulos como son, por un lado, impedir que pueda quedar protegido un subadquirente por efecto del artículo 34 LH y, por otro lado, facilitar la labor de calificación registral en relación con la capacidad de los otorgantes (art. 18 LH) mediante la consulta del Libro único informatizado. Lo mismo cabe decir de la modificación del artículo 42.5 LH en cuanto a la anotación preventiva de la solicitud de medidas de apoyo a personas con discapacidad o la demanda de alguna de las resoluciones expresadas en el artículo 2.4 LH. Se modifican los artículos 165, primer párrafo y regla 6ª, 168.cuarto y 192 LH reguladores de la hipoteca legal por razón de la fianza de tutores,



curadores y demás figuras tuitivas, incorporando la posibilidad de que esta hipoteca legal pueda constituirse también en relación con aquellas personas encargadas de la administración de los bienes en virtud de medidas voluntarias de apoyo.

QUINCUGESIMOSEGUNDA.- El artículo cuarto del Anteproyecto introduce determinadas modificaciones de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil que vienen a acomodar la previsiones registrales al régimen sustantivo sobre protección de las personas con discapacidad previsto en los nuevos preceptos del Código Civil. Se trata de que los actos jurídicos sobre medidas de apoyo tengan el debido acceso en el Registro Civil, sustituyendo las referencias a las figuras del sistema anterior de incapacitación.

QUINCUGESIMOTERCERA.- El artículo 4.11º LRC al referirse a «[l]as sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos a personas con discapacidad», puede resultar infra-incluyente en la medida en que la autoridad judicial puede adoptar medidas de apoyo que hayan de tener reflejo registral a través de resoluciones distintas a la que ponga fin al proceso (así, por ejemplo, la adopción de medidas de control de la curatela en resolución posterior a la que haya acordado su constitución [art. 268 CC] o la suspensión del curador durante la tramitación del expediente de remoción [art. 276, tercer párrafo, CC]). Por ello, resulta más adecuada la redacción del artículo 4.11º LRC referida a «las resoluciones judiciales».

QUINCUGESIMOCUARTA.- Debe ponerse de manifiesto que de la redacción del artículo 4 LRC que se desprende el apartado uno del artículo cuarto ALRD se desprende la supresión del actual numeral 14º del artículo 4 LRC referido a las declaraciones de ausencia y fallecimiento. Con el fin de evitar esa consecuencia debería redactarse el último inciso del primera apartado del artículo cuarto.Uno AL del siguiente modo: «pasando a identificarse con el número 16º el actual supuesto 14º y con el número 17º el actual supuesto 15º».

QUINCUGESIMOQUINTA.- Debe señalarse que la redacción proyectada del artículo 44.7 LRC tal y como se deriva del artículo cuarto.Tres AL parece excluir el actual segundo párrafo relativo a los casos de inscripción de la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil. Para evitar ese efecto el artículo cuarto.Tres AL debería decir «*Se modifica la redacción del primer párrafo del artículo 44.7 con el siguiente texto*».



QUINCUGESIMOSEXTA.- En la nueva regulación del Código Civil se elimina la figura del tutor de la persona con discapacidad, pero se prevén una serie de figuras tuitivas a las que se les encomiendan funciones de asistencia o de representación de extensión variable, según la apreciación de las circunstancias, desde el curador con funciones de representación (art. 285 CC), el curador con meras funciones de asistencia (art. 280 CC), el defensor judicial en determinado supuestos (art. 277 cuarto párrafo CC, art. 281 CC, art. 293 CC) o el guardador de hecho que cuente con autorización judicial para ejercer funciones de representación para determinados actos (art. 261 segundo párrafo CC). En relación con estos supuestos, se prevé que la autoridad judicial pueda establecer las salvaguardias necesarias (para el guardador de hecho con autorización judicial, art. 263 CC) o las medidas de control que estime oportunas (para el curador, art. 268 CC).

Parece razonable, que las resoluciones judiciales sobre el nombramiento o autorizaciones de estas figuras tuitivas, así como sobre las salvaguardas y controles de su actuación tengan acceso al Registro con el fin de garantizar la debida publicidad. Por ello, resultaría apropiado mantener una previsión normativa equivalente a las del actual párrafo 1 del artículo 73 LRC, con las debidas adaptaciones a la terminología empleada por el Anteproyecto. Esta previsión se podría incorporar como tercer párrafo del proyecto artículo 72.1 LRC.

QUINCUGESIMOSÉPTIMA.- El apartado cinco del artículo cuarto del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 73 LRC al que intitula «*Oponibilidad de las resoluciones*». En él se regula una manifestación del principio de inoponibilidad del artículo 18.2 LRC en el sentido de que «las resoluciones a que se refiere el artículo anterior sólo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones». En la redacción del Anteproyecto la oponibilidad de las resoluciones inscritas se limita a las sentencias dictadas en procedimientos de provisión de apoyos y a las de declaración del concurso, que son las únicas a las que se refiere el artículo 72 LRC en los términos en que resulta modificado por el ALRD. En línea con lo expuesto anteriormente, es importante clarificar en el texto proyectado que el principio de inoponibilidad se predica también de las resoluciones sobre nombramiento de figuras tuitivas que no hayan sido objeto de inscripción, de modo que no resultarán oponibles frente a terceros de buena fe, que desconocen la realidad del nombramiento de esa figura tuitiva.



QUINCUGESIMOCTAVA.- En relación con la regulación de la oponibilidad de las resoluciones inscritas, debe advertirse que tal y como resulta del texto del Anteproyecto, la previsión contenida en el artículo 73 LRC deja de tener el correspondiente correlato en una norma sustantiva del Código Civil pues en la reforma prevista no se contiene una regla equivalente a la del vigente artículo 218 CC de acuerdo con el cual las resoluciones sobre cargos tutelares y de curatela no será oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones. En este sentido, resultaría adecuado ubicar la regla de inoponibilidad como segundo párrafo del artículo 299 CC en la redacción dada por el Anteproyecto.

QUINCUGESIMONOVENA.- El artículo 251, último párrafo, CC proyectado establece que los documentos públicos en los que se autodispongan medidas preventivas de apoyo «serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante». Este precepto no identifica el sujeto de la obligación de comunicación, aunque de acuerdo con el artículo 35 LRC resulta claro que es el notario autorizante, tal y como se explicita en el vigente artículo 223.3 CC. En este sentido, cabe señalar que mejoraría la claridad del artículo 251 CC, último párrafo, si se añadiera la precisión de que los documentos públicos «*serán comunicado de oficio por el notario autorizante*».

SEXAGÉSIMA.- Los apartados ocho y nueve del artículo cuarto del Anteproyecto modifican los artículos 83.1 y 84 primer párrafo LRC, al incorporar el primero de los preceptos al listado de datos especialmente protegidos que se rigen por un sistema de publicidad restringida el dato de «*la discapacidad*»; el segundo precepto, que establece el conjunto de sujetos legitimados para acceder o autorizar el acceso de terceras personas a los datos especialmente protegidos, dispone que esa legitimación corresponde a la persona inscrita o sus representantes legales, añadiendo, como novedad, que en el caso de personas con discapacidad también al apoderado preventivo general o el curador. Si se interpreta el término «*discapacidad*» empleado en el artículo 83.b LRC proyectado a partir de la definición legal de este concepto que ofrece el artículo 2.a de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, se daría lugar a que la extensión del sistema de publicidad restringida fuera ciertamente amplia, lo que podría conllevar que el acceso al acto inscribible mismo (por ejemplo, la resolución dictada en el procedimiento de provisión de apoyos o la resolución de nombramiento de curador) por parte de un tercero con interés legítimo se viera condicionada a la previa autorización de uno de los sujetos señalados en el artículo 84



LRC, en la medida en que se entendiera que el acceso al hecho mismo de la existencia de medidas de apoyo revela el dato de la discapacidad.

Una interpretación tan amplia del alcance del dato especialmente protegido supondría una limitación considerable del principio de publicidad consustancial al Registro Civil, por ello debería cualificarse de algún modo la inclusión de la discapacidad como dato sujeto a publicidad restringida a fin de evitar un resultado interpretativo como el señalado. Cabría identificar el dato especialmente protegido con una fórmula como «los datos de salud vinculados a la discapacidad», de este modo lo sometido al sistema de publicidad restringida sería el conocimiento de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales determinantes de la discapacidad de la persona u otros datos de carácter personal relacionados o reveladores de esa circunstancia.

SEXAGESIMOPRIMERA.- La reforma proyectada de la LRC, de acuerdo con la disposición final tercera del Anteproyecto entrará en vigor en la fecha de la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que de acuerdo con lo previsto en la disposición final décima de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 5/2018, de 11 de junio, tendrá lugar el día 30 de junio de 2020. A la vista de ello, puede suceder que el presente Anteproyecto, tras su tramitación parlamentaria, aprobación, sanción, promulgación y publicación, entre en vigor en una fecha anterior a la del 30 de junio de 2020. En este caso, las previsiones sustantivas del Código Civil sobre el sistema de apoyos a las personas con discapacidad no tendrían el debido reflejo en el Registro Civil. Por ello, resultaría prudente establecer en una disposición transitoria algún tipo de previsión que permitiera la adaptación de la vigente Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 al nuevo sistema de apoyos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

SEXAGESIMOSEGUNDA.- Convendría adaptar la redacción del artículo 222.3 LEC al nuevo sistema del ALDR, de modo que al regular el efecto de cosa juzgada de las sentencias contempladas en su segundo párrafo se sustituyera la referencia a las sentencias sobre *«incapacitación y reintegración de la capacidad»* por la de sentencias sobre *«medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo»*.

SEXAGESIMOTERCERA.- Dado que el ALDR elimina la figura de la patria potestad prorrogada al suprimirse el vigente artículo 171 CC y sustituirse por las medidas de apoyo previstas en el artículo 250 CC proyectado, debería eliminarse la referencia a la prórroga de la patria potestad como acto inscribible que se contempla en el artículo 71.2 LRC.



SEXAGESIMOCUARTA.- La disposición final primera del Anteproyecto modifica el Código Penal en cuanto a la determinación de determinados supuestos de responsabilidad civil derivada del delito. Se da nueva redacción al primer párrafo de la regla 1ª del artículo 118 CP que regula la responsabilidad civil en los casos de exención de la responsabilidad por concurrir las causas de inimputabilidad y, en sede de responsabilidad civil subsidiaria, se da nueva redacción al artículo 120.1 CP, estableciendo que serán responsables civiles subsidiarios los curadores con facultades de representación plena que convivan con las persona a quien prestan apoyo, siempre que hay por su parte culpa o negligencia.

SEXAGESIMOQUINTA.- En la regulación del régimen de derecho intertemporal que propone el prelegislador no ha de ignorarse la relevante circunstancia de que la modificación propuesta se proyecta sobre todo el articulado del Código Civil, y que el régimen transitorio que contiene el Anteproyecto habrá de convivir de forma coherente con el régimen transitorio establecido con carácter general en el Código Civil.

SEXAGESIMOSEXTA.- Se echa en falta en la regulación del régimen transitorio la referencia a la patria potestad prorrogada y a la rehabilitación de la patria potestad, respecto de las que, pese a su desaparición, no hay norma de derecho intertemporal alguna, más allá de la relativa a la sobrevenida ineficacia de las meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad (Disposición transitoria primera) y de la revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada para adaptarlas a esta.

SEXAGESIMOSÉPTIMA.- La aplicación a los tutores de las personas con discapacidad de las normas establecidas para los curadores representativos podrá servir para aquellos casos en los que la sentencia que declaró la incapacidad lo hubiera hecho con carácter total y absoluto, pero no para otros casos de modificación parcial de la capacidad.

SEXAGESIMOCTAVA.- La revisión de las medidas establecidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley anteproyectada (Disposición transitoria cuarta) debería establecerse teniendo en cuenta la "adaptación" de las figuras tutelares a las figuras del sistema de apoyo proyectado, conforme se deriva de la aplicación de las Disposiciones transitorias primera a tercera, ambas inclusive. Por tanto, la revisión solo será procedente en la medida en que, más allá del resultado de la aplicación de las previsiones del régimen transitorio del Anteproyecto, sea necesaria la adaptación de las



medidas adoptadas en su día conforme al hasta ahora vigente régimen de protección de las personas con discapacidad.

SEXAGESIMONOVENA.- El Anteproyecto ha omitido, acaso de manera deliberada, cualquier modificación del régimen de los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico regulado en el artículo 763 LEC, y por consiguiente, ha omitido también cualquier disposición de carácter transitorio. Sin duda, esta omisión encuentra cabal explicación en los trabajos que está llevando a cabo la Sección Quinta de la Comisión General de Codificación para modificar –seguramente a través de una Ley Orgánica- el régimen de los internamientos y otras medidas que afectan a derechos fundamentales en el marco del proceso civil. No obstante, sería aconsejable que la reforma sobre esta materia cuyos trabajos preparatorios se están llevando a cabo estuviera acompañada, tanto material como temporalmente, a la reforma del régimen de la discapacidad que se propone por el prelegislador.

SEPTUAGÉSIMA.- Por último, cabe recordar que la reforma propuesta ha de tener reflejo en diversas disposiciones normativas que han de adaptarse, y no solo terminológicamente al nuevo régimen de protección y al sistema de apoyo proyectado.

Es cuanto ha de informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid a 29 de noviembre de 2018

Joaquín Vives de la Cortada Ferrer-Calbetó
Secretario General

ANEXOS

A. LISTADO DE LOS DELEGADOS DE DISCAPACIDAD

Los delegados de discapacidad son las personas, integrantes de la Carrera Judicial, encargadas de coordinar, promover e impulsar las actuaciones no jurisdiccionales para la adecuada tutela de los derechos de las personas con discapacidad en los órganos judiciales adscritos a un determinado Tribunal Superior de Justicia.

Tienen encomendada la coordinación, defensa, promoción e impulso del derecho de las personas con discapacidad a no sufrir discriminación por esta causa cuando se relacionen con los Tribunales de Justicia, en el ámbito territorial del Tribunal Superior de Justicia para el que haya sido nombrado.

El listado actualizado de los delegados de discapacidad se encuentra disponible en la pestaña del Foro Justicia y Discapacidad de la página web del Consejo General del Poder judicial www.poderjudicial.es.¹

Andalucía

Maria Luisa Zamora Segovia.
Juzgado de 1ª Instancia 26 de Sevilla.

Aragón

María Celorrio Calvo
Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción 2 de Egea Caballeros

Asturias

Juan Carlos García López
Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 1 de Oviedo

¹ http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e-635fc1dc432ea0/?vgnextoid=c1f22df2b43ac510VgnVCM1000006f48a-c0aRCRD&vgnnextchannel=b608b767601ac510VgnVCM1000006f48a-c0aRCRD&vgnnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES

Cantabria

Elena Pérez Pérez.
Sala de lo Social del TSJ de Cantabria

Castilla – La Mancha

José Ramón Solís García del Pozo
Audiencia Provincial de Albacete, sección civil.

Castilla - León

Mauricio Muñoz Fernández
Presidente de la Audiencia Provincial de Burgos

Cataluña

Pendiente de designación

Extremadura

Patricia Gutiérrez Escobero
Juzgado de 1ª Instancia 2 de Don Benito (Badajoz)

Galicia

Germán Serrano Espinosa
Juzgado de lo Social 2 de Vigo (Pontevedra)

Islas Baleares

Joaquín María Andrés Joven
Juzgado 1ª Instancia 12 de Palma

Islas Canarias

Carmen María Simón Rodríguez
Juzgado 1ª Instancia 15, de familia, de Las Palmas

La Rioja

Maria José Muñoz Hurtado
Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja

Madrid

Francisco David Cubero Flores
Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16ª (penal)

Murcia

Maria Concepción Roig Angosto
Audiencia Provincial de Murcia, sección 3ª (penal)

Navarra

Juan Manuel Fernández Martínez

Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

País Vasco

Juan Carlos Iturri Gárate

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

Comunidad Valenciana

Maria Dolores Bellés Centelles

Juzgado de 1ª Instancia 9 de Castellón

B. LISTADO DE FISCALES DELEGADOS DE ESPECIALIDAD CIVIL Y DE PROTECCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Andalucía

Fernando Santos Urbaneja
Correo electrónico: fernando.santos.ius@juntadeandalucia.es
Teléfono: 600156281
Plaza de la Constitución, 4. 14071 Córdoba

Ceuta

José Luis Puerta Martí
Correo electrónico: jl.puerta@fiscal.mju.es
Teléfono: 956510114 / 956027566
Silvia Rojas Rodríguez
silvia.rojas@fiscal.es

Melilla

María Rodríguez García
Correo electrónico: maria.rgarcia@fiscal.es
Teléfono: 952699020

Aragón

José M^a Ortín Martín
Correo electrónico: josemaria.ortin@fiscal.es
Teléfono: 976208498.
C/ Coso, 1 - 1^a planta. 50071 Zaragoza

Asturias

Tomás Álvarez-Buylla García
Correo electrónico: t.alvarezbuylla@mju.es
Teléfono: 985968905 / 985968920

Cantabria

Ana Isabel Secada Gutiérrez.
Correo electrónico: isecada@hotmail.com
Teléfono: 942346969

Sr. D. Jesús M^a Cabezón Elías
Teléfono: 942357101

Castilla – La Mancha

Carmen Mendiola Gómez
Correo electrónico: c.mendiola@fiscalia.mju.es
Teléfono: 926278827.
C/ Eras del Cerrillo, 3 - Pol. Larache 13005 Ciudad Real
Francisco Ramón Sánchez Melgarejo
franciscoramon.sanchez@fiscal.es
Teléfono.: 967596503

Castilla - León

Francisco Javier Gutiérrez Hernández
Correo electrónico: franciscojavier.gutierrezhernandez@fiscal.es
Teléfono: 987239684.
C/El Cid, 20. 24003 León
Emilio Fernández Rodríguez
emilio.fernandezrodriguez@fiscal.es
Teléfono: 947259905

Cataluña

María José Núñez Tomas
Correo electrónico: mariaj.nunez@xij.gencat.cat
Teléfono: 935.549.926.
C/ Gran Vía de les Corts Catalanes, 111. Edificio F - planta 11.
Ciudad de la Justicia.
08014 Barcelona.

Extremadura

Juan Antonio Galán Miguel
Correo electrónico: juanantonio.galan@fiscal.es
Teléfono: 927620209.
Plaza de la Audiencia, s/n - Palacio de Justicia. 10003 Cáceres.

Galicia

Santiago Miguel Cruces
Correo electrónico: santismc@yahoo.es
Teléfono: 986805346.
Avenida Francisco Tomás y Valiente, s/n. 36071 Pontevedra.

Islas Baleares

María Moretó Matosa
Teléfono: 971219220

D^a. Pilar Dorrego de Carlos
Correo electrónico: pilar.dorrego@fiscal.es
Teléfono: 971219200 / 01.

Islas Canarias

María Rosa Rubio Ramos
Correo electrónico: mrubram@justiciaencanarias.org
Teléfono.: 928336759.
C/ La Pelota nº 17. 35001 Las Palmas

La Rioja

Rosario Gutiérrez Matute
Correo electrónico: rosario.gutierrez@fiscalia.mju.es
Teléfono: 941296412 / 941296414

Comunidad de Madrid

Casto Páramo de Santiago. (Discapacidad).
Correo electrónico: casto.paramo@madrid.org
Teléfono: 214438694.
C/ Santiago de Compostela, 96. 28035 Madrid.
Inmaculada Rodríguez Suarez. (Civil).
Correo electrónico: inmaculada.rodriguez.suarez@madrid.org
Teléfono: 214438694.
C/ Santiago de Compostela, 96. 28035 Madrid.

Murcia

Fernando Florit de Carranza
Correo electrónico: f.florit@fiscalia.mju.es
Teléfono: 968229150 / 968220802

Navarra

José Antonio Sánchez y Sánchez-Villares
Correo electrónico: jsanches@cfnavarra.es
Teléfono: 848424157 / 848424179 / 848424316
Ana Marcotegui Barber
Correo electrónico: amarcotb@navarra.es
Teléfono: 848424164

País Vasco

Catalina Pedrero Redondo
Correo electrónico: pedreo.mc@aju.ej-gv.es
Teléfono: 943000717.
Plaza Teresa de Calcuta, 1. 20071 San Sebastián.

Comunidad Valenciana

Ana María Lanuza García

Correo electrónico: lanuza_ana@gva.es

Teléfono: 961929871.

Avenida Profesor Piñero, 14. 46071 Valencia.

C. LISTADO DE DELEGADOS TERRITORIALES DE LA FUNDACIÓN AEQUITAS

El Consejo General del Notariado adoptó en el año 1999 el acuerdo de constituir una fundación que canalizara las aportaciones que puede realizar el Notariado en su conjunto, y los Notarios y otros profesionales individualmente, en relación con la discapacidad y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran numerosas personas.

EQUIPO DE DIRECCIÓN DE AEQUITAS

Almudena Castro-Girona Martínez
Directora de la Fundación
Notario de Castellbisbal
Correo electrónico: almudena@aequitas.org

Federico Cabello De Alba Jurado
Notario de Montilla
Correo electrónico: fecalba@hotmail.com

DELEGADOS AEQUITAS POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La Fundación Æquitas tiene un delegado en cada uno de los Colegios Notariales de España. La labor de los Notarios Delegados de la Fundación Æquitas en los Colegios Notariales es fundamental a la hora de organizar y coordinar las actividades que se realizan en todo el territorio nacional (Jornadas, charlas y asesoramiento directo a personas con discapacidad y sus familias).

Andalucía

Ramón Moscoso Torres
Notario de Linares
Correo electrónico: moscoso@notariado.org

Aragón

Maria Del Carmen Gracia De Val
Notario de Alcañiz
Correo electrónico: mgracia@notariado.org

Asturias

Jose Luis Fernandez Lozano
Notario de Ribadesella
Correo electrónico: notariolozano@notariado.org

Cantabria

Vicente Toledano Barrera
Notario de Santander
Correo electrónico: toledano@notarioscalvosotelo.es

Castilla y León

Angeles Anciones Ferreras
Notario de Laguna de Duero
Correo electrónico: anciones@notariado.org

Castilla-La Mancha

Daniel Ruiz-Risueño Riera
Notario de Cuenca
Correo electrónico: druizrisueno@notariado.org

Cataluña

Valero Soler Martín-Javato
Notario de Barcelona
Correo electrónico: valerosmj@hotmail.com

Extremadura

Francisco De Asis Jimenez Velasco
Notario de Plasencia
Correo electrónico: fdeasis@notariado.org

Galicia

Victor Manuel Vidal Pereiro
Notario de Nigrán
Correo electrónico: vmvidal@correonorarial.org

Islas Baleares

Maria Del Rosario Rodríguez De La Rubia López
Notario de Inca
Correo electrónico: notariamrrodriguez@notariado.org

Islas Canarias

Julia Segura Navarro
Notario de Mogán
Correo electrónico: jsegura@notariado.org

La Rioja

Susana Garzón Echevarria
Notario de Arnedo
Correo electrónico: sgarzon@correonorarial.org

Madrid

Ramón Corral Beneyto
Notario de Madrid (jubilado)
Correo electrónico: ramoncorral@rcorral.com

Murcia

Maria Dolores Heredia Cánovas
Notario de Murcia
Correo electrónico: mdheredia@notariado.org

Navarra

Pilar Chocarro Ucar
Notario de Pamplona
Correo electrónico: pchocarro@notariado.org

País Vasco

Manuel Rueda Díaz de Rábago
Notario de Vitoria
Correo electrónico: manuel@aequitas.org

Comunidad Valenciana

César Belda Casanova
Notario de Burjassot
Correo electrónico: cesarbelda@notariado.org

