

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro o por otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Depósito Legal: M-XXXX-2011
Imprime: Lual Ediciones, S.L.

**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**

DIRECTORES

Pío Aguirre Zamorano

Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidente del “Foro Justicia y Discapacidad”

Manuel Torres Vela

Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Representante del “Foro Justicia y Discapacidad”

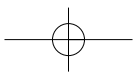
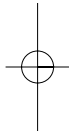
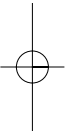
COORDINACION

Rocío Pérez–Puig González

Magistrada Secretaria del “Foro Justicia y Discapacidad”



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL



ÍNDICE

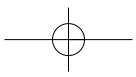
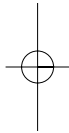
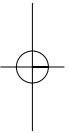
PRESENTACIÓN	9
<i>Pío Aguirre Zamorano.</i> Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial Presidente del “Foro Justicia y Discapacidad”.	
<i>Manuel Torres Vela.</i> Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial Representante del “Foro Justicia y Discapacidad”.	
I. UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACI- DAD	12
<i>Ana Sastre Campo.</i> Delegada para la Convención de la ONU del CERMI. <i>Lourdes Márquez de la Calleja.</i> Técnico adjunto al Director de Relaciones Sociales e Inter- nacionales y Planes Estratégicos de la ONCE.	
II. MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER A LAS PERSONAS CON DISCAPACI- DAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y A LAS PERSONAS MAYORES VULNERA- BLES	28
<i>Julio Antonio Guija Villa.</i> Médico Forense. Psiquiatra. <i>Carmen Sánchez Carazo.</i> Doctora en medicina. Master en bioética. <i>Antonio Martínez Maroto.</i> Jefe de Área del Plan Gerontológico Estatal.	
III. DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PER- SONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS	36
<i>Josefa García Lorente.</i> Abogada. <i>Javier Laorden Ferrero.</i>	

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

<p>Abogado Socio de Cuatro Casas. <i>Marisol Gallo Sallent</i> Procuradora. <i>José Luis Sánchez López.</i> Graduado Social.</p>	
<p>IV. FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD</p> <p><i>Federico Cabello de Alba.</i> Notario. <i>M^a Cristina Planells del Pozo.</i> Notaria.</p>	56
<p>V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD</p> <p><i>José Antonio Jordana de Pozas González.</i> Registrador de la Propiedad.</p>	72
<p>VI. LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCION Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD</p> <p><i>Carlos Ganzenmüller Roig.</i> Fiscal del Tribunal Supremo. <i>Nuria López-Mora González.</i> Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. <i>Eduardo Fungairiño.</i> Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.</p>	80
<p>VII PERSPECTIVA JUDICIAL</p> <p>Coordinador: <i>Juan Manuel Fernández López</i> Abogado. Magistrado excedente</p>	97
<p>ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL</p> <p><i>Juan Manuel Fernández López</i> Abogado. Magistrado excedente <i>Carmen M^a Simón Rodríguez</i> Magistrada del Juzgado de 1^a Instancia, 15 de Las Palmas <i>Vicente Magro Servet</i> Presidente Audiencia Provincial de Alicante. Doctor en Derecho</p>	98
<p>ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL</p> <p><i>Ricardo Rodríguez Fernández</i> Magistrado</p>	149

ÍNDICE

<i>Ángel Luis Ortiz González</i> Magistrado Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid	
ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	204
<i>José Manuel Ruiz Fernández</i> Magistrado titular del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 22 de Madrid	
ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL	229
<i>José Manuel López García de la Serrana</i> Magistrado Tribunal Supremo. Sala IV.	



PRESENTACIÓN

Pío Aguirre Zamorano.
Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidente del “Foro Justicia y Discapacidad”.

Manuel Torres Vela.
Magistrado Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Representante del “Foro Justicia y Discapacidad”.

El desarrollo normativo en materia de discapacidad ha sido realmente prodigioso en los años transcurridos desde la aprobación de nuestra Constitución. Pero quizás los dos instrumentos normativos que han supuesto un revulsivo en esta materia han sido: La Convención de las Naciones Unidas de los Derechos de las personas con discapacidad ratificada por España en mayo del 2008 y las Reglas de Brasilia.

Con ello se hace necesario dar un nuevo enfoque al planteamiento y tratamiento de los derechos sociales y jurídicos de las personas con discapacidad en el plano del derecho internacional y la Unión Europea así como dentro de nuestro país.

La entrada en vigor de ambas normas implica la necesidad de un cambio de las políticas de promoción y atención a las personas con discapacidad que refleja el cambio del modelo rehabilitador hacia el modelo social que incorporan ambos instrumentos.

Es necesario pues trasladar los principios de la Convención y de la legislación de no discriminación, a todo el ordenamiento jurídico, para evitar las situaciones de discriminación que todavía persisten.

Como es sabido, la Convención es ya derecho español, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y además desde lo más alto de la pirámide legislativa, y por ello resulta necesario que se aborde una profunda modificación de nuestro derecho interno en todos los ámbitos.

En concreto, en el ámbito de la justicia, la Convención plantea una revisión general de los procedimientos estatales por los que se garantiza el derecho a una tutela judicial efectiva (en el sentido general – proceso civil, penal, administrativo, arbitral etc.). Por ello, no busca garantizar el acceso formal de las personas con discapacidad sino más bien el acceso real para lo cual se requieren de medidas especiales como accesibilidad e ins-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

talaciones, a la comunicación e información y ajustes razonables a las necesidades especiales de las personas con discapacidad. Esta perspectiva supone un impacto sobre ámbitos tales como el acceso a la justicia en todas sus dimensiones (accesibilidad física, accesibilidad a la comunicación, accesibilidad en el proceso, etc.), la tutela jurisdiccional específica y equivalente (arbitrajes, mediación), o la tutela jurisdiccional específica de derechos sociales.

Es cierto que son muchos los aspectos a revisar, por enumerar algunos:

a) **Ámbito del derecho civil**

El Art. 12 de la Convención implica una revisión profunda de instituciones muy arraigadas en nuestro derecho, como la tutela, curatela, guarda de hecho, prorroga de la patria potestad.

Desde el punto de vista procesal, es necesario abordar el derecho de defensa de la persona con discapacidad, así como el llamado proceso de incapacitación judicial.

La Convención se decanta por el reconocimiento de la personalidad jurídica plena, y orienta la legislación a la regulación de apoyos y asistencias puntuales para que la completa capacidad sea una realidad efectiva.

b) **Internamiento forzoso y tratamiento ambulatorio**

Ambos deben ser objeto de nueva regulación legal de conformidad con el Art. 14 de la Convención relativo a la libertad y seguridad de la persona, el cual determina la reconsideración de todas las medidas que supongan restricciones al derecho a la libertad por razón de la discapacidad, y que en nuestro derecho positivo no se ajustan adecuadamente a la convención.

c) **La protección de la integridad personal en el derecho penal**

La protección penal de las personas con discapacidad debe ser objeto de revisión, los tipos penales específicos, la delimitación e introducción de agravantes, cuando la infracción criminal venga determinada por las circunstancias de una discapacidad y todos los aspectos que les afecten colateralmente.

También deben ser abordados: la regulación de la imputabilidad y la incidencia de la misma en la discapacidad; las limitaciones al cumplimiento de las penas por razones de discapacidad; así como las medidas de seguridad restrictivas de los derechos fundamentales de las personas.

Por ultimo, tanto normativamente, desde una óptica de política de acción positiva, tendrá que revisarse la situación de las personas con disca-

PRESENTACIÓN

pacidad en situación penitenciaria y todos los tratamientos sanitarios practicados en régimen de aislamiento.

d) Estudio detenido merecerán los aspectos de regulación bioética y del cuidado y atención a la salud cuando se trate de personas con discapacidad.

e) Para garantizar la participación en la vida política y pública, asimismo tendrán que ser modificadas distintas materias de nuestro régimen electoral (Art. 29 de la Convención).

f) Y por ultimo, deberán abordarse reformas en la regulación del acceso a bienes y servicios por parte de las personas con discapacidad.

En definitiva, en este trabajo se pretenden abordar diversos aspectos 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.

Felicitamos, por ello, a todos los miembros y expertos del Foro Justicia y Discapacidad que han dedicado su tiempo y esfuerzo de forma desinteresada a la realización de esta Guía y esperamos que pueda ser un instrumento útil y eficaz, en la siempre difícil tarea de garantizar ante la sociedad los derechos de las personas con discapacidad.

I. UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Ana Sastre Campo.

Delegada para la Convención de la ONU del CERMI.

Lourdes Márquez de la Calleja.

Técnico adjunto al Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de la ONCE.

1. EL CONTEXTO GLOBAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Organización Mundial de la Salud calcula que en el mundo existen unos 650 millones de personas con algún tipo de discapacidad, es decir, un 10 % de la población mundial, de los cuales 200 millones son niños. El número de personas con discapacidad crece cada día debido al crecimiento de la población mundial, al envejecimiento de los habitantes de algunas zonas del planeta y a los avances médicos que permiten salvar y prolongar la vida de muchos pacientes.

Sin embargo, encontramos que el 80% de las personas con discapacidad viven en países en desarrollo, y en su mayoría en condiciones de pobreza. Se calcula que entre las personas que viven con menos de un dólar por día –y que tienen serias dificultades para cubrir sus necesidades básicas de agua potable, alimentos, vivienda y vestido– una de cada cinco tiene algún tipo de discapacidad.

En base a la encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) 2008 en España el número de personas con discapacidad alcanza los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población. De las cuales 1,39 millones no pueden realizar alguna de las actividades básicas de la vida diaria sin ayuda. Asimismo de la encuesta se desprende que en uno de cada cinco hogares vive al menos una persona con discapacidad, y que los problemas de movilidad son el primer tipo de discapacidad.

Los principales grupos de discapacidad de las personas de seis y más años residentes en hogares son los de movilidad (que afecta al 6,0% de la población), vida doméstica (4,9%) y autocuidado (4,3%). De hecho, más

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

de la mitad de las personas con discapacidad tienen limitaciones en su actividad debido a alguno de estos tres motivos. Para el grupo de 80 y más años estos tres principales grupos de discapacidad afectan a siete de cada 10 personas con discapacidad.

Por otro lado hay que tener presente que los cambios demográficos experimentados en las últimas décadas en España, han traído consigo profundas transformaciones en la pirámide poblacional, entre ellas un proceso de envejecimiento notable.

2. EL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Pese a tratarse del colectivo minoritario más amplio del planeta, el sistema de protección de derechos humanos no le ha ofrecido el mismo lugar que a otros grupos vulnerables, como las mujeres, los niños y niñas o las personas refugiadas.

Al igual que estos, las personas con discapacidad, en tanto que seres humanos, se encuentran protegidas por los seis tratados internacionales existentes en materia de derechos humanos¹, y por diversas resoluciones específicas². Sin embargo, las personas con discapacidad carecían de un órgano internacional que velara por el cumplimiento de estos derechos de forma singularizada. De igual forma, las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (adoptadas en 1993) destinadas a servir de orientación sobre cómo ofrecer igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, no tenían carácter

¹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos (1966), Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales (1967), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1982), Convención contra la Tortura y otros tratos o penal crueles, inhumanos o degradantes (1984), Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

² “*Declaración de los Derechos del Retrasado mental*” aprobada por Resolución 2856 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, de la Asamblea General; “*Declaración de los Derechos de los Impedidos*” aprobada por Resolución 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975 de la Asamblea General; “*Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad*” aprobado por Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982 de la Asamblea General en la que se proclama la década 1983–1992 como la de las personas con discapacidad; y “*Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*” aprobadas por Resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

vinculante. Así, los derechos de las personas con discapacidad, pese a estar formalmente reconocidos y protegidos, han sido con frecuencia ignorados, o aplicados de forma deficiente, no poniéndose los medios para su efectiva puesta en marcha.

Era, por tanto, necesario un instrumento jurídicamente vinculante que permitiera exigir el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados miembros, así como un mecanismo de garantía que velara por su cumplimiento efectivo.

Tras cinco años de intensas negociaciones, en las que destacó la alta participación de las organizaciones de personas con discapacidad y de sus familiares, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se adoptó el 13 de diciembre de 2006.

La novedad más importante de la Convención es quizá la cristalización del cambio de paradigma que en la sociedad ya había comenzado en los años 80. Partimos de una visión médica de la discapacidad en torno a la cual se desarrollan políticas destinadas a “rehabilitar” a las personas con discapacidad en la sociedad y a ayudarlas a superar las limitaciones individuales que su discapacidad supone, ya que no podían hacerlo por sí mismos. Esta visión estaba cargada de paternalismo hacia las personas con discapacidad, a las que era necesario tutelar en mayor o menor medida y a quienes en muchas ocasiones es privaba de la capacidad de decidir sobre su propia situación (tratamientos médicos, internamiento en centros especiales, etc.).

Por el contrario, la CDPD está basada en un modelo social de la discapacidad en el que ésta no reside en la persona sino en el entorno que no le permite desarrollar sus potencialidades. La discapacidad resulta, según este modelo, de la interacción entre las capacidades de la persona y las barreras que plantea el entorno y las actitudes. Así, las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que las personas sin discapacidad siempre que ésta se construya sobre los valores del respeto y de la inclusión de todas las personas.

3. PRINCIPIOS Y CONCEPTOS

Respecto al concepto **de discapacidad**, debemos señalar en primer lugar lo recogido en el Preámbulo de la Convención que destaca que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”³. Asimismo, entiende, según

³ Preámbulo, inc e.

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

el artículo 1, que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁴

De lo mencionado se desprende, por un lado, la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. En este sentido, conviene enfatizar dos cuestiones esenciales. La primera, que la discapacidad es un concepto en evolución. Podría agregarse que es también un concepto cultural, que varía en diferentes culturas y sociedades. Y la segunda, que la discapacidad es el resultado entre limitaciones individuales de las personas –deficiencias– y barreras actitudinales y del entorno. Pero asimismo, se resalta que estas barreras limitan y hasta impiden la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas.⁵

Y por otro lado, se deduce que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados. En este sentido, la Convención de la ONU fija un mínimo. Es decir, a los fines de la protección de este instrumento, las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Ello no significa que, en el caso de que un Estado, dentro de su legislación interna, adopte una definición más amplia de discapacidad, que cubra otras situaciones, impida la aplicación de la Convención, sino todo lo contrario. Se entiende que este artículo debe interpretarse como un piso, a partir del cual cualquier otra interpretación que beneficie o amplíe su marco protector debe ser aplicada.⁶

Asimismo otro concepto esencial en este ámbito que debemos tener constantemente presente es la **“discriminación por motivos de discapacidad”** en virtud del cual entendemos cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el efecto o el propó-

⁴ Artículo 1, párrafo 2.

⁵ PALACIOS, A. y BARIFFI, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a las Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2007.

⁶ Ídem

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

sito de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento de, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo (Artículo 2).

Lo que se prohíbe en realidad es la discriminación por motivos de discapacidad por lo que pone el acento sobre el fenómeno de la discriminación y no tanto sobre las capacidades de la persona. Por ello, se podría considerar que puede existir discriminación por motivos de discapacidad sin que la persona que la sufre tenga en realidad una discapacidad, cubriendo así la discriminación por asociación.

De este modo, se podría sostener que las personas pueden ser discriminadas “por motivo de” o “sobre la base de” discapacidad no teniendo ellas mismas una discapacidad, pero siendo tratadas de manera discriminatoria por considerarse que tienen una discapacidad. Un ejemplo de ello es una desfiguración facial que no es una discapacidad pero que la persona pudiera ser tratada como si lo fuera.

Pero también puede haber otras personas que no tengan una discapacidad, pero que se encuentren asociadas con personas que la tengan. Ello incluiría, por ejemplo, a una madre o padre de un niño o niña con discapacidad, que estuviera buscando reubicarse en el mercado de trabajo, o a quien no se le facilitaran los ajustes necesarios para poder ocuparse de ciertas necesidades especiales de dicho niño o niña. Estos padres o madres son probablemente tratadas de manera discriminatoria “sobre la base” o “por motivo de” “discapacidad, aunque ellas no tienen una discapacidad.⁷

Dado los argumentos relatados, podría decirse que debemos adoptar un enfoque amplio, en cuanto al marco protector del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades.

Debe destacarse que la definición adoptada por la Ley 51/2003 deja fuera de su cobertura, a un importante grupo de personas que desde un punto de vista médico-técnico no pueden encuadrarse dentro del marco del 33% de minusvalía, pero que sin embargo se encuentran en una situación real o fáctica de discriminación por discapacidad⁸. En este sentido

⁷ PALACIOS, A., y BARIFFI, F, op.cit.

⁸ Como puede suceder con una persona que en el pasado hubiera tenido una discapacidad mental, que se enfrentara a la estigmatización o la discriminación en las relaciones interpersonales o el trabajo, o el caso de una persona HIV positiva, o el caso de personas con desfiguraciones severas que no tengan ninguna limitación funcional, pero que producen un rechazo que pudiera culminar en una discriminación. (Vid., en este sentido, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, World Health Organization, Geneva, 2001, aprobada por la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, celebrada del 17 al 22 de mayo de 2001).

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

debería distinguirse en materia de derechos de las personas con discapacidad, aquellos derechos de prestaciones sociales, de aquellos derechos antidiscriminatorios. Respecto de los derechos de tipo prestacionales, resulta más lógico una determinación médico-técnica del grado de minusvalía a los efectos de gozar de tales beneficios. Sin embargo, respecto de los derechos antidiscriminatorios la condición de discapacidad debería ser lo más amplia y flexible posible, a los fines de facilitar la inclusión de la mayoría de las situaciones posibles de discriminación. Es de esperar que el legislador español, al estudiar la legislación interna y su concordancia con el nuevo instrumento internacional, caiga en la cuenta de este problema y amplíe el marco protector antidiscriminatorio de la Ley 51/2003, sin supeditarlo a criterios médicos, sino simplemente a la situación de discriminación.

4. EL ACCESO A LA JUSTICIA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el enfoque de los derechos humanos, quienes en el ámbito de la justicia aborden las cuestiones relativas a la discapacidad deberán hacerlo desde el nuevo concepto del modelo social, apreciando todos y cada uno de los elementos que lo conforman, para identificar en todo caso los obstáculos que *la originan*⁹ y las medidas que pueden asegurar la igualdad material en el ejercicio de los derechos fundamentales¹⁰.

Estas medidas¹¹, que abordaremos con mayor profundidad en el punto siguiente, orientadas a garantizar la accesibilidad en el ejercicio y goce de

⁹ De acuerdo a la Convención, artículo 1 entre otros, la discapacidad vienen ocasionada por la coincidencia de deficiencias y obstáculos que impiden el ejercicio de un derecho en igualdad: Por lo tanto no basta solo con la existencia de la *deficiencia* y no será hasta que aparezca el obstáculo que podamos calificarlo como una discapacidad de acuerdo a la Convención.

¹⁰ como ha señalado PECES-BARBA, la esencia de la igualdad material reside en la necesidad de garantizar la *igualdad de oportunidades*, de hacer posible –como gráficamente explica–, no ya que todos “los contendientes en la carrera” seamos tratados conforme a las mismas reglas, que se aplicarán también a todos por igual (esto es lo que provee la igualdad formal del artículo 14 CE); sino que todos realmente tengamos la oportunidad de presentarnos ante la línea de salida, para después competir

¹¹ Estas medidas desde nuestro punto de vista incluyen todas aquellas que garanticen la accesibilidad y el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, desde los relativas al la Accesibilidad Universal (art. 9), medidas de Diseño para Todos y Ajustes razonables, a cualquiera otra que facilite y asegure el efectivo ejercicio de los derechos, como puede ser el apoyo a la toma de decisiones (art.12), la utilización de lengua de sig-

 GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

los derechos a las personas con discapacidad, no solamente deben ser entendidas como parte del derecho a la igualdad de oportunidades, es que además su incumplimiento está expresamente calificado como discriminatorio en la propia Convención¹²(art. 2).

Por todo ello es de esencial importancia que por ejemplo desde el planteamiento del litigio, se oriente adecuadamente la pretensión desde el enfoque de los derechos humanos, y que quien la analice, sancione o vele por el cumplimiento de la ley, tenga en cuenta las disposiciones y principios¹³ de la Convención, entre otras de especial relevancia el de igualdad ante la ley, el de autonomía y respeto por la diversidad y el de no discriminación para el ejercicio de todos los derechos por todas las personas con discapacidad.

De igual modo cuando se trate de participar en la administración de justicia desde todos los frentes posibles: como operador jurídico, como justiciable o justiciado, como parte o testigo, jurado o perito, etc. es necesario abordarlo siempre desde la perspectiva de la Convención, considerando sobre todo los medios y medidas que permitan la igualdad de oportunidades, como una obligación para garantizar la no discriminación.

nos u otras formas de comunicación no verbales, medios y formato aumentativos o alternativos (art.2), las medidas de acción positiva (art. 5.4), o de etc.

¹² Artículo 2. Definiciones

...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;

¹³ Artículo 3. Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

En este sentido por ejemplo la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, contiene un precepto plano y genérico que excluye a las personas con discapacidad de desempeñar la función de jurado. Dicha ley establece entre los requisitos –artículo 8– “*el no estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado*”; la interpretación de este precepto a la luz de la Convención debe hacerse primero entendiendo que no puede ser de aplicación directa y automática a quienes tengan una discapacidad solo por el mero hecho de tenerla y segundo que requeriría para valorar la idoneidad del jurado que se garantizaran todos los medios y medidas que permitiesen la igualdad de oportunidades, tales como los intérpretes de lengua de signos, la utilización de apoyos a la comunicación aumentativo o alternativa, la utilización de textos en braille, las medidas de Accesibilidad, tanto de Diseño para todos como los ajustes razonables, e incluso el apoyo a la toma de decisiones.

La discapacidad entendida como una cuestión de derechos humanos requiere un importante esfuerzo para alejarnos de los estereotipos, los prejuicios y las actitudes excluyentes que en otros tiempos se limitaban a dar un papel de ciudadanos de segunda a las personas con deficiencias físicas, sensoriales, intelectuales o mentales. El nuevo modelo requiere el compromiso social de no excluir a una parte de la sociedad bajo ningún pretexto, y para lograr el pleno ejercicio de todos sus derechos se deben eliminar obstáculos y facilitar los medios que garanticen la igualdad material.

4. LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO DERECHO Y PRINCIPIO

4.1. La *Accesibilidad* como garantía y principio para eliminar la discriminación.

Las barreras que impiden la igualdad de oportunidades aparecen en todos los ámbitos de desarrollo de la persona en el transporte, en el acceso a los bienes y servicios, pueden estar basadas en prejuicios y ser creadas por la actitud de un individuo, o también pueden existir en el ámbito de la información o de la comunicación. Cuando se asumen los compromisos de la Convención, también se asume la obligación de realizar todas aquellas medidas que sean necesarias para eliminar las barreras que impiden la igualdad de oportunidades.

Artículo 9 de la CDPD:

：“... A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos

El resultado de eliminar esas barreras es garantizar la *Accesibilidad* que significa que no se excluye a las personas con discapacidad en el acceso, uso y disfrute de un producto, un derecho, un entorno, una información, etc.

La *Accesibilidad* se puede alcanzar de diversas formas como por ejemplo a través de un diseño que procure un uso cómodo, seguro y agradable para el mayor número de personas, a lo que nos referimos como *Diseño para Todos*.

Pero hay otras formas de alcanzar la *Accesibilidad*: cuando a través del *Diseño para Todos* no se ha podido eliminar las barreras que impiden, por ejemplo, el disfrute de un derecho, podemos adoptar otras medidas concretas que garanticen el acceso en igualdad de oportunidades, hablamos entonces de *ajustes razonables*¹⁴.

Tanto la Convención como la Ley 51/2003 de *Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad Universal* configuran la *Accesibilidad* como un principio rector de las políticas de atención a las personas con discapacidad. Esta concepción de la *Accesibilidad* como principio jurídico, esencialmente ligado al principio de igualdad, debe presidir las decisiones e interpretaciones que en el ámbito jurídico afectan a las personas con discapacidad, en todas las formas de acceso a la justicia y en el ámbito de ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones.

¹⁴ Artículo 2 de la CDPD:

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

Por «diseño universal» se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

4.2. La comunicación como garantía para el acceso y ejercicio de derechos fundamentales

Las barreras a la información y la comunicación constituyen una de las formas de discriminar y excluir más efectivas. La comunicación nos permite interactuar con el entorno, manifestar nuestras preferencias, decidir y autogobernarnos. Es tan importante que precisamente si no somos capaces de comunicarnos con quienes están a nuestro alrededor se puede dar lugar a flagrantes vulneraciones de derechos humanos.

En este sentido la comunicación supone un elemento esencial para garantizar la igualdad ante la ley que proclama el artículo 12 y en especial para el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la justicia recogido en el artículo 13 de la CDPD o del derecho a una tutela efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución Española. Conocer la voluntad de la persona implica poder proporcionar toda la información relevante en un formato accesible¹⁵ o con el apoyo que sea necesario, para que pueda tomar las decisiones que directamente le afecten o aquellas sobre las cuales quiera pronunciar su voluntad.

Eliminar las barreras a la comunicación supone adoptar aquellas medidas que sean necesarias para permitir que una persona con discapacidad pueda interactuar e incidir en el entorno manifestando su voluntad en igualdad de oportunidades, y tal y como reconoce la Convención existe un derecho a expresarse libremente, a comunicarse y a ser informado mediante cualquier forma de comunicación y esta incluye los modos, medios y formatos aumentativos y alternativos de comunicación, que garantizan en definitiva la Accesibilidad al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

¹⁵ 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;

4.3. La accesibilidad como derecho

Como bien abordan los autores del estudio *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derechos* del Instituto Bartolomé de las Casas¹⁶, la accesibilidad entendida como derecho cobra especial importancia en el nuevo paradigma de la discapacidad. En este sentido los autores proyectan el derecho de accesibilidad en tres perspectivas:

Como parte esencial de los derechos fundamentales cuando es una condición ineludible para su disfrute en igualdad de oportunidades, por lo tanto su incumplimiento originaría la vulneración de un derecho fundamental protegible al más alto nivel constitucional¹⁷.

Como parte esencial del derecho de no discriminación tal y como se recogen en la CDPD y en la LIONDAU; cuando por no cumplir las medidas de accesibilidad se provoca un trato desigual que sitúa a persona en situación menos favorable que otra en un situación análoga

Derecho a la accesibilidad universal como derecho autónomo, como un derecho subjetivo cuando existe una norma que obliga, e incluso como un derecho fundamental implícito.

5. ALGUNAS INTERPRETACIONES EN EL ACCESO A LA JUSTICIA A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN.

La correcta implementación de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico requiere una adaptación de todas aquellas normas que entran en conflicto con el nuevo tratado de derechos humanos, entre otras medidas de obligado cumplimiento para los Estados parte¹⁸. Precisamente ahora

¹⁶ ASIS ROIG, R. de, y otros autores. *Sobre la Accesibilidad Universal en el Derecho*. Primera Edición, Madrid: Dykinson. 2007. Págs. 169

¹⁷ Art. 53.2 CE

¹⁸ Artículo 4. Obligaciones generales

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

a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

nos encontramos en este el proceso de adaptación, que está dando lugar a la revisión del ordenamiento jurídico y a la elaboración de propuestas

d) 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;

e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad;

f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;

g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad,

dando prioridad a las de precio asequible

h) 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;

i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2. Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes 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.

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

4. Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que puedan facilitar, en mayor medida, el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y que puedan figurar en la legislación de un Estado Parte o en el derecho internacional en vigor en dicho Estado. No se restringirán ni derogarán ninguno de los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos o existentes en los Estados Partes en la presente Convención de conformidad con la ley, las convenciones y los con-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

normativas que compatibilicen y den coherencia a nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata de un proceso en algunas ocasiones de importante calado, que requiere un profundo e inmediato análisis para establecer un marco jurídico de verdadera protección de los derechos de las personas con discapacidad en el nuevo paradigma.

Desde el CERMI estamos comprometidos a impulsar y colaborar proactivamente en este proceso de adaptación e implementación de la Convención, y son numerosos los trabajos y propuestas en las que hemos y estamos trabajando¹⁹.

Sin perjuicio de los cambios normativos que entendemos necesarios y en base al momento en el que nos encontramos, si consideramos esencial aplicar escrupulosamente la jerarquía normativa en la interpretación de nuestro ordenamiento jurídico, tratando de adaptar en lo posible a la hora de aplicar las normas su respecto por la Convención internacional y en este sentido hacemos alguna referencia de especial relevancia en lo referente al acceso a la justicia.

5.1. El derecho a la tutela judicial efectiva

Como hemos visto en los anteriores puntos de este capítulo, el ejercicio de los derechos fundamentales, incluido el derecho a una tutela judicial efectiva, para las personas con discapacidad requiere que se respeten todos los principios y derechos recogidos en la CDPD para que se asegure la igualdad de oportunidades.

Pero quizá desde el movimiento asociativo nos preocupe especialmente el adecuado enfoque de estas situaciones como cuestiones de derechos humanos. En este sentido es necesario utilizar todos los medios al alcance, acudiendo a la protección especial de los derechos fundamentales, mediante procedimientos preferentes y sumarios, y en su caso el recurso de amparo, cuando lo que esté en juego sea la obstaculización por razón de discapacidad para el ejercicio de un derecho.

Capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

El propio tratado internacional resalta en el artículo 13 la necesaria toma de conciencia de quienes participan en la administración de justicia

venios, los reglamentos o la costumbre con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida.

5. Las disposiciones de la presente Convención se aplicarán a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones.

¹⁹ www.cermi.es; www.convenciondiscapacidad.es

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

respecto de las disposiciones y contenidos de la Convención. En este sentido queremos resaltar esta cuestión que es esencial para lograr la adecuada aplicación del nuevo marco legal. En este sentido la especialización de los profesionales y operadores jurídicos sería de gran importancia para dar cumplimiento no solo a este precepto si no para la garantía de los derechos para este sector social.

La modificación de la capacidad de obrar en el marco de la Convención

La adaptación a la Convención requiere cambios sustanciales en la regulación española de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. El CERMI entiende que el sistema de limitación de la capacidad existente en España no es compatible con los mandatos de la Convención, por lo que no serían admisibles retoques o ajustes de detalle, sino que hay que crear un nuevo modelo, centrado en los apoyos. Para el CERMI, la Convención es una oportunidad histórica para abandonar sistemas paternalistas que merman la igualdad de las personas con discapacidad ante la ley, y cambiarlos por otros potencien la libre determinación, con los soportes y salvaguardas necesarios.

En la actualidad existe un mandato legal que compele al Gobierno a presentar una propuesta de adaptación del sistema actual de modificación de la capacidad de obrar²⁰ que está pendiente de cumplimiento. En la espera entendemos que se puede hacer un esfuerzo en la interpretación y aplicación de la regulación actual que proteja en mayor medida sus derechos de acuerdo al modelo adoptado por la Convención.

En este sentido a lo largo de la guía se han aportado importantes criterios con este fin y entro otros resaltamos:

La posibilidad de utilizar la figura de la curatela como sistema principal de protección y apoyo a la toma de decisiones, hasta que no se adecuó el ordenamiento jurídico.

La revisión periódica de las sentencias como salvaguarda de la garantía de los derechos.

La proporcionalidad entendida como la modificación de la capacidad de forma exclusiva para aquellos derechos en lo que sea estrictamente necesario, que de forma expresa y restrictiva debería ser recogida tanto en la demanda y como en la sentencia judicial.

²⁰ Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

La protección de los derechos personalísimos, como irrenunciable e inalienables, como por ejemplo el derecho al voto²¹ que no puede ser restringido por sentencia judicial a la luz de la Convención por razón de discapacidad.

La utilización de todos los medios de apoyo al alcance para lograr los mayores niveles de autonomía e independencia para el libre ejercicio de los derechos fundamentales.

6. ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.

La tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de nuestra Constitución tiene una importante manifestación la llamada justicia gratuita, cuyo sentido último obedece a la necesidad de que la carencia de recursos no actúe, como filtro de las posibilidades de acceso a la Justicia por parte de los ciudadanos

La propia Constitución en su artículo 119 dispone que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (puesta de manifiesto en sentencias como la 30/1981, 77/1983 ó 216/1988), la gratuidad de la justicia se configura como un derecho subjetivo cuya finalidad es asegurar la igualdad de defensa y representación procesal al que carece de medios económicos, constituyendo al tiempo una garantía para los intereses de la Justicia.

En la actualidad, la regulación de esta materia se encuentra en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, la cual puso fin a la dispersión normativa hasta entonces existente y que tuvo como principal novedad la desjudicialización del procedimiento del reconocimiento de este derecho.

²¹ La legislación electoral vigente en España permite que se prive del derecho del sufragio, activo y pasivo, a las personas incapacitadas judicialmente, siempre que la sentencia que declara la incapacitación lo prevea expresamente. Esta posibilidad también se extiende a las personas internadas 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.

Esta privación de derechos fundamentales, que puede afectar fundamentalmente a personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental, carece de sentido desde una visión derechos humanos y entra en clara contradicción con la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas, firmada y ratificada por España.

UN NUEVO CONTEXTO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS...

Dicha ley en aras de mejorar la protección de las personas con discapacidad, en la línea que ya han seguido otras normas (como la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad), incluye a través del artículo 5 y la disposición adicional segunda en el ámbito de aplicación de la Ley a las personas con discapacidad y a quienes las tengan a su cargo, así como a las asociaciones que tengan como finalidad la protección de personas con discapacidad. Así las personas con discapacidad podrán ser beneficiarias de la asistencia jurídica gratuita, aunque sus recursos e ingresos superen el límite del doble del SMI –computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar– y no excedan del cuádruplo del SMI vigente en el momento de efectuar la solicitud. Igualmente las Asociaciones de Utilidad Pública, que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad (CERMI y resto del movimiento asociativo) gozarán del beneficio citado.

Aun habiendo avanzado en este sentido, teniendo en cuenta la necesaria adecuación de la legislación a la Convención de la ONU, desde el CERMI entendemos que se debería hacer un esfuerzo para que la cobertura fuera total, siempre que la protección se brinde como consecuencia de litigar en razón de su discapacidad y para la protección frente a las situaciones que incidan en sus derechos

Finalmente, poner de relieve que para otros colectivos, el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas con las competencias en materia de Justicia transferidas y los Colegios de Abogados, tienen organizados «turnos de oficio» especializados y servicios de orientación jurídica que serían de gran utilidad en la defensa de los derechos de este sector social, por otra parte muy numeroso.

II. MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y A LAS PERSONAS MAYORES VULNERABLES

Julio Antonio Guija Villa.
Médico Forense. Psiquiatra.

Carmen Sánchez Carazo.
Doctora en medicina. Master en bioética.

Antonio Martínez Maroto.
Jefe de Área del Plan Gerontológico Estatal.

1. Creación de una Jurisdicción especializada.

El avance de nuestro mundo actual se encuentra en relación directa con el profundo conocimiento de materias concretas por personas concretas. Pretender que un Juez de lo Civil que ha tenido que impartir justicia sobre una quiebra o un impago en un arrendamiento, por ejemplo, resuelva qué puede ser más conveniente para una persona con discapacidad, puede resultar difícil por mucha voluntad que éste pueda poner. Es elevar a la categoría de superhéroe a una persona que está muy preparada en cuanto a leyes, pero NO necesariamente en cuanto a TRATO y RELACIONES con éste tipo de personas.

Por ello, entendemos que se debe proceder a una especialización, no sólo con la finalidad de profundizar en conocimientos sino, sobre todo, a FORMACIÓN 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, Abogados, Procuradores y el personal al servicio de la Administración de Justicia. Se debe proceder a la realización de cursos, impartidos por profesionales, en los que se profundice sobre aspectos tan esenciales como el trato con estas personas.

2. Preferencia en la utilización de la comunicación oral sobre la escrita en la relación de la Administración de Justicia con las personas discapacitadas.

MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER...

Obviamente, para que quede constancia de la comunicación, es necesaria la utilización del medio escrito. No obstante, con personas de estas características debe simultanearse e incentivarse la comunicación oral de cuestiones como citaciones, emplazamientos, etc. Es más fluido y menos estresante para la persona, este sistema que el escrito; para ello, como en el punto 1º, es absolutamente necesaria la formación del personal que van a transmitir los requerimientos del Juzgado. 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 discapacitada; se evita dualidad y reiteraciones. Por otro lado, se fomenta el enriquecimiento mutuo de Juez y Médico Forense escuchando uno la intervención del otro. Ello no es óbice para que el Médico Forense, si lo considera necesario, prolongue en solitario su entrevista.

4. Evitar la asistencia a Juicio de la persona discapacitada si no es estrictamente necesario. Para ello es necesario informar desde el Juzgado tanto al interesado como a la familia.

5. Adaptar la entrevista, el informe médico forense y la sentencia a las circunstancias específicas de cada caso concreto, obviando 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.

La persona con discapacidad intelectual deberá ser escuchada y su opinión ha de tenerse en cuenta.

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 problemas para hablar o escuchar no tiene que tener problemas de comprensión para decidir libremente.

6. Del mismo modo que hemos señalado la especialización a nivel de la Administración de Justicia, es necesaria la especialización en Colegios de Abogados, creando un servicio específico de asistencia a las personas con discapacidad. No puede ser cualquier abogado. Es necesaria formación jurídica, legal y capacidad de empatía.

7. 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. Se tendrá en cuenta la accesibilidad a personas con problemas sensoriales, facilitando la comunicación a personas con problemas visuales y auditivos así como a las personas con problemas físicos que le impidan hablar y escribir con facilidad.

8. 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 o sensorial.

9. En la administración de la justicia se ha de defender el **derecho de autonomía y de toma de decisiones** de todas las personas y por tanto el de las personas que tengan alguna discapacidad. En el caso en que una persona no pueda tomar sus propias decisiones deberán ser escuchadas sus opiniones e intentar que sean tenidas en cuenta. Una persona discapacitada al tener una mayor vulnerabilidad la protección de este derecho tan importante ha de tener una mayor atención por parte de todos los profesionales. Para ello es muy importante una información clara, accesible y veraz.

10. Especial referencia a las personas mayores vulnerables.

Aunque los avances en políticas sociales para las personas mayores más vulnerables han sido importantes en las tres últimas décadas, es conveniente referenciar que con la publicación de la Convención de Naciones Unidas 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 2008²², se incorpora una bocanada de aire fresco en la concepción de los derechos de las personas con discapacidades en general y de las personas mayores discapacitadas. 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

²²La convención es de 13 de diciembre de 2010, ratificada el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008. El 30 de marzo de 2010 el Gobierno aprueba el informe sobre las medidas necesarias para adaptar la legislación española a la Convención de la ONU sobre Derechos de las personas con discapacidad.

MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER...

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 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 y a las propias personas mayores y a sus familias.

Así trataré de hacer una enumeración de temas puntuales que hacen referencia a derechos que siempre han existido, pero que se ven más reforzados en la propia Convención y que de una u otra manera tienen que ver con el acceso que los ciudadanos hacen, deberían hacer o se ven obligados a hacer, en determinadas ocasiones, a la Administración de Justicia. El conocimiento de estos temas, por parte de las personas mayores, que es de lo que se trata, facilitará el acceso a la justicia y a los agentes judiciales

En este orden de cosas conviene destacar, porque las personas mayores tendrían que conocer los siguientes temas:

1.- 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. La propia dignidad de la persona confiere a la misma el poder de decidir en todo aquello que le atañe o afecta. Esto y no otra cosa es la autonomía personal. En el ámbito judicial se tiene muy en cuenta esta cuestión, pero es necesario insistir en ello porque es la base fundamental de la Convención y porque en ocasiones esto no se tiene suficientemente en cuenta fuera de ese ámbito judicial. 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 fuere 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 o sensoriales fundamentalmente, o con dependencias.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

2.-LA PROTECCIÓN JURÍDICA GENERAL Y EL ACCESO A LA JUSTICIA.

El segundo tema a potenciar es el acceso a la justicia. El propio texto de la Convención, concretamente en el artículo 13 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 acoplamientos adecuados a su edad. La exigencia no por complicada y compleja debe dejarse de cumplir.

Habla asimismo de que los profesionales de la justicia, incluidos policía y funcionarios penitenciarios recibirán formación adecuada para realizar con eficacia su trabajo, conociendo perfectamente la especificidad del mismo.

El mandato tiene un contenido de exigencias extremadamente riguroso, que no puede dejar de cumplirse. Se puede fácilmente entender que puede existir algún tipo de dificultad para que esto sea así, dada la diversidad de patologías que afectan a las personas mayores con discapacidad, pero ésa es la dirección. Y la dificultad no puede obstruir en modo alguno el cumplimiento de esta exigencia.

Las personas mayores deben conocer que tienen derecho a la protección de los jueces y por supuesto a acceder a los agentes judiciales, tanto en sentido físico, (no barreras insalvables), como en sentido personal y humano (cercanía, lenguaje comprensible, receptibilidad)

3.- 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. En muchas ocasiones y en situaciones muy avanzadas de discapacidad o dependencia, no suele existir más que una aceptación de la propia discriminación.

La convención exige a los Estados Partes tomar medidas que fomenten la igualdad. Son muchas las medidas adoptadas pero se está ante un campo de trabajo dificultoso, que debe ser conocido por los profesionales. Evidentemente no es lo mismo un tipo de discriminación que otro, por eso hay que evaluar el contenido del acto discriminatorio.

Se debería actuar de oficio en situaciones que realmente vulneran derechos y en aquellos que crean un cierto rechazo social.

La discriminación, cuando es importante debe ser contestada proporcionalmente. La propia Constitución ampara la igualdad de todos y la no discriminación.

MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER...

4.-ACCESIBILIDAD.

El artículo 9 de la Convención que trata de este tema hace mención al entorno físico, el transporte y las comunicaciones, así como las nuevas tecnologías.

Es de todos conocido la existencia de la brecha digital, 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 discapacitada. 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 gestores judiciales y este tipo de personas, de tal manera que desaparezca la desconfianza e incluso el miedo y se realice todo con la máxima normalidad.

Las discapacidades de tipo sensorial tienen mucho que decir al respecto y a ellas se refiere expresamente el contenido del artículo 9. No deja de ser sorprendente la ubicación de determinados juzgados en pisos de difícil acceso, y aunque necesariamente tienen que estar adaptados, sería conveniente tener en cuenta una normalización más sencilla.

5.- LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA (14). VIDA INDEPENDIENTE E INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD (19).

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. 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

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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.

6.- 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, y son muchas más las que sin quejarse reciben este tipo de injerencias.

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.**

7.- SALUD.

Partiendo de que las personas mayores dicen gozar de muy buena salud en las encuestas, y se manifiestan bien atendidas 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.

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.

MEJORAS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PARA ATENDER...

Es condenable no prestar determinados servicios, en base a razones de edad o de dependencia o discapacidad. Si a mayor edad existiera mayor riesgo, en condiciones normales, es el paciente el que tiene que decidir. No se puede decidir por él.

Tema de suma importancia es la información y el consentimiento informado, que deben administrarse al paciente, cliente o usuario y no a su familia o allegados, como indica la Ley General de Sanidad. Informar y decidir son funciones propias y competen a la persona que va a recibir la prestación o el servicio. Y esto no siempre sucede.

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.

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 hayan 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 destacaría la idea de **accesibilidad** física y la posibilidad de tomar contacto de manera normalizada con los agentes judiciales en general. Esto daría cumplimiento al mismo tiempo al mandato constitucional de protección y defensa de los jueces, 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. 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.

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.

III. DEFENSA JURIDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SUS FAMILIAS

Josefa Garcia Lorente.
Abogada.

Javier Laorden Ferrero.
Abogado Socio de Cuatro Casas.

Marisol Gallo Sallent
Procuradora.

José Luis Sánchez López.
Graduado Social.

INTRODUCCION:

España ratificó la Convención de la ONU de los derechos de las personas con discapacidad el 30 de marzo de 2007, entrando 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 supone 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 art. 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*”.

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

El principio de aplicación directa choca frontalmente con algunas de las normas contenidas en la propia convención 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 Convención 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, 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.

GRUPO NORMATIVO EN MATERIA DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

II.- A) 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 ha publicado también el instrumento de ratificación del Protocolo facultativo a esa Convención, que permite la formulación directa de reclamaciones.

Con estos dos instrumentos se ha dado 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; art. 49 CE en conexión con los arts. 14, 17, 24, 25 y 9.2 del mismo texto.

Una definición de Personas con Discapacidad la encontramos en Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad han sido 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

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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 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.

II.- B) 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.

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

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.

El objetivo de integración laboral de las personas con discapacidad, perseguido por la Ley 32/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), ha regulado de una forma sistemática, completa y ambiciosa esa integración social y ha incluido o previsto diversas medidas para el favorecimiento del empleo.

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.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en el apartado I. de su Exposición de Motivos indica cual sea el motivo fundamental de dicha regulación al establecer que: *“Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país.”*

El capítulo III instituye una serie de medidas para llevar a cabo una política de equiparación, más allá de las que se reconocen en el capítulo II. Estas medidas son básicamente de dos tipos: de fomento y de defensa.

El fomento contempla medidas de sensibilización, de fomento del desarrollo tecnológico y fondos para el desarrollo conjunto con otras Administraciones de proyectos innovadores, que se articularán y desarrollarán mediante planes estatales de accesibilidad y de no discriminación.

Entre las medidas de defensa, por su sencillez, rapidez y comodidad para las partes, se potencia el recurso al arbitraje para dirimir la resolución de conflictos que puedan surgir.

Las personas que hayan sufrido discriminación basada en la discapacidad han de disponer de una protección judicial adecuada que contem-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

ple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél.

Las Medidas de acción positiva, se contemplan en el Artículo 8, y en su nº 1. Se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

En este orden de cosas hay que entender y desarrollar el contenido de nº 2, del artículo 8 de en la ley de igualdad universal, en tanto que viene a contemplar cuales sean esas políticas de integración y los colectivos sobre los que dichas políticas deben desarrollarse.

El Artículo 9, de la Ley, contempla las medidas de acción positiva y su Contenido, considerando que podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación. Y en el ámbito de esas medidas especializadas puede encuadrarse la asistencia jurídica u orientaciones que pueden otorgarse a éste colectivo en aquellas materias que afectan a su vida diaria, ya sea en el ámbito de los procesos de incapacitación, ya que lo sea en el ámbito de su calificación como persona con discapacidad, ya en el ámbito de exigencia de actuaciones no discriminatorias.

Especialmente relevantes en el ámbito del derecho de defensa son los artículos 18, 19 y 20. El Artículo 18, al establecer 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 19, dedicado a la Legitimación se establece que, sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las perso-

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

nas 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 20, sienta criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes ordenando que, en aquellos procesos jurisdiccionales en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de graves indicios de discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad, el juez o tribunal, tras la apreciación de los mismos, teniendo presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio y el principio procesal de igualdad de partes, podrá exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, si bien con una limitación ya que excluye de su aplicación a los procesos penales y a los contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones sancionadoras.

Ley 62/2003 de 30 de Dic. Medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su capítulo III, establece las “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato” indicando en su Secc. 1ª que denomina disposiciones generales, los conceptos básicos en la materia.

Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, con una relevante jurisprudencia comunitaria que ha esclarecido el alcance del principio de igualdad y no discriminación en materia de discapacidad y que ha hecho una interpretación finalista y dinámica de la Directiva 2000/78/CE (STJCE, de 17 de julio de 2008, C-303/06, Coleman).

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en su artículo 1, establece como Objeto, la regulación del reconocimiento de grado de minusvalía, 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.

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

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

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, centra la materia 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.**

REAL DECRETO 504/2007, de 20 de abril, por el que se 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.

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, establece en su Disposición transitoria única el Régimen transitorio de exigibilidad del cumplimiento de condiciones, fijando este en el 4 de diciembre de 2012, como fecha máxima en cuanto a las oficinas y de un año, en cuanto a los documentos e impresos, la prestación de los servicios de atención y demás medios existentes con anterioridad a la entrada en vigor.

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, en su Disposición final quinta, regula la Aplicación obligatoria de las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, estableciendo que serán obligatorias a partir del día 1 de enero de 2010 para los espacios públicos urbanizados nuevos y para los edificios nuevos, así como para las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en los edificios existentes, y a partir del día 1 de enero de 2019 para todos aquellos espacios públicos urbanizados y edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables.

Estos plazos serán también aplicables a los edificios públicos, salvo las oficinas públicas de atención al ciudadano que se regirán por su normativa específica, de acuerdo con lo previsto en la disposición final quinta

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

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.

El referido texto legal en su artículo 10 establece que el Gobierno «regulará unas condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad», al propio tiempo que su disposición final primera le autoriza para dictar, a propuesta conjunta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de los Ministerios competentes en la materia, con las consultas previas que en ella se recogen, las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la ley.

En cumplimiento de estas previsiones legales, este real decreto determina las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para su utilización por las personas con discapacidad para los modos de transporte ferroviario, marítimo, aéreo, por carretera, en autobús urbano y suburbano, ferrocarril metropolitano, taxi y servicios de transporte especial, fijando también su calendario de implantación, en el marco de lo establecido por la disposición final octava de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se 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.

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Modifica la terminología sustituyendo el término Minusvalía/Minusválido, por Discapacidad/Discapacitado.

III. 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.

El Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el B.O.E. nº 96 de 21 de abril de 2008, 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 pregonan 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 reconocen 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 “Ajustes Razonables” en La Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia. 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, que dedica el apartado 29 a la Protección de los discapacitados, estableciendo pautas de actuación que sustentan el principio de no discriminación.

La bondad de la convención radica en que como norma de aplicación directa, puede y debe

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

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.

IV. 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 y el arbitraje.

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 especí-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

fico para la resolución de conflictos en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad.

V. LA DEFENSA CONTENCIOSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**V.- A) AMBITO 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 dentro del 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 texto punitivo contiene un Concepto de incapacidad a los efectos de dicho Código, considerando incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

Nos encontramos aquí con otro orden jurisdiccional que establece una valoración de la capacidad del sujeto que no se ajusta a las normas de la Convención, en concreto al contenido del Artículo 14, dedicado a la Libertad y seguridad de la persona, que señala como obligación de los Estados Partes la de asegurar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

- a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

Los Estados Partes asegurarán también, que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

V.- B) AMBITO 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

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

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.

La graduación de la capacidad se viene aplicando subdividida en dos grados; la absoluta y la parcial, la primera somete a la persona tutelada a la privación de la “capacidad de obrar” tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, la segunda conlleva el sometimiento a curatela del incapacitado, que deberá ser asistido en los actos de disposición de carácter patrimonial.

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.

Se considera conveniente la especialización de los órganos judiciales en esta materia, a través de las modificaciones de la L.O.P.J, 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.

También deberán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando así lo aconseje la cuantía de la población o la existencia de hospitales, residencias o centros de ingreso de personas mayores y/o con discapacidad en la localidad.

Idéntica extensión y especialización deberá exigirse al Ministerio Fiscal y al Abogado y 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 L.E.C. 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.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Esta 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, artículo 5.

Partiendo de la presunción de capacidad de las personas mayores de edad, y del principio de adecuación de la institución de guarda a las necesidades concretas del incapacitado, y teniendo como objetivo prioritario a la integración social de las personas con discapacidad, nos planteamos una mejor utilización de las posibilidades que en este sentido nos ofrece la figura de la tutela.

El T.S. 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 (art. 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.

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 (art. 290), 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”: art. 289 CC), aún reconociendo la dificultad que ello implica, por no existir fór-

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

mulas 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”.

Desde este nuevo planteamiento el ejercicio de las funciones tutelares debería modificarse para establecer en cada sentencia cual sea el aspecto de la capacidad de obrar que debe suplir el tutor, o que apoyos necesita, teniendo en cuenta la dificultad por no decir imposibilidad de completar la capacidad de obrar en los derechos personalísimos.

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.

V.- C) AMBITO CONTENCOSO-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 incapacidad 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, se residencia en el Orden Contencioso-Administrativo

Se vulnera frontalmente el principio contenido en el artículo 5 de la convención, en su vertiente de discriminación positiva, relacionado con el art. 13, cuando regula la necesidad de “ajustes de procedimiento” en so-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

meter 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; 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.

V.- D) AMBITO LABORAL.

Sería deseable que los tribunales interpretar los derechos reconocidos en la convención y en el resto del ordenamiento jurídico, con el criterio de discriminación positiva establecido en el artículo 5. 4, para lograr acelerando 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°: 5472/2005, de la que fue Ponente el Ilmo. Sr. D. Luis Gil Suárez, que establece una diferenciación doctrinal brillante, pero poco útil.

V.- E) ASISTENCIA JURIDICA 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, la adecuación de esta normativa a la convención hace necesaria 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 de la convención como el sistema de apoyos.

VI. TRATAMIENTO LEGAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE EL PROCESO LABORAL Y EN EL ACCESO A EMPLEOS PÚBLICOS.

VI.- A. IDEAS GENERALES

La garantía de un trato favorable a las personas con discapacidad declarada la ofrece el artículo 49 de la Constitución, a cuyo tenor “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos, a los que se prestará la atención especializada que requieran y les ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”

Ese texto constitucional ha previsto tres clases de discapacidad: física, sensorial y psíquica, y la política que impone a los poderes públicos es gradual en el proceso a que se somete a la persona con discapacidad, que se lleva a cabo en cuatro fases o momentos: la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y la integración social. Tanto la Constitución como las normas de desarrollo exigen la puesta en práctica de un método interpretativo de las reglas que tenga en cuenta la aptitud y las posibilidades para desarrollar un trabajo productivo que sirva para atender a las necesidades vitales del sujeto, así como el valor supremo de la dignidad humana, que debe prevalecer sobre todos los demás conceptos y criterios interpretativos. Se adelanta ya que si e la persona con discapacidad no llega a ser parte en una relación laboral no se verá precisado a comparecer en juicio.

El artículo 49 de la Constitución da por conocido el concepto de persona con discapacidad, pues no define la figura, ni esta circunstancia aparece mencionada en el artículo 14 de la ley fundamental como posible factor de discriminación, lo que sí hace el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se vio en la necesidad de definir la discapacidad, con la finalidad de dar un trato uniforme a las personas que la padecen en todo el territorio de la Unión Europea, con el propósito de potenciar el derecho de libre circulación en su seno, evitando el trato desigual en función del territorio de residencia del sujeto; al respecto puntualiza en la sentencia de 11 de julio de 2006 que el concepto de discapacidad debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y del objetivo que la normativa pretende alcanzar, debiendo entenderse que la disposición se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate, participe en la vida profesional no incluyendo la enfermedad.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Las normas que tienden a proteger la discapacidad, tanto a nivel interno como supranacional y comunitario, han tomado como principio rector de las políticas a seguir el de la igualdad y no discriminación. En el Derecho interno cabe la cita de los artículos 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores; la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, el RD 1368/1985, de 17 de julio, de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajen en los Centros ocupacionales de empleo y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

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 colectivos, 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 Convención de Nueva Cork de 13 de diciembre de 2006, también ratificada por España, declara que la discapacidad es un tema de derechos humanos, hasta el punto de que las desventajas que sufren son consideradas como algo que pone en riesgo su propia dignidad y libertad.

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.

Como se comprueba con lo que se acaba de decir, el principio de igualdad adquiere en este terreno unas dimensiones especiales, dado que si, en el acceso a un empleo, ya sea público o privado, la persona con discapacidad parte de una posición claramente desventajosa respecto de los demás pretendientes al empleo, lo que en realidad procede es prestarle el apoyo necesario para nivelar su posición con los demás contrincantes. Procede, por tanto, exponer con la brevedad que el caso requiere, las medidas que ha previsto el sistema positivo español en los dos campos a que se alude seguidamente.

VI.- B. POSICION DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL PROCESO LABORAL.

Para delimitar las posibilidades que asisten a una persona en la relación procesal, se hace necesario definir el concepto de la capacidad para

DEFENSA JURÍDICA AL SERVICIO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD...

ser parte. Los principios de Derecho material tienen su reflejo en el Derecho adjetivo o procesal, jugando un papel preponderante en el intento de delimitar la posibilidad de ser parte en el proceso laboral, considerado en abstracto y no de uno en concreto, surgiendo la necesidad de distinguir entre capacidad para ser parte y capacidad procesal, factores que tienen una correlativa equivalencia con la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, respectivamente. La capacidad jurídica se refiere a la aptitud del sujeto para ser titular de derechos, deberes y obligaciones, reconocida por la ley a quienes tengan personalidad jurídica, es decir, a todas las personas, y en este sentido tienen capacidad para ser parte en un procedimiento, lo que no solamente es predicable de las personas sanas sino también de las que sufren algún grado de discapacidad. La capacidad de obrar exige, además de la capacidad jurídica, que el sujeto tenga la aptitud necesaria para ejercitar los derechos de que es titular, y precisamente en esto consiste la capacidad procesal o de comparecer en juicio ejecutando actos válidos.

Ciñéndonos ya al ámbito del proceso laboral, es necesario partir de una realidad evidente: la posición de las partes en el proceso no está al mismo nivel; el trabajador, de ordinario, parte con desventaja cuando litiga con el empresario, con las entidades gestoras de la Seguridad Social, las Mutuas de Accidente de Trabajo o las Administraciones. El remedio para poner fin a esa situación no puede consistir en que el Juez, invocando el principio de igualdad de las partes, abandone su postura de absoluta imparcialidad para dispensar la protección necesaria a la parte más débil de la relación, porque eso supondría tanto como negar la esencia misma de la Justicia; hay otros mecanismos con los que se puede alcanzar el objetivo de la igualdad de las partes.

La íntima relación existente entre el Derecho material y el Derecho procesal se pone de manifiesto en esta esfera del ordenamiento. El artículo 16 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 establece que “por quienes no se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a Derecho”. Esta norma omite un pormenor que estaba presente en el Texto legal de 1980, en cuyo artículo 9 se disponía que las personas con capacidad limitada, autorizadas tácita o expresamente por su representante legal para trabajar, podrán comparecer en los procesos en los que sean parte. Para superar esta omisión hay que acudir al artículo 7, b) del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor “si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación”. Esta disposición fue tachada de inconstitucional por ser discriminatoria, pero el ataque fue rechazado por el auto del Tribunal

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Constitucional de 12 de marzo de 1997, afirmando que ese precepto exige autorización del representante legal de una persona con capacidad limitada para celebrar el contrato de trabajo y extiende los efectos de dicha autorización a las ulteriores vicisitudes de la relación laboral, sin que pueda apreciarse en ello atisbo alguno de trato discriminatorio.

De la lectura de las disposiciones citadas y de las que contienen los artículos 162 y 319 del Código civil, pueden formularse las siguientes conclusiones:

Primera. Siempre será necesario conocer los términos en los que se ha declarado la condición de persona con discapacidad.

Segunda. La capacidad de obrar se adquiere con la mayoría de edad, fijada por los artículos 12 de la Constitución y 315 del Código civil en los dieciocho años, pero en materia de contratación laboral esa regla tiene importantes excepciones.

Tercera. Los menores de 16 años no pueden contratar sus servicios por cuenta ajena y, en consecuencia, tampoco pueden comparecer en juicio.

Cuarta. La jurisdicción social carece de competencia para declarar la incapacidad de una persona. En la sentencia del TS de 28 de febrero de 1972 ya se dijo que mientras no recaiga resolución judicial de incapacidad, el supuesto demente debe ser considerado capaz y la declaración ha de efectuarse precisamente por el procedimiento y ante el órgano jurisdiccional determinados por la ley, lo que implica que el Juez de lo Social no puede desconocer la capacidad del mayor de 18 años, ni declarar su incapacidad.

Quinta. Si el representante legal autoriza, expresa o tácitamente, a la persona con discapacidad para realizar un trabajo, la autorización comprende asimismo la facultad de comparecer en juicio; pero esta afirmación exige algunas aclaraciones, pues si bien será de aplicación incondicionada cuando se trate de persona con discapacidad física o sensorial, a los discapacitados psíquicos se les dispensará el tratamiento que indique la resolución que declaró la misma.

Sexta. Si el representante legal no autoriza a la persona con discapacidad para realizar un trabajo, el sujeto no tiene capacidad procesal, a salvo siempre del alcance de la discapacidad declarada.

Séptima. El contrato de trabajo celebrado sin la pertinente autorización es nulo, al faltar la capacidad de una de las partes para obligarse; sin embargo, en la sentencia del extinguido Tribunal Central de Trabajo de 30 de junio de 1982 se dijo que “la naturaleza del contrato de trabajo y su condición de relación de tracto sucesivo origina la convalidación del inicialmente nulo una vez que el sujeto incapaz alcanza la necesaria capacidad”; con esa doctrina será posible la convalidación mediante la autorización otorgada por el representante después de iniciada la relación laboral.

VI.- C. POSIBILIDADES DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PARA ACCEDER A EMPLEOS PÚBLICOS, EN ESPECIAL EN EL AREA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

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. A este respecto bastará con la cita de las disposiciones siguientes:

El R.D. 1557/1995, de 21 de septiembre, reservó un 3% de las plazas convocadas en oposiciones a Notarías y Registros de la Propiedad a favor de opositores con discapacidad, aunque los ejercicios de la oposición se deban desarrollar en condiciones de igualdad con los demás opositores.

El artículo 301.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, reformada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, manda reservar en la convocatoria de oposiciones a ingreso en la carrera judicial un cupo no inferior al 5% de las vacantes para ser cubiertas por personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, siempre que superen las pruebas selectivas y que acrediten el grado de discapacidad y la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes en la forma en que se determine reglamentariamente. El ingreso de las personas en las Carreras Judicial y Fiscal se inspirará en los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas.

En armonía con esa disposición legal, el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 9 de marzo de 2010, por el que se convocan pruebas selectivas para el acceso a las Carreras Judicial y Fiscal, de las 400 plazas convocadas manda reservar algunas para ser cubiertas por personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento y que acrediten la compatibilidad para el desempeño de las funciones y tareas correspondientes. Durante el proceso selectivo se dispensará un trato diferenciado a estas personas, e incluso se las declara exentas de abonar las tasas de participación en la oposición.

IV. FUNCION NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

Federico Cabello de Alba.
Notario.

M^a Cristina Planells del Pozo.
Notaria.

1.- SEGURIDAD PREVENTIVA Y FUNCIÓN NOTARIAL.

El notariado se configura y concibe como un profesional que, en el ejercicio de su función pública, está obligado a velar, por un lado, por los intereses de las personas que reclaman su actuación, y, por otro, por la adecuación del negocio jurídico en que interviene a los requisitos que en cada caso establece la ley para que sean seguros, válidos y eficaces.

Hablar de seguridad jurídica y función notarial supone, por tanto, si no hablar de la misma cosa, hacer referencia a dos realidades que van de la mano, pues la propia justificación y naturaleza de la función notarial no puede entenderse sino en aras de la consecución de la seguridad en el tráfico jurídico y económico. El notario debe entenderse, y así ha sido siempre, como un profesional jurídico que ejerce una función pública tendente, mediante su intervención, a conferir seguridad a las relaciones humanas en los diferentes ámbitos de su actuación, ya sea estrictamente patrimonial, personal o familiar. Hasta tal extremo es así que algunos autores llegan configurar al notario como un órgano de seguridad jurídica preventiva. Y hablamos de seguridad jurídica preventiva en cuanto a que se mueve fuera del ámbito litigioso que caracteriza la actuación de los tribunales de justicia y, precisamente, en evitación de que sea necesario recurrir a esta.

Desarrolla a su vez una 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 estable el propio Reglamento Notarial, “asistencia especial al otorgante necesitado de ella”.

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

Dicha seguridad jurídica debe predicarse, elevada a rango de derecho fundamental por la propia constitución española, aun con más firmeza y necesidad respecto de todos aquellos negocios o actos de trascendencia jurídica en que intervengan personas que padezcan algún tipo de discapacidad. Por tanto, sin perjuicio del carácter universal de esa exigencia y derecho, en virtud del mandato específico recogido en el Reglamento Notarial, se constituye como obligación especial del notario velar por ese derecho u otorgante necesitado de “asistencia especial”.

A lo largo de este análisis vamos a procurar exponer, en tono y terminología comprensible, la clara vinculación que resulta entre la protección de la situación en el tráfico jurídico y económico de las personas con discapacidad y la actuación notarial, sin olvidar hacer un repaso, necesariamente somero, de las instituciones jurídicas que, por medio de la mencionada actuación notarial, pueden servir para atender sus derechos e intereses. Para ello, no sólo habrá que tener en cuenta las disposiciones nacionales que regulan la materia, sino su interpretación y adecuación a los principios inspiradores de la situación de las personas con discapacidad a la luz de las tendencias inspiradoras e impuestas por textos como la Convención de la ONU sobre los derechos de la personas con discapacidad, ratificada por el estado español y, por tanto, derecho vigente en nuestro ordenamiento.

2.- LA APRECIACIÓN Y JUICIO DE CAPACIDAD COMO FUNCIÓN NOTARIAL.

El 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 tanto la capacidad natural como la capacidad de obrar, y se caracteriza por (1) ser una competencia exclusiva del notario, que la ejerce bajo su responsabilidad (2) ser requisito de toda 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

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

refiere a la capacidad necesaria para 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.

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.

Es de destacar que 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.

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,

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

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 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 de las relaciones sociales con todo el trastorno que ello conlleva y el exceso de costes económicos que ello supondría.

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 protección de las personas con necesidades especiales quedaría garantizada con alcance prácticamente universal.

Para acabar, aunque después volveremos con más detenimiento sobre el tema, la cercanía y proximidad del notario a las personas que demandan su intervención, permite en muchas ocasiones apreciar problemas o patologías que, detectadas a tiempo, pueden permitir adoptar soluciones preventivas –caso de poderes preventivos o autotutela– que facilitan y favorecen el desarrollo humano, personal y patrimonial de personas a las que una discapacidad puede impedir después tomar determinadas decisiones por sí mismas. Labor que se enmarca claramente en la protección de personas necesitadas de especial atención y en la promoción de la seguridad jurídica preventiva.

3.- SUPUESTOS QUE PUEDEN PLANTEARSE.

Vistos los principios anteriores y la trascendencia que el juicio de capacidad que realiza el notario puede tener a los efectos de conferir seguridad jurídica al negocio, tanto para la persona afectada por una discapacidad, como para el tráfico en general, cabe ahora que abordemos las diferentes situaciones que se pueden presentar. Atenderemos, en primer lugar, a los supuestos en que una resolución judicial previa haya venido a delimitar la capacidad de la persona que pretende celebrar un negocio jurídico y, posteriormente, los supuestos ordinarios en que dicha resolución no ha recaído. Partimos, lógicamente, del principio de que el notario está obligado en los términos vistos a apreciar la capacidad de la persona tanto en un supuesto como en otro, sin perjuicio de que la previa existencia de una resolución judicial le sujete en su actuación.

3.1. Caso de previa resolución judicial que modifique la capacidad.

Como acabamos de ver, si la persona que pretende realizar un negocio jurídico de la naturaleza que sea esta sujeta a una resolución judicial que de algún modo limite su capacidad de obrar, habrá que estar al contenido de la misma para calibrar, en cada caso concreto, la necesidad de suplir esa falta de capacidad mediante cualquiera de los sistemas establecidos en nuestro ordenamiento para ello. Dependerá, por tanto, de la previsión que en la mencionada resolución se haya establecido.

Un primer problema que se plantea en el ámbito de la actuación notarial es la inexistencia de un medio idóneo y seguro por parte del notario para tener conocimiento de si ha recaído o no esa resolución. A día de hoy, el único que el notario tiene a su alcance para ello son las manifestaciones de los comparecientes. De ese modo, el notario no puede conocer, salvo que las partes intervinientes en el negocio así lo afirmen y acrediten, la existencia de una sentencia que modifique la capacidad de la persona que comparece ante él para concluir un contrato o negocio jurídico. Se trata de una carencia de nuestro sistema que urge subsanar, pues por malicia o desconocimiento, una persona cuya capacidad haya sido restringida en virtud de sentencia puede llegar a realizar un acto de trascendencia jurídica cuya eficacia y validez pudiera después verse afectada, con el consiguiente riesgo tanto para la persona afectada, cuya salvaguarda y protección quedarían en entredicho, como para las personas que contratan con el y para la seguridad del tráfico.

Parecida problemática se plantea en el supuesto de que una persona actúe en nombre y representación de otra que, con posterioridad al otorgamiento de un poder, haya sido sujeto de un procedimiento judicial que haya concluido con el establecimiento de una limitación a su capacidad.

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

Con arreglo a nuestro código civil, y a salvo los poderes preventivos que después estudiaremos, el mandato se acaba por incapacitación sobrevenida del mandante. Por mala fe o ignorancia, el poder conferido por tales personas podría desplegar todos sus efectos aun en ese caso, pues el notario, como decimos, salvo manifestación de las partes, no tiene medio para conocer la sentencia a que nos referimos y, por tanto, la extinción del mandato o poder.

La prevista e inacabada modificación de la ley reguladora del Registro Civil, registro público cuyo objeto es conferir publicidad a las cuestiones relativas al estado civil y capacidad de las personas, debería suponer el fin de esta situación facilitando al notario, como profesional que desarrolla una función pública, un mecanismo de acceso rápido y económico a las sentencias que pueden haber afectado a la capacidad de las personas. Bastaría arbitrar un acceso telemático similar al que el notario tiene ya con relación a otros registros públicos.

Pues bien, acreditada ante el notario la existencia de una sentencia que haya modificado la capacidad de la persona, habrá que estar en cada caso al sistema de guarda y protección que en ella se haya establecido por la autoridad judicial.

No procede entrar aquí en el análisis de los inconvenientes que en la actualidad presenta nuestro sistema en orden al tratamiento de la situación jurídica de las personas “incapacitadas”; de las mejoras y modificaciones que desde multitud de ámbitos se vienen demandando en esta campo, ni en el de las reformas exigibles con arreglo a la Convención de los derechos humanos de las personas con discapacidad, ya previstas en la agenda del legislador (Disposición Adicional Primera de la Ley 1/2009). La finalidad primordialmente práctica de esta obra nos impone ceñirnos, entendemos, al derecho vigente que vamos a analizar.

Así, con arreglo a la resolución judicial recaída, las instituciones de guarda y protección que en la actualidad reconoce nuestro ordenamiento y a las que aquella puede haber sometido al “incapacitado” son: la tutela, la curatela, el defensor judicial, la patria potestad prorrogada o rehabilitada y el guardador de hecho, que analizaremos por separado desde la perspectiva de la actuación notarial.

3.1.1.- Caso de sujeción a tutela.

Como regla general, el tutor es el representante legal del tutelado salvo para todos aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación. Ello significa que a los efectos de celebrar cualquier contrato o negocio, el sujeto a tutela queda excluido de intervención. Lo que es lo mismo, quien interviene en nombre del tutelado es el tutor salvo para aquellos supuestos

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

en que la sentencia haya establecido otra cosa. Como es lógico, quedan excluidos de su actuación aquellas cuestiones que pueden considerarse como personalísimas, por ejemplo, otorgar testamento, contraer matrimonio...

Quien comparece en la notaría para celebrar cualquier contrato o negocio no es el tutelado, sino el tutor. El tutor deberá acreditar ante el notario su nombramiento y la aceptación del cargo mediante testimonio suficiente de la resolución judicial que así lo haya establecido, y así el notario lo hará constar. Normalmente el tutor es único y esta labor puede ser también encomendada a personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos fines sean la protección de los menores e incapacitados, pero cuando se haya nombrado más de un tutor habrá que estar a la resolución judicial para determinar su forma de actuación: si es necesario que concurra uno o los dos o si cada uno se encarga de representar al tutelado en un ámbito concreto.

El tutor, por tanto, es el administrador del patrimonio del tutelado y quien toma las decisiones por el, lo que no significa que esté libre de responsabilidad. Entre otras cosas, el juez puede establecer al nombrarlo las cautelas que considere oportunas y en todo caso ejerce su función bajo la vigilancia del ministerio fiscal, también puede el juez exigirle que constituya una fianza, tiene obligación de hacer inventario de los bienes del tutelado, esta obligado a velar por sus intereses, debe administrar sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia y al cesar en sus funciones está obligado a rendir cuentas de su actuación ante la autoridad judicial.

Además, existen una serie de actos y contratos que el tutor no puede realizar, otros que sólo puede realizar con autorización judicial y otros que requieren después ser aprobados judicialmente.

Así, el tutor no puede recibir liberalidades del tutelado o sus causahabientes mientras no se haya aprobado su gestión, tampoco puede representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga representando a un tercero, no puede representarle cuando exista conflicto de intereses –en ese caso se nombrará un defensor judicial–, y tampoco puede adquirir del tutelado o transmitirle a éste bienes a título oneroso, por ejemplo, en virtud de compraventa.

Tampoco podrá el tutor, salvo que previamente haya obtenido autorización judicial, internar al tutelado en un centro de salud mental o de educación especial, enajenar o gravar bienes inmuebles o de extraordinario valor, celebrar contratos o realizar actos en cuya virtud disponga de bienes y derechos, renunciar derechos del tutelado, transigir o someter a arbitraje, aceptar pura y simplemente herencias o renunciar a derechos hereditarios o liberalidades, hacer gastos extraordinarios, entablar demanda en su nombre, celebrar contratos de arrendamiento bajo determinadas condiciones, dar o tomar dinero a préstamo, disponer gratuitamente de

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

sus bienes o derechos o negociar sobre créditos que el tutelado tenga contra él o los que un tercero tenga contra el tutelado.

Finalmente, el tutor no necesita autorización judicial para realizar la división de una cosa común o de la herencia en que esté interesado el tutelado, pero una vez realizadas requieren aprobación judicial.

En todos estos casos, además, el juez deberá oír al Ministerio Fiscal y al tutelado si fuese mayor de doce años o lo considere oportuno, sin perjuicio de solicitar los informes y dictámenes que considere oportunos.

3.1.2.- Caso de sujeción a curatela.

La curatela, por el contrario, obedece, al menos en principio, a un esquema distinto y su funcionamiento, por tanto, es distinto al de la tutela. Aparte del caso de los menores de edad emancipados o los supuestos de prodigalidad, es una institución que procede en aquellos casos en que la sentencia de incapacitación así lo haya establecido. Su objeto, como expresamente reconoce el código civil es la asistencia de curador en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

De ello resultan dos diferencias fundamentales. Por un lado, la asistencia del curador sólo procede para los casos en que la sentencia lo haya establecido. Los demás podrán ser realizados por sí solo por el sujeto a tutela o sujeto a curatela, precisamente es un sistema inverso al de la tutela, en el que el tutor representa al tutelado en todos sus actos salvo que la sentencia establezca lo contrario. Por otro, el tutor “representa” y el curador “asiste”. Ello quiere decir que, como antes vimos, en el caso del sujeto a tutela será el tutor quien comparezca ante el notario para celebrar el negocio de que se trate. Por el contrario, en caso de curatela, es el sujeto a curatela quien comparece ante el notario, quien emite el consentimiento y de quien parte la iniciativa negocial, de modo que el curador se limita a “asentir”, consentir un negocio que realiza el sujeto a curatela.

Todo ello al menos en principio, pues en la práctica, y sin perjuicio de que el recurso a la curatela sea realmente infrecuente, la práctica procesal ha convertido a esta institución en una “tutela parcial”, análoga en su funcionamiento a la tutela pero limitada a un ámbito concreto, generalmente patrimonial, de los intereses del incapacitado.

En principio es una institución mucho más respetuosa para la autonomía de la voluntad y la autorregulación de sus intereses por parte de la persona incapacitada pero, como decimos, la práctica procesal la ha apartado de esa concepción.

En lo demás, la regulación de la curatela se resuelve en nuestro ordenamiento con una remisión amplia a la tutela, lo que quizá haya favorecido la asimilación a la tutela que hemos descrito.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Para aquellos casos en que el incapacitado haya realizado un acto o negocio sin los requisitos establecidos y conforme a las normas anteriores, el tratamiento de nuestro ordenamiento es que dichos actos o contratos podrán ser anulados. Podrán demandar la nulidad del contrato o negocio el representante legal del incapacitado o éste mismo si llega a recuperar la capacidad. Se establece un plazo de cuatro años para ejercitar esta acción, que dejaría sin efecto al contrato, pero en caso de incapacitados sólo correrá o se computará dicho plazo desde que recuperaran la plena capacidad, desde que salieren de la tutela. Como norma especial de protección, la persona que haya contratado con el incapacitado no podrá demandar la nulidad basándose en esta causa, lógicamente para impedir que por esta vía dicha persona eluda cumplir aquello a que está obligado en virtud del negocio o contrato de que se trate.

3.1.3.- El defensor judicial.

En cuanto al defensor judicial, procede su nombramiento, en todo caso por la autoridad judicial, cuando existe algún conflicto de intereses entre el menor o incapacitado y su representante legal o el curador; en los casos de personas desaparecidas o cuando el conflicto se da entre el menor y los padres en el ejercicio de la patria potestad. Se diferencia de las demás instituciones en que es designado para una o varias operaciones o negocios concretos, pero supone claramente una institución de sustitución y no de apoyo, en cuanto el negocio o negocios jurídicos de que se trate son celebrados por el defensor y no por su representante.

Por lo demás, su régimen de funcionamiento es idéntico al de la institución a que sustituye. Así, en caso de tutela será el defensor judicial quien comparezca ante el notario y preste su consentimiento. Caso de que sea designado por conflicto del sujeto a curatela con el curador, el defensor lo asistirá en los mismos términos antes vistos para la curatela.

3.1.4.- Patria potestad prorrogada o rehabilitada.

La patria potestad prorrogada o rehabilitada, es una institución relativamente reciente en nuestro ordenamiento. Procede la prórroga en aquellos casos en que un menor es incapacitado antes de alcanzar la mayoría de edad y la rehabilitación cuando el hijo mayor de edad que convive con los padres o con uno de ellos es incapacitado. Sin perjuicio de que la sentencia de incapacitación puede especificar su ejercicio, en todos los casos se limita a prorrogar o restablecer el ejercicio de la patria potestad y tendrá el mismo tratamiento que ésta. Fue muy bien acogida por la doctrina en cuanto evita recurrir a instituciones más impactantes en la estructura familiar y ámbito vital del representado, como son la tutela o la curatela.

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

Los progenitores o el que de ellos la ejerza ostenta, por tanto, la representación legal de los hijos y administra sus bienes como si fuere menor. Por tanto, conforme a las disposiciones que en nuestro ordenamiento regulan la patria potestad, serían los padres conjuntamente o uno de ellos, según proceda, quienes comparecen en la notaria para prestar el consentimiento en representación del hijo incapacitado. El nombramiento, al igual que en las instituciones antes vistas, deberá acreditarse al notario mediante exhibición del correspondiente testimonio de la resolución judicial que la haya establecido.

3.1.5.- El guardador de hecho.

Por lo que se refiere al guardador de hecho, sin perjuicio de que en la doctrina más reciente se propugne un mayor protagonismo en su actuación en defensa de personas, no necesariamente incapacitadas judicialmente sino afectadas de algún tipo de discapacidad o indisposición temporal, su regulación en nuestro ordenamiento es testimonial, más cercana a la gestión de negocios ajenos sin título que lo habilite. Podría definirse como una actuación no justificada legalmente, falta de seguridad jurídica y puntual. Su virtualidad quedaría reducida a los actos y negocios celebrados en representación, sustituyendo por tanto a otra persona, y siempre que no sean impugnados por serles perjudiciales. Dada su regulación ofrece pocas garantías para la persona que contrata con el guardador a su través y, por tanto, inútil en la práctica como institución permanente de protección.

Consecuentemente con lo dicho, en el ámbito propio de actuación notarial, la actuación del guardador de hecho quedaría bastante limitada, pues toda representación alegada debe ser probada con una titulación documental adecuada.

4.- DISCAPACIDAD Y ACCESIBILIDAD.

Problemática distinta a la planteada hasta ahora podría darse en aquellos supuestos en los que la persona que demanda la actuación notarial en cualquier ámbito se viese afectada por una discapacidad física o sensorial que pudiera dificultar la comunicación necesaria entre las partes o entre alguna de ellas y el notario autorizante del acto o contrato de que se trate. Todas las exigencias ya estudiadas en cuanto a la apreciación de su capacidad por parte del notario, la seguridad jurídica que deriva de la actuación notarial y la prestación del consentimiento informado previa la labor de asesoramiento deben predicarse de estos casos con la misma exigencia que en los demás. Ahora bien, en algunos de ellos si que se debe posibilitar un apoyo, en los términos de la Convención de las Naciones

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Unidas, un ajuste razonable del proceder notarial, para que no haya menoscabo de la capacidad de obrar de estas personas.

Una primera exigencia de seguridad que se impone al notario en su actuación sería la adecuada identificación de los comparecientes, que no plantea diferencias en el ámbito de las personas con discapacidad auditiva, física o sensorial, por lo que procede estudiar la expresión de la voluntad del compareciente, la manifestación por el interesado del resultado jurídico pretendido de la intervención notarial como presupuesto o primer paso de su actuación. No se trata en ningún caso de una comunicación unívoca en cuanto que por muchas razones como la falta de conocimientos jurídicos del compareciente o la existencia en la generalidad de las ocasiones de varios cauces apropiados para la consecución de los efectos jurídicos pretendidos se impone una comunicación fluida entre el notario y la persona que reclama su actuación. Normalmente, por tanto, se trata de una fase en la que se confunden la exposición de las pretensiones del requirente y el asesoramiento que presta el notario, que ha de indagar su voluntad aun en el caso de que se redacte el instrumento público según texto proporcionado por una de las partes.

En todas las fases vistas, desde la expresión que se hace al notario por quien reclama su actuación de sus intenciones, hasta la de la lectura que aquel hace a las partes para que presten su consentimiento debidamente informado al contenido del instrumento notarial, hay un denominador común exigido por la seguridad jurídica pretendida: la existencia de una comunicación inequívoca entre el Notario en desarrollo de su función y la persona que reclama su actuación.

Tratándose de personas con alguna discapacidad auditiva o sensorial, con el fin de que la seguridad jurídica que les es debida no sufra merma en ningún momento, sería necesario vertebrar un medio de comunicación idóneo y suficiente para alcanzar dicho resultado. Aquí conviene hacer ya referencia a algunas de las menciones que la vigente legislación notarial realiza al tema.

En concreto, a los efectos de la comparecencia de tales personas, el Reglamento Notarial, asumiendo criterios en los que la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado ya se anticipó, dispone, atendiendo a la fase de otorgamiento del instrumento notarial, que *“si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo deberá leerla por sí; si no supiere o no pudiere hacerlo será precisa la intervención de un interprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario que presteará, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario.”* Se consagra así un ajuste razonable que persigue equiparar el acceso a los beneficios de la actuación notarial de tales personas con el resto de la población.

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

Lógicamente, dicha innovación, no alcanza a la materia testamentaria, que es objeto de regulación en el Código Civil; “*Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuese enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada*”. No se hace referencia alguna a posibilidad de intervención de un intérprete en la lengua de signos, aunque, ya hemos señalado, se trata de una posibilidad ya amparada por la doctrina de la DGRN.

No obstante, si que encontramos una regla especial para el caso en que la persona que pretende otorgar testamento se haya visto afectada previamente de una sentencia que modifique su capacidad de obrar. Para ese caso se dispone 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*”. Habrá que estar por tanto, en primer lugar, a lo que disponga la sentencia de incapacitación, de modo que si esta excluye tal posibilidad la persona no podrá otorgar testamento. En la práctica creo que es casi inédito el que alguna sentencia de incapacitación se haya referido a este extremo, por lo que habrá que estar en la generalidad de los casos, por no decir todos los supuestos, al segundo de los supuestos planteados: – designación de dos facultativos que aprecien esa capacidad, pues de lo contrario, no se podría otorgar el testamento. Este precepto ha dado lugar a una extensa elaboración doctrinal, generalmente crítica que no podemos analizar aquí con profundidad, pero no podemos dejar de mencionar que el criterio, entendemos, debería ser el contrario, si la sentencia no contiene pronunciamiento al respecto se debería, al igual que en los demás casos, presumir la capacidad para testar, de modo que su apreciación quedaría sujeta a los principios generales de apreciación por el notario en el ejercicio del juicio de capacidad, que es su competencia y de su responsabilidad.

Junto a las disposiciones vistas sobre la regulación de la capacidad para otorgar testamento, encontramos otras que se hacen eco de la existencia de algunas discapacidades de carácter sensorial para establecer formalidades especiales o limitaciones respecto de determinadas formas testamentarias. Algunas de ellas, como veremos, pueden plantear algunas fricciones con el parecer de la doctrina más reciente y principios de la convención de Naciones Unidas a la que ya nos hemos referido en más de una ocasión.

Así, por ejemplo, cuando se regula la capacidad para ser testigos, dispone el Código civil que no podrán ser testigos en los testamentos.... “*Los ciegos y los totalmente sordos o mudos*”, así como... “*Los que no estén en su sano juicio*”. No procede aquí que nos extendamos en el estudio de

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

este tema, pero parece claro que difícilmente se puede mantener la exclusión de las personas con alguna de estas discapacidades sensoriales de la capacidad para ser testigos. Sin perjuicio de que fuese necesario establecer, conforme a la terminología de la Convención, alguna forma de apoyo, por ejemplo la intervención de un intérprete de la lengua de señas, se impone claramente superar esta redacción.

Otras especialidades formales, serían, por ejemplo, la necesidad de que al acto de otorgamiento concurren dos testigos idóneos cuando el testador sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento, y que *“si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.”*

En cuanto al testamento cerrado, encontramos también algunas especialidades. Del texto del Código Civil resulta que *“no pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer”* y establece, además, unas formalidades especiales para quienes no puedan expresarse verbalmente pero sí escribir. Se trata de una forma testamentaria excepcional, en la que no hay intervención notarial al tiempo de la redacción y que puede plantear problemas posteriores, pero que no se excluye respecto de personas que sepan y puedan leer.

En general, todas estas especialidades formales tratan de posibilitar el otorgamiento del testamento en sus distintas modalidades por personas con discapacidad sensorial, pero garantizando al mismo tiempo el evitar manipulaciones o la minoración de las garantías que deben observarse.

5.- INTERVENCIÓN NOTARIAL COMO PREVISORA DE LA DISCAPACIDAD O POSIBLE Y FUTURA MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD. AUTORREGULACIÓN DE SUS INTERESES POR LAS PERSONAS EN PREVISIÓN DE MODIFICACIÓN DE SU CAPACIDAD.

De lo hasta ahora expuesto se deduce claramente la importancia de la intervención notarial cómo garante de la Seguridad Jurídica Preventiva. La función notarial, el notario, se muestra pues, cómo un portavoz exacto y eficaz entre las necesidades que, día a día va demandando y requiriendo la sociedad y la labor legislativa, dando a ésta la información y las herramientas imprescindibles que le sirvan para redactar las soluciones más adecuadas y precisas ante tales necesidades que demanda la sociedad.

Fruto de tal enlace, y ciñendonos a la Discapacidad, fue elaborada y aprobada la Ley 41/2.003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Ley de gran importancia, ya que viene a modificar determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la Normativa Tributaria, de 18 de noviembre. Esta Ley, y la importancia de la función notarial, lo ha puesto de manifiesto el notario

 FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

español, Carlos Marín Calero (en su libro “La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual “), al decir que... “*es una Ley gestada en el seno del Notariado español (más concretamente en la Fundación Aequitas). El notariado español ha colaborado no sólo indirectamente a través de dicha Fundación sino directamente con las aportaciones y críticas de diversos notarios, a título individual...*”.

Vamos pues, a exponer de una forma sencilla y práctica la citada Ley, de gran impacto e importancia para el mundo de la Discapacidad. Para ello, y para una mejor exposición, dado el sentido eminentemente práctico de este trabajo, diferencia, entre otras, dos figuras jurídicas hasta entonces desconocidas en nuestro derecho:

5.1) La autotutela: Forma parte de las denominadas, junto con los poderes en previsión de la propia discapacidad de las llamadas **Medidas de Previas**. Y éstas son todas aquéllas que puede tomar una persona para que produzcan efectos *inter vivos*, y tendentes a proteger a la persona, tanto su aspecto personal como patrimonial, tomada por ella misma, con plena capacidad, y en previsión de una posible o futura causa de incapacidad. Decidiendo de ésta forma quién quiere que vele por sus intereses.

La propia Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad establece (artículo 223– Código Civil) que “*cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacidad judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*”.

Así pues, de este primer apunte cabría plantearse las siguientes cuestiones prácticas:

¿Qué personas y con qué capacidad son las legitimadas para hacer este documento?

En principio cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede otorgar este documento, es decir, se precisa lo que anteriormente hemos llamado *capacidad natural*, que sea consciente de lo que está haciendo y quiera otorgar un documento de esta naturaleza y con los fines de previsión anteriormente señalados.-

¿Ante quién habrá de otorgarse y qué forma es la adecuada para su formalización?

Únicamente indica el citado artículo, que habrá de otorgarse ante notario y la forma adecuada será en documento público. Es por tanto el notario quién habrá de apreciar previamente, si la persona interesada en otorgar un documento de tales características (cómo en cualquier otro documento en que intervenga el notario) tiene la capacidad necesaria para tal otorgamiento, de ahí que el fedatario habrá de indagar previamente la voluntad y

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

si es así, lo adecuará al ordenamiento jurídico para que produzca los efectos jurídicos pretendidos. Pero también, tendrá que cerciorarse de que esa voluntad, que se exterioriza por el consentimiento, sea éste emitido de una manera libre, espontáneo, lejos de presiones, intimidaciones, errores u obligaciones externas, que impidan que la persona que comparece, sea fiel y leal a su propia voluntad. De ahí, que la función del notario es de gran trascendencia, para ello es necesario tomar unas medidas previas de examen, indagación, preguntar, en definitiva “hablar con el cliente”, para saber cuál es realmente su voluntad y comprobar que hay un ajuste exacto entre éste y el consentimiento que se emite. Cuántas veces los notarios después de esta indagación, nos hemos visto con que, o no hemos formalizado el acto en cuestión, o hemos otorgado otro completamente diferente al primeramente planteado, al no existir un ajuste exacto entre capacidad, voluntad, consentimiento y el acto jurídico pretendido.

Es en el artículo 147 del Reglamento Notarial el que nos expone que *“ El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá de indagar, interpretar y adecuar el ordenamiento jurídico, e informará a aquellos del valor y alcance de su redacción. “*

¿Qué contenido puede tener este documento?

En este documento la persona nombra un tutor, puede establecer órganos o formulas para controlar o fiscalizar esta función que se le encomienda al tutor, puede señalar también el modo de ejercerla, e incluso dictar otras medidas referentes a su propia persona y bienes.

Es también permisible el determinar y señalar las personas que en ningún caso quiere que sea tutor, todo ello le orientará al juez.

Es también una práctica muy recomendable que, al hacer el nombramiento del tutor, se fijen también tutor o tutores en sustitución del primeramente nombrado para el caso de que éste no pudiera tener lugar.

¿Cómo se asegura de que esta voluntad sea conocida llegado el caso?

Es el Código Civil, tras su modificación por la Ley del 2.003, que prevé su publicidad en el apartado 3 del indicado artículo 223 señalando:

“Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado”.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este Artículo.”

Únicamente señalar, que en las comunicaciones que se hacen al Registro Civil oportuno se recoge el nombre del notario autorizante, número de protocolo y la fecha de su autorización.

FUNCIÓN NOTARIAL Y DISCAPACIDAD

¿Cuándo produce efectos este documento de autotutela?

De lo hasta ahora expuesto, este documento, dado su carácter de medida de prevención, sólo produce efectos en el supuesto de que el otorgante en un futuro pudiera ser declarado por el juez incapacitado y por sentencia de incapacitación. En la que, el nombramiento realizado en el documento de autotutela se tendrá de una manera preferente por el juez. (artículo 234 Código Civil).

5.2) Poderes en previsión de la propia incapacitación:

Era también una figura desconocida en nuestro derecho hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2.003, es a raíz de esta Ley y de las modificaciones introducidas en al Código Civil, (artículo 1732) cuando se introduce y, comienza a ser posible su aplicación. Forma también parte de las llamadas medidas de previsión, se puede decir que es en cierto modo un complemento de la autotutela.

Es en el citado artículo 1.732-4 del Código Civil donde se reglamenta esta figura, indicándonos... “ *El mandato se extinguirá también, por incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacitación del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste* ”...

Este artículo se muestra cómo una excepción al principio general de que el mandato se extingue por incapacitación del mandante, así:

Toda persona **con plena capacidad** puede, a pesar de este principio general, prever que el poder por ella otorgado, no se extinga, continúe aún en el supuesto de que le sobrevenga una causa que determine su incapacitación. O precisamente se otorgue para el supuesto de su posible incapacitación.

Es también una figura que para que tenga plenos efectos jurídicos debe de otorgarse ante notario, quién apreciará, al igual que en todos los actos que interviene, la capacidad, voluntad y consentimiento libremente emitido del mandante.

Siendo también especial la manera en que recoge el Código Civil la forma de extinción de este poder, al señalar:

... “*En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor* ”.

Así pues, será únicamente el juez el que determine la extinción de este poder preventivo.

V. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

José Antonio Jordana de Pozas González.
Registrador de la Propiedad.

El presente trabajo va a consistir en intentar explicar la importancia que para los derechos las personas afectadas por algún tipo de discapacidad psíquica tiene la Institución del Registro de la Propiedad español en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva.

Como no podía ser de otro modo, la intervención judicial es aquí, también, fundamental, sin perjuicio del impulso también imprescindible del Ministerio Fiscal y de los representantes de los discapacitados.

Junto a la exposición de la regulación hipotecaria actual de la protección de dichas personas, me aventurare a proponer la necesidad de una reforma tendente a reforzar la protección en el ámbito registral.

INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES QUE AFECTAN A LA CAPACIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS

REGULACIÓN ACTUAL:

El presente punto va a versar acerca del acceso al Registro de la Propiedad de las resoluciones judiciales en las 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.

Así, el artículo 42, 5 de la Ley Hipotecaria dispone que:

“Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente:

5º. El que propusiere demanda con el objeto de obtener alguna de las resoluciones judiciales expresadas en el número 4 del artículo 2 de esta Ley.

El procedimiento se inicia a través de la correspondiente solicitud. La solicitud de anotación preventiva puede plantearse por las personas legi-

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS...

timadas para interponer la demanda de incapacidad, ausencia, fallecimiento o que modifique la capacidad para disponer o que pida una resolución judicial que legalmente produzca aquellas incapacidades, aunque no las declare de un modo terminante.

El juez puede ordenar de oficio la práctica de la anotación, en el marco de la adopción de medidas cautelares.

Este precepto concuerda con el artículo 762 de la LEC que refiriéndose al procedimiento de incapacitación, prevé que el Tribunal, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de parte pueda adoptar las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio.

Conforme al art. 165 del Reglamento Hipotecario., es necesaria para la obtención de la anotación, la presentación en el Registro del mandamiento judicial, con inserción literal del auto, expresando su fecha y firma.

El mandamiento se presentará por duplicado, de acuerdo con el art. 257 L.H. Uno de los ejemplares se devolverá en su día al tribunal que lo hubiere dictado, con la nota de despacho; el otro, quedará archivado en el Registro por orden de presentación.

BIENES ANOTABLES

Presentado el mandamiento, y calificado positivamente, conforme a los arts. 73.2 LH y 171 RH:

- El Registrador practicará la anotación en el folio de cada uno de los bienes que aparezcan inscritos a favor del sujeto demandado.

También podrán practicarse la inscripción previa de bienes no inscritos a nombre del demandado, si el juez o tribunal lo ordena.

- El duplicado del mandamiento que se devuelva al tribunal expresará una reseña sucinta de bienes anotados, con su tomo, folio y número de finca.

3. CONTENIDO.

La anotación, expresará las siguientes circunstancias:

Las determinadas en general para las inscripciones.

- Especie de incapacidad, fecha de la resolución admitiendo la demanda y circunstancias del titular y del demandante según el Registro.

- La expresión de que queda constituida la anotación, la clase de esta y la persona a cuyo favor se verifique

- El documento en cuya virtud se hiciera la anotación y su fecha, con indicación del juez o tribunal que lo hubiere dictado y expresión de quedar archivado uno de los ejemplares (art. 166 RH).

4. DURACIÓN.

En la actualidad, la duración de la anotación debe sujetarse a las reglas generales del art. 86 L.H., modificado por la LEC, y que fija la duración en cuatro años, prorrogables por períodos iguales máximos

5. EFECTOS.

Mientras se sustancia la demanda, no se produce el cierre registral y el demandado puede disponer de sus bienes, pues la anotación es de mera afección y de publicidad, pues sólo advierte a los posteriores adquirentes que su adquisición queda sujeta a la resolución definitiva que recaiga, de modo que no estarán protegidos por la fe pública registral. (art. 71 LH)

Recaída la resolución judicial firme:

Si es favorable al demandado, se cancela la anotación (art. 206.4 RH), presentando en el Registro testimonio de la resolución judicial firme o mandamiento que ordene la cancelación.

Si es favorable al demandante se cancelará la anotación preventiva y se procederá a practicar una inscripción de las previstas en el artículo 2.4 LH y se cancelarán los actos dispositivos posteriores a la fecha de la anotación preventiva.

6. CANCELACIÓN.

Además de la terminación del procedimiento y la caducidad, la cancelación de la anotación puede producirse por la nulidad del asiento, de acuerdo con el art. 75 LH, que requiere resolución firme.

INSCRIPCIÓN DE ESTAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Según el art. 2.4 L.H

En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: Las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes.

El art. 10 R.H. señala que:

Las resoluciones judiciales que deben inscribirse conforme a lo dispuesto en el número 4 del artículo 2 de la Ley, no son sólo las que expresamente declaren la incapacidad de alguna persona para administrar sus

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS...

bienes o modifiquen con igual expresión su capacidad civil en cuanto a la libre disposición de su caudal, sino también todas aquellas que produzcan legalmente una u otra incapacidad, aunque no la declaren de un modo terminante.

De acuerdo con estas reglas, en lo que aquí nos interesa, pueden ser objeto de inscripción:

- Las sentencias de incapacitación y de prodigalidad

FUNDAMENTO.

La doctrina se divide en dos posturas en la justificación de la inscribibilidad de estas resoluciones:

A) La tesis positiva ve el fundamento de esta inscripción en la seguridad del tráfico jurídico pues posibilita que consten de manera auténtica en los libros y puedan ser tenidas en cuenta por el Registrador, al calificar la capacidad de las personas, aunque no resulten del título presentado. Y, por otra parte, persigue impedir la aparición de terceros hipotecarios amparados en una información incompleta de la situación jurídica extrarregistral.

B) La tesis negativa a la inscripción de estas resoluciones. JERÓNIMO GONZÁLEZ, LACRUZ y CAMPUZANO entre otros, critican la postura legal:

Por su escaso rigor científico, pues el ámbito natural de publicidad de estas resoluciones judiciales es el Registro Civil.

Por su escasa eficacia práctica, pues la inscripción no es necesaria, bastando la aplicación del artículo 33 LH y si el incapacitado carece de bienes inscritos la inscripción se practica en el Libro de Incapacitados del Registro correspondiente, pero si el fundamento de la inscripción es la seguridad jurídica, esta sólo se obtiene si se practica en el mencionado Libro, pero en todos los Registros de España.

EL LIBRO DE INCAPACITADOS.

El RH ha previsto la toma de razón de estas situaciones en el denominado libro de incapacitados.

La reforma reglamentaria de 4 de septiembre de 1998, sustituyó este libro por el llamado “de alteraciones en las facultades de administración y disposición”, de contenido bastante más amplio. Este aspecto de la reforma fue anulado por la STS de 31 de enero de 2001, al entender que esta ampliación del contenido de los libros es materia sujeta a reserva de ley, lo cual determinó que volviera a recobrar su vigencia la normativa anterior a la reforma.

Por ello, el reflejo registral de las resoluciones del art. 2.4 dará lugar a que:

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

si existen bienes y derechos inscritos a favor del sujeto, deba practicarse la inscripción correspondiente en el libro de inscripciones y, en todos los casos, deba practicarse también en el libro de incapacitados.

Las circunstancias de la inscripción que deba practicarse en los Libros de Inscripciones, se recoge en el art. 55 R.H.; en ellas constarán:

- Las generales de toda inscripción, en cuanto sean aplicables
- El nombre, apellidos y vecindad del incapacitado
- La declaración de incapacidad, su especie y extensión
- La designación de la persona a quien se hubiere autorizado para administrar, si la resolución la determina
- Y la parte dispositiva de la resolución judicial, expresando su clase, juzgado o tribunal que la hubiere dictado y su fecha.

En cuanto al Libro de Incapacitados, su normativa se contiene en los arts. 386 a 391 R.H., cuyo contenido esencial puede resumirse indicando que:

– Contenido. En este libro se extenderán los asientos relativos a las resoluciones judiciales de los arts. 2.4 de la ley y 10 del reglamento. La cancelación de tales asientos se lleva a cabo por nota al margen de ellos.

– Mecánica. Presentada la ejecutoria o mandamiento que contenga estas resoluciones, los Registradores, después de practicar en el libro de inscripciones los asientos correspondientes, consignarán en el de incapacitados las circunstancias prevenidas en el art. 55

– Nota de despacho. Una vez extendidos estos asientos, el Registrador pondrá nota al pie del mandamiento expresiva de:

- Haber practicado la inscripción, si la persona tuviere bienes inscritos
- O de que, por carecer de ellos, extendió el asiento correspondiente en el libro de incapacitados, respecto de los bienes que pudiera adquirir en lo sucesivo, expresando el número que tuviere el asiento practicado.

La misma nota se pondrá al margen del asiento de presentación

La ejecutoria, o el duplicado del mandamiento con la nota de despacho, se devolverán al Tribunal de que proceda. El duplicado del mandamiento debe conservarse en el legajo.

– Adquisiciones posteriores. Cuando la persona declarada incapaz en virtud de resolución consignada en el libro de incapacitados adquiera inmuebles o derechos reales, a continuación de la inscripción de adquisición se extenderá la de incapacidad, con referencia al asiento consignado en el libro especial.

Esta inscripción 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.

Pero es que, además, una vez practicada la inscripción en el Libro de Incapacitados, si la persona declarada incapaz para administrar sus bienes

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS...

o disponer de los mismos adquiere algún inmueble o derecho real sobre los mismos, el Registrador, a continuación de la inscripción en la que conste la adquisición de los mismos, inscribirá la incapacidad con referencia al asiento practicado en dichos libros.

La inscripción de esta adquisición requerirá, claro es, que se hayan cumplido los requisitos de legalidad de la misma por la intervención de los representantes legales.

Hay un supuesto no contemplado en la legislación hipotecaria y es que el incapacitado adquiera una finca acompañando al título la resolución judicial declarativa de su situación, con los correspondientes requisitos de representación legal o complementaria de capacidad.

En este caso, después de practicar la correspondiente inscripción de la adquisición, practicará el correspondiente asiento en el Libro de Incapacitados.

Conforme a lo expuesto, la protección registral de los derechos del incapacitado ha de considerarse plena.

En el supuesto de que se pretenda realizar algún tipo de negocio dispositivos o declarativos sobre bienes o derechos de los incapacitados, cuya declaración conste inscrita en el Registro de la Propiedad, los interesados tendrán conocimiento de la situación personal del titular.

El Notario, al solicitar que el Registro le remita la correspondiente nota simple con información continuada regulada en el artículo 175 del Reglamento Notarial, tendrá conocimiento de dicha situación y actuará en consecuencia.

Lo mismo ocurrirá cuando se trata de adoptar medidas ordenadas por la autoridad judicial o administrativa (embargos, prohibiciones de disponer, etc..)

No obstante, y a pesar de lo expuesto, la protección registral de los derechos de los discapacitados no puede considerarse absoluta en nuestro Derecho.

Para que la protección a las personas con discapacidad sea completa, resulta necesario que la publicidad de la resolución judicial llegue a la Institución Jurídica en la que constan inscritos los bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, en definitiva, es necesario que las resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad de obrar de las personas, las que declaren la prórroga o rehabilitación de la patria potestad o por la que se proceda al nombramiento de órganos tutelares, tengan acceso al Registro de la Propiedad.

La situación actual sin embargo, no logra proteger **PLENAMENTE** a los incapacitados y a sus patrimonios en base, entre otras, a las siguientes razones que paso a enumerar:

1.- Las Resoluciones Judiciales, en la práctica, no son remitidas a los Registros de la Propiedad por los Juzgados respectivos ni tampoco por los representantes legales de los incapacitados.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

2.- En los raros supuestos en que dichas resoluciones judiciales accedan al Registro, sólo llegan al Registro correspondiente al del nacimiento del incapacitado con independencia de que en dicho Registro tengan o no bienes o derechos inscritos, ignorando que, sin embargo, puede tenerlos inscritos en otras partes de España.

Esta situación da lugar a que en la práctica se produzcan situaciones “no deseables” sobre bienes de dichas personas merecedoras de especial protección.

Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una persona que otorga un poder con facultades de disposición de bienes inmuebles y que luego deviene en incapaz. El apoderado podría, al menos formalmente, seguir utilizando dicho poder.

O en aquellas otras escrituras en las que el incapaz realiza actos de disposición al ignorar el Notario su situación de incapacidad.

Los mandamientos judiciales o administrativos que ordenen la práctica de asientos (de embargo, demanda, etc.) sobre los bienes de dichas personas y respecto de las cuales la notificación no se ha realizado a sus representantes legales sino al propio incapacitado, etc...

Se trata, por tanto, de arbitrar un sistema que asegure que llegue al Registro de la Propiedad (con lo que de publicidad significa esto) las resoluciones judiciales que modifiquen la capacidad de obrar de las personas.

Y a esta finalidad responde la reciente modificación operada en La Ley de Registro Civil EN MATERIA DE INCAPACITACIONES, CARGOS TUTELARES Y ADMINISTRADORES DE PATRIMONIOS PROTEGIDOS Y DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE, SOBRE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA NORMATIVA TRIBUTARIA CON ESTA FINALIDAD.

El objetivo de la reforma es, como señala su Exposición de Motivos, y dado el principio competencial de territorialidad que rige el Registro Civil, evitar la dispersión de los asientos, pudiendo existir información relativa a un mismo individuo en distintos Registros Civiles Municipales. Por ello, en la actualidad, amplios sectores implicados en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, demandan la introducción de las reformas legales necesarias a fin de que el Registro Civil pueda actuar en este ámbito como un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa.

En lo que aquí nos interesa, la Ley introduce la importante novedad de 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 extiende a las relaciones entre el Registro Civil y los Registros de la Propiedad y

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS...

Mercantiles que reflejen esas situaciones de incapacidad y constitución de patrimonios protegidos, y el Notariado, que autoriza los documentos públicos en que se recogen disposiciones referentes a esta cuestión.

Y, sin embargo, con ser importante lo establecido por esta modificación de la Ley de Registro Civil, lo que aquí se propone es mucho más sencillo, y creo que más práctico y ejecutivo.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de octubre de 1996 sobre medios técnicos en materia de comunicaciones entre Registradores y ordenación de sus Archivos, al tratar de la recuperación de los Índices de los Registros de la Propiedad estableció que era conveniente, también, abordar la centralización informatizada de los datos del Libro de Incapacitados, para conocer la posible restricción de la capacidad de los titulares de bienes y derechos, y así, el artículo 3 de la citada Instrucción estableció el 31 de diciembre de 1997 como la fecha límite en la debía estar centralizada, por vía informática, en el Servicio de índices, la situación de incapacitación de los titulares de fincas o de cualquier persona que conste en el Libro de Incapacitados.

Lo ordenado en esta Instrucción se cumplió absolutamente y es trascendental en lo que a protección registral de los derechos de los incapacitados se refiere.

Desde el mismo momento en que en cualquier Registro de la Propiedad de España se inscribe una resolución judicial de incapacidad, esa inscripción, a través del sistema informático del Colegio va a ser transmitida a la totalidad del los Registros de España, de manera que cualquier operación jurídica que se realice sobre bienes de dichas personas en cualquier lugar de nuestra geografía y que acceda a cualquier Registro, en este se recibirá un aviso “pantallazo” advirtiendo la situación de incapacidad de dicha persona y permitiendo a los Registradores calificar en consecuencia

Pero, vuelvo a insistir, lo que ocurre es que esas Resoluciones judiciales declarando la incapacidad (sobre todo si el incapaz no tiene bienes) no llegan a los Registros.

El llamamiento que desde aquí se realiza es que por parte de las Autoridades Judiciales se remitan al Registro de la Propiedad de su localidad la resolución por la que se declare la situación de incapacidad de una persona.

Si así se hiciera, creo que se conseguiría la mayor protección posible tanto de las personas con discapacidad como de aquellos que se relacionen con su patrimonio.

VI. LA FUNCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCION Y DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Carlos Ganzenmüller Roig.
Fiscal del Tribunal Supremo.

Nuria López-Mora González.
Fiscal del TSJ de Madrid.

Eduardo Fungairiño.
Fiscal de Sala del Tribunal Supremo.

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, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos en igualdad con los demás, mediante los apoyos personales o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

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.

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 la actividad del Ministerio Fiscal en este ámbito, destacan una serie de fases o de intervenciones progresivas que es preciso diferenciar:

1.- FASE PREPROCESAL:

Acceso del ciudadano a la Fiscalía.

Las Fiscalías de toda España especializadas en la protección de personas con discapacidad deben darse a conocer a los ciudadanos, con el fin de que éstos puedan dirigirse de forma directa al fiscal.

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

Este acceso cobra especial relevancia en todos los supuestos de maltrato personal o económico a la persona con discapacidad, ya que desde el momento en que se proporcione tal información, la Fiscalía procederá a la apertura de las Diligencias Preprocesales correspondientes, y a la **promoción de las medidas urgentes de protección**, que coordinará con los juzgados para la constitución del apoyo que corresponda y con la urgencia que cada caso requiera.

Si la situación lo exige, la medida podrá ser propuesta por el fiscal y adoptada por el juez incluso con anterioridad a la presentación de la demanda, (si bien una vez acordada por el juzgado, la ley prevé un plazo de veinte días desde su adopción para la interposición del escrito de demanda).

Especial trascendencia tiene en este momento la labor de comunicación e información a la fiscalía, ya que no en todos los supuestos en los que nos encontramos con una persona con discapacidad, va a ser necesaria la iniciación del procedimiento de modificación de la capacidad y propuesta de apoyos necesarios o específicos que complementen su capacidad natural.

El acceso a la Fiscalía lo tiene cualquier ciudadano, persona física o jurídica, que tenga conocimiento de la existencia de una persona con discapacidad en situación de desprotección, o que carezca de los apoyos que impidan su participación en la sociedad. (No obstante, las autoridades o funcionarios públicos que por razón de su profesión tengan conocimiento de la existencia de la posible incapacidad de una persona, tienen la obligación de ponerlo en conocimiento del M. Fiscal.).

En la tramitación de las diligencias preprocesales encaminadas a la averiguación de la necesidad o no de protección de las personas con discapacidad y su patología, el Ministerio Fiscal podrá contar en el ejercicio de las atribuciones a él encomendadas por su Estatuto Orgánico, además de los Médicos Forenses, con la debida colaboración de los médicos de la Seguridad Social que presten sus servicios tanto en salud mental como en atención primaria, recabando de los mismos los informes médicos que fueran precisos.

En todos aquellos momentos en que se requiera, la autoridad correspondiente, deberá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad del Poder Judicial o, en su defecto, de otras instituciones.

Para el caso de las personas sordas o con deficiencias en la comunicación, no debe faltar el/la intérprete de lengua de señas u otros profesionales, según la necesidad.

En cada caso el fiscal examinará las circunstancias concurrentes y valorará cada situación, atendiendo fundamentalmente “al interés de la per-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

sona con discapacidad”, de modo que si esta cuenta con los apoyos necesarios para asegurar su protección y participación social, archivará las diligencias por ser innecesario en estos casos la iniciación de un procedimiento para el complemento de su capacidad. Si, por el contrario, la persona con discapacidad se encuentra en situación de desatención o de falta de apoyos, su estado especialmente vulnerable requerirá de la actuación del Ministerio Fiscal.

De las Diligencias Preprocesales.

El fiscal cuenta con los medios de investigación oportunos para averiguar tanto el área económica de la persona con discapacidad (la comunicación a Hacienda informa al fiscal de cualquier bien o valor que figure a su nombre), como en los personales ó relativos a su salud (comunicaciones u órdenes de valoración dirigidos a los Centros de Salud Mental, Hospitales, y demás servicios públicos que puedan conocer de su situación). Esta información servirá de base a la fiscalía para concretar exactamente los apoyos a articular judicialmente).

En la tramitación de las Diligencias Preprocesales que se siguen para cada persona con discapacidad, rige el criterio del interés superior de ésta: ningún conflicto entre parientes o dependencia emocional debe de pasar inadvertidos, por ello los informes psico-sociales son también vitales en este período, ya que aportan una perspectiva panorámica y objetiva sobre la vida de cada persona, determinantes para el estudio de cada caso.

Cuando existiere **Conflicto de intereses** entre los familiares de la persona con discapacidad, el fiscal puede encauzar su acceso a la **Mediación**, figura que si bien en el ámbito del Derecho de Familia tiene mayor difusión, no deja de ofrecer al ciudadano una vía concreta de solución de sus problemas en el reparto de las tareas ya sean de gestión patrimonial, ya de cuidado personal, para el cuidado de su pariente con discapacidad.

Las relaciones de la persona con discapacidad con las demás personas de su entorno cotidiano, ya sean familiares o no, son importantes para que el Fiscal pueda concretar en la demanda la **propuesta de la persona de apoyo** (a la que haremos referencia a continuación).

En estas diligencias se deben determinar la situación personal, patrimonial y social de la persona, siendo necesario especificar la CAUSA (deficiencia física, psíquica, intelectual o sensorial, grave y de carácter persistente) y el MOTIVO, (situación de desprotección que le impida gobernarse por sí mismo).

2.- FASE PROCESAL:

Presentación de la Demanda.

La gran mayoría de las demandas dirigidas a la constitución de los apoyos de las personas con discapacidad se inician por la Fiscalía. Por lo tanto, hasta que en nuestro derecho interno se realice la esperada adecuación a la Convención, es necesario introducir “de facto”, en el procedimiento de incapacitación la exigencia de que se especifique con claridad en la demanda cual es el motivo (necesidad, objetivo, problema) que ha llevado a interponerla.

Ello permitiría analizar la capacidad actual de la persona en relación con un solo acto o negocio jurídico, el que importa, y puede ser evaluable con alguna precisión. De modo que quién sostenga la falta de capacidad de la persona en relación a ese acto concreto deberá explicar qué pretende con dicha declaración y en qué medida declarar esa inhabilidad va a su suponer un beneficio para aquélla.

Cada demanda debe de contener un diseño específico de apoyos adecuado a la persona con discapacidad a la que se refiere. La propuesta dirigida al juzgado debe de tener en cuenta el tipo de discapacidad de cada persona, y prever incluso la posibilidad de establecer mecanismos de revisión tras la finalización del procedimiento judicial, ya que la discapacidad es cambiante y dinámica, y el deber del Fiscal es tener en cuenta también estas situaciones.

Estamos en un tipo de procedimiento en el que no rigen los plazos preclusivos, pudiendo en cualquier momento el fiscal solicitar al juez, y a éste acordar de oficio, cuantas diligencias puedan contribuir a clarificar la situación de la persona a que se refiere, y desde luego, la adopción de cualquier medida necesaria para la protección de la persona con discapacidad, ya sea de naturaleza personal ya patrimonial.

El fiscal procurará durante la tramitación del procedimiento que el juzgado reciba toda la información necesaria para que el sistema de apoyos de la persona a que se refiere sea real y efectivo, siendo aplicables las pautas señaladas en la fase preprocesal sobre los criterios de actuación de la Fiscalía en esta fase en la que el procedimiento ya ha comenzado.

Puede proponer –además de las solicitadas en la demanda por él mismo o por otra parte cuando no es el demandante–, nuevas pruebas complementarias a las que de oficio ha de practicar el juez (examen personal de la persona con discapacidad, audiencia de parientes e informe pericial).

La finalidad probatoria debe de encaminarse no sólo al diseño ya explicado de los apoyos que cada persona necesita, sino también al nombramiento de quien ha de apoyarle: ésta **persona de apoyo** será la que

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

complemente la capacidad para lograr la plena y efectiva participación en la sociedad y goce de sus derechos y libertades.

La **persona de apoyo**, normalmente propuesta por el Fiscal en la demanda, será objeto principal de la prueba en esta fase procesal, pudiendo ser evaluada su idoneidad a través de los informes psico-sociales que sirven de apoyo a los juzgados. Precisamente, el contenido de su misión debe de quedar concretado en la sentencia, y conforme al mismo habrá de ejercitar su cargo teniendo en cuenta el interés superior de la persona con discapacidad, y siempre bajo la supervisión del juzgado y del Ministerio Fiscal.

La elección de la persona de apoyo dependerá de cada caso concreto, y en el supuesto en el no existan familiares o personas idóneas cercanas, el Fiscal habrá de proponer y el juez nombrar a la institución que más se adecue al perfil de la discapacidad padecida, sin olvidar que en el ámbito fundacional existe una pequeña pero valiosísima oferta de organizaciones dedicadas a garantizar tal apoyo.

Por ello deberán promoverse y fomentarse las diferentes tipologías de apoyo que den respuesta a las diferentes necesidades de las personas con discapacidad y que permitan la elección personal entre diferentes opciones. Factores como edad, género, cultura, preferencias religiosas, así como otros similares factores deben tenerse en cuenta, así como las necesidades expresadas por las personas con diferentes tipos de discapacidad.

Esta tipología de apoyo, la contempla la Convención bajo una perspectiva abierta, por lo que en nuestra legislación actual tiene un difícil encaje, pero en el derecho comparado se reconocen expresamente a modo de ejemplo: las redes de apoyo, el administrador patrimonial, los servicios comunitarios, el apoyo mutuo, el asistente personal, y la planificación anticipada mediante la auto tutela.

El papel de las Instituciones Tutelares será muy importante, en la labor de asesoramiento para la determinación de los apoyos, a las personas con discapacidad, como pone de manifiesto el Art. 4. de la Convención, pues, como se ha avanzado, sus conocimientos y experiencias, serán un punto de partida y garantía del nuevo sistema.

Mención especial hay que hacer respecto de la Tutela institucional o automática, pieza fundamental de nuestro actual sistema, que entendemos compatible con la Convención cuando sea necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse ocasionalmente o de forma continuada, siendo aconsejable en todo caso, la individualización de las funciones o actividades prestadas, en orden a su eficacia, preservando íntegramente “el interés de la persona con discapacidad”, frente a cualquier otro.

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

En este supuesto, las funciones de vigilancia y control de la tutela no deberá omitirse ni relajarse.

Problemas suscitados entorno a la cuestión de competencia.

Ante los muchos problemas prácticos que suscitan, merece la pena detenerse un instante en el examen de las cuestiones de competencia para conocer los procesos relativos a la determinación de la capacidad, medios de apoyo y salvaguardias, que recaerá si los hubiera en los juzgados especializados de Protección a las personas con discapacidad, o conjuntamente con los de Familia, cuya competencia exclusiva desempeñarán en uno o mas partidos judiciales.

Pero en aquellos partidos judiciales donde no los hubiera, sería conveniente que por acuerdo del Juzgado Decano se articulara un sistema de reparto, en que esta materia recayera en un juzgado determinado. Con ello, se podría optimizar al máximo, los escasos medios materiales y personales destinados al efecto: Institutos de Medicina Legal, jueces y fiscales especialistas, psiquiatras, áreas de salud mental, trabajadores sociales, etc.

En relación a la competencia territorial, la interpretación que debería darse al art. 756 LEC, es la de determinar la competencia siempre a favor del lugar de residencia de la persona a la que se refiera la declaración que se solicite, siendo una excepción, y sin que se produzca el efecto prevenido en el art. 411 LEC de la “jurisdicción inamovable”.

Doctrina establecida por el Tribunal Supremo en el Acta de la Reunión del Pleno de la Sala Primera para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales (art. 264 LOPJ), celebrada el 16 de diciembre de 2008, para los internamientos y ejercicio de la tutela, que en base al principio de inmediatez y de eficacia se considera como Tribunal competente, el del lugar en que en cada momento resida la personada a la que se refiera la declaración que se solicite, aunque en relación al procedimiento de determinación de la capacidad y acciones comprendidas en el art. 756 LEC, se ha entendido, que la competencia la marca la diligencia de reconocimiento judicial de la persona con discapacidad, a partir de cuya práctica resulta inamovable.

De las demandas con fines inapropiados.

Son muchos los supuestos, en los que se requiere por los padres, familiares o allegados de la persona con discapacidad, que por parte del Ministerio Fiscal se presente la demanda de incapacidad (en la terminología antigua), con un gran sufrimiento personal, sin estar plenamente convencidos de que ese paso es necesario e inevitable, y sin que quede

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

acreditada la conveniencia de su iniciación y la eficacia de la resolución que se vaya a dictar en su día.

Se trata de procesos que se inician sólo para resolver temas muy puntuales, tales como:

- 1.- Personas que no pueden vivir solas.
- 2.- Personas que no tienen o no conservan los hábitos necesarios de higiene y alimentación.
- 3.- Personas que no quieren irse a vivir a una residencia.
4. Personas que no tiene liquidez o disponibilidad económica, para contratar personas, servicios u otro tipo de ayudas que completen sus limitaciones o falta de habilidades para vivir de forma totalmente independiente.
- 5.- Personas que, en un futuro más o menos próximo, pueden llegar a no ser conscientes de su verdadero estado de salud, y colocarse por ello en una situación que les impida dar un verdadero consentimiento informado a una intervención quirúrgica o a un tratamiento médico.
- 6.- Personas, que con la evolución de su enfermedad pueden colocarse en situación de no saber o comprender operaciones o actuaciones complejas: contratos, operaciones crediticias, administración del patrimonio etc.

A la luz de la Convención, entendemos que iniciar un procedimiento de determinación de la capacidad para conseguir alguna o algunas de las finalidades anteriores u otras de igual naturaleza, no es sólo dar una finalidad contraria al espíritu de proteger el interés de la persona con discapacidad, sino, ignorar la finalidad del mismo en los términos de la Convención.

Lo que no significa, que no haya que subvenir a las necesidades arriba descritas y resolverlas con celeridad y eficacia, pero a través de procedimientos e instituciones diferentes contempladas en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Del contenido mínimo de la sentencia.

Se deberá dar una efectiva aplicación al contenido del art. 760 LEC, y teniendo en cuenta la voluntad y preferencias de la persona a la que se refiere, deberá establecer con total individualización:

- a) El régimen de apoyos y salvaguardias.
- b) Persona o personas, o Institución en quien recaiga el nombramiento.
- c) Los mecanismos de control para su desarrollo.
- d) La duración temporal de los apoyos y su revisión, cuando así proceda.
- e) El plan de actuación del apoyo designado, cuando este sea “el mas intenso”, y se confiera al apoyo de hecho, la representación del tutelado.

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

f) Preservación del derecho al voto. Deberá interpretarse la Ley general Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, y así, con el fin de respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, no podrá privarse del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, y siempre de manera motivada.

g) Privación de los permisos de armas o de conducir cuando constituyan un riesgo para la propia persona o sus conciudadanos.

3.- FASE DE VIGILANCIA Y CONTROL DEL APOYO DETERMINADO.

En relación a la persona y su inclusión social.

Incide la Convención en el apartado nº 4 del art. 12, regulando las salvaguardias que debe tener en cuenta la autoridad judicial, en la importancia de la vigilancia y control efectivo de los apoyos establecidos, bajo el principio de temporalidad y conocimiento puntual de la persona, de su patrimonio, inclusión social y vida independiente.

La Instrucción nº 4/2008, de 30 de Julio de 2008, “Sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas con discapacidad”, impone a los Fiscales la obligación de solicitar anualmente de los Juzgados correspondientes, que se requiera a todos los tutores para que informen de forma amplia y razonada sobre la situación de las personas con discapacidad, así como sobre su patrimonio, procurando adecuar los dictámenes e informes al contenido de la presente Instrucción.

El tutor está obligado a velar por el tutelado en los términos expresados en el art. 269 CC, en cuyo punto 4 impone a aquel la obligación de informar al Juez cada año de la situación personal del incapacitado, lo que no obsta a la posibilidad de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 232 CC o en el último inciso del art. 233 CC, respectivamente, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.

Esta obligación genérica, debería concretarse judicialmente cuando el apoyo acordado sea “el mas intenso”, es decir, cuando el complemento que debe prestarse a la capacidad de ejercicio de la persona que carece de autonomía de voluntad, incluya actividades representativas y excepcionalmente sustitutivas.

En este caso, deberá estudiarse la implantación de un “Plan de protección individualizado”, que comprenda, además de los deberes legales que hemos denominado generales, los específicos y particulares adaptados a las necesidades del caso, con pleno respeto a los derechos, a la vo-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

luntad y preferencias de la persona apoyada, preservando su interés superior.

Los Fiscales deberían propugnar la configuración de dichos “planes” a fin de determinar y controlar la efectividad de los apoyos nombrados.

En relación al patrimonio.

Paralelamente a lo señalado, deberá igualmente establecer la vigilancia sobre el patrimonio del tutelado durante el ejercicio de la tutela, estableciendo el CC., las cautelas encaminadas a la protección del patrimonio del tutelado, que el tutor debe desarrollar para, de un lado, determinar cuál es la situación patrimonial inicial de la persona sometida a tutela —la formación del inventario—, así como para asegurar aquellos bienes de extraordinario valor que no deben quedar en poder del tutor —el depósito—, y finalmente, garantizar la conservación del patrimonio durante el ejercicio de la tutela mediante la rendición de cuentas con carácter anual, sin perjuicio de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento exigir del tutor que informe del estado de la administración.

Hay que tener también en cuenta que sobre la importancia de estas actuaciones la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, “de protección patrimonial de las personas con discapacidad”, señala, que uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.

Y de conformidad al art. 5 de dicha Ley, la administración del patrimonio protegido puede estar encomendada a persona distinta del tutor, estableciendo el art. 7.1 que “la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza”.

En virtud de las expresadas funciones de vigilancia atribuidas al Ministerio Fiscal, es preciso establecer las pautas necesarias para controlar y conseguir no sólo la conservación del patrimonio del tutelado, sino, en la medida de lo posible, una adecuada y prudente rentabilidad.

4.- LOS INTERNAMIENTOS.

Se propone el abandono de la denominación peyorativa de “INTERNAMIENTO”, sustituyéndola por la de “INGRESO”, habida cuenta que

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

el procedimiento para la autorización o aprobación judicial del ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico no es una sanción, sino el instrumento jurídico que pretende resolver el conflicto de intereses entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la integridad física y moral de las personas. De donde se desprende que la falta de equilibrio y ponderación en la actuación de los poderes públicos y de los particulares, puede provocar una lesión de los derechos cuya protección se persigue, tanto por exceso (limitación injustificada de la libertad), como por defecto (desprotección de la integridad física y moral).

La Convención propugna un absoluto control judicial para todos los ingresos no voluntarios, ya que lo que está en juego es garantizar el Derecho a la Libertad de las personas que por razón de trastorno psíquico, no están en condiciones de decidir por sí mismos, pretendiéndose con la “medida excepcional” del ingreso no voluntario regulada en el art. 763 LEC, la protección del derecho a la libertad de todos aquellos que lo precisan, por tener alteradas sus facultades psíquicas, no sólo como una medida exclusivamente terapéutica, sino fundamentalmente, como cauce para asegurar la protección del propio enfermo y de la comunidad.

Es preciso incidir una vez más, que el art. 763 LEC constituye una norma procesal que, prevista para un supuesto concreto, no puede reconducirse a una categoría única, pues encierra en sí misma, un conjunto de actividades heterogéneas – presupuestos, competencia, actividad probatoria, resolución y control de continuación – conducentes a un único fin, cual es, que el ingreso no voluntario se realice “regularmente”, es decir, sin menoscabo de las garantías contempladas en el precepto, y con respeto a los Derechos Fundamentales que allí se protegen.

Y constituyendo, “discapacidad” e ingreso no voluntario situaciones jurídicas distintas, independientes, autónomas, que no se exigen mutuamente, pero que tampoco se excluyen, deberá tenerse en cuenta que, de un lado, el ingreso no voluntario puede ser una medida cautelar adoptada en un procedimiento de modificación de la capacidad, así, el art. 760 LEC, en sede del procedimiento de determinación de la capacidad, señala expresamente que la sentencia que declare la incapacitación se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del incapacitado, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763. Y por otro, que el art. 763 LEC permite iniciar el procedimiento de modificación de la capacidad, pues conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 (legitimación en los procesos de determinación de la capacidad): cualquier persona está facultada y la autoridades y funcionarios deben poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la modificación de la capacidad de una persona.

Respecto al derecho de defensa, dado que el Ministerio Fiscal nunca asumirá la defensa en los procedimientos de ingresos no voluntarios, ya

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

que interviene y debe limitar su actuación, a la de “dictaminador” y como no es preceptiva la intervención de abogado y procurador en esta clase de procedimientos, la LEC en el art. 763.3 la permite cuando establece que “En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley”, se deberá, conforme al principio de “igualdad” propugnado por la Convención, garantizar el nombramiento de abogado y procurador .

Cuestión también muy debatida se presenta en los ingresos asistenciales no voluntarios de personas de avanzada edad, en Centros o Residencias, donde se discute si es precisa o no la autorización Judicial prevista en el art. 763 LEC, pretendiéndose de este modo garantizar y armonizar el derecho a la libertad (art. 17 CE) con el derecho a la salud (art. 43 CE), en aquellos casos en que la protección de ésta requiere una limitación del derecho a la libertad, mediante el ingreso y tratamiento en un Centro adecuado.

Actualmente creemos superada esta polémica, pues la ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en sus Arts. 2 y 4, así lo exige.

El control periódico de los ingresos no voluntarios previsto en el Art. 763.4 LEC, no puede ser calificado como un mero incidente de un procedimiento principal, al no tratar de resolver una cuestión distinta de lo que constituye el objeto de dicho procedimiento pero que guarde relación de conexidad con el mismo, sino de pronunciarse en cada caso y momento acerca de la cuestión misma de la autorización del ingreso, que puede mantenerse o dejarse sin efecto.

Cada una de esas resoluciones produce, por tanto, efectos constitutivos.

Reducir el control de la continuación o no del ingreso no voluntario a la recepción de los informes de parte emitidos por los facultativos de la Residencia o Centro en la que se ha practicado el ingreso, no está en consonancia con lo que exige la importancia e intensidad del derecho que se limita, y la Convención en ningún caso lo avala.

Por ello, el control periódico de la medida de ingreso no voluntario debería comportar al menos:

- a) La audiencia a la persona a quien le afecta la medida,
- b) Los informes de los facultativos que atienden a la persona ingresada,
- c) El informe del médico forense o de un facultativo designado por el Juez, distinto e independiente del Centro o Residencia.

Siendo función del Ministerio Fiscal el control de las actuaciones de los guardadores de hecho, se deberá extremar el celo para conseguir la conservación, y en la medida de lo posible, el incremento del patrimonio

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

de las personas afectas de discapacidad ingresadas de forma no voluntaria que estén bajo su guarda, asegurando que éste sólo se destina a la atención y bienestar de la persona con discapacidad, evitándose con ello cualquier situación de abuso.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal para dar cumplimiento a esta facultad—deber le atribuye en el Art. 4.2º la función de “Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de nuestro respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información se estime conveniente”, se deberán establecer en cada Fiscalía las pautas de actuación necesarias y encaminadas para que por los Fiscales encargados de la protección de las Personas con discapacidad se proceda a la inspección periódica de los Centros, Residencias o Pisos Tutelados, actividad que deberá comprender cuanto menos los siguientes extremos:

- a) El control de la regularidad de la estancia de cada uno de los residentes, al tener auto de autorización de ingreso no voluntario que así lo autorice, o solicitud en su caso,
- b) El control de las personas con sentencia de determinación de la capacidad,
- c) El control de los intereses patrimoniales de los ingresados,
- d) El control del Funcionamiento de la Residencia, Centro o Piso Tutelado, a través de la posesión de la correspondiente autorización administrativa,
- e) El cumplimiento de los controles periódicos, y
- f) Cualesquiera otras que se desprendan de las anteriores, y muy especialmente las condiciones en las que se encuentra la persona en relación a tratamientos farmacológicos, contenciones mecánicas y controles visuales a través de cámaras de televisión, etc..

5.- CUESTIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO DE ACCESO A JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ART. 13 DE LA CONVENCIÓN.

La Convención, configura “el Acceso a 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, para conseguir el eficaz ejercicio de sus derechos, en igualdad con los demás, mediante los apoyos personas o técnicos necesarios, para adecuar su grado de autonomía personal en este ámbito.

A tales propósitos se concluye:

- a) La necesidad de la adaptación real del órgano judicial para la plena protección de la persona con discapacidad, mediante la creación de nue-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

vos espacios que garanticen la accesibilidad a la justicia (medios de transporte adecuados para que los ciudadanos lleguen a las sedes judiciales, accesibilidad del inmueble, condiciones de espera, colocación física de los profesionales sin escalones, estrados o banquillos, en espacios cómodos y accesibles.)

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

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

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

Especialmente exigible a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal es que la práctica de la prueba en el proceso se realice asegurando la proximidad y la comunicación con la persona con discapacidad.

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

c) La capacitación del personal de la Administración de Justicia que los poderes públicos promoverán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.2 de la Convención, implica que las autoridades judiciales, el ministerio fiscal, y el personal de apoyo a cargo del proceso, deberán recibir la debida formación, mediante el diseño de programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad.

Esta formación especializada se extenderá a la Escuela Judicial, Centro de Estudios Jurídicos, Universidades, Colegios de Abogados y Procuradores, Academias de formación de Policías, etc..., a fin de que reciban la formación adecuada en orden al trato que deben dispensar a las personas con discapacidad y conozcan los mecanismos legales para evitar cualquier causa de victimización secundaria.

A estos, se diseñarán, programas y cursos especialmente encaminados a la sensibilización de los operadores jurídicos ante la situación de la persona con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia.

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

d) Resulta por tanto imprescindible promover la especialización de los fiscales encargados de la protección de las personas con discapacidad (art. 13.2 Convención), asegurando la necesaria unificación de criterios, mediante:

La convocatoria de Juntas provinciales de los fiscales encargados de los Servicios de Protección, con la participación del fiscal jefe con el fin de dar valor a los acuerdos.

Reuniones en el ámbito de las Comunidades Autónomas para la unificación de actuación en materia de legislación y de administración territorial.

Reuniones de ámbito nacional con la adopción de los acuerdos pertinentes.

Elaboración anual del Plan de Actuación de cada fiscalía, que con el visto bueno del fiscal jefe pueden marcar la disponibilidad del servicio.

e) Las Fiscalías deberán organizarse con arreglo al citado principio de especialización, debiendo contar con el apoyo de trabajadores sociales, psicólogos, médicos forenses, peritos económicos y policía.

Este equipo multidisciplinar, que deberá prestar sus servicios en la misma sede, habrá de ser coordinado por fiscales con dedicación exclusiva y seguir un protocolo de actuación.

En las fiscalías pequeñas habrá de seguirse el principio de la concentración en los mismos fiscales del despacho de los asuntos relativos a la especialidad.

f) En la tramitación de las diligencias preprocesales encaminadas a la averiguación de la necesidad o no de protección de las personas con discapacidad y su patología, el ministerio fiscal podrá contar en el ejercicio de las atribuciones a él encomendadas por su Estatuto Orgánico, con la debida colaboración de los médicos de la Seguridad Social que presten sus servicios tanto en salud mental como en atención primaria, recabando de los mismos los informes médicos que fueran precisos.

En todos aquellos momentos en que se requiera, la autoridad correspondiente, deberá solicitar, con la prontitud debida, la colaboración de especialistas en psicología, trabajo social, comunicación, educación especial y discapacidad del Poder Judicial o, en su defecto, de otras instituciones.

Para el caso de las personas sordas o con deficiencias en la comunicación, no debe faltar el/la intérprete de lengua de señas u otros profesionales, según la necesidad.

g) Medios materiales. Todos los operadores jurídicos en el sentido señalado, dispondrán de los servicios informáticos y de comunicación necesarios, para garantizar los controles necesarios de las causas y medidas adoptadas, así como para la elaboración de una estadística unificada y fiable.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

h) Debe garantizarse la eficacia del sistema de protección a través de la revisión periódica de las personas cuya capacidad fue modificada por causa del padecimiento de enfermedades de afectación cambiante, actualizando si fuera preciso el apoyo constituido en su día en la sentencia de incapacidad. Se proponen plazos de 2 a 3 años.

i) Cuando la policía judicial o los servicios sociales cumplan funciones de instrucción o de colaboración judicial, procurarán que la atención de los casos se ajuste a lo dispuesto en los puntos comprendidos en estas directrices.

Además, debe proveerse de la capacitación necesaria y suficiente de los funcionarios, en general, para que aborden los casos de manera adecuada y profesional, en aras de cumplir con los objetivos anteriormente propuestos.

j) Finalmente es conveniente el estudio por parte de los Poderes Públicos de los Estados firmantes de la “Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad” de la necesidad de incrementar los Centros de Atención especializada para el control y tratamiento, en régimen de internamiento o ambulatorio, de las personas con discapacidad.

6.- ORGANIZACIÓN DE LAS SECCIONES DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Instrucción nº 4/2009, de la Fiscalía General del Estado de 29 de diciembre de 2009, “Sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas”, establece una clara actividad especializada de los Fiscales en esta materia, al concretar las conclusiones siguientes:

Primera.- En todas las Fiscalías Provinciales se constituirá una Sección de lo Civil que estará integrada por el número de Fiscales que se estimen precisos, atendiendo a las necesidades derivadas de los servicios que debe atender el Ministerio Fiscal en dicho territorio.

Segunda.- Cuando el volumen o las características de la actividad lo aconseje y la plantilla lo permita, los Sres. Fiscales Jefes de Área promoverán la constitución de una Sección de lo Civil para actuar en el ámbito de su competencia territorial, adscribiendo a la misma a Fiscales que se encargarán de la atención específica de los asuntos relativos a esta materia.

Tercera.- Las Secciones de lo Civil tendrán competencia especializada para el despacho de los asuntos relativos al orden jurisdiccional civil.

Cuarta.- Los Sres. Fiscales adscritos a la Sección de lo Civil podrán compatibilizar su actividad especializada actuando también en otros ámbitos y materias, sin perjuicio de su dedicación exclusiva cuando las necesidades de servicio así lo aconsejen.

LA FUNCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LA PROMOCIÓN...

Quinta.- Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, establecerán 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.

Sexta.- La organización de las Secciones de lo Civil y la articulación del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas 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.

Séptima.- Las Fiscalías que actualmente tienen establecido dicho régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas, podrán mantener su estructura sin necesidad de nueva designación de sus miembros, dentro del marco de la Sección de lo Civil del territorio de que se trate.

Octava.- En cada Fiscalía, deberá procurarse que las funciones del régimen especializado en materia de discapacidades y tutelas sean asumidas al menos por dos Fiscales con el objeto de dar continuidad al tratamiento de los asuntos, con posibilidad de suplencias entre ellos en períodos de vacaciones, permisos, vacantes u otras eventualidades.

Novena.- 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.

Décima.- Los acuerdos de las Juntas de Fiscales en materia de personas con discapacidad y tutelas serán remitidos al Fiscal Jefe de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Delegado del Fiscal General del Estado para la jurisdicción civil, a los efectos de supervisión, coordinación y unificación en esta materia.

A MODO DE CONCLUSIÓN.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad “es un instrumento básico en la guía de nuestra intervención en los procesos de capacidad y resulta de extraordinaria ayuda en la comprensión de los problemas que se suscitan en el día a día de las personas con discapacidad, su entorno familiar y asociaciones que los apoyan en el logro de una vida participativa, independiente e igualitaria.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Su lectura serena nos demuestra que sus mentores son profundos conocedores de la situación en que se encuentran las personas con discapacidad, sus problemas cotidianos, sus necesidades más apremiantes...pero también su sensibilidad, sus valores, sus aspiraciones, desde una perspectiva de extraordinaria practicidad.

La Convención, que se origina en la creencia de que la sociedad internacional tiene “una deuda pendiente” con las personas con discapacidad, cuyos derechos no están lo suficientemente garantizados, no sólo va dirigida a “Los Estados Partes” o a los directamente interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad.

Y muy especialmente se dirige, a los que desde la administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se incluyan y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática.

En este empeño, estaremos siempre comprometidos.

VII. PERSPECTIVA JUDICIAL

COORDINADOR:

Juan Manuel Fernández López
Abogado. Magistrado Excedente.

INTRODUCCION

Las Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, tiene una gran trascendencia por cuanto que a nivel internacional se viene a reconocer a las personas que padecen discapacidad plenitud de derechos, en igualdad con el resto de los ciudadanos, al tiempo que se sanciona la obligación de los Estados Partes de la Convención a dotar a aquéllas de las ayudas y medios precisos para la adecuada protección en el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus necesidades.

Los Estados que han ratificado la Convención convierten a la misma desde el acto de la ratificación en norma de obligado cumplimiento en su territorio, lo que obligará consecuentemente a llevar a cabo las pertinentes modificaciones de la legislación interna para su adecuación a la norma internacional.

El reconocimiento pleno de los derechos de los discapacitados llevó, sin duda, a que la Convención se ocupe también de garantizar su acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás mediante los ajustes necesarios que posibiliten ese régimen de igualdad.

Prestigiosos magistrados, que sirven en los distintos órdenes jurisdiccionales, se han ocupado de reflexionar sobre las aportaciones que hace la Convención y los ajustes a que obliga en los distintos ámbitos de la aplicación del Derecho, aportando su parecer, que siempre ha de considerarse como personal, sobre la materia.

Todas estas aportaciones referidas al ámbito de los distintos órdenes jurisdiccionales se ofrecen a continuación en la seguridad de que a todos nos ilustrarán y harán reflexionar para mejor contribuir a que sea una realidad la garantía de igualdad en el acceso a la justicia de las personas que padezcan en mayor o menor grado discapacidad.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

Juan Manuel Fernández López

Abogado–Magistrado excedente

Carmen M^a Simón Rodríguez

Magistrada del Jdo. 1^a instancia, 15. Las Palmas

Vicente Magro Servet

Presidente Audencia Provincial de Alicante. Doctor en Derecho

CAPACIDAD JURIDICA PLENA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y APOYOS EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD DE OBRAR: ASPECTOS PRINCIPALES DE LA CONVENCION DE LA ONU YA CONTEMPLADOS POR NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO

Nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a derechos y deberes de la persona física viene tradicionalmente sustentado en la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Como señala Díez Picazo²³, “*La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones. Toda persona, por el mero hecho de serlo, posee capacidad jurídica. La capacidad jurídica es, en tal sentido, un atributo o cualidad esencial de ella*”.

“*La capacidad de obrar, en cambio, es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos, o, en otros términos, la capacidad para adquirir y ejercitar derechos y asumir obligaciones. Esta capacidad no corresponde por igual a todos los que poseen la capacidad jurídica. Depende del estado civil, de ciertas cualidades que el ordenamiento jurídico toma en consideración (mayor o menor de edad, capacitado o incapacitado, etc.) por cuanto determinan un diferente modo de ser o estar en la comunidad. Según sea el estado civil de la persona, así será el radio de acción de su capacidad de obrar*”.

“*La capacidad de obrar puede ser plena o encontrarse limitada o restringida. Se denomina capacidad de obrar plena aquella que habilita al*

²³ Díez Picazo, L y Gullón, A.: “*Sistema de Derecho Civil*”, vol, I, tecnos 1978, pp. 260

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

sujeto para realizar por sí mismo, con plena eficacia cualquier acto jurídico que afecte a la esfera de dicho sujeto. La capacidad de obrar se encuentra limitada o restringida cuando los actos jurídicos de la persona o algunos tipos de ellos (por ejemplo, actos de enajenación, de disposición, etc.) no llegan a ser plenamente eficaces. Existe una normal presunción de capacidad plena, por ser esta idea la más conforme con los principios de libertad y libre desarrollo de la persona. La capacidad limitada o restringida representa de esta manera una excepción. Como consecuencia de ello, las normas que favorecen la capacidad plena deben considerarse de interpretación extensiva y las que la reducen o limitan de interpretación restrictiva.”

Ya el profesor de Castro hacía una similar y clara diferenciación de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar. Así definía la primera como cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que le afectan²⁴ Está unida a la persona mientras existe, desde el momento del nacimiento hasta su muerte. Mientras que la capacidad de obrar la define de Castro²⁵ *“como la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado– la eficacia jurídica de sus actos, por tanto, el que tiene capacidad de obrar puede realizar validamente actos jurídicos; puede estar afectada por la aptitud natural del individuo (cuya falta puede venir de una mínima edad o dar lugar a la incapacitación), pero depende directamente del estado civil, por lo que cada persona tendrá la capacidad de obrar que la ley reconoce al estado civil que tiene”*.

“Esta cualidad no es otra cosa que la aptitud para el ejercicio de los derechos y deberes, cuya aptitud implica la eficacia jurídica de los actos de ejercicio de sus derechos y deberes. García Amigo²⁶ considera la capacidad de obrar como la idoneidad para actuar válidamente en el mundo del Derecho, es decir, la aptitud para realizar actos jurídicos.”

Este sistema de derechos de la persona y su ejercicio es perfectamente compatible con cuanto sostiene la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de 13 de diciembre de 2006, aunque la terminología no sea exacta, pues todos los documentos internacionales tienen que tener en cuenta las acepciones jurídicas que para una misma cosa dan los distintos ordenamientos y sistemas jurídicos, y además han de considerarse que la versión española es traducción de la realizada en lengua inglesa.

²⁴ De Castro, F., *“Derecho Civil de España”*, t. II, Madrid 1952, pp. 95

²⁵ Cit., pps. 49 y 50

²⁶ García Amigo, *“Instituciones de Derecho Civil I”*, parte general, Edursa 1979, pp. 406

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Por el art. 12.1 de la Convención los Estados firmantes se reafirman en que: *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Los términos como se ve son similares a los de nuestro ordenamiento jurídico que reconoce a toda persona, por el hecho de serlo, plena capacidad jurídica.

Por otra parte la Convención también reconoce la capacidad de obrar como diferenciada de la capacidad jurídica. Así en el art. 12.3 cuando dice que los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, esto es, en su capacidad de obrar.

Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto, establece los criterios rectores que han de definir las medidas de protección a las personas discapacitadas e individualiza las principales medidas que han de adoptarse en el ejercicio de la capacidad de obrar de aquellas personas.

Así, conforme el art. 12.4 de la Convención:

Las salvaguardias han de ser adecuadas y efectivas para impedir los abusos.

Las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

Se evitará el conflicto de intereses

Las medidas que se adopten han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Se aplicarán en el plazo más corto posible.

Las medidas estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de autoridad independiente e imparcial.

Con carácter concreto, el art. 12.5 de la Convención obliga a garantizar los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás:

A ser propietarias

A heredar

Controlar sus asuntos económicos

A acceder a los préstamos bancarios y a todo otro sistema de crédito

A no ser privadas de sus bienes.

Entendemos que en lo principal, nuestra actual legislación en materia de incapacitación y tutela se adapta a los postulados de la Convención toda vez que, a partir de la modificación que introdujo la Ley 13/1983, el procedimiento de incapacitación, tiene por principal finalidad el adecuar la situación de hecho en que se encuentra la persona como consecuencia de la enfermedad, a la jurídica y dotar a ésta de la necesaria protección para el ejercicio de sus derechos. Lo que sí modifica es la capacidad de obrar, respetándose totalmente la capacidad jurídica en cuanto aptitud de toda persona por ser titular de derechos y obligaciones a lo largo de toda su vida.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

Examinemos brevemente los principios que rigen al actual procedimiento de incapacitación y las especialidades que el legislador incorporó a las principales fases del mismo para así comprobar su carácter a la vez restrictivo y respetuoso con los derechos de los discapacitados.

PRINCIPIOS INSPIRADOS DE LA ACTUAL REGULACION.

La Ley 13/1983 de 24 de octubre, que modificó parcialmente el Código Civil, concretamente en materia de incapacidad y tutela, viene a cambiar el sistema anterior, el llamado de “tutela de familia”, por el de “tutela de autoridad” que encomienda a los Jueces como garantes de los derechos fundamentales de las personas²⁷ y que en el anterior sistema se refería al Consejo de familia. El sistema de tutela de autoridad, más acorde con nuestro régimen constitucional, viene conjugado en la Ley reformadora con el principio de “actuación en el mejor beneficio del menor o incapacitado”. Si bien hay que reconocer que en nuestra Constitución no existe ningún principio directo que deba inspirar la institución tutelar, el art. 49 de la CE al señalar que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos” está apostando por el sistema de tutela de autoridad por cuanto que son los jueces los encargados de velar por los derechos fundamentales de las personas físicas.²⁸

Según señala la Exposición de Motivos de la Ley 13/1983, el anterior sistema no había funcionado y en concreto el Consejo de familia, al que se encomendaban funciones de vigilancia y control del tutor. Más si aquel sistema no había funcionado no era de esperar que el control judicial fuese a funcionar mejor, por la sencilla razón, de todos conocida, de la saturación de Juzgados y Tribunales y la dispersión en los diversos órganos judiciales de los expedientes de tutela, lo que agrava su efectivo control judicial. Los legisladores, que eran conscientes de estas dificultades, apostaron, no obstante, por el sistema de tutela de autoridad como puede verse en el debate parlamentario de aquella Ley.²⁹

²⁷ Arts. 24.1 y 53.2 y 3 de la CE

²⁸ García Cantero, “El nuevo régimen jurídico de la Tutela” Anales de la Academia matritense del Notariado, Tomo XXVI.

²⁹ Boletín Oficial Cortes Generales, nº 28–1983

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

En materia de incapacitación también la reforma es de gran trascendencia y calado. Se abandona el procedimiento sumario atípico que regulaban los artículos 214 a 219 del Código Civil y se somete a un procedimiento contradictorio plenario, dotado además de especiales garantías, tasándose las causas de incapacidad que concreta el art 200 CC y señalándose expresamente que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley, en coherencia con el principio de legalidad consagrado en el art. 9.3 CE.

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 vino a regular posteriormente en el título I de su libro IV los procesos que versan sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad³⁰ derogando los arts. 202 a 214 del Código Civil que diseñaban las especiales garantías con las que el legislador dota al procedimiento de incapacitación en su tramitación por las normas del menor cuantía que estableció la citada Ley 13/1983. El nuevo régimen procesal incorpora aquellas garantías y viene a establecer alguna mejora técnica y la tramitación del procedimiento de incapacitación a través del juicio verbal civil, más ágil y flexible que el anterior menor cuantía aunque con las suficientes garantías de alegación, contradicción y prueba.

Para lograr un mejor tratamiento tanto jurídico como humano, se generaliza el encomendar los procedimientos de incapacitación y tutela a juzgados especializados, como ya viene haciéndose en diversas ciudades españolas, en base a la facultad que al Consejo General del Poder Judicial otorga art. 98 de la LOPJ. Especialmente significativo ha sido el número de órganos judiciales tanto de primera como de segunda instancia que han sido especializados en estas materias en los últimos cuatro años.

EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACION, VERSUS DE MODIFICACION DE LA CAPACIDAD DE OBRAR

Como no podía ser de otra forma, la privación total o parcial del ejercicio de la capacidad de obrar, se establece por sentencia y con fundamento en las causas determinadas por la Ley. Así lo proclame el art. 199 CC desde la redacción que le dio la Ley 13/1993. Como señala O'Callaghan la incapacitación es la privación de la capacidad de obrar de una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas fijadas en la Ley.³¹

³⁰ Art. 748 a 755 y 756 a 763.

³¹ O'Callaghan Muñoz X.: "Compendio de Derecho Civil" Tomo I.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

1.- Causas de incapacitación:

Debemos referirnos ante todo a las causas que motivan la discapacidad toda vez que el ser del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar ha de gravitar sobre la existencia de la causa determinante de incapacidad y su prueba.

A pesar de la mala prensa que tiene el procedimiento de incapacitación y fundamentalmente las reticencias de los legitimados para demandar a cumplir con su obligación de hacerlo, la realidad nos muestra que es la enfermedad la que incapacita y de hecho la persona no es más o menos capaz porque se lleve a cabo el procedimiento para la modificación de su capacidad de obrar. Lo que se consigue a través del procedimiento es adecuar la situación personal con la jurídica y dotar al discapacitado de un instituto de protección, por lo general el tutor, que además estará controlado por la autoridad judicial de quien deberá recabar autorización para aquellos actos que excedan de la simple guarda de la persona y de la simple administración de sus bienes. Como afirma García Canterero³² el juez está omnipresente a lo largo de toda la institución tutelar.

Es el art 200 CC³³ el que tasa las causas de incapacitación versus, de modificación de la capacidad de obrar. Del mismo se deduce que deberán concurrir tres requisitos:

Existencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico.

Que la anterior tenga el carácter de persistente.

Que la enfermedad o deficiencia impida a la persona gobernarse por sí misma.

La enfermedad incapacitante puede ser en principio tanto física como psíquica, si bien esta última será en la mayoría de los supuestos la que produce de hecho la incapacidad, toda vez que será también la que determine la imposibilidad de autogobierno de la persona, que el precepto exige como determinante de la modificación de la capacidad de obrar.

La exigencia del carácter persistente en la enfermedad viene a establecer la necesidad de permanencia e incurabilidad previsible de la misma. Así una enfermedad mental que pueda incluso exigir en determinado momento el internamiento psiquiátrico involuntario no será incapacitante si el internamiento se debe a un episodio esporádico y que resulta curable. Por el contrario una enfermedad mental cuya manifestación sea por brotes periódicos, como es el supuesto de la esquizofrenia, que en la actualidad no resulta curable, si reunirá el requisito de permanencia,

³² Ob. Cit. Ut supra.

³³ En la redacción que al mismo da la Ley 13/1983.

siendo la concurrencia del último de los requisitos que señala el art. 200 CC – impedir a la persona su autogobierno– el que determinará la existencia o no de su condición incapacitante y en su caso la extensión y límites de la incapacitación.

2.- Legitimación para promover el procedimiento: Una manifestación más del carácter tuitivo de las normas.

2.1.- Legitimación activa

a) Demandas dirigidas contra persona mayor de edad. Sólo están legitimados activamente el cónyuge, o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes y hermanos³⁴, también el Ministerio Fiscal.³⁵

A tal efecto, y dado el carácter protector de este procedimiento, la legitimación activa que se establece en favor del Ministerio Fiscal lo es con carácter imperativo, «deberá promover la declaración», si las personas legitimadas no existieren o no la hubieren promovido. Debe señalarse que todos estos legitimados lo son en plano de igualdad y no de preferencia sucesiva. A fin de promoción de demandas por el Fiscal, el artículo 957.3 LEC³⁶, establece la obligación de las autoridades y funcionarios de poner en conocimiento del Ministerio Público la existencia de persona afectada de posible causa de incapacidad. También el mismo precepto faculta, a cualquier persona, para comunicar tales circunstancias al Fiscal.

b) Supuesto de modificación de la capacidad de menores de edad. La posibilita el artículo 201 del CC, y en los términos que en dicha norma se establecen, legitimando exclusivamente a quienes ejercen la patria potestad o la tutela³⁷. Teniendo como fin el procedimiento de dotar de órgano protector al sujeto discapacitado, no se precisará el que se produzca hasta la mayoría de edad, ya que el menor está, en todo caso, protegido por quienes ejercen la patria potestad o la tutela. Pero para supuestos de que afecte una enfermedad incapacitante a un menor de edad de forma que se prevea su permanencia, se lleva a cabo el procedimiento de incapacidad a fin de al alcanzar la mayoría de edad el sujeto esté dotado de las adecuadas protecciones.

³⁴ Art. 757.1 LEC, antes 202 del CC.

³⁵ Art. 757.2, antes 203 del CC.

³⁶ Antes 204 CC.

³⁷ Art. 757, antes art. 205 del CC.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

2.2.- *Legitimación pasiva.*

a) *El demandado* está legitimado para comparecer y oponerse con su propia defensa y representación³⁸, en términos similares a la correspondiente a todo demandado.

b) *El Ministerio Fiscal.*- Como expresión del carácter garantista de la normativa, siempre será necesaria su intervención en los procedimientos sobre capacidad de las personas físicas³⁹, quien lo hará, con carácter general, como defensor del demandado de incapacidad⁴⁰, dándosele al efecto traslado de la demanda y emplazándosele para que comparezca y la conteste, interviniendo con las mismas garantías y sometido a las mismas obligaciones legales que a la parte exige la ley.

c) *Defensor Judicial.*- Para el caso de que el Ministerio Fiscal intervenga como demandante es obligado nombrar un defensor al demandado de incapacidad⁴¹, lo cual entendemos, deberá realizar el juez en pieza separada de los autos principales por los trámites de la jurisdicción voluntaria, oyendo al efecto a las personas más cercanas a aquél (familiares, amigos, etc.) y designando como defensor judicial a la más idónea, pudiendo incluso recaer tal nombramiento en un persona jurídica, de no existir persona física adecuada, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 242 del propio CC.

Al defensor judicial, en su caso, se le dará traslado de la demanda y emplazará para que la conteste, interviniendo en el procedimiento como parte demandada, sometida a las reglas generales que rigen para ésta.

Independientemente de la intervención del Ministerio Fiscal, como ya hemos señalado, podrá comparecer el demandado de incapacidad y oponerse con su propia defensa y representación procesal.

3.- Especial Regulación de la Prueba

En el procedimiento de modificación de la capacidad de obrar se prescinde de los principios de verdad formal y alegación y prueba de parte, propios del procedimiento civil y se opta por el de verdad material.

Así en esta fase, sin duda la más importante en cualquier procedimiento, se establecen también especiales garantías para el demandado de

³⁸ Art. 758, antes art. 207 del CC.

³⁹ Art. 758 LEC, antes art. 206 del CC.

⁴⁰ Art. 758 LEC, antes art. 207, párr.1º, 2º inciso del CC.

⁴¹ Art. 758 LEC, antes art. 207, párr. 1º del CC.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

incapacidad. Rigen las normas comunes especiales que para los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores señala el art. 752 LEC.

Pero además el legislador, consciente de la trascendencia de las resoluciones judiciales que afecten a la capacidad de obrar de la persona, establece la práctica obligada de tres medios de prueba expresamente tasados. La audiencia de los parientes más próximos del discapacitado, el examen personal del mismo por el Juez y la pericial médica. Así lo establece con carácter claro y terminante el artículo 759.1 LEC, en términos similares a como lo hacía el derogado art. 208 CC, aunque ahora de forma más contundente y delimitada.

3.1.- Audiencia de parientes más próximos.

La ley no señala su número ni el grado de proximidad. A nuestro entender bastará con que se oiga a alguno, no necesariamente a todos, referida la proximidad tanto por el grado de parentesco como por la relación de convivencia con el discapacitado, pues lo que el legislador pretende a través de esta prueba es que el Juez reciba información de aquellas personas más próximas al demandado, sobre la enfermedad que padece, su evolución y sus manifestaciones en la vida ordinaria y en las distintas facetas de la misma, para poder así adoptar resolución adecuada a su protección, y limitar la modificación de la capacidad de obrar y la determinación de los apoyos necesarios a lo estrictamente preciso.

3.2.- Examen personal por el Tribunal del discapacitado.

Con independencia de la valoración que en su momento de las pruebas corresponde realizar al juez al dictar sentencia, según criterios de sana lógica, a través de la diligencia de examen, pretende el legislador que el juez tome conocimiento directo de la situación y afectación que produce la enfermedad en el demandado sobre el gobierno de su persona y administración patrimonial, levantándose la correspondiente acta, en la que «el juez o Tribunal no describan hechos, sino que emitan su opinión con el valor de la opinión que el juzgador tiene en aquellos conceptos a los que las normas jurídicas se refieren pero se abstienen prudentemente de definir».⁴²

Conforme se deduce del propio precepto y su interpretación por la jurisprudencia, el examen del discapacitado ha de practicarse por el Juez o Tribunal que ha de dictar luego la sentencia, dado el carácter personalísimo de esta diligencia de prueba.

⁴² STS de 20 de febrero de 1989.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

3.3.- *Dictamen Pericial*

Prueba también obligada legalmente en este tipo de procedimientos y de especial trascendencia como fácilmente puede suponerse.

El legislador se limitaba a señalar en el hoy derogado art. 208 CC que el juez oír el dictamen facultativo sin especificar su titulación y cualificación. Según señalamos al comentar la anterior regulación, debería de tratarse de un médico, que tendrá que ser especialista en la materia sobre la que se ha de emitir su dictamen. Normalmente estarán habilitados los médicos psiquiatras, los especialistas en medicina legal, y claro está los forenses como peritos del Juez.⁴³

Con algo mejor de precisión el art. 759.1. LEC establece la necesidad de petición de dictámenes periciales en relación con las pretensiones de la demanda y, en cualquier caso, el contar siempre con un dictamen pericial médico acordado por el Tribunal.

En la valoración de la prueba pericial médica, como en la de cualquier otra, gozará el Juez de absoluta libertad, debiendo ceñirse a criterios de sana lógica, apreciando en caso de discrepancia de los peritos la mayor formación y especialidad de uno sobre otro, el mayor rigor del método científico empleado, la mayor sustentación de las conclusiones en la valoración y criterios obtenidos y su independencia con respecto de las partes.

Con el establecimiento obligado de estas pruebas tasadas, el legislador se aparta del principio dispositivo de aportación de parte y de verdad formal que priman en el proceso civil por el de la obtención de la verdad material, dada la especialidad de la materia sobre la que versa el procedimiento y las especiales garantías que debe comportar.

El carácter personalísimo en la apreciación de estas pruebas determina el que en el supuesto de que la sentencia sea apelada se ordene de oficio la práctica de las antes señaladas como preceptivas en la segunda instancia.

3.4.- *La excepcional facultad del Juez de decretar pruebas de oficio.*

A fin de que en cualquier caso se obtenga por el Tribunal información suficiente para decidir sobre los límites de la discapacidad, en el anterior art. 208 CC y el vigente art. 752.1 LEC en su párrafo final, se conceden excepcionales facultades al Juez para decretar la práctica incluso de ofi-

⁴³ Fernando López JM. “*Procedimiento de incapacitación*” en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina y Jurisprudencia. Dirección: José Luís Albacer, Ed. Trivium, Tomo III, pp. 951 y ss.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

cio de cualquier prueba que estime pertinente, expresión una vez más de las excepcionales garantías con que se dota al procedimiento de modificación de la capacidad de obrar. Pero además, la facultad que se otorga al juez de decretar pruebas de oficio, no terminada en algunas concretas, sino que dado el carácter amplio en que viene concebida, es evidente que se extiende a cualquier prueba que considere necesaria para completar su conocimiento de la verdadera situación de la discapacidad y sus límites, en persecución de la verdad material.

4.- Exigencias legales de pronunciamientos concretos en la sentencia

Además de guardar el debido respeto al principio de congruencia y dando respuesta a todas y cada una de las cuestiones formuladas por las partes en su *petium*, la sentencia que ponga fin a un procedimiento sobre modificación de la capacidad de obrar deberá, por mandato legal, contener en todo caso algunos especiales pronunciamientos que a continuación examinamos.

4.1.- Pronunciamiento sobre la discapacidad y sus límites

La sentencia debe pronunciarse sobre la concurrencia de causa de modificación de la capacidad de obrar (las señaladas en el art. 200 del CC) y de ser así constituir al demandado en estado civil de discapacidad. Pero a la hora de privar a una persona de su capacidad de obrar, el Juez debe emplear criterios restrictivos, sin olvidar la debida protección de estas personas. Así la norma exige que la sentencia determine su extensión y límites, de tal forma que se limite la privación de la capacidad de obrar en lo estrictamente necesario y se permita, de ser ello posible, que la persona pueda seguir realizando aquellos actos para los que no resulte impedida⁴⁴. Deberán en consecuencia examinarse lo que la moderna Psiquiatría denomina habilidades funcionales para así poder concretar los límites de la discapacidad y desde la perspectiva del momento en que se pronuncia la sentencia, toda vez que de sobrevenir nuevas circunstancias, a través de un nuevo procedimiento, podrá dictarse nueva sentencia por la que vuelva a acomodarse a la nueva situación. También deberá examinarse ésta desde el contexto socioeconómico del sujeto pues así podrá comprobarse, por ejemplo, que no es lo mismo ni se requieren las mismas habilidades de administración para hacerlo de una simple pensión o de

⁴⁴ Art. 760 LEC en consonancia con cuanto igualmente exigía el art. 210 C.C. hoy derogado

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

un importante y complejo patrimonio. Debemos insistir en la necesidad de que la sentencia trate de graduar la discapacidad en todo aquello que resulte posible.

4.2.-Privación del ejercicio de los derechos personalísimos.

Como es sabido, se conoce por la doctrina como derechos personalísimos aquellos tan inherentes a la propia persona que sólo ella pueda ejercitar por sí y en cuyo ejercicio no puede ser sustituida por otra. Son derechos que nacen y por lo general mueren con la capacidad de obrar de la persona, de tal forma, que si a ésta se le priva de su ejercicio no podrán ser realizados por otra persona en su representación. Así el derecho a cambiar de nacionalidad, a adoptar, etc.

Entendemos que la sentencia que determine la inhabilidad absoluta de la persona (así el supuesto de padecer enfermedad de Alzheimer en avanzado estadio), supondrá, a partir de su firmeza, que estos derechos personalísimos no podrán ser ejercitados.

No obstante el legislador ha querido que para la privación de ciertos de estos derechos se requiera expreso pronunciamiento en la sentencia. Así ocurre:

Derecho de sufragio activo: La LO 5/1985, del 19 de junio, sobre «Régimen Electoral General», establece en su artículo 3-B el pronunciamiento expreso que ha de contener la sentencia sobre la privación del derecho de sufragio activo para su efectiva privación legal. De no contener la sentencia tal pronunciamiento expreso, se entenderá que no se priva al discapacitado del ejercicio del referido derecho. Como en la limitación del ejercicio de cualquier derecho, también aquí, deberá el juez justificar el supuesto en el que el sujeto resulta inhábil para su ejercicio y, en consecuencia, le priva del mismo.

Derecho a otorgar testamento: La amplia reforma introducida por la Ley 13/1983 en el CC en la materia que nos ocupa no tuvo en cuenta la posible discordancia en que quedaba la nueva legalidad con lo establecido en el artículo 665 del CC, que no se reforma, por lo que a criterio de algunos, quedaba posibilitada la facultad de otorgar testamento aún en los supuestos más graves de inhabilidad.

Para poner en claro las cosas, el artículo 665 del CC fue reformado por Ley 30/1991 posibilitándose a los discapacitados sólo esta facultad, y en los términos que señala dicho precepto, si la sentencia que modifica su capacidad de obrar expresamente no priva del ejercicio de dicho derecho.

4.3.- *Determinación del régimen de protección del discapacitado.*

Siendo razón teleológica de toda la normativa sobre discapacidad el dotar al sujeto pasivo de la debida protección para su persona y patrimonio, el artículo 760.1 LEC ordena asimismo al juzgador la determinación en la sentencia del régimen de tutela o guarda con el que haya de ser protegido. La institución tutelar será en cualquier caso la más acorde para el logro de su debida protección, debiendo distinguirse como generales los siguientes supuestos:

a) *Prórroga de la patria potestad*: Para el supuesto de que se trate de un menor de edad, en los términos que posibilita el artículo 201 del CC, el artículo 171 del mismo texto legal expresamente establece que la patria potestad quedará prorrogada por el ministerio de la ley al llegar a la mayoría de edad.

b) *Rehabilitación de la patria potestad*: El mismo artículo 171 del CC ordena al Juez rehabilitar la patria potestad sobre el discapacitado en el supuesto de que éste fuera mayor de edad, soltero y conviviere con los padres, siempre y cuando, claro está, necesite de esta protección por resultar inhábil en el ejercicio de su capacidad de obrar.

Aun en este supuesto el mismo artículo habilita al Juez para que velando por el supremo bien del sujeto pueda establecer las restricciones y controles que considere adecuadas sobre el ejercicio de la patria potestad. Esta facultad que se otorga al juez es expresa manifestación del principio de tutela de autoridad que prima en la Ley de 1983 en la que, aun reconociendo la relevancia y adecuación de la institución familiar, se la somete al control establecido por el juez.

c) *Sometimiento a régimen tutelar*: No concurriendo los requisitos que determinen la prórroga o rehabilitación de la patria potestad, procederá como régimen general de guarda del discapacitado su sometimiento a tutela⁴⁵, cuyas funciones se ejercerán en beneficio del tutelado y bajo salvaguarda de la autoridad judicial⁴⁶ y la vigilancia del Ministerio Fiscal⁴⁷, estando facultado el juez, en cualquier momento, para establecer las medidas de vigilancia y control que estime necesarias⁴⁸ y debiendo también limitar su ejercicio en consonancia con las inhabilidades funcionales del sujeto que resultan probadas. A través de toda la regulación sustantiva de la institución tutelar puede comprobarse cómo el legislador ha armoni-

⁴⁵ Arts. 215.1 y 222.2 del CC.

⁴⁶ Art. 216 del CC.

⁴⁷ Art. 232 del CC.

⁴⁸ Art. 233 del CC.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

zados perfectamente los valores tradicionales de la institución familiar con el debido control del Juez y también del Fiscal, centrándose toda la legislación en la busca del mayor beneficio del discapacitado. La constitución de la tutela se llevará a cabo en expediente aparte por las normas de la jurisdicción voluntaria, de no haberse solicitado al tiempo del procedimiento sobre modificación de la capacidad de obrar como posibilita ahora el art. 759.2 LEC en cuyo caso habrá de oírse al respecto a los parientes más próximos y al discapacitado si tuviese suficiente juicio como exige dicho precepto, resolviéndose sobre su nombramiento como señala el art. 760.2 LEC.

d) La protección mediante curatela: Al introducirse la figura de la curatela por la Ley 13/1983, se restablece una parte de nuestra tradición jurídica que venía olvidada de la institución de la curatela que deriva del Derecho romano. Su elaboración actual es, no obstante, muy escasa, lo que crea un foco más de dificultades. Se concibe como un remedio de menor alcance de la tutela.

De lo establecido en los artículos 267, 288 y 289 del CC, puede deducirse que, mientras el tutor representa al tutelado sustituyéndole en aquellos supuestos para los que establezca la sentencia –total o parcialmente-, el curador no sustituye al sometido a esta institución, sino que le asiste completando su capacidad también en aquellos casos que la sentencia establezca como los necesitados de complemento. De aquí que se emplee la institución sólo para supuestos concretos, y para actos también determinados en que el curador deba completar la capacidad de obrar del sometido a curatela.

Estarán sometidos a curatela, según señala el artículo 282 del CC, en sus números 1 y 2, los emancipados cuyos padres fallecieron o quedasen impedidos para la asistencia prevenida en la ley y los que hubiesen obtenido el beneficio de mayor de edad. Todos estos necesitarán la asistencia del curador para los actos señalados en el artículo 223 del CC. También estarán sujetos a curatela los declarados pródigos⁴⁹. Pero también procede la curatela, conforme señalábamos anteriormente, para las personas a quienes la sentencia de modificación de la capacidad de obrar o la resolución judicial posterior que la modifique coloque bajo este grado de protección en atención a su discernimiento⁵⁰ y tendrá por objeto aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que haya establecido este régimen protector⁵¹.

⁴⁹ Art. 286.2 del CC

⁵⁰ Art. 287 del CC

⁵¹ Art. 288 del CC

4.4.- Inscripción de la sentencia en el RC y en otros registros.

También por establecerlo la Ley, el juez debe ordenar, una vez firme la sentencia, su anotación en el RC, tal como señala el art. 755 LEC y el artículo 1.5 de la LRC.

A los efectos que ha de surtir frente a terceros, resulta evidente la procedencia del mandato legal. Por similares circunstancias debe anotarse en el Registro Mercantil, en el supuesto de ser comerciante el discapacitado, y en los Registros de la Propiedad en que estuviesen inscritos bienes inmuebles y demás derechos reales sobre los mismos, conforme a la normativa de la legislación hipotecaria y del Registro Mercantil⁵².

4.5.- Pronunciamiento sobre la necesidad de internamiento.

He dejado para el final la referencia a este pronunciamiento que, en su caso, deberá contener la sentencia, toda vez que no existía tal previsión legal, en la norma que antes regía sobre los obligados pronunciamientos de la sentencia de incapacitación⁵³. El vigente art. 760 LEC señala al respecto que la sentencia que declare la incapacitación "... se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763". Con ello el legislador ha venido a reconocer una situación de hecho, la existencia de enfermos afectados por una grave enfermedad que no solo les inhabilita para su autogobierno sino que además determina el que precisen de especiales cuidados que sólo resultarán posibles en régimen de internamiento. En definitiva se viene a reconocer la existencia de enfermos crónicos con grave deterioro psíquico y que cuando se publicó la Ley 13/1983 la corriente científica psiquiátrica, imperante entonces, pretendía ignorar con el criterio de que el enfermo mental debe reintegrarse en la sociedad y sólo ser internado ante episodios agudos de la enfermedad. Bien es verdad que entonces había un núcleo de estos enfermos que permanecían internados en hospitales psiquiátricos desde hacía mucho tiempo cuando podían haberse incorporado a la sociedad sin estar sometidos a tan estricto sistema de privación de libertad en condiciones más aflitivas. Pero de ahí a negar la existencia de enfermos crónicos con graves padecimientos existe un abanico de situaciones muy amplio. Reconvirtiendo las cosas a su justo término, viene el legislador a reconocer estas situaciones posibilitando en su caso el que se contemplen en la propia sentencia, aunque estableciendo, una vez más, las mayores

⁵² Art. 755 LEC in fine.

⁵³ Art. 210 CC

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

garantías, señala que tal pronunciamiento lo será sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 LEC, respecto del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico y por tanto con los controles periódicos y garantías que se señalan por dicho precepto⁵⁴.

5.- Rehabilitación de la capacidad

La excepción de cosa juzgada que conlleva toda sentencia judicial firme, se centra en el supuesto de los procedimientos sobre capacidad de personas físicas al supuesto concreto que se examina. De ahí que de variar las circunstancias, tanto porque la enfermedad evolucione favorablemente como en el supuesto de empeoramiento con un mayor deterioro de las habilidades de la persona, está previsto que pueda instarse nuevo procedimiento modificativo de la capacidad de obrar para adecuar la protección a la nueva situación de forma que la persona no quede privada del ejercicio de funciones que la mejoría de su enfermedad le permiten o desprotegida por evolución desfavorable de la misma. Así el art. 761 LEC permite en tales supuestos una nueva demanda, estando legitimados para iniciar el proceso tanto el propio discapacitado como el M^o Fiscal, las personas bajo cuya guarda se encuentra aquél y los legitimados por el art. 757.1 LEC. El nuevo procedimiento lleva a cabo una revisión total de la situación con la práctica nuevamente de todas las pruebas previstas para los procedimientos de modificación de la capacidad.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

He analizado brevemente, en las anteriores líneas, el procedimiento de modificación de la capacidad con referencia a aquellas fases del mismo de especial significación como son la de prueba y la sentencia. De todo ello se deduce mi criterio positivo sobre esta regulación ya que se conjugan, a mi juicio, las debidas garantías a la hora de decidir una cuestión de tanta trascendencia con la agilización y flexibilidad del procedimiento, Ello a su vez se verá completado con las que denomina el legislador medidas cautelares y que creo más acertado denominar medidas protectoras, como se deduce de su naturaleza y finalidad y que podrán adoptarse en cualquier momento tanto a instancia del Fiscal como de las partes e in-

⁵⁴ Fernández López, JM: “Garantías de los derechos fundamentales de la persona en los internamientos psiquiátricos involuntarios”, en XII Jornadas de estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Vol. I pp. 149 y ss.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

cluso de oficio por el Tribunal⁵⁵. Así el discapacitado no quedará desprotegido durante la tramitación del procedimiento.

El que pudiera agilizarse más el procedimiento, prescindiendo de los mínimos formalismos procesales que establece la Ley, parece estar fuera de la realidad. Piénsese que en bastantes supuestos no siempre está clara la existencia de enfermedad incapacitante y mucho menos el alcance de la afectación que produce. También es cierto que la misma realidad nos muestra casos en que la persona es manifiestamente incapaz y que podría sancionarse la incapacidad con el examen personal sin más prueba ni necesidad siquiera de emplazamiento de las partes para contestar la demanda y tramitarse el procedimiento por sus distintas fases. Pero las garantías que deben en todo caso rodear a una resolución judicial de tanta trascendencia y la imposibilidad de establecer variedad de procedimientos de acuerdo con situaciones personales, y además sin merma de garantías, determina la corrección del procedimiento establecido.

Cuestión bien distinta es que para dar la adecuada respuesta a estas situaciones deban concentrarse en juzgados especializados en incapacitaciones y tutelas, como existen ya en un importante número ciudades y se les dote a estos de los medios necesarios tanto materiales como humanos.

También se ve la necesidad de atribuir al mismo Juzgado que tramitó el procedimiento principal el nombramiento de la institución tutelar, su control y el resto de autorizaciones que la Ley establece. La dispersión de expedientes en distintos juzgados indudablemente dificulta el tratamiento adecuado y el debido control.

Se cumplen a mi juicio en lo principal con las exigencias de la Convención de la ONU, aunque evidentemente se habrá de llevar a cabo reformas legislativas que profundicen en los principios que en la misma se establecen.

La principal, la adaptación a la terminología empleada en la Convención, sustitución de los términos incapaz o incapacitado por discapacitado o persona que padece discapacidad. En cuanto a la denominación del procedimiento de incapacidad o de incapacitación deberá sustituirse por el de modificación de la capacidad de obrar y determinación de los apoyos necesarios.

No obstante, esta terminología empleada por la Convención, que generalmente se ha acogido positivamente, no está exenta de problemas ya que en determinados supuestos no transmite la realidad. No demos olvidar que el término discapacitado referido a una persona (empleado por la Convención) significa, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, persona “*que tiene impedida o entorpecida alguna de*

⁵⁵ Art. 761 LEC

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

sus actividades cotidianas consideradas normales, por alteración de sus funciones intelectuales o físicas". Difícilmente se podrá acomodar dicho término a supuestos en que la persona por la grave afectación de sus facultades intelectuales y volitivas resulta absolutamente inhábil para el gobierno de su persona y la administración de sus bienes, en definitiva, para el ejercicio de todos sus derechos, como acontecerá en el caso de las demencias muy graves o en el supuesto de que la persona se encuentre en coma vigil. Hablar en tales supuestos de discapacitado es solo un eufemismo que no tiene acomodo alguno en la realidad. Sería mucho más propio, aunque la expresión parezca poco glamurosa, referirse a incapaz para el ejercicio de su capacidad de obrar.

El carácter restrictivo que debe primar en este tipo de procedimientos ya viene contemplado en la actual regulación en cuanto que se ordena al juez el graduar la incapacidad. No obstante, en este aspecto deberá profundizarse de forma que se señale que la sentencia deberá establecer con la mayor precisión posible las áreas o habilidades funcionales necesarias de apoyo pudiéndose seguir utilizando para ello las actuales figuras de la patria potestad, tutela y curatela para todas las cuales está previsto que el juez regule su ejercicio. La prueba obligada por Ley del examen de la persona demandada tiene por misión no solo conocer directamente el estado de las funciones cognitivas y volitivas que están afectadas por la enfermedad, sino también la forma de vida que prefiere el discapacitado y las personas que considera más adecuadas para llevar a cabo los apoyos necesarios. Ello solo será posible en el supuesto de que se conserven, aunque sea parcialmente, sus funciones superiores. En otros casos, bastante frecuentes, de personas a las que la enfermedad ha anulado sus funciones cognitivas y volitivas, los apoyos para la debida protección deberán adoptarse sin su concurrencia con criterios del logro del mayor beneficio para la persona.

Tenemos una de las legislaciones en la materia más garantistas de los derechos de la persona y más tuitivas con las necesidades que se precisan satisfacer. Cosa distinta es que no en todas las ocasiones se aplica ésta adecuadamente ni se cuenta con los medios necesarios para una eficaz protección de las personas que padecen discapacidad en el ejercicio de todos o parte de sus derechos.

APUNTES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE LA ONU DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS PROCESOS DEL LIBRO VI, CAPITULO II DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La decisión judicial de limitar o modificar la capacidad de obrar de una persona, es una de las declaraciones más importantes de las que pueden adoptarse en el ámbito del derecho civil, por sus consecuencias.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Tal declaración tiene trascendencia constitucional, en cuanto afecta a los derechos fundamentales de la persona, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, valores y derechos consagrados en la Constitución española, que están bajo la salvaguarda de los Tribunales.

Es por ello que solo pueda ser adoptada tras un procedimiento judicial contradictorio, por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (artículo 199 del Código Civil), respetando escrupulosamente los trámites o diligencias, que en la actualidad se imponen en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia Tribunal Constitucional d. 9 de octubre de 2002).

El día 3 de mayo de 2008 entró en vigor en España la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicha Convención no crea nuevos derechos, sino que nos recuerda el deber y la obligación no solo de los Estados Partes, sino también, de los poderes públicos, de respetar y garantizar la dignidad y el ejercicio por igual de todos los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Desde esa fecha, forma parte del ordenamiento jurídico español y resulta de obligada aplicación por los Juzgados y Tribunales en los procedimientos que versan sobre capacidad de las personas, en virtud del artículo 96 de la Constitución que señala que “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” y, de acuerdo con el artículo 1.5 del Código Civil a cuyo tenor “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.”

Si bien, España tiene una abundante y avanzada legislación en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, la incorporación de la Convención a nuestro derecho interno, obliga a realizar ajustes de diversas normas para hacer efectivos los principios que enumera y los derechos que recoge. Entre esas normas se encuentran las contenidas en el Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la capacidad jurídica y capacidad de obrar, las restricciones y sustituciones que pueden encontrar las personas con discapacidad por razón de la misma, así como el procedimiento judicial de incapacidad.

Pese a ello y, hasta tanto se lleven a efecto esos ajustes, los Juzgados y Tribunales con competencias en materia de discapacidad, estamos obligados a la aplicación de los principios y postulados que recoge la Convención. En este sentido hemos de realizar una labor de complementación e integración de aquellas normas para la efectiva aplicación del dicho instrumento internacional, pues afectando como ya se ha dicho el procedi-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

miento, a derechos fundamentales de la persona, las normas en cuestión deben interpretarse de conformidad con los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España –art. 10.2 de la Constitución– como es el caso de la Convención.

En esa tarea, y en la medida de que la Convención, constituye una valiosa herramienta para la defensa de las personas más vulnerables, los jueces como garantes de sus derechos fundamentales, hemos de estar seriamente comprometidos y en condiciones de prestar un buen servicio de la justicia, teniendo presente que nuestro objetivo es y ha de ser como reza en el artículo 1 *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, el respeto de su dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y su independencia* –artículo 3-.

De la misma manera, y como proclama el artículo 12, se ha de partir de la base de que las personas con discapacidad *tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida, proporcionándoles el acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

Desde este contexto, a la hora de abordar el procedimiento hemos de tener siempre presente lo siguiente:

1.- Que su finalidad última ya no es sólo ni es solo proteger, sino fundamentalmente favorecer o promover la máxima inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad, en cuanto que son sujetos de derechos y de obligaciones, tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a la mayor autonomía posible. De ahí que lo que necesitan de nosotros no es tanto protección sino apoyo, para poder ejercer sus derechos en condiciones de plena igualdad con el resto de las personas.

2.- Que la capacidad jurídica y la capacidad de obrar constituyen un todo inseparable, o lo que es igual, el principio de capacidad legal reside en la persona y es consustancial a ella. De modo que a partir de ahí, las

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

personas con discapacidad a través de los mecanismos de apoyos adecuados, han de tener garantizada su plena capacidad de ejercicio para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

3.- Que el procedimiento sobre la capacidad –incapacitación– y la sentencia que le pone fin, no puede constituir una barrera u obstáculo más para la inclusión social de la persona con discapacidad. Por el contrario, debe brindar al afectado la oportunidad de ejercer sus derechos y hacer valer sus intereses con el apoyo de otra persona, de modo que los apoyos que se señalen en la sentencia deben respetar la capacidad en el máximo grado o extensión posible, y sólo en casos extremos podrán diseñarse como apoyo sustitutivos en la toma de decisiones.

Bajo estas premisas, hemos de trabajar, desde la posición privilegiada que nos atribuye el ordenamiento jurídico en este tipo de procedimientos, regido entre otros, por principios como el de oficialidad e inquisitivo. Como señala la STS, Sala 1.ª, de 31 de diciembre de 1991, “los procedimientos sobre la capacidad de las personas imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los jueces, ya que por su objeto no son las cosas ni las controversias dimanantes de relaciones jurídicas, sino la persona misma”.

El Juez asume una posición peculiar en el procedimiento, similar a la del proceso penal, que le sitúa como activo interviniente del proceso. Al Juzgador le interesa la verdad material y para ello se adentra en el procedimiento, no sólo como arbitro y director del mismo, sino como activo integrante, que sin ser parte procesal si esta interesado en la aportación de todo el material probatorio (STSª S 31 diciembre de 1.991).

Ese papel protagonista del juez o de activo interviniente en el procedimiento debe hacerse patente en todas las fases del mismo.

En su fase inicial, la efectiva aplicación de la Convención y en esa labor de complementación del ordenamiento jurídico que nos compete, conllevará la necesidad de realizar un examen riguroso del contenido de las demandas y documentación adjunta, con carácter previo a su admisión a trámite, exigiendo un contenido mínimo susceptible de subsanación.

Así, siguiendo el criterio establecido en las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas (Madrid octubre de 2009), si lo que se pretende es la absoluta individualización de la resolución judicial y su total adaptación a la persona a la que se afecta, el contenido de la demanda como piedra angular del procedimiento deberá ser extremadamente cuidadoso y estricto con la finalidad que se pretende.

Por ello, como contenido mínimo se debería concretar y justificar lo siguiente:

1.- Por qué se solicita la modificación o determinación de la capacidad, precisando las distintas esferas de la vida, en los que la persona afectada

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

necesita apoyo o asistencia, a fin de poder valorar y decidir el alcance de la petición y los apoyos necesarios.

2.- Para qué se solicita esa modificación de la capacidad, es decir, qué beneficio va obtener la persona con discapacidad una vez se dicte la sentencia en que así se declare.

3.- Diseño específico de apoyos adecuado a la persona con discapacidad a la que se refiere.

4.- Situación patrimonial de la persona cuya determinación de capacidad se pretende, a fin de adoptar de forma inmediata, incluso de oficio, las medidas cautelares necesarias para su protección.

En cuanto a los documentos, será preciso aportar los relativos a los datos personales del afectado y en especial su partida literal de nacimiento que permitirá al Juzgado constatar dos extremos de suma importancia para el procedimiento: la existencia de disposiciones de autotutela, que el Juez ha de respetar si el beneficio de la persona con discapacidad no aconseja otra cosa, toda vez que proclama el artículo 12 de la Convención, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, pero también desvelará si la capacidad ya ha sido modificada con anterioridad, lo que en la práctica puede no ser inusual.

Especial relevancia reviste también la documental médica a presentar con la que se debe ser especialmente exigente. Es preciso erradicar la práctica consistente en la simple aportación de un certificado médico que se limita a establecer un diagnóstico y seguidamente a concluir que la persona afectada por el procedimiento, tiene limitadas sus facultades de autogobierno y debe ser incapacitada, por lo que, como referente esencial de la demanda, y sin perjuicio de la pericial que se practica con posterioridad por imperativo del artículo 759 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá adecuarse, como contenido mínimo, al escrito de demanda, que se acompaña.

Otros documentos son los relativos a la legitimación activa, testamento, reconocimiento oficial de la discapacidad o valoración de su situación, informes sociales, etc.

En esa labor de verificación inicial del contenido de la demanda y documento e informes necesarios, se debe comprometer a los Secretarios Judiciales a quien corresponde desde el 4 de mayo de 2009, fecha en la que entró en vigor la Ley 13 /2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, la admisión a trámite de la demanda en cuanto se considera por el legislador como un acto reglado, sin perjuicio de que cuando se instaure la nueva estructura organizativa (Jornadas de Juzgados Especializados en materia de Discapacidad y Tutelas) su diseño sea lo más compatible posible, con las funciones que tienen legalmente encomendadas los Juzgados con com-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

petencia en la materia. Hasta tanto, los Secretarios Judiciales y los Jueces debemos trabajar en una misma dirección, estrechamente coordinados, a fin de procurar el buen fin del procedimiento.

Especial interés tiene también el papel del Juez en la práctica de las pruebas. Sin perjuicio de la facultad que le confiere el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para acordar de oficio las pruebas que estime convenientes, por razón de los principios que informan el procedimiento, revisten singular importancia las pruebas preceptivas a practicar conforme al artículo 759, a saber, examen personal, pericial médica y audiencia de los parientes más próximos.

En cuanto al reconocimiento por el Juez que conoce del procedimiento, como es bien sabido, constituye una prueba primordial en el procedimiento, pese a no contar los Jueces con formación y conocimiento suficientes en la diversidad de patologías y características, que determinan la iniciación y tramitación del procedimiento.

En lo atinente al tiempo, lugar y modo en que ha de practicarse dicha prueba, en lo que al tiempo se refiere, es necesario desterrar malas prácticas como la de retrasar la realización de esta prueba a un momento posterior a la celebración del acto del juicio, sin que exista inconveniente para acordarla y practicarla con carácter anticipado, incluso el mismo día previsto para la pericial médica, con la que ya debemos contar el día del acto del juicio, al objeto de evitar incómodos y reiterados desplazamientos a la sede judicial. En este sentido no resulta ocioso recordar, que la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, señala que *“El ciudadano tiene derecho a que su comparecencia personal ante un órgano de la Administración de Justicia resulte lo menos gravosa posible.*

La comparecencia de los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales solamente podrá ser exigida cuando sea estrictamente indispensable conforme a la Ley.

Se procurará siempre concentrar en un solo día las distintas actuaciones que exijan la comparecencia de una persona ante un mismo órgano judicial”

Señalando en relación a las personas con discapacidad que *“solamente deberá comparecer ante el órgano judicial cuando resulte estrictamente necesario conforme a la Ley.”*

En lo referente al lugar, salvo que resulte necesario el desplazamiento al lugar donde se encuentra la persona, lo que resultará preciso en muchos casos, de ordinario ha de ser en la sede judicial, donde se procurará no hacer esperar a la persona, ofrecerle un marco adecuado donde se sienta cómoda y quede salvaguardado su derecho a la intimidad, no siendo el lugar propicio para practicar dicha diligencia, la sala de vistas de un tribunal.

En orden al desarrollo de la prueba, pese a lo ya apuntado en relación a que los jueces carecemos de conocimiento técnicos sobre la diversidad

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

de patologías y sus características, será preciso que la prueba se haga de una forma cercana, desde una posición de respeto a la dignidad del afectado, como así lo exige también de Carta de los Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia, al establecer que *“El ciudadano tiene derecho a ser atendido de forma respetuosa y adaptada a sus circunstancias psicológicas, sociales y culturales.”*

Asimismo y por exigencia de lo dispuesto en el artículo 12 y 13 de la Convención, se informará a la persona de resultar posible, sobre el objeto y finalidad de la prueba, se le explorará sobre sus datos personales, orientación espacio-temporal, memoria etc. así como habilidades funcionales en todos los ámbitos –personal, sanitario, social y económico administrativo– y en cuanto a su voluntad y preferencias –artículo 12-.

En lo referente a la pericial médica, sin restar importancia al resto de las pruebas preceptivas (reconocimiento personal y la audiencia de parientes, que dicho sea de paso, aunque no se haya hecho referencia a la misma, nos proporcionarán también datos de interés en relación no sólo a la patología o dolencia, sino también a la condiciones de vida, autonomía y situación patrimonial del afectado, idoneidad para proporcionar los apoyos pertinentes etc. permitiéndonos en muchas ocasiones contrastar la veracidad de la información obtenida en la exploración) es dicha prueba, la que debe presentar un contenido más exhaustivo. Tampoco valen aquí las fórmulas estereotipadas, tan frecuentemente empleadas antaño e incluso ahora, por algunos peritos forenses, limitándose a transcribir el contenido de los informes médicos aportados con la demanda, para después concluir en la mayoría de los casos, apreciando la falta de autogobierno y la conveniencia de una incapacidad total.

Siguiendo el criterio recogido en las conclusiones de las Jornadas de Fiscales Especializados en la Protección de las Personas con Discapacidad y Tutelas, el informe médico, emitido habitualmente por médicos forenses, habrá de ajustarse a un contenido mínimo, contenido que por razones de utilidad podrá reflejarse incluso en la resolución en la que se acuerda su práctica de forma similar a lo que ocurre en cualquier prueba pericial judicial, y versará: a) Enfermedad o deficiencia psíquica que le afecta, determinando la clase de la misma y pronóstico; b) Efectos de la referida enfermedad o deficiencia, en cuanto se refiere a la capacidad de la persona presunta discapaz, para el adecuado gobierno de su esfera personal y patrimonial, con delimitación de las habilidades funcionales a las que afecta, y referidos principalmente a las siguientes áreas: 1. Habilidades de la Vida independiente referidas al autocuidado (Aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento etc.), instrumentales cotidianas (como comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda etc: 2.- Habilidades sobre la salud referidas manejo de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, autocuidado: cui-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

dado de heridas, úlceras etc, consentimiento del tratamiento; 3.-Habilidades Económico-jurídico-Administrativas incluidas las de carácter contractual, a saber, conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido 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), préstamos donaciones o disposiciones patrimoniales de otra naturaleza; 4.- Habilidades para el transporte y manejo de armas y; 5.-.Habilidades en relación con este procedimiento (objeto y consecuencias:

No puede concluirse esta exposición, sin hacer mención a la sentencia.

Como es bien sabido, el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de similar redacción al derogado artículo 210 del Código Civil, establece la obligación de graduar la capacidad al señalar que “la sentencia que declare la incapacitación determinara la extensión y límites de esta, así como el régimen guarda y protección al que debe quedar sometido el incapaz...”

De ello se extrae la conclusión, que la obligación de graduar la capacidad no es una exigencia que resulte ex novo de la Convención, no obstante contribuir esta a reforzar la obligación legal que nos atañe a los Jueces, de graduar la capacidad.

Graduar la capacidad no resulta tarea fácil, pero es necesario por imperativo legal. Las pruebas practicadas nos darán la pauta a seguir, de ahí la importancia de que se practiquen con el máximo rigor.

Con tal encomienda legal, no resulta procedente partir de las dos soluciones clásicas, incapacidad total para el gobierno de la persona y la administración de los bienes o recursos económicos, o parcial para esta última.

Será desde el contexto probatorio, del que habremos de partir para graduar la capacidad, en cual nos permitirá conocer no sólo la dolencia o patología de que está afectada la persona, sino también cuales son sus condiciones de vida, que necesita realmente para poder ejercer de la forma más plena posible su capacidad jurídica, en que va a beneficiar la sentencia a sus condiciones de vida, y finalmente dentro del amplio abanico de habilidades de la persona, que afectan a distintas esferas de la vida (funcionales de la vida cotidiana, de índole patrimonial, de índole sanitario y de social) cuales presentan mayor o menor limitación. Por lo que la sentencia habrá de establecer con precisión las que se encuentran afectadas y precisadas de apoyo y las que no.

Solo de esta manera lograremos dar una respuesta judicial adecuada, en cuanto que proporcionaremos a la persona lo que realmente demanda de la Administración de Justicia, su mecanismo especial de protección, el llamado “traje a medida” o “vestido único”.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

Por último es preciso señalar que el artículo 760 nos impone también la obligación de establecer en la sentencia, el régimen de guarda y protección al que ha de quedar sometido la persona, o lo que es igual, la asistencia requerida –artículo 12–. Pues bien, dicha asistencia, hasta tanto no se arbitren nuevos mecanismos legales, será la tutela pero sólo en supuestos excepcionales y extremos, por constituir un mecanismo sustitutivo y de mayor ingerencia en la toma de decisiones y en la autonomía de la personas.

Por el contrario, es la curatela la institución que mejor se adapta a los postulados y principios que consagra la Convención, toda vez que no suple la voluntad de la persona, sino que como ha tenido ocasión de destacar la doctrina jurisprudencial, la refuerza y encauza, por lo que su función no viene a ser de representación, sino fundamentalmente de asistencia, prestando el apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial.

Debe hacerse referencia finalmente a la limitación en sentencia de determinados derechos fundamentales, centrándonos exclusivamente en el derecho a contraer matrimonio y el derecho de sufragio.

En lo que al primero se refiere, si bien es una petición infrecuente en el procedimiento, si se plantea en alguna ocasión en las demandas, pese a tratarse de un derecho personalísimo, y constituir una grave injerencia e intromisión en la esfera de los derechos fundamentales de la persona.

Como dice la Profesora doña Yolanda Gómez, contraer matrimonio es un aspecto de la libertad personal, de la libertad del individuo; por tanto, lo que interesa destacar es que la vinculación de los poderes públicos no implica más que el respeto a tal derecho y, en su caso, la eliminación de las circunstancias que impidieran su ejercicio libre.

Por consiguiente, no sólo no debe privarse a la persona de dicho derecho, sino que debe garantizarse adecuadamente, eliminando cualquier obstáculo para su ejercicio.

Debe recordarse que el artículo 10 de la Constitución española reconoce la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad y el artículo 14 proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley y la no discriminación. Finalmente, el artículo 32 del texto constitucional, afirma que *“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”*

Por su parte, el espíritu de la Convención –artículo 23– exige respetar este derecho, de la misma manera que lo exige también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –artículo 23–, sin que pueda per-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

derse de vista lo señalado en los artículos 46 y 47 del Código Civil, preceptos en los que no menciona la discapacidad –la incapacitación– entre los impedimentos para contraer matrimonio, señalando en el artículo 56 señala que *“quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código y que si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.”*

De lo que se extrae, que es el Juez del Registro Civil quien tiene la última palabra en la valoración de la aptitud de la persona para emitir el consentimiento matrimonial, ponderando los componentes de variada índole que confluyen en la decisión de contraer matrimonio.

Reviste especial interés, en lo a esta cuestión se refiere el acertadísimo razonamiento contenido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de de 1 de Diciembre de 1987, que aborda el problema con relación a una persona con síndrome de Down y su capacidad para prestar el consentimiento matrimonial, señalando que *“los jueces están para aplicar las leyes, no son sus dueños. A la persona con discapacidad no hay que integrarla en el ordenamiento jurídico; pertenece a él, o, mejor dicho, es sujeto activo y protagonista de él, como todos nosotros. Donde probablemente no esté integrado es en la sociedad. Por ello, el Derecho debe proveerle de los instrumentos necesarios para que lo consiga. Es decir, la función del Derecho consiste en articular las medidas precisas para que, en lo posible, pueda comportarse como cualquier otro ciudadano y, en suma, exigir las prestaciones públicas, cumplir sus obligaciones y ejercer los derechos de que es titular.”*

En cuanto al derecho de sufragio, el artículo 3 de la Ley de Régimen Electoral General señala que *“sólo carecen de derecho de sufragio los incapaces en virtud de sentencia firme, siempre que declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”*, a cuyo fin, según su apartado 2, *“los jueces y tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio”*, por lo que resulta evidente, a tenor del referido precepto legal, que la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la incapacidad, de suerte que es posible la limitación o modificación de la capacidad conservando la persona su derecho de sufragio, lo que sin duda contribuirá a un mayor sentimiento de utilidad en el ámbito social y en definitiva a la mayor inclusión social.

Por consiguiente, tampoco podrá privarse de este derecho con carácter general, por ser contrario a la Convención, debiendo tenerse en cuenta, como tuvo ocasión de señalar la Audiencia Provincial de Sevilla (ST 8–6–1999), que para poder elegir una determinada opción y ejercitar el de-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

recho al voto, solo se requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona.

HACIA LA CREACIÓN DE LOS JUZGADOS DE SALUD MENTAL: UNA APUESTA A LA MEJOR ATENCIÓN JUDICIAL DE LAS PERSONAS CON PROBLEMAS DE DISCAPACIDAD

1.- El reconocimiento de la especialidad de los Juzgados de salud mental.

a) Introducción.

Siempre se ha puesto de manifiesto que la salud mental de una sociedad es una apuesta que los Gobiernos de cada país deben tener en consideración como un problema de primera magnitud. Dejar desatendido un problema que afecta a un número importante de personas supone abandonar a su suerte a miles de ciudadanos que, por una discapacidad mental, van a estar sujetos toda su vida a una merma en la calidad de su desenvolvimiento diario. Pero no solamente en lo que les afecta personalmente, sino, también, en lo que sus propios familiares deben asumir para poder darles aquella atención precisa que les evite un daño propio o a terceros.

Cierto es que hay sectores que no desean que los problemas relativos a la salud mental se deriven a la Administración de Justicia y que solo se abra el debate de la salud mental desde la perspectiva de la mejor atención médica. No obstante, no podemos cerrar los ojos a que este problema tiene que tener una vertiente judicial. Y debe tenerlas en tanto en cuanto cuando se ad el caso de que, pese a que la sanidad ponga todos sus medios al alcance de los pacientes mentales y/o sus familiares, aquel se niegue en redondo a tomar su mediación, solo existe una fórmula posible para que pueda intervenir ante esta negativa del paciente, y esta no es otra que la de recurrir a la solicitud ante un órgano judicial de los familiares o del Ministerio Fiscal para que el juez autorice la intervención médica en estos casos y que a paciente se le pueda suministrar su medicación aunque lo sea contra su voluntad.

Ante ello, los expertos han puntualizado que cuando el paciente comprueba que su negativa a tomar la medicación no produce efecto alguno y que en cualquier caso deberá tomársela, decae de su actitud y al final es él mismo el que la toma con regularidad al preferir esto a que se la tengan que suministrar en cualquier caso.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Por ello, la polémica no puede ser abierta para combatir la necesidad de apoyar estos órganos judiciales señalando los críticos que se deben incrementar los medios en la sanidad para la atención a los pacientes mentales y que la intervención de la Administración de Justicia se suprima, sino que esta es necesaria cuando la sanidad ya ha llegado a su propio límite donde debe intervenir, precisándose, por ello, de un auxilio de los órganos judiciales encargados de dictar una resolución judicial que les permita a los familiares tener una cobertura legal ante la negativa de su familiar a tomar su mediación. Y quien ha tenido que sufrir esta situación sabe de lo que estamos hablando cuando una familia siente que se encuentra a veces sola ante estos problemas que tienen difícil solución si no existe el apoyo de la sociedad y, por ende, de la Administración. Pero tanto de la sanitaria como de la judicial, ya que la coordinación entre ambas es sustancial.

b) Creación de unos juzgados específicos y su comarcalización judicial.

Por ello, debe conseguirse una adecuada especialización de las materias relativas a los problemas que giran alrededor de la salud mental circunscritos a las medidas de internamiento e incapacidad mediante la constitución de órganos judiciales “ad hoc”. En estos juzgados se concentraría el conocimiento y resolución de dos materias con un importante componente social que precisan de un tratamiento concentrado y que consiga jueces especializados en determinadas materias que, aunque no sean ciertamente complejas, sí que deben tener un específico tratamiento concentrado por órganos judiciales evitando la actual dispersión en su conocimiento.

Nótese que en la actualidad, a salvo de concretos órganos judiciales que están especializados por la vía del art. 98 LOPJ como Juzgados de Familia o de Internamientos e Incapacidades, en la amplísima mayoría de partidos judiciales ambas materias se distribuyen por reparto entre los juzgados de Primera Instancia. Esto origina ciertos problemas ante la gran disparidad de criterios que se marcan en cuestiones que afectan muy directamente a los ciudadanos como las que se derivan de las consecuencias de una ruptura matrimonial, con la gran cantidad de problemas puntuales que surgen de ello, o las medidas dirigidas al internamiento o las declaraciones de incapacidad.

Así, las cuestiones que se resuelven afectantes a la salud mental de las personas deberían tener un campo propio judicial en donde poder concentrar el tratamiento de estos procedimientos, lo que nos lleva a plantear la opción de modificar la vía del art. 98 LOPJ para conseguir la especialización de estos juzgados tan solo en muy contados partidos judiciales por otra de implantar verdaderos órganos judiciales especializados por la vía del art. 26 LOPJ, creándolos de forma específica, como se ha recla-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

mado sobre todo por los expertos y concentrando esta materia por su específica relación y afectación a una gran parte de la sociedad. Se aprovecha esta idea a fin de que un solo juez sea el competente para atender tanto los procedimientos relativos a la salud mental. Nótese que las ventajas son variadas, como más tarde veremos, pero sobre todo porque permite concentrar los equipos técnicos en un solo órgano judicial, tales como médicos forenses, o los técnicos psicosociales, evitando la dispersión de juzgados de Primera Instancia que atienden estos casos. Precisamente, esta dispersión ha provocado constantes quejas de distintos sectores profesionales ante la falta de unidad de criterio, pero sobre todo por la falta de interlocutores judiciales con los que los profesionales extrajudiciales que atiende estas materias puedan relacionarse, y que en la materia relativa a la salud mental se refieren, por ejemplo, a los responsables de los centros de internamiento, psicólogos, o psiquiatras.

Además, la ausencia de equipos psicosociales propicia en los Juzgados de Primera Instancia que asumen el conocimiento de estos problemas es determinante de los que se producen a la hora de atender las pruebas periciales que se proponen en estos procedimientos, por lo que se insiste en la idea de las “dos velocidades” que existe en la impartición de la Justicia con respecto a los partidos judiciales que tienen juzgados especializados por la vía del art. 98 LOPJ y los que no lo tienen, lo que ciertamente es injusto para los ciudadanos que no pueden ver resueltos sus casos en Juzgados especializados. Precisamente, sobre esta ausencia de equipos psicosociales suficientes recuerdan Pilar de Luis Cabarga y Vicente José Ibáñez⁵⁶ que existe una falta de cobertura total de tales equipos técnicos a todos los órganos jurisdiccionales, siendo absolutamente precisa su implantación general, ya que “la situación de los Equipos Técnicos de los Juzgados de Familia, donde existen, se aproxima más a un planteamiento de equipo multidisciplinar, en que los profesionales ayu-

⁵⁶ Pilar de Luis Cabarga y Vicente José Ibáñez. Papeles del Psicólogo. Junio , nº 30 , 1987. Revista del Colegio Oficial de Psicólogos. “Función de los equipos psicosociales: Aportar material para facilitar la toma de decisión acerca del modo en que deben establecerse las relaciones entre padres e hijos, atendiendo a aspectos no estrictamente jurídicos, sino a sus implicaciones afectivas y conductuales. Y, por otra parte, indicar qué sistemas de relación deberían adoptar ambos padres para proporcionar a sus hijos un desarrollo armónico; evitando, en la medida de las posibilidades, que este se vea afectado por las desavenencias que entre los cónyuges existan (o surjan); evitando, también, el deterioro de la imagen de cada uno de los padres ante los menores, y los sentimientos de culpa de estos ante la situación. Otro objetivo fundamental es el de evitar todo impedimento, por parte de cualquiera de los padres, del acceso de los hijos al otro.”

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

dan, o intentan ayudar, al magistrado a ejercer su función de un modo tan técnico y ajeno al medio humano y personal, al que se refieren estos procedimientos, como se supone de los juristas que tan sólo estudian escritos que las partes les presentan, ya que le facilitan información inmediata de las personas y su medio y, además, discuten con el juez el planteamiento de los casos, y su estudio y seguimiento, cotidianamente.”

Ahora bien, las cifras de Juzgados especializados en Familia y salud mental es escasa, ya que si comprobamos el informe elaborado por el CGPJ “La Justicia dato a dato: 2009” la distribución de Juzgados encargados del orden civil es el siguiente:

Juzgados de Primera Instancia 591
Juzgados de Primera Instancia especializados en Familia 97
Juzgados de Primera Instancia especializados en Asuntos hipotecarios 2
Juzgados de Primera Instancia especializados en tutelas 13
Juzgados de lo Mercantil 40
Registros Civiles Exclusivos 24
Registro Civil Central 2.

Es decir, que en los partidos judiciales donde no existen los 13 juzgados de tutelas los procedimientos de salud mental se tienen que resolver por los 591 Juzgados de Primera Instancia que asumen esta materia.

La poca eficacia de la vía del art. 98 LOPJ para tratar el Derecho de Familia y la salud mental.

Sabido es que en la actualidad se está utilizando la vía del artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para conseguir la especialización de juzgados de familia o de internamientos o incapacidades, pero ya hemos reflejado que esta opción solo es aplicable a muy contados partidos judiciales, e incluso en los que existen Juzgados de Familia, no en todos existen de internamiento o incapacidades, a salvo las grandes capitales de provincia. Ello determina que se esté implantando un tratamiento del Derecho sobre la salud mental de dos velocidades, ya que son muchísimos los partidos judiciales que no cuentan con esta especialización con las consiguientes molestias que se derivan de la dispersión de materias que exigen un tratamiento uniforme y concentrado, así como las ventajas que siempre se derivan para la concesión de medios en juzgados concentrados en lugar de la dispersión del tratamiento judicial que dificulta siempre que todos los partidos judiciales estén tratados por igual en materia de recursos humanos y materiales.

Por ello, recordemos que la fórmula actual del art. 98 LOPJ se nos presenta altamente insuficiente en la actualidad. Una fórmula que prevé que el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la Sala de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate.

Así, hemos visto que esta fórmula es la que se ha puesto de manifiesto mediante la especialización de juzgados para asumir el conocimiento de materias como Familia o internamientos e incapacidades, en el orden civil, o de ejecutorias dentro de los juzgados de lo penal por las especiales características de estas materias sobre las que se considera que es preciso que se concentren en uno o varios juzgados que las asumirán de forma exclusiva. Con ello se consigue una efectiva unidad de criterios y concentración en uno o varios juzgados que permiten a los profesionales conocer los criterios del juez y a este especializarlo en materias especialmente significativas. Ahora bien, el problema se centra en el diferente tratamiento con el que se está tratando en las provincias esta cuestión, ya que, por un lado, no todas cuentan con Juzgados de Familia o de salud mental, y aun las que cuentan con ellos solo lo tienen en la capital de provincia como supuesto excepcional, con lo que el tratamiento se muestra desigual. Por ello, la vía más adecuada para otorgar un tratamiento uniforme en todas las provincias es la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 26) para la implantación de los Juzgados de Familia y de internamiento e incapacidades con carácter comarcal.

Asimismo, recordemos que la actual apuesta por la creación de órganos específicos especializados para concentrar el tratamiento y respuesta judicial ante materias especialmente complejas y necesitadas de un tratamiento uniforme por la jurisdicción ha conllevado la reciente creación de los Juzgados de lo mercantil y los de Violencia sobre la mujer. En esta línea, debe entenderse que la materia que actualmente se remite a los Juzgados de Primera Instancia relacionadas con la regulación de las resoluciones judiciales ex art. 763 LEC y de medidas de internamiento deben tener, de la misma manera, un tratamiento judicial con respuesta concentrada en unos órganos judiciales que puedan dar respuesta a los problemas que se derivan en nuestra sociedad hoy en día en esta materia.

Como hemos precisado, nótese que, en la actualidad, la resolución de los asuntos relativos al Derecho sobre la salud mental se distribuye en los partidos judiciales a reparto entre todos los órganos judiciales, a excepción de aquellos que cuentan con “Juzgados de internamientos e incapacidades” en grandes capitales o localidades de importancia. Ello provoca una dispersión en el conocimiento y resolución de una materia con un marcado carácter social y que afecta a los intereses personales de los ciudadanos. De la misma manera, las solicitudes de internamiento en centros médicos de tratamiento de problemas de salud mental para personas que no se medican y las de declaración de incapacidad en casos graves de personas que no pueden gobernarse a sí mismas precisan de juzgados espe-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

cíficos que conozcan de estas causas. Respecto de estos procedimientos ocurre lo mismo que en los casos de Derecho de Familia, habida cuenta que cuando se presenta una solicitud se reparte al juzgado de Primera Instancia al que corresponda, lo que contribuye a evitar que se consiga un control de las medidas generales a adoptar y a establecer un patrón similar de la respuesta judicial ante estos casos con un gran componente social.

Es por ello por lo que la solución al problema pasa por que se modifique el art. 26 LOPJ, a fin de crear unos juzgados específicos con carácter comarcal que asuman el conocimiento que alcance las materias comprendidas en el Libro IV LEC en sus títulos I y II, y en concreto en el art. 763 LEC en lo que afecta a la medida de internamiento y en los arts. 199 a 313 CC en lo que afecta al procedimiento de incapacitación.

Cierto y verdad es que, como se ha precisado, existen Juzgados de Familia, pero sin un concreto reflejo como tales en el art. 26 LOPJ. Así, Francisco Javier De Frutos⁵⁷, en un completísimo trabajo elaborado sobre este tema, y publicado en la LA LEY, tras recordar que el Real Decreto 1322/1981 de 3 de julio, por el que se crean los Juzgados de Familia atribuye competencia exclusiva a estos juzgados de las acciones previstas en los Títulos IV y VII del Libro II del Código Civil, así como aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las leyes. Pero ya se ha precisado que esta solución es muy aislada y que solo atiende concretas necesidades específicas de determinados partidos judiciales, pero sin que sea una solución extendida en la generalidad de la organización judicial.

Por ello, de lo que se trata es de aprovechar la constitución de estos juzgados especializados que se proponen para concentrar esta materia y evitar, de no llevar el mismo camino, resolver una materia para dejar sin resolver la otra. De suyo, no olvidemos que los problemas afectantes a la salud mental de las personas están creando hoy en día no pocos problemas a quienes las padecen por la falta de atención que se está dispensando por la sociedad a estas personas y a sus familias, que en muchas ocasiones no saben a quien recurrir ni donde plantear sus reivindicaciones.

No olvidemos que la dispersión del tratamiento de la salud mental en distintos juzgados provoca diferentes criterios, lo que conllevó a que en la Audiencia Provincial de Alicante elaboráramos un documento, –que se incluye en el punto nº 2 de este estudio–, para protocolizar la actuación judicial en los casos de personas con problemas de salud mental que se niegan a medicarse y que determina que sus familias estén constantemente

⁵⁷ Francisco Javier De Frutos Virseda, «Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo», LA LEY, 1996–5, D–275, 1374.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

interesando medidas de internamiento que llegan a ser ineficaces por su reiteración temporal y falta de una respuesta concreta y permanente que de solución final a los reiterados episodios que se desencadenan en los pacientes que no toman la medicación, con el lógico riesgo para ellos mismos y las personas que con ellos conviven.

Pues bien, la necesidad de una reforma legal que resuelva la situación actual de dispersión judicial se demuestra con que incluso en aquellos casos en los que se ha intentado que los Juzgados que en algunas capitales de provincia estaban especializados en Derecho de Familia asumieran la materia de la salud mental se han planteado dudas acerca de su legalidad. De suyo, sobre esta cuestión se pregunta con acierto José María Cutillas⁵⁸ que el destinatario de la petición de internamiento es el juez. Pero ¿qué juez y por medio de qué procedimiento? ¿Cuál es el órgano judicial competente? Por regla general la Ley de Enjuiciamiento Civil encomienda los negocios de jurisdicción voluntaria al conocimiento de los Juzgados de Primera Instancia, luego la autorización judicial se sitúa en la esfera de su competencia.

El problema puede plantearse en las poblaciones donde existan Juzgados de Familia. Sobre este particular, la Circular 2/1984 de la Fiscalía General del Estado, pone de relieve que las respectivas disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio de 1981 confieren a los Juzgados de Familia las funciones atribuidas a los de Primera Instancia en las materias por ellas reguladas, y el art. 1.2 del Real Decreto de 3 de julio de 1981 –creador de los Juzgados de Familia– expresaba que les corresponde el conocimiento en forma exclusiva de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de Familia les sean atribuidas por las leyes. Por tanto, si en ninguno de los artículos del Código Civil reformado por la Ley de 24 de octubre de 1983 aparecen siquiera citados los Juzgados de Familia, parece evidente que carecen de funciones en cuestiones tutelares, que la competencia para conceder las autorizaciones será siempre de los Juzgados de Primera Instancia.

Esta acertada conclusión nos lleva a plantearnos que la solución más viable para hacer frente a esta división en el tratamiento de este tema, al igual que los de familia, que existe a nivel nacional es la de la especialización de juzgados, la concentración de ambas materias en los mismos (en su caso familia e internamientos e incapacidades, o esta última solo) y la comarcalización de su estructura organizativa por agrupaciones de parti-

⁵⁸ “Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces”. Por Jose Maria Cutillas Torns. Abogado. Diario la ley, 1988, pág. 875, tomo 1, Editorial La Ley.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

dos judiciales, como se expone a continuación. Ello permite dar un tratamiento igualitario en todas las provincias y evita las desigualdades actuales en la solución que se está dando a los problemas de salud mental en la actualidad. Por otro lado, resuelve el problema antes apuntado de las dudas legales existentes acerca de si los Juzgados de Familia constituidos al abrigo del art. 98 LOPJ podrían, o no, asumir la materia de salud mental y las viejas reivindicaciones históricas que se han venido efectuando, sobre todo por las Agrupaciones de abogados expertos en Derecho de Familia acerca de la necesidad de crear “ex lege” estos órganos judiciales definiendo por Ley orgánica sus competencias y su ámbito territorial comarcalizado en la Ley de Demarcación y Planta Judicial.

Tenemos que recordar, por otro lado, que la reivindicación de crear de forma específica unos propios Juzgados de Familia ya se incluyó en un borrador que se estaba redactando de la reforma de la estructura organizativa de la organización judicial en el año 2001; un borrador que habría que recuperar en muchos aspectos por las importantes novedades que introducía en nuestro sistema y que mejoraban las prestaciones de nuestra Administración de Justicia. Lo malo es que por determinadas razones este borrador no vio finalmente la luz, pero de haberlo hecho, ahora, 9 años después, se hubieran resuelto algunos problemas de nuestra Justicia, con lo que sería muy positivo abrir el debate de su recuperación, o de algunas ideas importantes de su contenido.

Pues bien, en el art. 26 del Borrador se introducía una modalidad denominada “Juzgados de Partido” para modificar la actual de “Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y en el art. 77 del Borrador se establecía que «En cada Partido habrá uno o más Juzgados de Partido con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede». Hablar de Juzgados de Partido como tal entendemos que facilitaría la labor de separación de jurisdicciones que, sin embargo, no es un problema de LOPJ, sino de Planta y Demarcación, ya que el actual art. 89 de la LOPJ establece que será la Ley de Planta la que establecerá esa separación de jurisdicciones. Sin embargo, el art. 21.1 de la Ley 38/1998 dificultaba esta separación, circunstancia que debería desaparecer incluyendo en la Disposición Adicional de la reforma de la LOPJ la derogación del art. 21.1 de la Ley 38/1988, facultando a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia la facultad de decidir los Partidos Judiciales en los que los Juzgados de Partido conocerán bien del Orden civil, bien del Orden penal como jurisdicción separada, ya que en principio los arts. 78 y 79 le otorgan competencia civil y penal, aunque ya sin hablar de primera instancia o instrucción, como ahora ocurre.

La segunda modalidad de órgano judicial previsto en esa nueva planta y organización territorial hablaba de «Los Juzgados Provinciales de lo

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

civil, de lo mercantil y **de Familia**, adscritos al Orden jurisdiccional civil; de lo penal, de menores, de vigilancia penitenciaria, adscritos al Orden jurisdiccional penal; de lo contencioso-administrativo y de lo social».

Por ello, hacemos notar la amplia amalgama de órganos judiciales previstos con este carácter superior al de Juzgados de Partido, y una primera llamada la debemos hacer a una gráfica división de los órganos Provinciales que se hacía ya entonces hace siete años en:

- A) Adscritos al Orden civil:
 - a) Juzgados de lo civil,
 - b) Juzgados de lo mercantil.
 - c) Juzgados de Familia.
- B) Adscritos al Orden penal:
 - a) Juzgados de lo penal.
 - b) Juzgados de Menores.
 - c) Juzgados de Vigilancia penitenciaria.
- C) De lo contencioso-administrativo.
- D) De lo social.

También en el mes de Mayo del año 2006 se presentaron algunas enmiendas a la por entonces reforma de la LOPJ para que se incluyera en la reforma de la LOPJ que se estaba gestando la extensión a todas las provincias españolas de los Juzgados de Familia. En el apoyo de esta idea recordaba PRODENI que en el informe de la asociación de derechos del niño y la niña se refuerza la tesis de que los juzgados de familia deberían atender todos los asuntos de su competencia que se planteen en cualquier punto de la provincia, para que la totalidad de los ciudadanos residan donde residan reciban el mismo trato y con la misma calidad, porque de producirse una extensión de los juzgados de familia a todas las provincias, pero dejando la exclusividad de su intervención a la localidad donde estén ubicados – capitales de provincia y algunas grandes ciudades– seguiría produciéndose una discriminación sobre las familias del resto de la provincia. Asimismo, se destacaba, en la misma línea ya expuesta, que solamente los Juzgados especializados de Familia tienen a su disposición Equipos Técnicos de Apoyo (Psicólogo, Trabajador Social). El resto, carece de dicho apoyo y debe atender también otros asuntos judiciales además de los de Familia, o de Protección. No obstante, y en lo que se refiere a los Equipos Técnicos de los Juzgados de Familia, no son suficientes para atender la demanda de informes que se les solicitan, estando muchos de ellos desbordados de trabajo y perdiendo en calidad y eficacia.

En Chile, por ejemplo, se ha implantado un nuevo modelo de Juzgados de Familia (Ver página web http://www.minjusticia.cl/familia/inversion_pais.php) bajo esta filosofía de especialización, pero con un sistema semejante al que ya proponíamos en un artículo publicado en esta misma revista bajo el modelo de los que personalmente denominé “Juzgados bi-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

céfalos”, ya que allí han introducido un sistema de “Juez–Presidente del Juzgado y junto a este un denominado “Comité de Jueces”; es decir, creando juzgados pero con más de un juez para potenciar la efectividad en el ritmo de señalamientos y resoluciones alcanzadas. Así en Chile se crea un sistema con un Número total de Juzgados de Familia: 60, un número total de jueces de Familia: 258, un Subtotal Gasto (incluye remuneraciones, operación e inversión) de M\$ 47.243.029 y una infraestructura definitiva: M\$ 7.783.741. Además, se ha publicado una “Guía práctica para los nuevos juzgados de Familia” para facilitar su acceso a los ciudadanos con folletos acerca de las ventajas de este sistema de especialización de Juzgados de Familia.

En consecuencia, en esta tesis esa idea inicial de Juzgado provincial debería modificarse por la actual de creación específica de estos juzgados, tal y como preveía el borrador, pero con su carácter comarcal, al poder suponer un grave problema que todas las parejas que se quisieran separar en una provincia tuvieran que desplazarse a la sede donde está ubicado el Juzgado provincial, o los problemas que se derivan en materia de salud mental por el hecho de tener que practicarse el reconocimiento personal del juez a los presuntos incapaces o las personas sobre las que se interesaba el internamiento. Es por ello, por lo que razones obvias de proximidad aconsejan en este terreno apostar más por los Juzgados comarcales que por los provinciales.

Razones de la comarcalización de los Juzgados de Salud mental.

Por ello, se ofrecen numerosas ventajas que hablan de la necesidad de dar solución al problema del elevado coste presupuestario que conllevaría la general creación de estos órganos judiciales, la idea de la comarcalización se nos presenta como muy útil a los efectos pretendidos. Una idea, por cierto, que ya fue planteada en su momento en cuanto a los Juzgados de Violencia sobre la mujer para resolver el problema de aquellos partidos judiciales que no contaban con juzgado especializado, a fin de concentrarlos por comarcas o agrupaciones de partidos judiciales, de tal manera que uno en concreto de la agrupación de partidos judiciales designada para esta finalidad atendiera esta materia. De suyo, dado que la idea de la comarcalización de los Juzgados de Violencia sobre la mujer sigue latente podría aprovecharse el Proyecto ya ideado en su día de distribución de las agrupaciones de partidos judiciales que se propuso en su momento para los Juzgados de Violencia sobre la mujer para trasladar ese estudio territorial a estos juzgados de salud mental que estamos proponiendo, junto a los de familia.

Pues bien, las ventajas de la concentración de estos juzgados en su distribución comarcal son varias, a saber:

a) La concentración de las materias objeto de la competencia objetiva de estos juzgados comarcales tiene razones prácticas y de utilidad fun-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

cional al no ser viable presupuestariamente crearlos de forma separada, por un lado, y, por otro, por tener ambas el marcado carácter social que requiere su concentración, así como para dotarles de un contenido suficiente en cifras de registro de entrada de asuntos que justifique su concentración en aquellos partidos judiciales que sean cabecera de otros en estas materias.

b) En estos procedimientos es preceptiva la presencia del Ministerio Fiscal, por lo que es preferible concentrar el conocimiento de estos casos en juzgados comarcales para reunificar los procedimientos y tener un control más exacto de los procedimientos afectantes a la salud mental por la fiscalía, ya que la dispersión evita un control exacto en el espacio y en el tiempo. Y ello, aunque en la actualidad están funcionando las fiscalías de área.

c) La concentración de estos casos permite la unificación de criterios por jueces especializados en dos materias que tienen una gran importancia en nuestra sociedad.

d) La concentración en juzgados comarcales en los casos de internamiento e incapacidades permite que al ser preceptiva la intervención del médico forense se facilite la misma de forma urgente e inmediata por la mayor disposición de medios.

e) En este último caso está aprobado en Alicante un Protocolo de actuación en casos de protección de personas con problemas de salud mental que no se medican y que podría ser un referente en la aplicación de esta sistemática como modelo de actuación protocolizada del “iter” a seguir ante las peticiones de tratamiento ambulatorio involuntario.

f) La concentración permite su tratamiento por jueces especializados y con una formación concreta en dos materias sobre las que la sociedad reclama una respuesta ágil y tratamiento especial por parte de la Administración de Justicia.

g) Además, la concentración en Juzgados comarcales reduce esta carga de trabajo en los Juzgados del resto de partidos judiciales que en muchos casos no disponen de los medios adecuados para atender estos casos tan especiales como son los de familia y afectantes a la salud mental. Piénsese que, como antes hemos señalado, en los relativos a la salud mental es precisa la intervención del médico forense de forma inmediata y directa, y en los de familia y en aquellos la del Ministerio fiscal, lo que facilita su atención directa en su configuración como Juzgados comarcales.

h) Las creaciones de órganos judiciales comarcales se computarían en las previstas para cada provincia cada año sin suponer una adición a las calculadas, sino que se compensarían según lo expuesto, ya que el resto de partidos judiciales dejarían de registrar procedimientos de internamiento e incapacidades.

i) En lo que se refiere a las solicitudes de internamiento hay que tener en cuenta que es preferible que las solicitudes se concentren por cabece-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

ras elegidas por proximidad ante la necesaria relación de los jueces especializados con los directores de los centros en donde deben ser ingresados estos pacientes. Nótese que en esta materia de la salud mental la dispersión en el conocimiento dificulta la uniformidad de medidas y del control exacto sobre el estado y situación del paciente en los centros. Además, la concentración permite que el juez conozca los historiales de estos pacientes y pueda estar en mejor disposición de hacer frente a la reiteración de estas solicitudes o dar una mejor respuesta a las mismas.

j) La concentración permite un mejor conocimiento estadístico en esta materia y este conocimiento permite a los responsables adoptar medidas que tiendan a mejorar la respuesta en cuanto a los medios materiales y humanos. En materia de internamientos solo en la ciudad de Alicante se presentaron en 2009 1.200 solicitudes no disponiéndose de datos provinciales ante la ausencia de estadística al respecto, ni de procedimientos de incapacidades por no existir un control estadístico al respecto.

En principio, debe sostenerse que sería preferible la especialización de un juzgado de Primera Instancia para internamientos e incapacidades, pero dados los problemas presupuestarios se apuesta por el contenido de esta propuesta. Por estas razones se plantea que se verifique la modificación legal que habilite esta posibilidad al tratarse de una materia de gran componente social y que requiere de un tratamiento específico concentrado, así como permite agilidad en la respuesta y una mejor calidad en la misma. Para ello podría aprovecharse el estudio ya elaborado en su momento para la comarcalización de los Juzgados de Violencia sobre la mujer.

2.- La necesidad de aprobar un Protocolo que discipline la sistemática a seguir ante peticiones de intervención judicial por negativa del paciente al suministro voluntario de la medicación.

a.- Exposición razonada.

La enfermedad mental da lugar en ocasiones a reacciones complejas y alteraciones de la conducta que obligan a adoptar medidas como respuesta a acontecimientos que alertan de que algo está pasando y que es necesaria una actuación externa para resolverlo.

Pues bien, en el estado actual de la situación no podemos negar que hay personas que sufren una grave enfermedad mental en las que es conveniente una actuación terapéutica que les permita hacer una vida normal y que evite que se puedan hacer daño a sí mismas o a terceros por esa ausencia de control sobre su persona y voluntad.

La práctica jurídica actual sólo utiliza habitualmente dos vías, a saber: bien la del internamiento judicial o la de la incapacitación. Con respecto

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

a la primera se solicita de un juez civil el ingreso temporal en un hospital adecuado o centro de internamiento, cuando el estado clínico del enfermo así lo aconseja en el segundo caso se les decreta su incapacidad para regir su persona y bienes, con la privación que ello siempre conlleva y el estigma social y personal añadido.

Sin embargo, la falta de una vía intermedia entre ambas produce en ocasiones un fenómeno de “puerta giratoria”, con ingresos cortos y repetidos que saturan los servicios hospitalarios. Para los casos en los que un tratamiento médico ambulatorio podría estar indicado, este protocolo busca ofrecer una herramienta terapéutica más ajustada a la situación concreta del enfermo.

En efecto, el mundo de la enfermedad mental tiene un entorno digno de protección y de articulación de una regulación de derecho positivo que no deje en el tintero sin resolver cuestiones de trascendencia cuya omisión podría producir un serio problema [...].

En su momento, hubo un intento de regular mejor el problema de las personas que sufren una enfermedad mental y no se medican, debido a que en ocasiones no son conscientes de su propia enfermedad. Por ello, se tramitó una iniciativa legislativa publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) de fecha 19 de Julio de 2004, para regular los tratamientos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos que se ubica en el art. 763 de la ley procesal civil. El origen de la iniciativa legislativa radicó en la Confederación de Familiares de Enfermos Mentales (FEAFES), miembro del Comité Español de Representantes de personas con discapacidad (CERMI) al crearse un comité técnico jurídico como medio de cambiar impresiones y métodos de funcionamiento y como foro de debate para el estudio y análisis de la legislación vigente e impulso de nuevas normas. Es así en este foro de donde partió esta iniciativa para disciplinar las autorizaciones judiciales de tratamientos no voluntarios de carácter farmacológico, es decir, la regulación del trámite judicial a seguir en los casos de personas con trastornos psíquicos graves en los que no está indicado el internamiento y es conveniente disponer de un procedimiento de intervención judicial para conseguir que el enfermo pueda recibir un tratamiento ambulatorio, evitando con ello una repetición sistemática de internamientos no voluntarios por vía judicial.

Sin embargo, bien es cierto, y esto hay que destacarlo de forma muy clara, que cuando queremos afrontar este problema no nos podemos quedar solo en la superficie de la vía judicial en los casos en los que se interese del juez la autorización para intervenir ante las reiteradas negativas del enfermo y a solicitud de la familia, sino que es preciso hablar también **de un tratamiento integral sanitario** que permita que desde los estamentos encargados de la salud mental, también se articule un seguimiento

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

y optimice la intervención médica del paciente. Y ello, a fin de evitar que este uso del Protocolo conduzca a una *judicialización* de la relación entre el médico y el paciente que debe estar basada de forma ideal en la confianza y el consentimiento. Ello es obvio, por cuanto no se puede aspirar a que el juez sea el que de modo exclusivo sea el que tiene que resolver este problema, ya que lo primero que se exige es una actuación coordinada y puntual de la red sanitaria que pueda ser utilizada de forma flexible y abierta por los pacientes y/o sus familiares.

Por ello, uno de los aspectos que más preocupan a los familiares de las personas con enfermedad mental es la negativa de algunos enfermos a asumir el tratamiento médico, generalmente por la falta de reconocimiento de la propia enfermedad [...]. Nos encontramos, en efecto, con situaciones de personas que tienen trastornos de la conducta graves, pero que por su alteración no son conscientes de la posibilidad de mejoría o no-progresión de su enfermedad que le ofrece el seguir un tratamiento médico, lo que las convierte, no sólo para ellos mismos y sus familiares, sino, también, para cualquier persona que pueda tratar con ellos en un peligro potencial de llevar a cabo conductas de riesgo.

De lo que se trata, por ello, con este Protocolo es que las personas que padecen una enfermedad mental que puede ser susceptible de tratamiento eficaz puedan mejorar de forma significativa si son atendidas correctamente desde el punto de vista socio-sanitario y siguen un tratamiento adecuado.

Para ello se podrá recurrir a la intervención judicial, en los casos en que esté indicado un tratamiento médico ambulatorio y en los que el consentimiento del enfermo está invalidado por su enfermedad, pero siempre sin olvidar que la atención del enfermo implica un *tratamiento integral sanitario*, que debe establecer además los parámetros objetivos de mejoría del enfermo que busca conseguir, en beneficio del propio enfermo y de su adaptación social y familiar.

b.- Necesidad de que el Protocolo se complemente con la debida asistencia por la Administración Sanitaria a las personas que sufren enfermedad mental mediante la debida cobertura sanitaria.

De manera paralela a la implantación del documento es preciso recordar la necesidad de que las personas que sufren enfermedad mental cuenten con la debida asistencia sanitaria y dispongan de los centros de salud asistenciales que sea preciso para que los familiares de estas personas puedan disponer de los recursos materiales y humanos con los que atenderles cuando sea preciso. En este sentido, el mecanismo que a continuación se expone se marca como un recurso subsidiario para cuando los sistemas de cobertura asistencial de salud mental no han permitido que el

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

paciente sea consciente de su enfermedad y que se medique de forma voluntaria.

Para ello es preciso reclamar la atención debida a la Administración sanitaria en la medida en que es preciso reconocer la importancia que tiene hoy en día el problema de la salud mental y la necesidad de que se pongan en marcha los mecanismos e instrumentos necesarios para que las familias que cuenten entre sus miembros con una persona que sufra una enfermedad mental disponga de los recursos suficientes y se articule un sistema que facilite el acceso a los mismos.

c.- Eje central de aplicación del Protocolo.

Es preciso que en el desarrollo del Protocolo se destaquen determinados puntos relativos a los aspectos asistenciales.

1. El protocolo no supone una actuación al margen de la legislación actual, sino que tiene como objetivo coordinar actuaciones entre el estamento sanitario y judicial de supuestos que están ya contemplados en el ordenamiento jurídico.

2. La finalidad de esta iniciativa es contribuir al desarrollo y la coordinación de los aspectos sanitarios y asistenciales que permitan el seguimiento y control de algunas situaciones concretas que se presentan en la evolución de los trastornos mentales, en beneficio de los propios enfermos.

3. La intervención del estamento judicial tiene por objeto garantizar el respeto y la protección de los derechos de los enfermos mentales, y su autonomía personal, en aquellos casos en que su capacidad de consentimiento pueda estar alterada por la enfermedad.

4. Como elemento fundamental de consecución de este objetivo se contempla la especialización de los órganos judiciales, y en concreto, de los Juzgados de 1ª Instancia, mediante la creación de un Juzgado exclusivo de Internamientos e Incapacidades, y la adscripción de un médico forense con capacitación específica en Psiquiatría, para garantizar una respuesta técnicamente competente. Mientras tanto, se seguiría el sistema de reparto como ocurre en los casos de internamientos e incapacidades, aunque se insiste en que para el éxito del sistema se debe contar con un juzgado especializado que abarque toda la problemática de la salud mental.

5. El tratamiento ambulatorio involuntario no está previsto para una patología específica, sino que la existencia de un trastorno mental de gravedad suficiente que esté presente en el momento de su solicitud justifica la adopción de esta modalidad de tratamiento.

6. La solicitud de tratamiento ambulatorio se hará de forma preferente por el Centro de Salud o Institución encargada del seguimiento y control del enfermo, a propuesta del médico psiquiatra responsable (generalmente

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

el centro de salud será el correspondiente de su lugar de residencia). Dicha solicitud irá acompañada por un informe clínico de síntesis, que necesariamente deberá contener:

1. El diagnóstico de la afección,
 2. un resumen de su evolución y circunstancias sociales y familiares,
 3. una propuesta de tratamiento que incluya la descripción del mismo,
 4. el objetivo terapéutico que se espera alcanzar, y
 5. los controles establecidos para el seguimiento de su evolución.
6. La solicitud de tratamiento ambulatorio involuntario se hará por fax al decanato de los Juzgados de Alicante, que lo turnarán al Juzgado de 1ª Instancia que corresponda por competencia.
7. El procedimiento se puede iniciar también a solicitud de los familiares y de oficio por el Ministerio Fiscal. En estos casos será necesario la remisión del enfermo al centro de salud o servicio hospitalario correspondiente a fin de que se proporcione por el psiquiatra responsable la información prevista en el apartado 6.
8. El Servicio de Psiquiatría del Hospital Universitario de San Juan dispondrá de un especialista con dedicación exclusiva para esta función, dentro de “Programa de Hospitalización a domicilio” recientemente puesto en marcha por la Consellería de Sanitat de la Comunidad Valenciana. Este programa supervisará el control y seguimiento de los enfermos que por sus circunstancias sociales y familiares no puedan ser vigilados por el Centro de Salud de su área de residencia.
9. En los casos de interrupción del tratamiento, o falta de seguimiento de los controles establecidos, el psiquiatra responsable lo comunicará por cualquier medio al Juzgado que conoce del caso, haciendo constar las actuaciones que procedan para reanudar la efectividad del tratamiento.
10. Por las Consellerías de Sanitat y Justicia se debe estudiar si los medios tecnológicos actuales permiten que la información clínica del sistema informático “Abucasis” puede estar disponible para el estamento judicial (Juez, Medico Forense) en el momento de hacer la evaluación previa a la toma de decisiones, con el objeto aportar el máximo de información clínica de interés.
11. La administración sanitaria establecerá el mecanismo que permita incorporar la red farmacéutica a la función asistencial de dispensación de los psicofármacos prescritos para el tratamiento, en las mejores condiciones de proximidad al domicilio del enfermo.

d.- Régimen jurídico.

El día 27 de octubre de 2006, el Congreso de los Diputados aprobó el Proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y la garantía de los derechos de las personas y en materia civil y mercantil

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

que vendría a sustituir la regulación anterior en esta materia, que data de 1881, y que necesitaba de una profunda reforma. Debemos señalar, que este proyecto introducía una novedad muy importante en materia de protección de derechos de los presuntos incapaces, al regular, en su capítulo IX, los tratamientos ambulatorios obligatorios. Por ello, hasta tanto en cuanto esta norma no forme parte de nuestro Derecho Positivo, entendemos que los principios inspiradores de dicho Proyecto de Ley son conformes a la Constitución y adecuados al espíritu de protección de los derechos y libertades del enfermo mental, y por ello dichos principios deben inspirar también el presente Protocolo en cuanto a la legitimación y trámites a seguir, que lo serán por la tramitación de jurisdicción voluntaria.

En Algunos Juzgados especializados en materia de Incapacidades (Valencia y Guipúzcoa) se están ya dictando resoluciones de aplicación de tratamientos ambulatorios no voluntarios y su fundamentación se centra en que existe en la actualidad un consenso generalizado en la medicina originado por la aparición de nuevos fármacos, respecto a que el tratamiento de un trastorno psíquico no siempre requiere ingreso hospitalario pudiendo realizarse de manera ambulatoria. En este último caso el carácter forzoso del mismo puede ser necesario al concurrir en el enfermo circunstancias semejantes a las del internamiento en orden a su falta de capacidad para consentir, pero para evitar un sistema repetitivo de internamientos que en nada beneficia al paciente y que solo resuelve de forma puntual el problema.

La Ley de Enjuiciamiento Civil sí bien no contempla esta imposición del tratamiento terapéutico, si consideramos que dicho tratamiento puede ser autorizado judicialmente por aplicación directa del art. 763 de la Lec y sus principios inspiradores, ya que en la mayoría de los casos la autorización del internamiento va destinada a la aplicación de un tratamiento al enfermo mental y en consecuencia aunque expresamente no se diga en la Ley es evidente que por el principio de intervención mínima se podrá acordar una medida menos gravosa para el enfermo como lo es el tratamiento ambulatorio y el propio espíritu teleológico de todas las normas referentes a los incapaces que establecen la necesidad de la consecución del fin más beneficioso y adecuado para la protección del afectado por un trastorno psíquico.

Por otro lado, el art. 216 del Código Civil en su párrafo 2, permite la adopción de las medidas y disposiciones previstas en el art. 158 del mismo cuerpo legal por el Juez de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos y en cualquier tipo de procedimiento.

Ya los artículos 7 y 8 del Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1994, prevé

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

que cuando una persona mayor de edad no tenga capacidad por causa de una disfunción mental, enfermedad o motivo similar para expresar su consentimiento para una intervención, esta no podría efectuarse sin la autorización de su representante, autoridad o institución designada por ley, añadiendo que la persona afectada deberá intervenir en la medida de lo posible en el procedimiento de autorización.

En el mismo sentido se pronuncia la Ley de Autonomía del Paciente e información clínica 41/02, de 14 de noviembre, que en su artículo 2 establece “Toda actuación, con carácter general, requiere el previo consentimiento del paciente. El consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba información adecuada. El paciente tiene derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas más adecuadas”.

El Código civil español establece los requisitos para que el consentimiento contractual sea válido y eficaz y estos son que sea prestado por persona capaz y que sea otorgado libremente.

En relación a todos estos aspectos se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional 120/90 en la que viene a establecer de forma unánime las condiciones y requisito que deben respetarse en todo caso para poder estimarse y acordar la medida de sometimiento a tratamiento ambulatorio no voluntario, estableciéndose: “ El artículo 15 de la Constitución que recoge el derecho a la vida y a la integridad física y moral protege la inviolabilidad de la persona, no solo contra los ataques destinados a lesionar su cuerpo o espíritu sino también contra toda clase de intervención en estos bienes que carezca del consentimiento de su titular. Por ello, este derecho resulta afectado cuando se impone a una persona una asistencia médica en contra de su voluntad, razón por la que dicha asistencia médica constituye una limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional. Entendiendo que para que así sea, es preciso:

a) que la medida limitadora sea necesaria para conseguir el fin perseguido, esto es, sanar a la persona, dado que conforme al artículo 43 de la Constitución Española se establece la obligación del Estado de garantizar la protección de la salud

b) que exista proporcionalidad entre el derecho y la situación en que se halla aquél a quien se impone

c) que se respete el contenido esencial del derecho a la vida, integridad, dignidad y libre determinación de la persona.

Por último añadir que nuestro código Penal ya recoge la institución del tratamiento ambulatorio como una opción menos gravosa al internamiento en los arts. 96.2.11ª, 100.1., 101.1., 104.2. y la Disposición Adicional Primera.

Ello permitiría incardinar la adopción de la medida de tratamiento médico no voluntario en nuestra legislación por medio del presente articulado.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

1.- LEGIMITACION.

Artículo 1.-

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

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

En estos casos será necesario la remisión del enfermo al centro de salud o servicio hospitalario correspondiente a fin de que se proporcione por el psiquiatra responsable la información prevista en el apartado 6 del punto 2 del presente Protocolo.

2.- PROCEDIMIENTO

Artículo 2.-

a) La solicitud de tratamiento ambulatorio se hará de forma preferente por el Centro de Salud o Institución encargada del seguimiento y control del enfermo, a propuesta del médico psiquiatra responsable (generalmente en el centro de salud será el correspondiente de su lugar de residencia). Dicha solicitud irá acompañada por un informe clínico de síntesis, que necesariamente deberá contener:

1. El diagnóstico de la afección,
2. un resumen de su evolución y circunstancias sociales y familiares,
3. una propuesta de tratamiento que incluya la descripción del mismo,
4. el objetivo terapéutico que se espera alcanzar, y
5. los controles establecidos para el seguimiento de su evolución.

b) La solicitud de tratamiento ambulatorio involuntario se hará por fax al decanato de los Juzgados de Alicante, que lo turnarán al Juzgado de 1ª Instancia que corresponda por competencia.

Artículo 3.-

Comprobado por el Juzgado que se cumplen los requisitos para la solicitud de tratamiento ambulatorio obligatorio, (diagnostico de enfermedad mental grave, abandono reiterado del tratamiento que dé lugar a sucesivos internamientos.) se admitirá a trámite como expediente de jurisdicción voluntaria.

Antes de conceder la autorización para la instauración del tratamiento involuntario, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime con-

 GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

veniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado, que puede ser el médico forense, el psiquiatra responsable del tratamiento o cualquier otro especialista.

Se dictará auto acordando o no el tratamiento ambulatorio forzoso, donde deberá tenerse en cuenta la información clínica del paciente suministrada por el informe médico, así como establecerse el plan de tratamiento farmacológico, sicosocial y terapéutico en función de la severidad o gravedad del trastorno psíquico.

Se establecerán los mecanismo de supervisión y control de las medidas acordadas, y el dispositivo sanitario responsable del mismo que debería informar al juez, al menos cada SEIS MESES, de su evolución y seguimiento, así como sobre la necesidad de continuar, modificar o en su caso, cesar la continuidad de estas medidas.

e- Presupuestos médicos para la derivación al TAI

Artículo 4.-

CONDICIONES IMPRESCINDIBLES

Que se trate de una enfermedad mental

Que sea grave.

Que carezca de capacidad para emitir consentimiento informado válido.

Que exista riesgo constatado de que la ausencia del tratamiento sea gravemente perjudicial para la salud.

Fundamentos de la medida a adoptar (Tratamiento Involuntario) que se atenga a los principios de:

Necesidad.

Proporcionalidad.

Legalidad.

Adopción de garantías.

Artículo 5.-

CONDICIONES NECESARIAS.

1º) Posibilidades de rehabilitación.

2º) Medio social inexistente, conflictivo o poco contenido.

Artículo 6.-

PERFIL DE PACIENTES A INCLUIR:

1º) Mayor de edad.

2º) Padece Enfermedad Mental.

3º) Es incapaz de sobrevivir seguro en la comunidad sin supervisión

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

(esta precisión ha de hacerse basándose en criterios clínicos).

4º) Debe acreditarse su rechazo previo al tratamiento y justificarse que se va a beneficiar del mismo aunque sea de forma involuntaria.

5º) Es improbable que acepte voluntariamente tratamientos (cualquier tipo y/o modalidad del mismo).

6º) Es probable que recaiga o se agrave, o pueda perjudicar a terceros si no recibe tratamiento.

7º) Es probable que le sea beneficioso el tratamiento.

En cualquier caso se incluirán un número pequeño de pacientes, pero cualitativamente significativos.

Artículo 7.-

OBJETIVOS DE IMPLANTACIÓN DEL T.A.I.

El T.A.I. ha de ser conceptuado como una medida sanitaria y valorado desde una perspectiva terapéutica considerándose el recurso a la vía judicial como el último extremo.

La evaluación de la eficacia y/o efectividad clínica es más compleja de lo que pueda darse por entendido y así p.ejem.:

CRITERIOS DE MEDICIÓN DE ÓRDENES:

1º) Mejora de la calidad de vida, salud mental/física o funcionamiento social.

2º) Reducción de los días de hospitalización.

3º) Reducción de número de internamientos.

4º) Incremento de la adherencia.

5º) Incremento de la frecuencia de contactos con los servicios de Salud Mental.

6º) Reducción de incidentes de daño y/o victimización.

7º) Reducción de los niveles de coerción percibida por los pacientes.

8º) Reducción de los niveles de abuso de sustancias.

9º) Identificación temprana de recaída.

10º) Incremento de la satisfacción de pacientes, familias y cuidadores.

Lo único que sí debe quedar es que no ha de concebirse como un incremento de la coerción que interfiera con el establecimiento de una alianza terapéutica.

No hay investigaciones precisas al respecto, pero en todo caso el planteamiento no es elegir entre una buena o mala relación: El T.A.I. se contempla en la disyuntiva entre una relación aunque bajo coerción o ninguna.

Artículo 8.-

INFORME AL JUZGADO

El informe lo realizará el médico que inicie el proceso, independientemente de la estructura en que esté ubicado.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Contendrá información clínica del paciente, incluyendo datos sobre anteriores ingresos secundarios a abandono de medicación, buena respuesta a fármacos comprobada, plan terapéutico a seguir, objetivos a conseguir y recursos que se van a emplear en su seguimiento (CSM, centro de día, hospital de día, etc.).

Se expondrán de manera razonada las justificaciones de dicha medida, incluyendo ventajas y desventajas.

El Plan Terapéutico, a su vez, incluirá:

Médico responsable del caso

Frecuencia de consultas prevista

Frecuencia de consultas con familia, si existe

Estos pacientes tendrán consideración de preferentes en cuanto a demoras para su atención, intentando evitar tiempos de espera para cada consulta.

Artículo 9.-

FORMATO ENTREVISTA PREVIA A INICIO DE EXPEDIENTE

La notificación se hará en el juzgado, a través de una entrevista entre el juez y el paciente y su familia o tutor.

Previamente, el psiquiatra habrá informado al paciente y familia/tutor de la medida a adoptar, remitiendo posteriormente informe al juzgado.

Artículo 10.-

PLAZOS DE ESPERA PARA NOTIFICACIÓN AL JUZGADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

1ª VISITA FALLIDA: Contacto telefónico con el paciente y/o familia o tutor, dándole una nueva cita en 24-48.

Si el paciente no acude a esta 2ª VISITA, el psiquiatra terapeuta encargado del caso lo notificará al psiquiatra de la U.H.D.

El psiquiatra U.H.D. derivará al paciente a su psiquiatra habitual y/o reorganizará su proyecto terapéutico.

Solo en caso de fallar esta 2ª instancia se remitirá informe al juzgado.

Si el paciente no acude a esta 3ª VISITA, notificación telefónica y carta por correo al Juzgado, en formato Standard de notificación y firmada por el médico responsable

Artículo 11.-

ACTUACIÓN DEL JUZGADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO

El juez se encargará de que el paciente acuda al Centro correspondiente, con los medios a su disposición.

Artículo 12.-

FINALIZACIÓN DEL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN

La indicación de finalización del proceso la realizará el psiquiatra res-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CIVIL

ponsable del caso mediante informe razonado al Juzgado correspondiente, exponiendo los motivos para su finalización; dictaminando el juez su finalización.

La finalización del proceso podría deberse a:

Cumplimiento ininterrumpido durante 18 meses del tratamiento

Medida no efectiva tras 18 meses de tratamiento

Cambios en las circunstancias sanitarias y/o sociales del paciente, que desaconsejen el procedimiento

Tanto el psiquiatra como el juez comunicarán al paciente y familia/tutor este hecho.

Artículo 13.-

COMISIÓN SANITARIA DE VALORACIÓN

Se propone la existencia de una comisión por cada Territorio que valore la idoneidad de la medida propuesta así como su efectividad en cada caso. Cada caso se analizaría a modo de sesión clínica en la que intervirían los médicos que venían tratando al paciente en las diferentes estructuras.

Artículo 14.-

FINALIDAD DEL PROCEDIMIENTO

No podemos olvidar que la finalidad de esta medida es facilitar la instauración y mantenimiento de un tratamiento adecuado que, finalmente permita incrementar la conciencia de enfermedad y la adhesión libre al tratamiento del sujeto. De ahí la importancia de incrementar la intensidad de las medidas terapéuticas que posibiliten esta adhesión.

Se han duplicado el número de psiquiatras que supervisan el caso y en todo caso se incidirá en un programa psicoeducativo individualizado que incluya valoración del insight y modelo profano de enfermar.

f- Exigencia de la creación de un Juzgado especializado.

La implantación de este Protocolo exige la **creación de un Juzgado especializado** que permita unificar criterios y un conocimiento exacto del Juez de los mecanismos del mismo, así como de un contacto permanente con los recursos de los que se dispone en materia de salud mental, a fin de que no se trate esta cuestión como una más, sino que se le otorgue la importancia que hoy en día tiene la salud mental.

De esta manera, aunque se derive a esta vía la solución de personas con enfermedad mental no se entienda que estos casos son un procedimiento judicial más, sino que detrás de todas y cada una de las peticiones que se cursen hay una familia que tiene una persona que sufre este problema, y,

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

con ello, lo sufren ellas también. Por ello y para ello es preciso que además de insistir en lo fijado en el punto nº 2 relativo a la potenciación de los medios materiales y humanos en la red de salud mental se exija que en aquellos puntos donde se quiera implantar este sistema se dote de un órgano judicial especializado que permita concentrar las peticiones y otorgue a este problema del tratamiento especializado que se exige por las circunstancias de los peticionarios y la necesidad de dotar al problema de la salud mental de la importancia que tiene hoy en día.

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

Las personas con discapacidad como acusados, condenados y víctimas del delito.

Ricardo Rodríguez Fernández
Magistrado

Ángel Luis Ortiz González
Magistrado Jdo. Vigilancia Penitenciaria, 1. Madrid

I.- Introducción.

Con fecha 21 de abril de 2.008 se publicó en el BOE (nº 96) el Instrumento de Ratificación por nuestro país de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York en 13 de diciembre de 2.006, en donde se recogen, entre otros derechos de la personas con discapacidad, el reconocimiento como persona ante la ley (art. 12⁵⁹) y el acceso

⁵⁹ Artículo 12. *Igual reconocimiento como persona ante la ley*

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

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

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

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente,

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

de tales personas a la justicia en las mismas condiciones que los demás ciudadanos (art. 13⁶⁰).

Al tratarse de un Tratado Internacional ratificado por España y publicada tal ratificación en el BOE, de conformidad con el art. 96 de nuestra Constitución (en adelante, CE) forman parte de nuestro derecho interno, siendo pues, de aplicación directa por Jueces y Tribunales y cuyo cumplimiento puede ser exigido por cualquier ciudadano⁶¹.

Debemos de partir de una idea básica: es concorde con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz por cuanto todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Esto es, una medida de protección como la incapacitación solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona y no es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas

independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

⁶⁰ Artículo 13. *Acceso a la justicia*

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad>> tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas << personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

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

⁶¹ CE. Art. 96.1 Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno (...).

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas (vid., por todas, TS1ª S de 29 Abr. 2009).

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 y es concorde con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el art. 49 CE y tampoco vulnera el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de texto constitucional.

La reforma del CC de acuerdo con la L 13/1983 de 24 Oct. (reforma del Código Civil en materia de tutela) introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación sólo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La L 41/2003 de 18 Nov. (protección patrimonial de personas con discapacidad y modificación del Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y normativa tributaria) introdujo un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% —art. 2.2—. El sistema de protección establecido en el CC sigue vigente, aunque con la siguiente lectura:

1.º) 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. Esta es la única posible interpretación del art. 200 CC y del art. 760.1 LEC; y

2.º) La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias⁶².

⁶² Una medida de protección como la incapacitación solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención de Nueva York de 13 diciembre 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas 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 al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclu-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Y tales medidas de protección introducidas en nuestro Código Civil por al referida reforma son concordantes con la regulación que de los derechos de las personas con discapacidad se recogen en el Convenio de Nueva York comentado.

II.- Ámbito Penal.

¿Y qué pasa en el ámbito penal? ¿es de aplicación el citado Convenio?. La respuesta no puede ser otra que sí. Ahora bien, debemos distinguir, respecto a las personas con discapacidad que acuden a los Tribunales de justicia penales si lo hacen en calidad de perjudicados, testigos (sean o no perjudicados por el delito) o como imputados/acusados, así como los condenados y forma de ejecución de la sentencia, con imposición de medidas de seguridad.

1. – La persona con discapacidad como autora del delito.

Las causas que excluyen la responsabilidad criminal por padecer discapacidad o ser incapaz (causas de inimputabilidad) en nuestro derecho son:

Anomalías o alteraciones psíquicas.

Intoxicación plena por el consumo de alcohol o de drogas.

Alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia.

Así:

A) Aspectos generales

Las causas que excluyen la responsabilidad criminal por padecer discapacidad o ser incapaz (causas de inimputabilidad) aparecen recogidas

sión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el art. 49 CE. Por tanto, en principio, el CC 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. La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada, y por lo tanto, para derogar el principio de igualdad formal —art. 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 sólo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección.

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

en los apartados 1º, 2º y 3º del art. 20 CP (dejaremos aparte en este estudio la intoxicación plena por el consumo de alcohol o de drogas —art. 20.2º CP— por exceder del ámbito objeto de análisis) y suponen una exención de la pena por ausencia de imputabilidad (conforme a la terminología clásica de nuestros anteriores Códigos Penales, capacidad de entender y querer). Si en vez de excluir, disminuyen la responsabilidad podrán actuar como eximentes incompletas, como atenuantes cualificadas o como atenuantes simples. La opinión dominante sostiene que la capacidad de culpabilidad se debe excluir cuando la perturbación producida por la enfermedad mental tenga una intensidad considerable. Por el contrario, la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad no requiere una eliminación completa de la voluntad, pues si ello ocurriera, en realidad, se excluiría la acción, que requiere, en todo caso, un comportamiento voluntario.

Nuestra legislación responde a un método mixto biológico-psicológico que requiere comprobar, primero la existencia de un estado orgánico determinado y, en segundo término, su incidencia en la capacidad de comprensión de la ilicitud y de adecuar a ella la conducta (CHOCLAN MONTALBO, 2.005, 200). En suma, las anomalías o alteraciones psíquicas derivadas de una enfermedad mental hacen inimputable al sujeto que las padece siempre y cuando le produzca una pérdida de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de la capacidad de actuar conforme a una previa comprensión o la transcendencia de sus actos (vid., en tal sentido, TS2ª SS 490/03, de 7 abr, 833/03 de 9 jun y 773/05 de 15 jun).

Es importante precisar que la responsabilidad penal de una persona afectada de una enfermedad mental se habrá de tener en cuenta no sólo como diagnóstico psiquiátrico, sino también la forma en que los informes diagnosticados afecten a su personalidad y, fundamentalmente, hasta qué punto el acto realizado es tributario de aquella enfermedad; esto es, hasta que punto existe una relación causal entre enfermedad del sujeto y el acto ilícito cometido y, conforme TS2ª S 1164/01, de 18 jun, <<... *sin que sea suficiente para afirmar una imputabilidad respecto del acto concreto, una coincidencia cronológica anomalía—delito, sino que ha de exigirse, penalmente hablando, que exista una relación causal entre el estado mental del autor y el hecho por él cometido o, en palabras llanas, que el delito sea producto de su locura*>>. Y éste es evidente en supuestos de enfermedades mentales que afectan tan sólo a un sector de la personalidad o psique del individuo, dejando inalterable el resto, cual ocurre con ciertos delirios sistematizados (vid, entre otras, TS2ª S 943/96, de 30 nov).

La enfermedad mental desde el punto de vista del derecho tiene (vid., por todas, TS2ª S 846/2008. de 17 nov), un doble componente biológico-psicológico, de modo que requiere, además de un sustrato psiquiátrico —

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

patológico—, que tal padecimiento produzca en el acusado una incapacidad severa para conocer el alcance de sus actos, o dicho en palabras de la ley, que no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Los trastornos de la personalidad, son patrones característicos del pensamiento, de los sentimientos y de las relaciones interpersonales que pueden producir alteraciones funcionales o sufrimientos subjetivos en las personas y son susceptibles de tratamiento —psicoterapia o fármacos— e incluso pueden constituir el primer signo de otras alteraciones más graves —enfermedad neurológica—, pero ello no quiere decir que la capacidad de entender y querer del sujeto esté disminuida o alterada desde el punto de vista de la responsabilidad penal, pues junto a la posible base funcional o patológica debe considerarse normativamente la influencia que ello tiene en la imputabilidad del sujeto. Los trastornos de la personalidad no han sido considerados en línea de principio por la jurisprudencia como enfermedades mentales que afecten a la capacidad de culpabilidad.

En el sistema del Código Penal actual, el art. 20.1º, en relación con el art. 21.1º y 6º, exige no sólo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión. La jurisprudencia anterior al CP 1995 ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo. Esto es, no basta un diagnóstico médico para concluir que en la conducta del sujeto en el caso concreto enjuiciado concurre una afectación psíquica por cuanto en el sistema mixto seguido por nuestro Código Penal (actual y anterior) está basado en una doble exigencia: una causa biopatológica, que será determinada por los peritos, y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, que corresponde al órgano sentenciador, lógicamente con la ayuda inestimable de aquellos peritos, pero es a él y no a otros quien le corresponde determinar la influencia de aquella enfermedad mental diagnosticada en el caso concreto y así determinar la existencia de una eximente completa, incompleta o atenuante, simple o cualificada.

Así, según jurisprudencia reiterada (vid., por todas TS2ª SS 125/04, de 20 ene y 25 abr 2.005) corresponde a los médicos señalar las bases pato-

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

lógicas de la anomalía que, en su caso, perciban, pero la valoración ha de hacerla el Tribunal, correspondiendo a éste la decisión sobre la imputabilidad, semiimputabilidad o inimputabilidad, por tratarse de conceptos de carácter eminentemente jurídicos, por cuanto el diagnóstico pericial no debe equipararse automática o mecánicamente con la insuficiencia de capacidad de autodeterminación en el orden penal, siendo el perito un mero colaborador del órgano judicial, y correspondiendo a los jueces determinar si la eventual deficiencia de las facultades de decidir la comisión de un delito alcanza el nivel necesario para afectar o no la imputabilidad del sujeto. Así, el sistema penal español actual —art. 20.1, en relación con el art. 21.1 y 6— exige no sólo la existencia de un diagnóstico que aprecie una anomalía o alteración psíquica como elemento biopatológico, sino que a él debe añadirse la comprobación de que tal déficit impide al sujeto, o le dificulta en mayor o menor medida, la comprensión de la ilicitud de la conducta o bien la actuación conforme a esa comprensión. La jurisprudencia anterior al CP 1995 (durante la vigencia del CP 1973) ya había declarado que no era suficiente con un diagnóstico clínico, pues era precisa una relación entre la enfermedad y la conducta delictiva,

En tal sentido, la determinación de la capacidad de culpabilidad se lleva a cabo mediante una división de tareas entre los peritos y los jueces, en la que aquéllos determinan los aspectos biológico-psicológicos, mientras que éstos valoran las consecuencias para la capacidad de comprender y de dirigir las acciones. Sin embargo, puntos de vista recientes afirman que ello sólo es correcto si lo que se pretende es formular un juicio sobre la libertad de la voluntad de un sujeto. Por el contrario, si el juicio se refiere a motivabilidad del autor por medio de normas jurídicas, los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la capacidad del sujeto. El juicio correspondiente, por lo tanto, se debe llevar a cabo mediante un método comparativo que partirá de la comprobación del grado de relevancia de la enfermedad mental, para establecer luego si es posible afirmar en el caso una modificación profunda de la personalidad que supere los límites de la normalidad y que, a su vez, haya afectado la capacidad de obrar con sentido. Sobre estas bases la doctrina estima, en general, que en casos de auténticas psicosis —tal es el supuesto de la esquizofrenia—, en principio, cabe admitir la ausencia de capacidad de comprensión y de autoconducción, sobre todo cuando alcanzan una considerable intensidad.

Y en los supuestos en que se trate de saber si una persona —respecto de la cual el Tribunal y los peritos médicos coinciden en que padece una enfermedad mental grave— obró en el momento del hecho con sus facultades volitivas notable y gravemente alteradas o con una no grave e íntegra disminución de sus facultades intelectivas, ha podido conducirse de acuerdo con su comprensión del derecho —planteándose el segundo elemento de la

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

fórmula de la imputabilidad, es decir, el aspecto psicológico de la misma— el juicio correspondiente se debe llevar a cabo mediante un método comparativo que partirá de la comprobación del grado de relevancia de la enfermedad mental, para establecer luego si es posible afirmar en el caso una modificación profunda de la personalidad que supere los límites de la normalidad y que, a su vez, haya afectado la capacidad de obrar con sentido. Sobre estas bases la doctrina estima, en general, que en los casos de auténticas psicosis, en principio, cabe admitir la ausencia de capacidad de comprensión y de autoconducción, sobre todo cuando alcanzan una considerable intensidad. La opinión dominante sostiene, en este sentido, que la capacidad de culpabilidad se debe excluir cuando la perturbación producida por enfermedad mental tenga dicha intensidad. Por el contrario, la inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad no requiere una eliminación completa de la voluntad, pues si ello ocurriera, en realidad, se excluiría la acción, que requiere, en todo caso, un comportamiento voluntario.

En definitiva y conforme ya reiterada y pacífica jurisprudencia (vid., por todas, TS2ª SS 30 nov 1996, 22 y 24 may 1997, 1378/2003, de 29 nov y 1242/2005, de 11 oct), para valorar la responsabilidad penal de una persona afecta de una enfermedad mental habrá de tener en cuenta no sólo el diagnóstico psiquiátrico, sino también la forma en que los síndromes diagnosticados afectan a su personalidad y, sobre todo, hasta qué punto el acto realizado es tributario de aquella enfermedad, esto es, hasta qué punto existe una relación causal entre la enfermedad del sujeto y el acto ilícito cometido, sin que sea suficiente para afirmar una inimputabilidad respecto al acto concreto, una coincidencia cronológica anomalía-delito, sino que ha de exigirse, penalmente hablando, que exista una cierta relación causal entre el estado mental del autor y el hecho por él cometido o, en palabras llanas, que el delito sea producto de su locura, lo que es más evidente en aquellos supuestos de enfermedades mentales que afectan tan sólo a un sector de la personalidad o *psique* del individuo, dejando inalterable el resto, como ocurre con ciertos delirios sistematizados.

B) *Anomalía o alteración psíquica (art. 20.1º CP).*

A tenor del art. 20 CP, «*Están exentos de responsabilidad criminal: 1º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.*

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión».

La fórmula legal de la capacidad de culpabilidad establecida en el art. 20.1 CP contiene dos elementos:

 ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

Uno, la alteración o anomalía psíquica, denominado por la doctrina especializada elemento biológico o psiquiátrico, que depende totalmente de una comprobación médica. Y

Otro, de naturaleza normativa, que se refiere a la incidencia de la alteración o anomalía en la capacidad cognoscitiva y volitiva del sujeto, sobre el cual no cabe una determinación puramente médica y que requiere una valoración jurídica razonada por parte del órgano juzgador.

– *Clasificaciones internacionales de las anomalías o alteraciones psíquicas.*

Existe una clasificación internacional de enfermedades mentales dada por la Organización Mundial de la Salud (*CIE 10*) y la Asociación de Psiquiatría Americana (*DSM IV*) utilizada tanto por los Médicos forenses, como por los peritos judiciales y por los Juzgados y Tribunales españoles.

Conforme a tal regulación internacional y en síntesis, podemos hacer la siguiente distinción de enfermedades mentales desde la perspectiva penal:

– *Oligofrenias y retrasos mentales.*

Suponen un estado deficitario por detención del desarrollo psíquico, congénito o adquirido, que se diversifica en *idiocia*, *imbecilidad* y *debilidad mental*; esto es, tienen su origen en lesiones cerebrales en el claustro materno o en lesiones traumáticas durante el parto o en la primera infancia, siendo posible debilitamientos mentales debidos a procesos orgánico cerebrales patológicos posteriores. Se suelen distinguir tres clases de oligofrenias según el grado de debilidad mental:

Debilidad mental, siendo el grado más ligero y que permite al sujeto que la padece recibir una educación especial;

Imbecilidad, que es el grado medio y no permite una vida independiente, requiriendo asistencia familiar o institucional;

Idiocia, que es el grado más elevado de retraso mental y requiere una atención y custodia permanente.

Según el *CIE 10*, se distinguen los siguientes grupos:

Retraso mental profundo,

grave,

moderado,

leve y

torpeza mental

Sólo en los casos de idiocia o, según terminología del *C I 10* se puede apreciar la eximente completa; en los demás casos, la eximente incom-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

pleta o atenuante —cualificada o simple—, salvo en el caso de la simple torpeza mental que no influye en la medida de la imputabilidad.

– *Psicosis*, que pueden ser:

Endógenas, provenientes de causas íntimas nacidas de la propia persona; esto es, proceden del interior del cuerpo y responden a esta definición los trastornos psíquicos cuya base corporal orgánica no ha sido demostrada claramente por al ciencia (por ejemplo, esquizofrenia, paranoia o psicosis delirante, psicosis maniaco-depresivas y epilepsia). Y

Exógenas, producidas por causas externas a la constitución de la persona con modificación sustancial del cerebro, sean permanentes o transitorias; esto es, se tratan de enfermedades psíquicas debidas a una alteración somática que afecta directamente al cerebro o a órganos o sistemas que repercuten finalmente sobre al función cerebral; su carácter exógeno significa que penetran en el organismo desde fuera y se deben a trastornos orgánicos demostrables. Se proyectan de dos modalidades diferentes:

Psicosis tóxica, que supone una intoxicación cerebral en virtud a toxinas que pueden proceder del interior del organismo (sintomática) o del exterior (toxifrenias, tal es la drogadicción)

–Psicosis orgánica, producida por lesiones cerebrales (traumáticas, sífilíticas o naturales por involución fisiológica en vejez prematura).

– *Neurosis*

Se tratan de de anomalías de la conducta adquiridas que se presentan como reacciones episódicas anormales; esto es, son enfermedades psicológicas originadas por causas psíquicas, causando una perturbación en la gente que las padece de menor entidad. Así como tales se han descrito la histeria, la ludopatía, la piromanía, la cleptomanía. Por regla general, la jurisprudencia determina que por sí solas no conllevan una disminución de la imputabilidad, y solo excepcionalmente conllevan una disminución de la culpabilidad que determina una disminución de la pena (atenuante simple o cualificada).

– *Psicopatías*

Suponen una alteración anormal de la personalidad, normalmente congénitas, que de ordinario se manifiestan en una falta de adaptación al ambiente en el que se desarrollan las actividades y una incapacidad para la vida social en común (esto es, una inadaptación social); sólo se tendrá en cuenta a efectos de eximente en aquellos casos que sea tan profunda que

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

comprometa las estructuras cerebrales o coexista con una enfermedad mental y siempre que el hecho delictivo se halle en relación causal psíquica con la anormalidad caracterológica padecida

– *Pronunciamientos jurisprudenciales:*

Es jurisprudencia reiterada (vid., por todas, TS²^a SS 10 jul 2000 y 14 ene 2008) que establece que tal como está redactado el art. 20.1 CP, el orden de comprobación a seguir al efecto de verificar si concurren los requisitos precisos para apreciar una eximente completa o incompleta por anomalía o trastorno psíquico, habrá de comenzar por comprobar que el sujeto activo del delito está afectado por una anomalía o trastorno, en cuyo amplio concepto caben tanto las tradicionalmente admitidas y entre ellas, las psicosis graves, las enfermedades mentales, los retrasos u oligofrenias, como otras consistentes en trastornos o anomalías psíquicas, con excepción de los episodios provocados por la ingestión de alcohol o el consumo de drogas cuyos efectos eximentes o atenuantes son tratados separadamente por el código. Posteriormente habrá de observarse si tales causas psíquicas anómalas han determinado incapacidad, disminución de la comprensión de la ilicitud de la conducta o de actuar volitivamente en concordancia con tal comprensión y que esa relación causa–efecto haya coincidido temporalmente con la comisión del hecho, interviniendo en su génesis o en las formas de su realización. La gravedad inferior de las psicopatías y trastornos de la personalidad, en comparación con las psicosis graves y los niveles más profundos de la oligofrenia, impedirán prácticamente siempre su acogida como circunstancias eximentes, teniendo su normal campo de efectividad en las incompletas con valor de atenuante.

En definitiva, el art. 20.1 CP establece una fórmula mixta de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, estructurada en dos niveles: la existencia de una anomalía psíquica y los efectos de ésta sobre la capacidad de comprender la antijuridicidad y de comportarse de acuerdo con esta comprensión —llamada tradicionalmente fórmula biológico–psicológica y en la actualidad designada como psicológica–normativa—. De acuerdo con esta fórmula, el Tribunal debe comprobar la existencia de una anomalía o alteración psíquica que impida al autor del hecho comprender la contrariedad al Derecho de su acción o bien dirigir su conducta según esa comprensión. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que la anomalía o alteración psíquica se debe apreciar cuando sea posible comprobar una enfermedad mental o una psicopatía de efectos equivalentes, una insuficiencia de las facultades mentales del autor o una grave perturbación de la conciencia.

Como conclusiones jurisprudenciales podemos señalar:

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Se ha consolidado el criterio según el cual no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica (TS2ª S 9 mar 2005).

El resultado de la alteración mental o anomalía psíquica que determina la inimputabilidad según el art. 20.1 CP, puede apreciarse si el tribunal estima, y razona jurídicamente, que aunque el sujeto sufra sólo una merma parcial de sus facultades de entender y decidir, esa perturbación no le permite ser consciente de la ilicitud de sus actos o de actuar conforme a esa comprensión (TS2ª 14 may 2.008).

Para la acreditación de los presupuestos de la eximente o eximente incompleta de enajenación mental, serán las periciales psiquiátricas las llamadas a aportar sus conocimientos específicos. Los informes psicosociales, realizados por psicólogos y trabajadores sociales, tienen otro objeto, el de recoger la valoración realizada por los técnicos antedichos sobre la integración e inserción del individuo o familia en los distintos ambientes en el que se desarrolla la personalidad del hombre integrado en la sociedad, teniendo en cuenta factores familiares, educacionales, laborales, de vivienda etc. (TS2ª S 26 oct 2000).

La apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige, no sólo una clasificación clínica, sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo (TS2ª S 9 mar 2005).

Supuestos concretos analizados por la jurisprudencia: Cleptomanía⁶³,

⁶³ *Cleptomanía*. La cleptomanía, como forma de enajenación mental, se presenta en la práctica bajo dos formas: como síntoma de un estado psicopático grave de debilidad mental o de obnubilación pasajera de la conciencia, o bien como expresión consciente y lúcida de una obsesión particular. Se trata de un tipo de trastorno del control de los impulsos que conduce a quien lo padece a sustraer objetos que no son necesarios ni llevan a obtener una ganancia económica, produciéndose unas reacciones emocionales anómalas de tensión antes de cometer el robo y de cierto alivio al haberlo efectuado. En relación con la acusada en el caso, el perito, además, constata en ella ciertos rasgos anómalos del carácter, manifestados fundamentalmente en forma de sentimientos de inferioridad y una conducta impulsiva, sobre esta base aparece la cleptomanía como cauce de liberación de ciertas tendencias agresivas inaceptables y como forma de canalizar sus rasgos obsesivos. En definitiva, si bien la autora comprende y conoce la ilicitud de sus acciones, tiene gravemente perturbada la voluntariedad del acto, por lo que no es libre para llevar a cabo o no tales comportamientos antijurídicos (APNavarra, Secc 2ª, S 4 feb 1.999).

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

psicopatías⁶⁴, psicosis maniaco–depresiva⁶⁵, epilepsia⁶⁶, estados depresi-

⁶⁴ *Psicopatías*. Las psicopatías comenzaron considerándose irrelevantes a efectos de exención o de atenuación de responsabilidad salvo que fueran unidas y potenciadas con otra enfermedad mental concurrente, desarrollándose después una corriente que las asimiló a una enfermedad mental, valorándola generalmente como atenuante analógica. La actual fórmula de anomalía psíquica favorece la valoración de las psicopatías como causa eximente, siempre que produzcan el efecto subjetivo previsto en el art. 20.1 CP, es decir, que se haya dado una total obnubilación de la voluntad, de forma que el acusado no hubiera podido actuar, en modo alguno, conforme a la comprensión que tuvo de la ilicitud de sus actos (APNavarra, Secc 2ª, S 4 feb 1.999).

Las psicopatías, como alteraciones anormales de la propia personalidad, poca influencia originan sobre la mente humana si no van acompañadas de otras irregularidades anímicas. Se manifiestan con notable frecuencia en la vida social y suelen degenerar, generalmente, en una falta de adaptación al ambiente en el que se desenvuelven sus actividades, circunstancias éstas que hacen sufrir al que las padece, o a las personas que le rodean. Aunque el raciocinio y la libertad de decisión permanecen intactos, sin embargo, en los supuestos de gran intensidad, o asociados a otras enfermedades, puede llegarse a una merma, una disminución o aminoración de las facultades cognoscitivas y volitivas, con limitación entonces de su capacidad de determinación en mayor o menor medida. La disminución de la responsabilidad penal exigirá, eso sí, la necesaria relación causal psíquica entre el hecho y la anormalidad caracteriológica padecida (TS 2.ª SS 22 Sep. 1993, 4 Oct. 1994 y 20 feb 1998).

⁶⁵ *Psicosis maniaco–depresiva*. El acusado padece una patología mental maniaco–depresiva, sin que de ello pueda inferirse que tenía alteradas sus facultades intelectivas y volitivas, puesto que no se propuso una prueba pericial médica a tal efecto; por ello la referida patología sólo pudo tenerse en cuenta (como se hizo en la sentencia) para la apreciación de un subtipo atenuado a los efectos de rebajar e individualizar la pena correspondiente al delito cometido (TS2ª S 396/2007, de 25 abr).

⁶⁶ *Epilepsia*. Los Tribunales han de examinar con minuciosidad los detalles del suceso, las declaraciones de todos los participantes y testigos y, sobre todo, los dictámenes periciales existentes, a fin de averiguar si se produjo o no alguna manifestación externa del actuar típico del temperamento propio del epiléptico. Pues pudiera ocurrir que del estudio de esos elementos de prueba se dedujera que en el caso concreto el sujeto actuó con una capacidad de motivación igual o similar a la de una persona normal, en cuyo caso habría de entenderse que la epilepsia no tuvo ninguna repercusión en el comportamiento del infractor, o, a lo sumo, si pudiera observarse alguna incidencia de menor importancia, sería aplicable la circunstancia atenuante por analogía (TS2ª S 27 feb 2006).

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

vos⁶⁷, esquizofrenia paranoide⁶⁸, esquizofrenia residual⁶⁹, neurosis⁷⁰.

⁶⁷ *Estados depresivos*. En el caso, en el que se condenó al recurrente por un delito consumado de desobediencia del art. 102 CPM, existe un solo informe médico en el que se establece que el procesado padece un trastorno adaptativo mixto, con ansiedad y estado de ánimo depresivo y que en relación a la incidencia de ese trastorno en sus facultades cognitivas y volitivas al tiempo de las maniobras pudo llegar a la anulación de estas facultades. En esas circunstancias, las conclusiones a las que llegó la Sala estableciendo, no la anulación, sino un menoscabo importante de sus facultades volitivas e intelectivas, resulta de una valoración de la prueba acorde con el recto criterio humano y no se aparta de las conclusiones del perito, ya que lo que tuvo que determinar el Tribunal de instancia fue si el procesado, en el momento del hecho pudo comprender la ilicitud de su conducta y actuar conforme a esa comprensión, es decir, la capacidad de culpabilidad del autor. Para llegar a esa determinación del elemento psicológico de la eximente hubo de calibrar la relevancia de aquella anomalía, y si a la dificultad de apreciar, en general, la plena anulación de la capacidad cuando la alteración no constituye una enfermedad mental genuina, la opinión del perito no excede de la expresión de la mera probabilidad de esa falta completa de capacidad, ha de concluirse la razonabilidad de la decisión de la sala excluyendo la eximente, ya que las circunstancias que eximen la responsabilidad han de estar tan probadas como el hecho mismo, por las consecuencias que de su estimación se derivan (Cfr. TS SS 14 Feb. 1997, 15 Feb. y 28 Oct. 1999 y 2 Feb. 2000). (TS5ª S 17 dic 2001).

⁶⁸ *Esquizofrenia paranoide*. En el caso, de los documentos y pruebas se desprende la equivocación del tribunal sentenciador al no tener por probada la existencia en el procesado de la enfermedad diagnosticada, esquizofrenia paranoide, que supone, además de una sintomatología positiva consistente en ideación delirante de perjuicio y persecución, pseudoalucinaciones acústicas y fenómenos de difusión de pensamiento, embotamiento afectivo con tendencias autísticas y comportamiento extravagante, un factor de inadaptabilidad y psicovulnerabilidad al entorno de disciplina y jerarquía que le hacían no apto para sus funciones. El soldado —condenado en la instancia por delito de insulto a superior— actuó privado de sus facultades de normal motivación afectado con la intensidad propia de la esquizofrenia paranoica que es un trastorno profundo de la personalidad. Se acoge el motivo de casación, por inaplicación del art. 20.1 CP al entender que, tal y como propugna el recurrente, debió de aplicarse el citado precepto que declara exento de responsabilidad criminal al que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión (TS5ª S 10 feb 2009).

⁶⁹ *Esquizofrenia residual*. No basta la esquizofrenia residual del acusado en autos para modificar el *factum*, si no se acredita que estuviera afectado en sus resortes mentales, de forma normativa, acerca de la comprensión de la ilicitud del hecho cometido. Lo que se ha probado es sencillamente que el acusado quiso mantener relaciones sexuales con una persona que le hubiera prestado tales servicios mediante precio pactado al efecto, y no le convino afrontar tal pago, porque dijo siempre que no tenía dinero en ese momento, a lo

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

C) *Alteraciones en la percepción (art. 20.3º CP).*

Establece el art. 20.3º CP que está exento de responsabilidad criminal «*El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*».

Se recoge en la eximente analizada las alteraciones de la percepción que son no sólo las deficiencias sensoriales (ceguera, sordomudez, autismo, sino también supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de dicha incomunicación por falta de instrucción o comunicación. Así la jurisprudencia (vid., por todas TS2 S 139/2001, de 6 feb.) ha precisado que «... *El primer supuesto de la eximente se refiere a las alteraciones de la percepción. La consideración de las mismas, tras la reforma de 1.983, pues de otra forma no se justificaría, permite asentarlas no solo en las deficiencias sensoriales (sordomudez, ceguera, autismo...), siempre que sean causa de grave incomunicación socio-cultural, sino también en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de dicha incomunicación por falta de instrucción o educación, de forma que el sujeto haya sufrido una merma importante e intensa en su acceso al conoci-*

que la víctima le contestó que volvería, en ese caso, otro día, cuando se le pagase, y tal actitud provocó la ira del acusado, y se abalanzó sobre la mujer, tirándola en el sofá, con los detalles que se narran en el factum. Esto no tiene nada que ver con la esquizofrenia residual que sufre, como pusieron de manifiesto en el plenario los médicos forenses. Tampoco tenía dinero para pagar al taxista, y éste le respondió que ya le pagaría en otro momento. No ocurrió lo mismo con la víctima. Luego, no es de ver episodio alguno que esté mediatizado por esa anomalía psíquica, que indudablemente padece el acusado, pero que no afectó ni funcionó normativamente para el caso planteado, que tenía otras características mucho más simples. Las personas que sufren una patología mental no tienen, sin más, una patente de corso para cometer cualquier infracción penal con una especie de etiqueta que les suponga una suerte de aminoración penal para todo tipo de hechos delictivos. Hay que distinguir caso a caso, en función de las circunstancias concurrentes y lo que se acredite en el curso del proceso penal, sin automatismo alguno (TS2ª S 26 dic 2008).

⁷⁰ *Neurosis.* La jurisprudencia ha venido manteniendo que la existencia de una enfermedad mental, incluso con etiqueta de muchísima mayor gravedad que la neurosis depresiva diagnosticada, no supone *per se* la absolución total o parcial, a través de una eximente o atenuante, sino que es preciso determinar como actúa tal dolencia sobre la personalidad y el psiquismo del sujeto y, sobre todo en qué modo ha influido y operado en la conducta criminal (TS2ª S 11 may 1998).

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

miento de los valores propios de las normas penales, pues tratándose de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con aquéllos, lo que la diferencia del error de prohibición donde se parte de la imputabilidad del sujeto».

– Pronunciamientos jurisprudenciales.

Para la aplicación de la circunstancia eximente prevista en el art. 20.3 CP es jurisprudencia reiterada y pacífica (vid., por todas, TS² SS 24 feb. 1999 y 8 jun 2000) la que señala como requisito imprescindible que el defecto en la percepción de la realidad tenga su origen en el nacimiento o desde la infancia, de tal manera que su perpetuación en el tiempo convierta a la persona en un ser insensible al mundo circundante, sin una valoración social y personal de lo justo o lo injusto. Esto es, ha de partirse del defecto sensorial –sordomudez, ceguera, etc.– o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, sin que pueda descartarse por completo, lo que será cuestión de prueba más exhaustiva, que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sean efecto de graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del sujeto con la sociedad. Lo importante será no olvidar que en base a esa anomalía ha de originarse una grave alteración de la conciencia de la realidad.

D) Las penas para la persona con discapacidad: medidas de seguridad.

– *Las medidas de seguridad previstas en el Código Penal.*

Regula el Código Penal, en sus arts. 95 y ss., las medidas de seguridad que se pueden imponer cuando en la persona que comete un delito se aprecia una causa de inimputabilidad (la ya analizada anomalía o alteración psíquica grave, intoxicación plena, síndrome de abstinencia o alteraciones en la percepción desde la infancia) o, conforme al art. 104 CP, una imputabilidad disminuida (casos de eximente incompleta del art. 21.1º en relación, en lo que aquí nos interesa, con las causas previstas en los apartados 1º y 3º del art. 20 del mismo texto punitivo) y fundamentadas <<... en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito>> (art. 6.1 CP).

Distingue la ley (art. 6 CP) entre penas privativas de libertad y las no privativas, con la limitación respecto de las primeras de que sólo podrán imponerse cuando la pena que hubiera podido imponerse fuere privativa de libertad (art. 104) y su duración no podrá exceder del tiempo habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto (art. 101.1, último inciso, CP).

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

Debe destacarse que en la imposición de las medidas de seguridad se han introducido importantes reformas por la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, y que, como en todo el sistema penal, rige el principio acusatorio (vid., por todas, TS2ª S 27 oct 2000).

– *Clasificación de medidas de seguridad que pueden imponerse al enfermo mental que comete un hecho delictivo.*

Las diferentes medidas de seguridad que pueden imponerse han sufrido una importante modificación con la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se ha modificado el Código Penal y en especial los artículos 96 a 106 de dicho texto legal.

En todo caso, sigue distinguiéndose en el Código Penal las medidas de seguridad privativas de libertad de las que no la son. Así:

Medidas de seguridad privativas de libertad (art. 96.2 CP)

1ª El internamiento en centro psiquiátrico.

2ª El internamiento en centro de deshabitación.

3ª El internamiento en centro educativo especial.

Medidas de seguridad no privativas de libertad son (art. 96.3 CP)

1.ª) La inhabilitación profesional.

2.ª) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3.ª) La libertad vigilada

4.ª) La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del condenado.

5.ª) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

6.ª) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

– *Cesación, sustitución, suspensión y quebrantamiento de las medidas de seguridad.*

Respecto a las medidas de seguridad que consistan en un internamiento (esto es, privativas de libertad), el órgano sentenciador impondrá su duración con el límite máximo de que no podrá durar más que la pena privativa de libertad si el sujeto hubiera sido declarado responsable (art. 101.1, último inciso, CP).

La revisión de la medida o medidas de seguridad impuestas en sentencia (mantenimiento, cese, sustitución o suspensión) deban revisarse al menos una vez al año, siendo esencial valorar la peligrosidad del condenado, de tal forma que si subsiste esa peligrosidad habrá que continuar con

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

la medida, si desaparece habrá que decretar su cese (art. 97 b/ CP), si se modifica la peligrosidad será necesario sustituir la medida en función del grado mayor o menor que haya variado esa peligrosidad y por último si aparentemente la peligrosidad desaparece o se ve aminorada podrá acordarse la suspensión de la medida. Y este juicio o pronóstico de peligrosidad, es decisivo no solo para graduar la medida de seguridad durante su ejecución, sino también a la hora de imponerla de tal forma que si el nivel de peligrosidad puede neutralizarse con medidas no privativas de libertad, deberán imponerse éstas, pues el internamiento debe ser el último recurso. la revisión de la medida o medidas deberá acordarse por el Tribunal sentenciador, a propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria y en un proceso contradictorio (arts. 97 y ss. CP).

Si se trata de medidas no privativas de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos o profesionales los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva (art. 98.2 CP —tras la reforma del 2.010—) y deberá resolverse motivadamente, con previa audiencia del Ministerio Fiscal, el sometido a la medida y demás partes (art. 98.3).

En definitiva el uso de las medidas de seguridad puede ser un instrumento esencial para racionalizar la respuesta penal y para que sin renunciar a la naturaleza del derecho penal se ofrezcan a las personas que cometen delitos afectadas por trastornos o anomalías de salud mental, alternativas que les permitan integrarse a la sociedad con acciones de protección para la salud y mejora de su realidad psico-social.

– La libertad vigilada

La reforma del Código Penal del 2.010, tantas veces citada, ha suprimido numerosas medidas de seguridad no privativas de libertad hasta la fecha vigentes (la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario, el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares).

La mayor novedad en medidas de seguridad realizada en el texto punitivo por esta reforma ha sido la introducción de una nueva medida de

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

seguridad, cual es la libertad vigilada. Se trata, según la Exposición de Motivos de la citada ley de reforma, de una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso.

La novedad sustancial que incorpora la libertad vigilada es que resulta aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. En estos casos, tal y como resulta del nuevo art. 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1).

La libertad vigilada consiste en someter al condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas (art. 106.1 del Código Penal):

- a) La obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente.
- b) La obligación de presentarse periódicamente en el lugar que el Juez o Tribunal establezca.
- c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo.
- d) La prohibición de ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del Juez o Tribunal.
- e) La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.
- f) La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

g) La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.

h) La prohibición de residir en determinados lugares.

i) La prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza.

j) La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares.

k) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Por último, es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación –como en cualquier otra medida de seguridad–, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado.

Y la intervención del Tribunal sentenciador viene derivada, precisamente, por haber juzgado al sujeto a la medida y conocer con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada.

Su duración, en fin, se mantiene en general en un máximo de cinco años, que es el que establecía hasta ahora el Código para las medidas de seguridad no privativas de libertad que se refunden bajo el concepto de libertad vigilada, pero a ello se añade, ciertamente pensando en esta nueva modalidad postpenitenciaria, la posibilidad de que el propio Código Penal la extienda hasta los diez años (artículo 105.2), como, de hecho, esta misma Ley dispone para los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y de terrorismo.

2) La persona con discapacidad como víctima del delito.

Toda persona, todo ciudadano, puede ser víctima de un delito, también las personas con discapacidad. Pero, en este último caso, supone un desvalor, una mayor gravedad, al tratarse de personas que tienen una deficiencia, física o psíquica o ambas, dándoles el Código Penal una mayor protección agravándose la pena cuando tales personas fueran los sujetos pasivos del delito.

La violencia verbal y física sobre personas discapacitadas es humillante y se expresa en actos dañinos que lesionan los fundamentos de la seguridad personal y el bienestar social. Cuando ocurren o se permiten, se evita que las personas sean aceptadas como son. Además, toda forma de violencia amenaza la autoestima, el poder, la independencia y el bienestar de quienes son los afectados por tales acciones.

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

Sabemos que el Derecho Penal, por sí mismo, desafortunadamente, no acabará con el irrespeto o la violencia contra las personas con discapacidad. De hecho, en toda sociedad, la violencia en cualesquiera de sus formas es difícil y hasta imposible de probar en los tribunales.

Sin embargo, con una prohibición contra el daño personal, la incitación al odio y a la violencia contra las personas con discapacidad en el Derecho Penal, se enviará un mensaje específico: Como sociedad consideramos inaceptable e inmoral toda forma de violencia y discriminación contra las personas con discapacidad y que cualquier acto de esta naturaleza, por ser dañino, será sancionado. El mensaje también indicaría que los derechos de las personas con discapacidad no están en discusión: Existen, se deben respetar, acatar y promover. Es así como lograremos un mensaje social que contribuya a lograr una actitud colectiva más respetuosa hacia las personas con discapacidad.

Por último y no menos importante, los artículos del Derecho Penal contra el daño personal y todas las formas de violencia frente a los más desvalidos (y, en el caso, a las personas con discapacidad) les permitirán saber que la sociedad no es indiferente ante tales comportamientos. Significa que las personas con discapacidad tendrán un instrumento que pueden usar ante la violencia o la falta de respeto. Un instrumento que pueden decidir usar.

Una legislación que incluya justicia y sanciones contra la violencia y la discriminación de las personas con discapacidad, no hará milagros, pero aumentará las posibilidades de que estas personas sean tratadas con respeto y sabrán que hay maneras de defenderse contra los crímenes basados en el odio.

Sin ánimo de exhaustividad, examinaremos algunos de los delitos recogidos en el Código Penal en que el sujeto pasivo es un incapaz, circunstancia que supone, dada su especial vulnerabilidad frente a las demás personas una mayor reprochabilidad penal y consiguiente aumento de pena, incluso en la imposición de la pena superior en grado.

Examinaremos, pues, los siguientes delitos:

Las lesiones cometidas a una persona con discapacidad (art. 148.3º)

La violencia habitual en el ámbito familiar ejercida contra una persona con discapacidad (art. 173.2)

Delitos de exhibicionismo y provocación sexual (art. 185)

Delitos de prostitución y de corrupción de menores o incapaces (art. 187)

Delitos contra los derechos y deberes familiares (art. 223 a 225).

– *Las lesiones cometidas a una persona con discapacidad.*

A tenor del art. 148 CP «*Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco*

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz». Debe recordarse que la pena tipo para un delito básico de lesiones es de seis meses a un año de prisión (art. 147) por lo que la agravación de la pena si el sujeto pasivo del delito es una persona con discapacidad es verdaderamente grave y, precisamente, por aquel mayor reproche y disvalor de la conducta del sujeto activo del delito.

– *La violencia habitual en el ámbito familiar ejercida contra una persona con discapacidad (art. 173.2)*

Dispone el art. 173 CP «... 2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre ... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, (...), así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

La pena tipo para el delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género y/o doméstica (art. 153 CP) es de tres o seis meses, según quien sea el sujeto pasivo (hombre o mujer), a un año de prisión.

– *Delitos de exhibicionismo y provocación sexual*

El art. 185 CP establece que «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o inca-

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

paces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Y el art. 186 CP dispone que *<<El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses>>*.

– *Delitos de prostitución y de corrupción de menores o incapaces.*

1. Se regula tal delito en el art. 187 CP que dispone *<<1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.*

2. *Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

3. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades>>*.

En el caso de mayores de edad o personas discapacitadas como víctimas del delito las acciones antes descritas sólo serán punibles cuando se realizaren con violencia, intimidación o engaño (art. 188 y concordantes CP).

– *Delitos contra los derechos y deberes familiares.*

Tales delitos están regulados en los arts. 223 a 225 CP. Así:

Art. 223. *«El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o un incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave».*

Art. 224. *«El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa».*

Art. 225. *«Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho*

 GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas».

3) Especialidades procesales

Se reconoce en el art. 13 del Convenio sobre derechos de las personas con discapacidad, ya citado, el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas. Debemos, pues, examinar si tal derecho se cumple en nuestra legislación procesal penal y examinaremos, a tal efecto, los siguientes apartados:

Presunción racional de que el testigo sea incapacitado antes de la celebración del juicio oral. Modo de proceder.

Información de derechos al detenido incapacitado.

Testigos incapaces exentos de declarar.

Ejercicio de las acciones penales de los discapacitados por el Ministerio Fiscal.

– Presunción racional de que el testigo sea incapacitado antes de la celebración del juicio oral. Modo de proceder.

En tales casos, cuando el Juez de Instrucción prevea, por motivo racional bastante, que el testigo pueda ser incapacitado (por ejemplo, por enfermedad de Alzheimer, enfermedad degenerativa) debe preconstituir la prueba en la forma prevista en el art. 448 LECr, reformado recientemente por la L 13/09, de 3 de nov., de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: «... en el caso que hubiere motivo racionalmente bastante para temer la muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello el Secretario judicial hará saber al reo que nombre Abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su Abogado defensor, y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes.

Por el Secretario Judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes.

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

La declaración de los testigos menores de edad se llevará 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».

Se recoge en el precepto citado lo que se denomina «prueba preconstituida» o «preconstitución de prueba», la cual, si se practica en los términos descritos en el precepto citado tendrá plena validez para ser valorada por el órgano juzgador y, en su caso, desvirtuar el derecho de presunción de inocencia del acusado, procediéndose a la lectura de tales declaraciones en el plenario, en trámite de prueba documental en la forma prevista en el art. 730 de la ley procesal penal.

La reforma de 2009 realizada en la LECr plasma así en la ley procesal penal el derecho de acceso en calidad de testigo de las personas incapacitadas en todos los procedimientos penales recogida en el Convenio referenciado, al integrarse el artículo citado en las normas que desarrollan el procedimiento ordinario por delitos graves o sumario, proceso tipo en el sistema procesal español y de aplicación supletoria en los demás procedimientos (abreviado, jurado y juicios rápidos).

– Información de derechos al detenido incapacitado.

Dispone el art. 520.3 LECr que «*Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias del apartado 2 d) [derecho a a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento] a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal. Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país*».

Tanto los menores detenidos como las personas incapacitadas tienen derecho en el caso de ser detenidos que tal situación y lugar de custodia sea puesta en conocimiento de quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo y, si no fueran halladas, se dará cuenta inmediatamente al Ministerio Fiscal, como institución encargada de velar por los intereses de las personas más desvalidas (en el caso, los incapacitados). Igualmente, de ser extranjera la persona discapacitada, deberá ponerse en conocimiento del Cónsul de su país.

– Testigos incapaces exentos de declarar.

A tenor del art. 417º LECr «*No podrán ser obligados a declarar como testigos:... 3º. Los incapacitados física o moralmente*».

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

La redacción del precepto es bastante deficiente si lo examinamos desde la perspectiva actual, pero debe tenerse en cuenta que se trata de la redacción originaria de la LECr (L 14 sept. 1.882); esto es, ha cumplido más de 125 años.

¿Que debemos entender por “*incapacitados físicos*” e “*incapacitados morales*”? Simplemente aquellos que no estén en condiciones de declarar por haber recaído sobre ellos una sentencia de incapacidad o por estar en condiciones físicas y/o psíquicas, a juicio del Tribunal –previo informe del Médico forense, el cual examinará por sí, siendo posible al sujeto, y la documental médica aportada o que se requiera– que invalide su testimonio.

Debe, no obstante, interpretarse el citado precepto en la forma más restrictiva posible. Esto es, si existe alguna duda sobre la capacidad del testigo para declarar deberá ser citado para ser oído por el Tribunal. Así la T2ª S 701/2004, de 21 de mayo –si bien referida a un menor de edad –de siete años– estableció que “... *el llamamiento judicial de un menor, que se supone ha sido víctima de un delito, para que se someta a las preguntas de la defensa del acusado, no es una interferencia innecesaria puesto que está en juego que a éste se le declare culpable o inocente. Su derecho a interrogar tiene rango constitucional, sin perjuicio de las cautelas que tiene previstas el legislador, inspirado por tales principios para hacerlos efectivos, sin menoscabo de las garantías constitucionales y procesales de las partes del proceso. No puede aceptarse que al amparo de la normativa tuitiva, como mantiene la sentencia de instancia, “resulte innecesaria la comparecencia de la víctima, dada su edad, y que existan otros medios de prueba de entidad suficiente, no sólo para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, sino para fundamentar una sentencia condenatoria”. En el caso, la prueba testifical indirecta ha sustituido a la directa, con la imposibilidad de que el valor probatorio de esta última hubiere sido apreciado por el tribunal, sin haberse acreditado la imposibilidad material de que compareciera en el juicio oral el testigo presencial víctima –que en el momento del juicio tenía 7 años de edad–, a pesar de la petición en tal sentido realizada oportunamente por la defensa del acusado, y la queja formalmente realizada por la misma, ante la sorpresiva y primera denegación, y ante la segunda efectuada en la misma vista por el tribunal, con afectación del derecho constitucional de aquélla parte a la celebración de un proceso con todas las garantías, utilizando los medios de prueba pertinentes*”. Esto es prevalece el derecho de la defensa de interrogar a los testigos por cuanto forma parte del derecho a un proceso con todas las garantías.

– *Ejercicio de las acciones penales de los discapacitados por el Ministerio Fiscal.*

De conformidad con el art. 102 LECr «... *No podrán ejercitar la acción penal:... 1º. El que no goce de la plenitud de los derechos civiles (...).*

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas de bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.

Los comprendidos en los números 2.º y 3.º podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal».

Igualmente, el art. 105 establece que «*Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad*».

A partir de la configuración del Estado Moderno, la sociedad, no deja en manos de los particulares el inicio de un proceso penal para la imposición de una pena cuando se ha cometido un hecho constitutivo de infracción penal, sino que el Estado interviene por medio de órganos propios en la realización del «ius puniendi» del Estado.

El principio acusatorio exige que las funciones de acusar y juzgar sean competencia de personas distintas, siendo el MF el que asume la primera y los Jueces y Tribunales el enjuiciamiento y fallo de la causa.

En el proceso penal el MF obligatoriamente ejerce la acción penal conforme a la LECr, haya o no acusador particular. Sólo en los delitos perseguibles a instancia de parte mediante querrela privada no le está permitido intervenir, pero sí intervendrán en los delitos perseguibles por denuncia de la parte interesada, una vez que la misma se haya presentado, o cuando éstos recaigan en personas desvalidas o faltas de personalidad.

En definitiva, se garantiza en nuestro derecho procesal el acceso de los discapacitados a las acciones penales por delitos cometidos contra ellos por el ejercicio de las acciones penales que les correspondieren contra los presuntos autores a través de la institución del Ministerio público⁽⁷¹⁾.y dando así cumplimiento al derecho de acceso a la justicia de tales

⁷¹ «El proceso penal es el instrumento creado por el Estado para descubrir la verdad real cuando se ha producido un hecho que reviste, en principio, los caracteres de infracción penal. Su objeto son, precisamente, las acciones u omisiones delictivas y las consecuencias penales y, eventualmente, civiles que de aquéllas se deriven. Pero con una

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

personas en las mismas condiciones que las demás, derecho consagrado en el citado art. 13 del Convenio de referencia.

4) Conclusiones

Hasta aquí un somero examen de nuestra legislación penal (procesal y sustantiva) cuando estuvieren afectas personas con discapacidad, sean como sujeto activo del delito (según las distintas fases del proceso en que nos encontremos, imputados, acusados, condenados) o sujetos pasivos (perjudicados) y quienes han percibido el delito por sus sentidos, generalmente por a vista o el oído, cuales son los testigos. Sin perjuicio de la deficiente terminología, que deberá adaptarse a los nuevos tiempos —y, en concreto, a la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*— consideramos que nuestra legislación cumple con el derecho al acceso a la justicia de los discapacitados en los términos descritos en el art. 13 y, al mismo tiempo, impide los abusos contra tales personas adoptándose medidas para el ejercicio de su capacidad jurídica, además de la imposición de una pena más grave cuando la víctima del delito fuere un persona con discapacidad por el mayor reproche social que suponen tales acciones.

En una sociedad como la actual en que cada día se demanda más de los poderes públicos, es una necesidad imperiosa la integración plena de las

particularidad, frente a otro tipo de procesos, que sólo a través del proceso penal puede realizarse, es decir, transformarse en realidad jurídico—social el derecho penal sustantivo, es decir, el «ius puniendi». De estas consideraciones deriva que el propio Estado sitúe en el proceso penal al MF como parte imparcial obligada, salvo en supuestos excepcionales, para ejercitar las correspondientes acciones penales a fin de garantizar el descubrimiento de la verdad histórica en el cual existe un interés trascendente, más allá de las partes que sólo en una zona limitada del proceso, en la llamada conformidad, de alguna manera quiebra al tener la parte poder de disposición siempre con los adecuados temperamentos» (TS 2.ª, S 24 jun 1991).

«Acorde con lo que se establece en el art. 124 CE, resulta atribuida al MF la legitimación para actuar y postular en defensa de los derechos de los ciudadanos, tanto en los casos en que asume la defensa de derechos de personas determinadas —actuando por sustitución procesal—, como en aquellos otros en que, portando el interés público tutelado por la ley, invoca el desconocimiento de derechos que titularizan la generalidad de los ciudadanos. El MF no ejercita derechos propios en rigor, sino derechos que son de toda la sociedad frente al Estado: intereses difusos. El MF representa a la sociedad y no al Estado, y en el ejercicio de esos derechos de la sociedad se le deben reconocer los mismos derechos procesales que a las demás partes» (TS 2.ª S 22 ene 1998).

 ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida diaria, tanto eliminando barreras físicas como legales para que puedan ejercer tales personas sus derechos inherentes a su personalidad y en toda su extensión, tarea ardua y difícil pero que convenios como el comentado suponen un claro avance en esta buena dirección.

BIBLIOGRAFÍA y BASES DE DATOS

- ARANZADI
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN C. (director) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J. (coordinador). Comentarios al Código Penal. Ed. Trivium. 2.007.
- CHOCLÁN MONTALVO J.A., Manual de Derecho Penal (junto con Calderón Cerezo, A.). Ed. Deusto. 2.005.
- EL DERECHO
- LA LEY
- MARCHENA GÓMEZ M., Código Penal de 1.995 (Comentarios y Jurisprudencia) (coordinador Serrano Butragueño, I.). Ed. Comares. Granada. 1.998.
- PADILLA ALBA H.R., Exención y atenuación de la responsabilidad penal por el consumo de drogas. Ed. Comares, Granda, 2.001
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ R., Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Comares, 2ª ed. 1999, Granada.
- RODRÍGUEZ RAMOS L. (coordinador), Código Penal comentado y con jurisprudencia. Ed. La Ley, 2ª ed., 2.007.
- SÁNCHEZ MELGAR J. (coordinador), Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia. Ed. Sepin editorial jurídica. Madrid, 2.004.
- SANTOS REQUENA A.A., La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal. Estudios de Derecho Penal. Ed. Comares, Granada 2.001.
- VALLE MUÑIZ J.M., Comentarios al nuevo Código Penal (director Quintero Olivares G.). Ed. Aranzadi. Pamplona. 1.996.
- VVAA. Libro homenaje al Prof. Dtor. Ángel Toría López. El nuevo Código Penal: prepuestos y fundamentos.. Estudios de Derecho Penal. Ed. Comares, Granada 1.999.

ENFERMEDAD MENTAL Y EJECUCIÓN DE MEDIDA DE SEGURIDAD PRIVATIVA DE LIBERTAD.

En este apartado se abordan las consecuencias jurídicas de carácter penal, especialmente de las medidas de seguridad privativas de libertad, a las que se ve sometida una persona que padezca una discapacidad cuando ésta es consecuencia de una enfermedad mental y debido a ello comete un hecho delictivo. No se tratan aquellas situaciones en las que personas con discapacidades físicas o sensoriales se vean inmersas en procesos penales, ya que en estos casos el derecho penal no ofrece respuestas específicas o diferenciadas.

Los diferentes aspectos que se exponen comienzan con un enfoque general en el que se indica la respuesta que el derecho penal ofrece para ejecutar una medida de seguridad privativa de libertad a una persona que delinque por padecer una anomalía o alteración psíquica, a continuación se enumeran las principales incidencias que pueden presentarse al ejecutar una medida de seguridad privativa de libertad haciendo mención aquí a la reforma que en esta materia ha introducido la ley Orgánica 5/2010, y a la novedosa introducción que esa ley ha realizado de la medida de seguridad llamada “libertad vigilada”. En tercer lugar se hace referencia a la situación actual en la que se encuentran los enfermos mentales en los centros penitenciarios. A continuación se expone la respuesta que el Código Penal contempla para aquellos casos en los que la enfermedad mental aparece cuando el penado se encuentra cumpliendo una condena (pena privativa de libertad) que se le impuso al no presentar en el momento de cometer los hechos ni de celebrarse el juicio ninguna enfermedad mental que limitase su capacidad de obrar. En quinto lugar se recogen aquellas disposiciones que hacen referencia a lo que podría denominarse como el estatuto jurídico del enfermo mental cuando se encuentra en prisión y por último se enumeran una serie de propuestas para mejorar la situación en la que se encuentra el citado colectivo, esas propuestas se refieren, unas a reformas estrictamente jurídicas y otras a los recursos médicos y asistenciales que precisan esas personas.

En cada uno de esos apartados se hace referencia al derecho positivo español y a las disposiciones que se contienen en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y a las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad aprobadas en el mes de marzo de 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, indicando en que medida la normativa nacional se ajusta a esos documentos internacionales o si precisa de alguna adaptación.

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

1º.- Respuesta del derecho penal a la enfermedad mental cuando se trata de ejecutar una medida de seguridad privativa de libertad.

El Código Penal actual distingue frente al delito dos tipos de respuestas, por un lado las penas cuando el autor del ilícito es culpable y responsable de lo que hace y por otro las medidas de seguridad que son post-delictuales y que exigen para su aplicación la comisión previa de un delito (artículo 6 y 95 del Código Penal), un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos y como último requisito requiere que tal medida sea proporcional al hecho delictivo. Mientras que la pena tiene su fundamento en la culpabilidad y mirando al pasado sirve para retribuir el mal causado, la medida de seguridad se centra en la peligrosidad y su visión es de futuro.

La persona que al tiempo de cometer una infracción penal padezca una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud del hecho (artículo 20.1 del Código Penal) se le podrá imponer si fuere necesaria, alguna de las medidas de seguridad previstas en los artículos 96 y siguientes del Código Penal.

Todas las menciones que a partir de este momento se irán efectuando a “medidas de seguridad” se refieren a las consecuencias que el Código Penal impone a una persona que habiendo cometido un delito no es posible imponerle una pena por ser inimputable al padecer una anomalía o alteración psíquica en el momento de cometer una infracción.

Según lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”. Partiendo de ese principio el Código Penal de 1995, equiparó pena y medidas de seguridad, de tal forma que el principio de proporcionalidad en función del daño producido rige tanto para la pena como para la medida de seguridad.

Con este planteamiento el Código Penal de 1995, aborda esta cuestión de manera diferente a como lo hacía el Código Penal de 1973, en aquel texto lo médico-terapéutico primaba sobre lo jurídico. Lo importante cuando se imponía una medida de seguridad, en palabras del Tribunal Constitucional (Sentencia 24/1993 de 21 de enero) que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ese sistema, era la evolución de la enfermedad de la persona sometida a la medida y no existía desproporción si la duración de la misma se vinculaba a esa evolución. Incluso se llegó a afirmar en aquella resolución que ni el tipo de medida ni la duración de la misma tenía que depender de la pena que le podría haberle correspondido caso de no haberle aplicado la eximente de enajenación mental.

Con el sistema actual, caso de seguir requiriendo el enfermo mental sometido a una medida de seguridad una asistencia médica, está deberá ofrecérsele al margen del sistema penal dentro de los recursos sanitarios

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

ordinarios, utilizando caso de ser necesario las disposiciones que al efecto contienen el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A la hora de imponer una medida de seguridad o de ejecutarla hay que tener en cuenta tres aspectos: su finalidad terapéutica o curativa, su función asegurativa y el pronóstico de peligrosidad. La debida ponderación de esas tres circunstancias determinará si es o no necesario imponer o cesar una medida de seguridad.

En cuanto a la finalidad terapéutica o curativa, el Tribunal Supremo (Sala 2ª) declaró en su sentencia de 14/3/2002, "... en el internamiento adquiere un carácter también esencial, si no incluso prioritario, el de la finalidad terapéutica de la intervención penal para el supuesto del sujeto inimputable, que late como fundamento y objetivo último de este instrumento legal".

Ahora bien, aun siendo esencial la función terapéutica o curativa, no es la única finalidad de la medida de seguridad, existe también un fin asegurativo de la medida que tiene su exponente legal más claro en el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, donde se proclama que además de la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad, las instituciones penitenciarias también tienen que velar por su "retención y custodia". El propio Código Penal (art. 101.2) reafirma esa finalidad al contemplar que el sometido a las medidas privativas de libertad no puede abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador. Si sólo se considerará la finalidad terapéutica como fundamento básico para la imposición de una medida de seguridad, éstas no podrían imponerse en aquellos supuestos (oligofrenias o psicosis endógenas) en las que el tratamiento médico no permite restablecer la salud mental.

Como se indicó al inicio de este apartado uno de los requisitos para la adopción de una medida de seguridad es que exista un pronóstico que ponga de manifiesto la peligrosidad de la persona a la que se le aplica una medida de seguridad, debe señalarse que tanto el Tribunal Constitucional en su sentencia 24/1993 de 21 de enero, como el Tribunal Supremo en su sentencia de 24/4/2007 de la Sala 2ª, han declarado que resulta evidente que el criterio determinante para la adopción de tales medidas es la peligrosidad del sujeto enajenado y no el tipo de delito cometido.

Ese juicio pronóstico de peligrosidad, es decisivo no sólo para la imposición de la medida de seguridad, sino también para resolver sobre su cese, modificación, sustitución o suspensión. El Código Penal establece un sistema flexible a la hora de ejecutar las medidas de seguridad. Los artículos 97 y 98 del Código Penal, contemplan la posibilidad de que el Tribunal sentenciador a lo largo de la ejecución de la medida de seguridad, pueda mantenerla, cesarla, sustituirla o dejarla sin efecto. El procedimiento para acordar alguna de esas situaciones es complejo, ya que

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

cuando se trata de medidas de seguridad privativas de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después de cumplir una pena privativa de libertad, corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria (art. 98 del Código Penal) formular al Tribunal sentenciador, al menos anualmente, una propuesta en la que se hará referencia a alguna de las situaciones antes indicadas. Lógicamente el Tribunal sentenciador es libre de resolver motivadamente lo que considere oportuno, a la vista de la propuesta y de los informes que recibe, si bien tiene que oír previamente a la persona sometida a la medida, al Ministerio Fiscal y a las demás partes, incluso a las víctimas del delito, cuando éstas lo hubieran solicitado y permanezcan localizadas.

En ese trámite la función asignada al Juez de Vigilancia Penitenciaria, no tiene encaje jurídico dentro de las atribuciones que legalmente se asignan a los órganos jurisdiccionales de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado, ya que lo convierten en un mero órgano asesor, introduciendo un trámite innecesario y poco útil, pues el Tribunal sentenciador es libre de volver a pedir cuantos informes considere necesarios.

El marco normativo español como puede observarse impone que al menos cada año se produzca una revisión de la medida de seguridad, puede afirmarse que dicho marco normativo se ajusta plenamente al artículo 14 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, ya que con ese sistema de revisión periódica de la medida, se quiere evitar precisamente que pudiera producirse una vulneración del derecho a la libertad del condenado, que es precisamente lo que trata de garantizar el artículo 14 de la Convención.

En cualquier caso, sea una medida de seguridad privativa de libertad o no, a la hora de decidir acerca de su mantenimiento, cese, sustitución o suspensión, resulta esencial valorar la peligrosidad del condenado, de tal forma que si subsiste esa peligrosidad habrá que continuar con la medida, si desaparece habrá que decretar su cese (art. 97 b) del código Penal), si se modifica la peligrosidad será necesario sustituir la medida en función del grado mayor o menor que haya variado esa peligrosidad y por último si aparentemente la peligrosidad desaparece o se ve aminorada podrá acordarse la suspensión de la medida.

Ese juicio o pronóstico de peligrosidad, es decisivo no solo para graduar la medida de seguridad durante su ejecución, sino también a la hora de imponerla de tal forma que si el nivel de peligrosidad puede neutralizarse con medidas no privativas de libertad, deberán imponerse éstas, pues el internamiento debe ser el último recurso.

En esta materia la reforma que ha tenido el Código Penal con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha servido al menos para aclarar las diferentes posiciones jurídicas acerca de si el Juez de Vigilancia Penitenciaria tenía que realizar propuestas al Tribunal sentenciador de

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

modificación de las medidas de seguridad, cuando estas no son privativas de libertad. Esa cuestión ha quedado definitivamente zanjada en el nuevo artículo 98 del Código Penal, donde se establece en su apartado 2º que cuando se trate de medidas no privativas de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador recabará directamente de las Administraciones, facultativos o profesionales los oportunos informes acerca de la situación y la evolución del condenado, su grado de rehabilitación y el pronóstico de reincidencia o reiteración delictiva.

Por último debe señalarse que en la imposición de las medidas de seguridad es obligatorio también el principio acusatorio, así lo puso de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 27-10-2000, en la que se anuló una sentencia que había impuesto una medida de internamiento en centro de deshabitación, ya que ninguna parte acusadora la había solicitado.

En definitiva el uso de las medidas de seguridad puede ser un instrumento esencial para racionalizar la respuesta penal y para que sin renunciar a la naturaleza del derecho penal se ofrezcan a las personas que cometen delitos afectadas por trastornos o anomalías de salud mental, alternativas que les permitan integrarse a la sociedad con acciones de protección para la salud y mejora de su realidad psico-social.

2º.- Principales incidencias que pueden presentarse al ejecutar una medida de seguridad privativa de libertad.

Tanto desde planteamientos médicos como desde continuos y reiterados pronunciamientos judiciales, se considera que el internamiento en centro psiquiátrico no es lo más adecuado para aplicar un tratamiento a una persona que padezca una enfermedad mental. La Audiencia Provincial de Almería en sentencia dictada el 12-3-2003 declaró que “si puede acudir a un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin acudir al internamiento habrán de aplicarse alguna o algunas de las previstas en los artículos 105 a 108 del Código Penal”. Tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, ahora serían los artículos 96-3 y 106 del Código Penal.

En otro Auto dictado el 13-10-2004 por la Audiencia Provincial de León se apuesta por la conveniencia del tratamiento ambulatorio y por los seguimientos médicos y de las personas encargadas de controlar su mediación. Como ha indicado el Tribunal Supremo (Sala 2ª) en su sentencia de 12-11-2001, los internamientos tienen carácter subsidiarios respecto de las demás medidas que no consisten en privación de libertad, debiéndose acudir a las medidas de seguridad no privativas de libertad, cuando se puede obtener un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin necesidad de acordar el internamiento. Precisamente la psiquiatría comunitaria se define por su rechazo al hospital psiquiátrico.

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

Una de las cuestiones que en la práctica se presenta es la de determinar el centro en el que se cumple la medida de internamiento en centro psiquiátrico. El artículo 96.2 del Código Penal, enumera 3 tipos de internamiento: en centro psiquiátrico, en centro de deshabitación y en centro de educación especial. Por su parte el artículo 101.1 del Código Penal al referirse al internamiento solamente establece que el mismo se realizará en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica. Por el contrario el artículo 102.1 al referirse al internamiento de personas que necesitan someterse a tratamientos de deshabitación dice que el mismo se puede realizar en centros de deshabitación públicos o privados debidamente acreditados u homologados.

A la vista de lo anterior, es necesario plantear primero, quién debe determinar el centro concreto en el que se acuerda el internamiento, el tribunal sentenciador o la Administración encargada de ejecutar la medida y en segundo lugar habrá que valorar si es posible acordar la medida privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico de carácter no penitenciario.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el centro concreto en el que se ejecutará la medida de internamiento, correspondería determinarlo a la Administración encargada de ejecutar esa medida, es decir, el Juez o Tribunal en la sentencia definirían las características del Centro mas adecuado para cumplir el internamiento en función de las circunstancias del condenado y la Administración competente para la ejecución concretaría el lugar de cumplimiento. Podrían utilizarse aquí de manera analógica los artículos que legitiman a la Administración Penitenciaria para asignar a los penados el centro penitenciario en el que cumplen condenas (art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y artículo 31 del Reglamento Penitenciario), según esos artículos a los Tribunales no les corresponde la asignación de la prisión en la que se cumplen las penas privativas de libertad.

La segunda de las cuestiones a plantear es la de si se puede cumplir una medida privativa de libertad de internamiento en un centro psiquiátrico de carácter no penitenciario. Aunque existen opiniones en ambos sentidos, aquí también podría utilizarse de manera analógica la previsión que el Reglamento Penitenciario contiene en su artículos 182, respecto de los condenados a una pena de prisión que precisan de un tratamiento para conseguir su deshabitación al consumo de sustancias estupefacientes, en estos casos es posible que esos condenados cuando obtienen el tercer grado, pasen a dependencias extra-penitenciarias públicas o privadas para recibir el tratamiento que precisan. En definitiva parece razonable que en los casos en donde se precisen especiales medidas de custodia el internamiento se realice en dependencias penitenciarias y en los demás casos sería adecuado la utilización de unidades médicas de carácter no peni-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

tenciario. Sobre esta cuestión debe señalarse que el artículo 23 del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, parece admitir esta posibilidad, pues contempla que los servicios sociales penitenciarios una vez recibido el plan de intervención, seguimiento y liquidación de la medida remitirán el caso al servicio o centro correspondiente para que el penado inicie o continúe el tratamiento o programa. En modo alguno se menciona “centro penitenciario”, sino que hace una referencia genérica al “centro correspondiente”.

Sobre este punto la Asociación Española de Neuropsiquiatría en el Congreso que celebró en Oviedo en el mes de junio de 2003, se mostró partidaria de la asistencia en salud mental en el medio extra-penitenciario, para garantizar de esa forma una asistencia normalizada bajo la red de salud mental comunitaria. Resulta esencial que los recursos penitenciarios de salud mental se encuentren integrados y coordinados con los del sistema de la salud pública, para que de esa forma exista una vía fluida de información entre esos dos sistemas, y el enfermo reciba la atención que precise tanto en unidades penitenciarias como en las extra-penitenciarias. La falta de una regulación expresa respecto a la forma, garantías y que Administración es la competente para ejecutar las medidas de seguridad, tanto privativas de libertad como no privativas, generan como puede observarse diferentes opiniones, generando en la práctica improvisación, discrecionalidad e ineficacia.

La modificación efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, resulta de especial importancia en esta materia, ya que altera de manera sustancial uno de los principios básicos de la duración de las medidas (art. 6.2 del Código Penal), especialmente cuando el condenado se le impone una medida privativa de libertad (internamiento en centro psiquiátrico), la duración de ese internamiento lógicamente no podrá exceder de la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber sido imputable (art. 6.2 y 1010.1 del Código Penal), si bien el Juez o Tribunal haciendo uso del artículo 105 primer párrafo podrá además añadir en la sentencia o durante la ejecución de la misma alguna o algunas de las siguientes medidas de seguridad:

- Libertad vigilada –con duración máxima de hasta 5 años, salvo que el Código expresamente disponga que la duración tiene que ser de hasta 10 años—.
- Custodia familiar –con duración máxima de 5 años—.
- Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Ante la situación expuesta, puede afirmarse que la medida de seguridad de libertad vigilada, tiene una doble naturaleza, la tradicional, es decir estamos ante una medida post-delictual, cuando se impone haciendo uso del artículo 96-3-3ª del Código Penal y además de esa naturaleza post-

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

delictual también es una medida de seguridad de las denominadas por la doctrina post-penales, cuando se imponen haciendo uso del artículo 105 del Código Penal, ya que en este caso se requiere el cumplimiento previo de una pena o de una medida de seguridad privativa de libertad y a continuación comenzaría a cumplirse esa medida de seguridad post-penal, que se denomina “libertad vigilada”. Con la libertad vigilada se introduce una medida de seguridad de naturaleza, fundamento y condiciones en parte diferentes a las demás medidas.

En tercer lugar la medida de seguridad de libertad vigilada se puede imponer también después de cumplir una pena privativa de libertad. El artículo 105 del Código Penal, además de la mención que hace a los artículos 101 a 104, en dos ocasiones al referirse a la libertad vigilada, indica que esa medida se impondrá en los casos expresamente previstos en este Código, Los dos casos expresamente previstos en este Código son:

–Artículo 192–1º del Código Penal, a los condenados por algún delito contra la libertad e indemnidad sexuales, se les impondrá además de la pena privativa de libertad la medida de libertad vigilada, cuya duración será de 1 a 5 años o de 5 a 10 años en función de si el delito es menos grave o grave, la cual se cumplirá con posterioridad a la pena de prisión.

–Artículo 579–3º del Código Penal, a los condenados por delitos de terrorismo, se les impondrá además de la pena privativa de libertad, la medida de libertad vigilada cuya duración podrá ser de 1 a 5 años o de 5 a 10 años, en función de si la pena privativa de libertad fuera menos grave o grave.

En el supuesto de que una persona afectada por una anomalía o alteración psíquica cometiera algún delito y fuera declarada inimputable, en función de sus circunstancias personales podría recibir la medida de libertad vigilada de manera directa (art. 96–3–3ª del Código Penal) o bien la medida privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico (art. 96.2.1º del Código Penal) y también la medida de libertad vigilada de forma aislada o junto con alguna de las otras previstas en el artículo 105 del Código Penal, cuyo cumplimiento comenzaría al finalizar el internamiento.

Como puede observarse el número de medidas de seguridad, tanto privativas como no privativas de libertad que se pueden imponer es variado. Sin duda en esta materia la legislación española cumple con los derechos que para las personas con alguna discapacidad recogen los artículos 24, 25 y 26 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York. En esos artículos se reconocen los derechos de esas personas a la educación, a la salud y a su rehabilitación, precisamente algunas de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal, hacen referencia a internamientos en centros cuya finalidad es eminentemente terapéutica y además existen medidas no privativas de libertad que se re-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

fieren a la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales etc., así como la obligación de seguir tratamiento médico.

Con esa variedad de medidas uno de los aspectos a considerar es el de determinar cuál o cuáles son las que deben imponerse. El Código Penal (art. 105) exige que la imposición de la medida, se haga razonadamente, en igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo (Sentencia de 15-6-2005 de la Sala 2ª) al declarar que existe: “un deber específico de motivación de la medida de seguridad impuesta”. El mencionado artículo, señala también que el juez o tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir a la persona afectada.

3º.- Situación actual de los enfermos mentales en prisión.

El 10 de marzo de 2008 la Administración Penitenciaria hizo público un informe en el que señalaba que 1 de cada 4 presos de los que en ese momento permanecían en las prisiones españolas (68.002 internos en aquella fecha) presentaban alguna patología psiquiátrica. Dos años antes en el VI Congreso Nacional de Sanidad Penitenciaria, se cifraba que un 40 % de los internos en prisión padecían alguna enfermedad mental. Ese tanto por ciento fue confirmado en la ciudad de León el 25 de marzo de 2010, por el Subdirector General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Además dicho Responsable concretó que la mitad de ese 40 % tenía problemas vinculados a las drogas y que un 4 % de los presos sufría una enfermedad mental grave (en el mes de marzo de 2010 el número de internos que ocupaban las prisiones en España, ascendían a 76.863). Según la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (Feafes) en España había en 2006, más de 19.000 personas en prisión con un diagnóstico psiquiátrico.

La asistencia psiquiátrica penitenciaria de carácter hospitalario se lleva a cabo en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios de Alicante y Sevilla y en el Pabellón Psiquiátrico de Barcelona. El primero de los Hospitales fue creado en 1983, con una capacidad inicial de 300 plazas; en el año 2006 –mes de febrero—albergaba a 384 personas, en el año 2008 –mes de mayo—tenía a 391. La heterogeneidad de las patologías, así como de las edades de las personas allí internadas es la nota característica, en concreto en el mes de febrero de 2006, había 26 enfermos de más de 60 años, 7 enfermos de mas de 70 años y 1 enfermo de 89 años. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria encargado de supervisar a dicho Hospital Psiquiátrico, llegó a considerar la situación del mismo como “nefasta”, ya que los pacientes en alguna ocasión estuvieron un mes sin recibir la visita del psiquiatra por no contar con esa clase de profesionales (Ponencia pre-

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

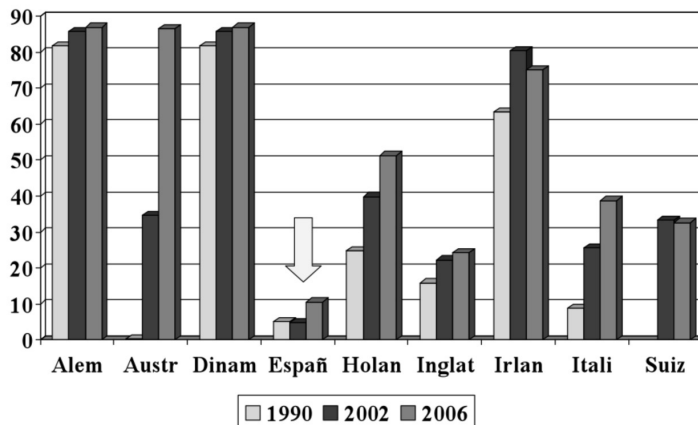
sentada por el Jurista de Instituciones Penitenciarias D^o Jesús Miguel Cáceres García, publicada en Estudios de Derecho Judicial n^o 127–2007).

En este punto sin duda la Administración española debería procurar promover la capacitación adecuada de un número suficiente de profesionales en el ámbito penitenciario que pudieran asegurar la debida atención de las personas que tienen alguna discapacidad mental, así lo exige el artículo 13–2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York y el párrafo 40 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

El Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla fue creado en el año 1990, tiene una capacidad para albergar 150 enfermos, teniendo una ocupación media entorno a los 180. En el mes de junio del año 2010, el Defensor del Pueblo hizo público un informe en el que ponía de manifiesto el reducido espacio de las dependencias, la falta de mobiliario y la falta de higiene de dichas dependencias y de los propios enfermos. El Pabellón psiquiátrico de Barcelona comenzó su funcionamiento en el año 2003, con una capacidad de 60 ó 70 pacientes.



El número de plazas residenciales no penitenciarias para la atención psiquiátrica en España por cada 100.000 habitantes en comparación con otros países de Europa es el que se indica en el siguiente cuadro:

Comparación del número de plazas residenciales supervisadas por 100.000 habitantes en la UE



 GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Resulta también elocuente el siguiente cuadro, en el que se reflejan el número total de camas en las enfermerías de los Centros Penitenciarios y se especifican en la segunda columna, el número absoluto de camas psiquiátricas en los Hospital Psiquiátricos Penitenciarios. Como puede observarse en cuanto al número de camas disponibles en los centros penitenciarios para enfermos mentales, nuestro país ocupa los primeros puestos. El problema no es tanto la falta de plazas específicamente destinadas a enfermos mentales en prisión, sino la sobreocupación de esa plazas (camas), al ser ingresados en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios personas cuya tipología no es propia de esos centros. Otro dato que debe generar también alguna reflexión es la situación en la que se encuentran Inglaterra, Gales, Irlanda, Islandia y Noruega, en esos países como se observa no existen ni camas disponibles en las enfermerías ni camas en Hospital Psiquiátricos Penitenciarios. Las personas aquejadas de alguna enfermedad mental que han tenido algún conflicto con el derecho penal, son directamente internadas y tratadas en el sistema de salud, sin que su control y custodia se asigne a la Administración Penitenciaria.

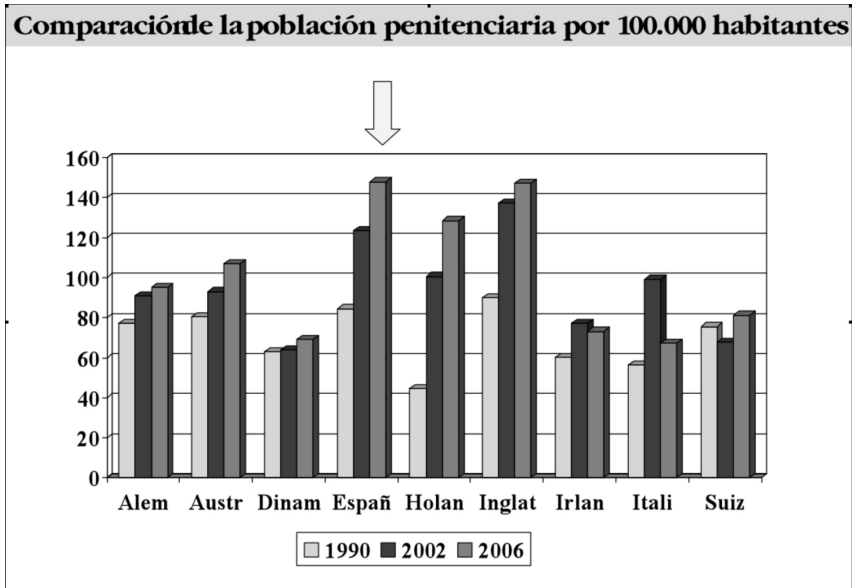
 EUROPEAN COMMISSION The SANCO Directorate General Central Institute of Mental Health 			
CAMAS PSIQUIÁTRICAS PENITENCIARIAS (Año 2005)			
PAIS	CAMAS EN LAS ENFERMERIAS DE LOS CENTROS	NUMERO ABSOLUTO	CAMAS POR 1000 INTERNOS
Austria	332	25	3
Dinamarca	36	127	30.6
España	2.441	608	12.5
Francia	240	94	8.3
Holanda	56	269	15.1
Inglaterra y Gales	0	0	0
Irlanda	0	0	0
Islandia	0	0	0
Italia	973	76	1.8
Luxemburgo	11	18	23.2
Noruega	0	0	0
Portugal (2004)	196	27	2.2
Polonia	1.287	222	3.1
Suecia	33	55	8.2

*Tabla procedente del Informe EUPRIS completada con datos propios, cuando aparece 0 en la casilla correspondiente, significa que todas las camas pertenecen al Sistema de Salud extrapenitenciario.

A continuación se ofrece un cuadro comparativo con otros países de Europa sobre el número de personas en prisión por cada 100.000 habi-

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

tantes, donde se observa que España ocupa el primer puesto en el número relativo de personas en prisión.



(Los tres cuadros han sido facilitados por la Subdirección General de Coordinación de Sanidad Penitenciaria de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias).

En términos generales, según la información aparecida en el diario El País el 19-4-2008, España ocupa el puesto nº 37 del mundo en dispositivos socio-sanitarios, teniendo 3,6 psiquiatras por cada 100.000 habitantes, por delante de España en esa ratio se encuentran países como Chipre, Eslovaquia, Bulgaria, Hungría, Rumania y Portugal. Por detrás de España están China, Turquía y la India.

En el caso concreto de la atención psiquiátrica especializada en los Centros Penitenciarios, puede citarse el informe presentado en el año 2009 por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, que recoge como en los Centros Penitenciarios de Almería y Granada, dicha atención se dispensaba por un psiquiatra una vez al mes, en los Centros Penitenciarios del Puerto I, II, Huelva, Córdoba, Málaga y Sevilla II el psiquiatra acudía 1 vez cada 15 días. Los Centros Penitenciarios de Jaén, Alcalá de Guadaíra y Puerto III no cuentan con ningún psiquiatra. Dentro de los recursos humanos y materiales con los que deben contar las dependencias penitenciarias en las que se custodian a las personas condenadas que pa-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

decen alguna enfermedad mental, conviene tener presente que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, dedica tres artículos (24, 25 y 26) para proclamar el derecho que tienen esas personas a la educación, a la salud y a su rehabilitación, para lograr los objetivos que se fijan en esos preceptos es fundamental el dotar a esas dependencias penitenciarias de un número adecuado de profesionales que sin duda tiene que ser superior a los que actualmente prestan sus servicios.

En el lado opuesto se encuentra la Comunidad Autónoma de Navarra, que ha sabido integrar, desde hace 10 años, a todos aquellos enfermos que tienen una medida de seguridad en los dispositivos socio-sanitarios de su red de salud mental, habiendo sido capaz de mantener en su territorio a todos los ciudadanos que residiendo en aquella comunidad tenían que cumplir alguna medida de esa naturaleza.

En términos generales puede afirmarse que los Centros Penitenciarios se utilizan en ocasiones como recursos asistenciales para cuidar a personas que no han sido tratadas y controladas de sus patologías psiquiátricas en su vida en libertad. La falta de medios en la sanidad pública, para prevenir, detectar, tratar y seguir las patologías mentales, provoca que el sistema penal se esté convirtiendo en el principal suministrador de pacientes a la red asistencial en materia de salud mental y adicciones.

Al margen de los recursos disponibles para abordar las necesidades que precisan los enfermos mentales que se encuentran en prisión, existe en la práctica otro problema que es imputable directamente al funcionamiento de la Administración de Justicia. Resulta sorprendente el alto porcentaje de personas que se encuentran en los Centros Penitenciarios padeciendo alguna enfermedad mental que no ha sido previamente detectada, motivo por el cual la condena fue a una pena privativa de libertad y no a una medida de seguridad. Se trata de lo que se conoce como enajenación inadvertida, especialmente aparece en casos de discapacitados intelectuales ligeros en personas que padeciendo alguna enfermedad mental, ésta queda encubierta tras un estado emocional que es frecuente cuando se trata del primer delito. Ni el abogado defensor ni el Ministerio Fiscal ni el Tribunal detectan esa situación que se presenta con mayor frecuencia cuando se trata de los llamados como juicios rápidos. En esta clase de procesos la celeridad es mayor y existe el riesgo de juzgar a una persona como plenamente imputable cuando no lo es.

En este punto resulta esencial que la persona que padeciendo una enfermedad mental se vea sometida a un proceso penal, reciba una asistencia técnica jurídica eficaz, la relevancia de ese asesoramiento técnico-jurídico ha sido puesta de manifiesto en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, concretamente el párrafo 28 de dichas Reglas resalta la importancia

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

que tiene para las personas en condición de vulnerabilidad dicha asistencia técnico-jurídica.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla la posibilidad de transformar un juicio rápido en un procedimiento ordinario, cuando se detectara una situación de esta naturaleza, pues estaríamos ante lo que se denomina “cuestión compleja” (art. 795-1-3ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ante una situación de esta naturaleza puede resultar esencial la colaboración de los familiares de la persona afectada, los cuales deberían facilitar al abogado defensor o poner en conocimiento del Ministerio Fiscal y del Tribunal los informes médicos que tuvieran, acreditativos del estado de salud de la persona afectada.

De cualquier forma si no se llegara a detectar esa anomalía psíquica o trastorno mental hasta después de dictada la sentencia, la vía jurídica para subsanar esa omisión sería haciendo uso del artículo 60 del Código Penal (ver el punto nº 4 de este trabajo), ya que dicho precepto aunque regula la “enajenación sobrevenida”, lo cierto y verdad es que es posible aplicar el mismo, pues literalmente se habla de apreciar en el penado, un trastorno mental grave, en ningún momento se exige que esa situación tenga que aparecer necesariamente en todos los casos después de pronunciada la sentencia.

4º.- Respuesta del Código Penal ante la enfermedad mental sobrevenida durante el cumplimiento de una pena.

El Código Penal en su artículo 60, contempla que debe hacerse con una persona condenada a una pena privativa de libertad, cuando se aprecie en el penado “una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena”. Los tres requisitos básicos que deben concurrir en estos casos son en primer lugar que la enfermedad sea duradera, en segundo lugar que sea grave y por último que como consecuencia de esa gravedad el penado desconozca el sentido de la pena.

El órgano judicial encargado de verificar esos tres requisitos es el Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual si llegara a constatar la concurrencia simultánea de los tres deberá suspender la ejecución de la pena privativa de libertad y garantizar que el penado reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad de las previstas en el Código Penal, teniendo como límite que nunca esa medida puede ser más gravosa que la pena sustituida.

La normativa procesal para aplicar el artículo 60 del Código Penal, no fue modificada cuando la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre, dio forma a dicho precepto. Como consecuencia de ello se encuentran en vigor cuatro artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (del artículo 991 al 994) en los que utilizando terminología de otra época (“comandante del

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

presidio” “confinados” “Dirección General de Establecimientos Penales” etc) se regula procesalmente esta materia de manera no coincidente a lo que dispone el artículo 60 del Código Penal, ya que este artículo atribuye la competencia para resolver al Juez de Vigilancia Penitenciaria y el artículo 993 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal asigna la decisión al Tribunal sentenciador.

La inexistencia de unas normas procesales actualizadas para aplicar el artículo 60 del Código Penal, genera en la práctica dificultades y formas de actuación diferentes según el órgano jurisdiccional que decide. Para paliar esa situación los Jueces de Vigilancia Penitenciaria han aprobado algunos criterios de actuación con los que tratan de suplir esa falta de previsiones procesales en esta materia. Así puede citarse el criterio de actuación nº 147.2, en el que se acordó que la medida de seguridad impuesta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria al amparo del artículo 60 del Código Penal, esta sometida también al régimen de propuestas reguladas en el artículo 98 (antes de la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, era el artículo 97) de dicho texto legal (anteriormente en el criterio de actuación nº 147 bis 1 –hoy derogado– se había acordado lo contrario).

De igual forma está aprobado también (criterio nº 147–3º) que el Juez de Vigilancia Penitenciaria territorialmente competente para tramitar el incidente de suspensión de condena al amparo del artículo 60 del Código Penal será el del territorio donde se encuentra ingresado el devenido enfermo si estuviere cumpliendo condena, o bien el juez de vigilancia penitenciaria del territorio del tribunal sentenciador si no existiere ingreso previo. En cuanto al seguimiento y control de la medida de seguridad de internamiento en establecimiento psiquiátrico impuesta como consecuencia de la aplicación del referido artículo, se acordó también en ese criterio de actuación que corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar de cumplimiento de la medida de seguridad (lugar de internamiento). Como consecuencia de ese criterio de actuación y desde un punto de vista práctico, la defensa de una persona a la que se la haya impuesto una medida de seguridad al amparo del artículo 60 del Código Penal o sus familiares, en el supuesto de que pretendan la sustitución de dicha medida o que se deje sin efecto la misma, deberán acudir en primera instancia al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar al que pertenezca el centro en el que se encuentre internado el afectado, ya que ese Juez es el encargado de remitir la correspondiente propuesta al Tribunal Sentenciador.

Aunque desfasadas y con algunas contradicciones, como ya se ha indicado, lo cierto es que las únicas disposiciones procesales sobre esta materia son las que se contienen en los artículos 991 a 994 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En concreto en el artículo 993 de ese texto se indica que el Tribunal sentenciador –debe entenderse el Juez de Vigilancia Penitenciaria– oír al Fiscal y al acusador particular de la causa, si lo

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

hubiere (en la práctica el Juez de Vigilancia Penitenciaria desconoce esa circunstancia, ya que no tiene en su poder el procedimiento principal en el que consta si existe o no acusación particular) y debe darse intervención y audiencia al defensor del penado, que de no existir se le designará de oficio. En ese artículo se establece que el tribunal sentenciador comisiona al Juez de Instrucción del partido para que este compruebe el estado físico y moral del paciente. Tal previsión debe entenderse derogada pues es el Juez de Vigilancia Penitenciaria al que corresponde examinar al penado y con audiencia de las partes antes mencionadas decidir.

La garantía de los derechos del penado y de las demás partes, hace que antes de decidir si es necesario o no aplicar el artículo 60 del Código Penal, deba convocarse una comparecencia (el art. 994 de la Lecrim habla de juicio contradictorio) por aplicación analógica de lo dispuesto en los artículos 759 y 763-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A esa comparecencia se convocará al penado, a su abogado, al Ministerio Fiscal, a los Médicos que se propongan y en todo caso al Médico Forense y a la acusación particular si la hubiere.

El contenido de esa comparecencia tiene como objeto el examen directo del penado que presuntamente padece alguna enfermedad mental por el juez, con intervención de las partes. La naturaleza jurídica de ese acto es muy similar a la comparecencia prevista en los artículos 759 y 763-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta además que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en algunas sentencias sobre la importancia de ese acto. Así puede citarse la sentencia de la Sala 1ª de 31-12-1991 en la que se dijo: "...ni debe calificarse de reconocimiento judicial, ni de inspección personal. Se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada y si el juez no realiza el examen personalmente, debe ordenarse la nulidad de todo lo actuado". Sobre este particular hay que tener también en cuenta que en otra Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 1ª de fecha 9-6-1997 se declaró: "... ningún órgano jurisdiccional puede constituir una incapacitación sin haber examinado personalmente al presunto incapaz".

El examen del penado por parte del juez, debe realizarse en los términos que ha declarado el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en alguna de sus sentencias, así por ejemplo en la que se dictó el 20-3-1991 estableció: "... el juez debe dar intervención a las partes para que puedan solicitar aclaraciones y alegar cuanto estimen pertinente.". En otra resolución (Sentencia de 14-10-2002) el citado Tribunal declaró: "...el examen no requiere de formalismo alguno. Al juez hay que reconocerle facultades para practicar el examen en las condiciones que mejor le permitan formarse un juicio sobre el verdadero estado del presunto incapaz" (En esa resolución se admitió la presencia en el acto del reconocimiento de un familiar -hija- de la persona a la que se reconocía).

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

En cuanto a las pruebas médicas que son necesarias, el artículo 991 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de “certificación de los facultativos” y el artículo 994, menciona que hay que “oír las declaraciones juradas de los peritos en el arte de curar, y en su caso de la Academia de Medicina y Cirugía”. Sobre este particular parece más adecuado aplicar analógicamente lo dispuesto en el artículo 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes) y el artículo 759 de dicho texto legal (... nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal). Por supuesto en cualquier caso será recabado el informe del Médico Forense del juzgado.

En el supuesto de que la persona a la que se le haya aplicado una medida de seguridad al amparo del artículo 60 del Código Penal, recuperara su salud mental y por ello resultara innecesario o contraproducente el mantenimiento de dicha medida de seguridad, el apartado 2 de ese artículo establece de forma genérica que el juez o tribunal por razones de equidad, siempre que la pena no hubiera prescrito, puede dar por extinguida la condena o reducir su duración. Por “juez o tribunal” debe entenderse al órgano judicial sentenciador, en todo caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria en este supuesto debe de realizar la propuesta a la que se refiere el artículo 98 (antes de la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010 era el artículo 97) del Código Penal, en el sentido de proponer al juez o tribunal sentenciador que se deje en suspenso la ejecución de la medida por haber desaparecido del penado la enfermedad mental que determinó la aplicación de la misma.

Este sistema de continua revisión de la medida de seguridad y en su caso de emisión de propuestas al tribunal sentenciador, se ajusta plenamente a lo que proclaman los artículos 12.4 y 14.2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. Esos dos artículos reconocen y aseguran los derechos de las personas con discapacidad de tal forma que las medidas que se adopten sobre ellos tienen que ser adaptadas a sus circunstancias y deben aplicarse en el plazo más corto posible, además deben estar sujetas a exámenes periódicos.

En la práctica la aplicación del artículo 60 del Código Penal, se realiza en muy pocas ocasiones en parte debido a que los tres requisitos que exige ese artículo: situación duradera, trastorno mental grave y no conocer el sentido de la pena, no siempre confluyen de manera simultánea. En muchos de los supuestos en los que se inician los trámites para aplicar ese artículo se llega a acreditar que existe una situación duradera de trastorno mental grave pero el penado conoce el sentido de la pena, con lo cual no es posible aplicar ese precepto. Una prueba evidente de cuando se

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

acaba de exponer se refleja en los datos estadísticos que ofrecía el Boletín nº 23 de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias, según la Subdirectora de Tratamiento del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla D^a Clara García-Moreno, del total de los internos existentes en dicho Centro Penitenciario, un 71 % correspondía a internos eximidos completamente de responsabilidad criminal –art. 101 del Código Penal—un 15 % correspondía a personas condenadas con alguna eximente incompleta –Art. 104 del Código Penal—y un 3'5 % eran internos a los que se les había aplicado el artículo 60 del Código Penal.

5º.- Estatuto jurídico del enfermo mental en prisión.

Los artículos 183 a 191 del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) regulan lo que se podría definir como el estatuto jurídico del enfermo mental cuando éste tiene que cumplir una medida de seguridad privativa de libertad en un centro psiquiátrico (Art. 96-2-1^a del Código Penal).

En primer lugar ese texto normativo se inclina hacia una vertiente asistencial del internado que prima sobre los aspectos relativos a la custodia y seguridad, así se establece en el art. 188.1 del Reglamento que “la separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente”. De igual forma en el apartado 2 de ese artículo se menciona que las restricciones a la libertad personal del paciente se limitan a las que sean necesarias en función del estado de salud del interno o del éxito del tratamiento.

Dentro del estatuto jurídico del enfermo mental cuando el mismo cumple una medida de seguridad privativa de libertad en un centro psiquiátrico existen cinco cuestiones básicas que deben ser tratadas:

- El régimen disciplinario (art. 188-4º del Regl. Peniten.).
- El empleo de medios coercitivos (art. 188-3º del Regl. Peniten.).
- La aplicación de tratamientos farmacológicos o las intervenciones médico-sanitarias sin el consentimiento del enfermo internado (art. 210 del Regl. Peniten.).
- El régimen de comunicaciones con el exterior (art. 190 del Regl. Peniten.).
- El derecho a revisar su situación periódicamente (art. 187 del Regl. Peniten.).

En lo relativo al régimen disciplinario, expresamente el artículo 188.4 del Reglamento Penitenciario, establece que las disposiciones de régimen disciplinario que contiene dicho Reglamento no son aplicables a los pacientes internados. Se establece así una presunción de inimputabilidad de iure, que en la práctica genera problemas cuando la falta disciplinaria no es una consecuencia directa de la enfermedad mental.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

El segundo de los aspectos, es el que se refiere al empleo de los medios coercitivos a los internados para cumplir una medida de seguridad, según el artículo 188.3 del Reglamento Penitenciario, la aplicación de esos medios tiene una naturaleza excepcional, que solo se admite cuando así lo indica el facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible, previo al efecto del tratamiento farmacológico. En todo momento hay que respetar la dignidad de la persona y debe comunicarse a la Autoridad Judicial (Juez de Vigilancia Penitenciaria) dándole traslado documental de su prescripción médica. En esta materia al hablar de medios coercitivos, cabe entender que no se refiere el Reglamento a los medios coercitivos previstos en el artículo 45 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el artículo 72 del Reglamento Penitenciario (aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas), sino a los que habitualmente utiliza la *lex artis* médica, especialmente la sujeción mecánica y el aislamiento terapéutico.

El aplicar un tratamiento farmacológico a un internado por una medida de seguridad cuando la persona afectada se niega voluntariamente a recibir ese tratamiento, ha generado una enorme polémica cuando estamos ante personas internadas civilmente que no han participado en hechos delictivos. Sin embargo tal cuestión cuando aparece en una persona que cometió un hecho delictivo y que por ello se le impuso una medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en un centro psiquiátrico, tiene algunos matices que deben ser señalados. En concreto el artículo 210 del Reglamento Penitenciario, regula que el tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno, si bien admite la excepción de aplicar ese tratamiento cuando exista peligro inminente para la vida del interno. Ese mismo artículo admite la intervención médico-sanitaria, sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. En ambos casos (aplicación de tratamiento de forma involuntaria o intervención médico-sanitaria sin consentimiento) deben ser puestas en conocimiento de la Autoridad Judicial y además en el caso de la aplicación del tratamiento de forma involuntaria se debe solicitar la autorización judicial correspondiente.

Además de las previsiones contenidas en el artículo 210 del Reglamento Penitenciario, en esta materia hay que tener en cuenta lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y 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 aplicación supletoria de esas leyes, a la normativa penitenciaria fue acordada por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus criterios de actuación, concretamente en el criterio nº 94. De igual forma la competencia para autorizar el tratamiento médico forzoso, fue reconocida a favor

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en el criterio de actuación nº 12 de los aprobados por dichos Jueces.

En cuanto a las comunicaciones de las personas que cumplen una medida de seguridad privativa de libertad de internamiento en centro psiquiátrico, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 190 del Reglamento Penitenciario, en tal precepto se establece que las comunicaciones con el exterior de los pacientes se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquellos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes pueden comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones.

Dicho artículo ha generado alguna confusión con lo dispuesto en el artículo 101.2 del Código Penal, a la hora de decidir quién es el competente para resolver que tribunal es el que decide sobre ese régimen de comunicaciones, el Tribunal sentenciador o el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Para algunos sería el Tribunal sentenciador el competente, ya que el artículo 101.2 del Código Penal regula que “el sometido a esa medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del juez o Tribunal sentenciador...”. Sin embargo la opinión mayoritaria se inclina a favor de la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, básicamente por la atribución de funciones que le asigna el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Además el programa individual de rehabilitación del que habla el artículo 190 del Reglamento Penitenciario, lo elabora el equipo multidisciplinar al que se refiere el artículo 185 del Reglamento Penitenciario y lo aprueba el Juez de Vigilancia Penitenciaria según lo dispuesto en el artículo 186.2 del citado Reglamento. Esta conclusión ha sido asumida por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en su criterio de actuación número 14. Los equipos multidisciplinarios que menciona el artículo 185 del Reglamento Penitenciario, son expresamente reconocidos y potenciados en el párrafo 41 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. Dichas Reglas proclaman la importancia de esos equipos formados por profesionales de distintas áreas para mejorar la respuesta del sistema judicial frente a esas personas.

La solicitud para que un enfermo en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario, pueda obtener una salida terapéutica o para que pueda comunicar con otra persona, puede provenir del equipo multidisciplinar y contar con la aprobación del Consejo de Dirección del Centro (en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios no hay Juntas de Tratamientos –art. 265–4 del Regl. Penit.-), en cuyo caso el Juez de Vigilancia Penitenciaria decidirá lo que corresponda, o incluso podría suceder que la propuesta del equipo multidisciplinar, llevara la oposición del Consejo de Dirección, en este caso, igualmente resolverá el Juez de Vigilancia Penitencia-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

ria. En última instancia el enfermo internado podría enviar al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (art. 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria) la oportuna queja cuando ni el equipo multidisciplinar ni el Consejo de Dirección le permitan hacer salidas terapéuticas o no le autoricen la comunicación con determinadas personas.

En esta materia el ordenamiento español, deberá tener en cuenta y los tribunales aplicar a la hora de decidir acerca de las comunicaciones de las personas que padecen alguna enfermedad mental y que se encuentren privadas de libertad, que el artículo 22 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, no permite injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, ni en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación. Igualmente se reconoce el respeto que merecen esas personas en cuanto a su honor y su reputación. Expresamente se menciona la protección de los datos relativos a su salud y a su rehabilitación.

Por último conviene tener presente que el internado en un Hospital Psiquiátrico Penitenciario para cumplir una medida de seguridad privativa de libertad, tiene derecho a que su situación personal sea revisada, al menos, cada seis meses por el equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución. Ese informe dice el artículo 187 del Reglamento Penitenciario será remitido al Ministerio Fiscal. De ese informe tiene que tener noticia el Juez de Vigilancia Penitenciaria, ya que es a él a quién corresponde de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98-1º del Código Penal elevar, al menos anualmente una propuesta al Tribunal sentenciador, proponiendo el mantenimiento, el cese, la sustitución o la suspensión de la medida. Este trámite resulta de vital importancia para la persona internada, pues su posible salida o modificación de la medida depende de la decisión que se adopte tras la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Salvando las distancias esas propuestas y las consiguientes resoluciones son actos similares a las decisiones que se adoptan con los internos penados a condenas privativas de libertad cuando se les clasifica en grado o cuando se les concede la libertad condicional.

Este derecho del enfermo a que periódicamente se revise su estado de salud, ha sido proclamado de manera reiterada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, entre otras en sus sentencias 1982/3 de 24 de junio de 1982 y en la sentencia 1984/4 de 23 de febrero de 1984, al interpretar el artículo 5.1. e) del Convenio de Roma relativo al internamiento de enajenados, en esas resoluciones se establece que el internamiento únicamente podrá prologarse de manera válida si subsiste el trastorno.

Todo cuando se acaba de exponer sería también de aplicación a aquellos supuestos en los que el enfermo para cumplir una medida de seguridad fuera internado en un centro psiquiátrico de carácter no penitenciario

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

(una unidad psiquiátrica de un Hospital), ya que lo que prima es la privación de libertad con independencia del lugar físico (establecimiento penitenciario o no) en el que se encuentre la persona condenada al cumplimiento de esa medida de seguridad.

6º.- Propuestas para mejorar la situación en la que se encuentran los enfermos mentales en prisión.

Las propuestas para mejorar la situación de los enfermos mentales en prisión serían de dos tipos, unas estrictamente jurídicas en donde se incluirían las reformas normativas necesarias para simplificar e introducir en nuestro derecho las previsiones legales que permitan una mejor respuesta desde la Administración de Justicia a esos enfermos.

Y en segundo lugar habría que incluir las propuestas que son necesarias dentro de la sanidad y los servicios sociales para que esas personas incluso estando sometidas a un proceso penal reciban la asistencia médica y asistencial que precisan.

Respecto de las propuestas jurídicas, es inevitable comenzar cuestionando el complejo sistema procesal existente en este momento a la hora de imponer y ejecutar una medida de seguridad a una persona que comitió un delito y padece una enfermedad mental. Las medidas de seguridad se aplican por el Juez o Tribunal sentenciador previos los informes que estimen convenientes (art. 95-1º del Código Penal) a las personas que sean declaradas exentas de responsabilidad criminal conforme al artículo 20-1 del Código Penal. Entre las medidas de seguridad que pueden imponerse se encuentra la de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.

Una vez impuesta la medida de seguridad, el mismo Juez o Tribunal que la impuso puede mantenerla, cesarla, sustituirla o dejarla en suspenso (art. 97 del Código Penal), previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, el cual está obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta para mantenerla, cesarla, sustituirla o dejarla sin efecto (art. 98 del Código Penal, según la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio). A diferencia de lo que sucede con las penas, en donde el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene amplias facultades para clasificar al penado, decidir sobre sus permisos o concederle la libertad condicional, sin contar para ello con el Juez o Tribunal sentenciador, en las medidas de seguridad, sin embargo, quien decide es el órgano judicial que impuso la medida de seguridad, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, de esta forma se desnaturaliza la función esencial (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado) de esa clase de juzgados, a los que se convierte en órgano asesores de otros, al tiempo que se introduce un trámite judicial intermedio e innecesario, ya

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

que los dos órganos jurisdiccionales implicados –tribunal sentenciador y juzgado de vigilancia penitenciaria– como consecuencia de las funciones que la normativa actual les confiere puede solicitar informes, alargando así el tiempo para decidir. Lo razonable sería residenciar en uno u otro órgano la decisión suprimiendo trámites intermedios.

La primera modificación normativa sería por tanto la de simplificar el régimen actual y suprimir la propuesta que en estos momentos tiene que remitir el juzgado de Vigilancia Penitenciaria al Juez o Tribunal sentenciador. De esta forma al concretar en un solo órgano judicial la ejecución y seguimiento de la medida de seguridad, se lograría una mayor agilidad y rapidez a la hora de decidir. La reforma realizada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, ha mantenido (art. 98.1 del Código Penal) el doble sistema de Juez de Vigilancia Penitenciaria proponiendo la modificación sustitución o supresión de la medida de seguridad privativa de libertad y de Juez o Tribunal sentenciador decidiendo. El único avance tenido con esa reforma en esta materia ha sido el de aclarar que esas propuestas del Juez de Vigilancia Penitenciaria únicamente se realizan en las medidas de seguridad privativas de libertad, situación que ya había sido aclarada por el Tribunal Supremo en Autos de 14–3–2007 y 8–10–2009.

La simplificación que aquí se propone guarda relación con dos de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad. En concreto en los párrafos 34 y 38, expresamente se menciona que en el proceso deben propiciarse las medidas para la simplificación del mismo y para su agilidad con objeto de evitar retrasos en la tramitación.

La segunda propuesta normativa sería la de regular expresamente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la prisión provisional de una persona que afectada por una enfermedad mental comete un hecho delictivo. En estos momentos cuando se produce una situación de esa naturaleza la persona es ingresada en la mayoría de las ocasiones en un centro penitenciario ordinario, ya que no existe ninguna previsión normativa que contemple el internamiento cautelar en un establecimiento adecuado para ser tratado de su enfermedad mental. Aunque existen algunas unidades psiquiátricas penitenciarias, en la práctica se presentan casos en los que el enfermo acusado de haber participado en un hecho delictivo grave, precisa de una asistencia médica de mayor intensidad que la que se le puede dar en una unidad psiquiátrica de un centro penitenciario. En las unidades de agudos de los hospitales generales puede recibir una asistencia médica completa, si bien en esas unidades no existen en muchos casos las condiciones de seguridad adecuadas para custodiar al enfermo.

En definitiva habría que integrar tratamiento y seguridad y contar además con una previsión normativa similar a la que otorga el artículo 508.2

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la persona que estando sometida a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación a sustancias estupefacentes, pues en esos casos el imputado puede ver sustituida la medida de prisión provisional por la de un ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para que continúe con su tratamiento. El citado artículo fue introducido en la reforma que realizó la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre y hasta la fecha a pesar de haber sido solicitado por diferentes Asociaciones no se ha conseguido un artículo similar para las personas que padecen alguna enfermedad mental y se ven implicadas en un delito.

La tercera de las propuesta normativas, se refiere a la necesaria regulación procesal para aplicar el artículo 60 del Código Penal. Sería deseable una regulación que sustituyera a los artículos 991 y 994 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fijara los trámites procesales que deben seguirse para la aplicación de ese artículo, concretando el régimen de garantías para las partes durante la tramitación de ese incidente y las pruebas necesarias a tener en cuenta, especialmente las de tipo médico.

Con la cuarta y última de las propuestas normativas, se trataría de regular normativamente todo lo que hace referencia a la ejecución de las medidas de seguridad tanto privativas de libertad como las no privativas de libertad, la deficiente y casi inexistente normativa en esta materia, provoca inseguridad jurídica, improvisación e ineficacia. Las referencias genéricas que contiene el Código Penal a “establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica” o a “centro educativo especial” deberían de concretar indicando que Administración central o Autonómica es la responsable de ejecutar la medida. En esa futura reforma debería delimitarse cuando la Administración Penitenciaria es la competente y cuando no, evitando la situación actual, en la que la inactividad o falta de medidas del sistema público de salud mental de cada Comunidad Autónoma es suplida por la Administración Penitenciaria.

La mejora del marco jurídico con las reformas necesarias es una necesidad que impone a los Estados la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, así se reconoce en el artículo 4.1 a) y b) para ello deberán modificarse, derogarse y aprobarse cuantas leyes y reglamentos sean precisos. Junto con esas reformas normativas sería necesario promover como indica el párrafo 29 de las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, una política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos, garantizando la gratuidad de esa asistencia cuando se acredite la imposibilidad de afrontar los gastos derivados de esa asistencia.

Como novedad no prevista en nuestro ordenamiento las mencionadas Reglas de Brasilia en su párrafo 65 contemplan la posibilidad de que du-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

rante los actos judiciales una persona que se configure como referente emocional de quien padece una enfermedad mental pueda estar presente en esos actos, esa persona sería una distinta del profesional que le ofrece la asistencia técnico-jurídica.

En cuanto a las propuestas que son precisas realizar dentro de las actuaciones médicas y de los servicios sociales. Conviene partir en este punto de lo que dispone el artículo 20 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril), según ese precepto la atención a los enfermos mentales debe realizarse en el ámbito comunitario potenciando los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización. Igualmente establece ese artículo que deben desarrollarse los servicios de rehabilitación y reinserción social necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental.

El éxito de la atención en la salud mental es la cercanía, cuando los recursos existentes logran crear mecanismos de seguimiento personal, en el enfermo se genera confianza y se consigue el cumplimiento y la continuidad del tratamiento. La situación actual de los enfermos mentales en prisión precisa de la creación y puesta en funcionamiento de equipos interdisciplinarios de atención domiciliaria, el incremento de los hospitales de día, centros de día, unidades de crisis psicoterapéuticas, al refuerzo de los programas socio-sanitarios de seguimiento individualizado y de acompañamiento terapéutico, potenciando de esa forma la faceta rehabilitadora y de reinserción social. En el caso de España corresponde a las Comunidades Autónomas la responsabilidad de desarrollar esas unidades de salud mental basadas en el concepto biopsicosocial de base comunitaria. De esta forma al existir todos esos recursos, muchas de las medidas de internamiento en centros penitenciarios, podrían sustituirse por otras en las que primaría el tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario (actualmente artículo 106-1 letra k, del Código Penal tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, antes art. 96.3-11ª del Código Penal).

En definitiva se trataría de crear unos recursos intermedios, que permitan el tránsito controlado de un recurso cerrado a un medio abierto, de igual forma que sucede con las personas condenadas a una pena de prisión, que tras pasar el tiempo correspondiente en una prisión, no pasan de manera directa a la situación de libertad condicional, sino que previamente permanecen un tiempo en los Centros de Inserción Social o por los Departamentos de Régimen Abierto de las prisiones, como fase intermedia antes de alcanzar su libertad.

Teniendo en cuenta los principios y las líneas de actuación que deben primar a la hora de atender a las personas con alguna enfermedad mental, también a las que tienen alguna responsabilidad con la justicia penal,

ÁMBITO JURISDICCIONAL PENAL

es necesario elaborar protocolos de actuación que permitan una intervención coordinada entre el órgano judicial, los dispositivos socio-sanitarios especializados de cada Comunidad Autónoma y las fuerzas de seguridad. De esta forma se protegería de forma más eficaz al enfermo y se podría evitar que el mismo volviera a delinquir.

Por último debe señalarse la necesidad de contar en todo el territorio nacional con recursos socio-sanitarios especializados de tal forma que cada Comunidad Autónoma pueda asumir y trata a sus enfermos evitando el desarraigo que actualmente se produce, ya que esa falta de recursos extra-penitenciarios, obliga a que muchos de los enfermos tengan que permanecer alejados de sus familias al estar internados en los dos únicos Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios que existen en Alicante y Sevilla.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

José Manuel Ruiz Fernández
Magistrado Jdo. Contencioso-Administrativo, 22. Madrid

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:

a) 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 CNY) 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.

b) 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 segui-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

remos 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 29/998, 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;

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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*

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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 trabajen 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 2ª: “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 2ª: “Migración y desplazamiento interno. El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su na-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

cionalidad 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, es-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

pecialmente 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 condición 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.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Actuación interdisciplinaria

Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinares, 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 re-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

queriría 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 CNY 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 públicas 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.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 LECiv, 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 rituaría 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,

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

en este ámbito la necesidad de que el representante legal del incapaz sea emplazado en el proceso contencioso-administrativo, cuando 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 58 y 59 de la Ley 30/1992) 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 Secretario Judicial comprobar la efectividad de la notificación.

2.- Similares previsiones deben introducirse respecto de los discapacitados sensoriales, si bien debiendo contenerse la expresa referencia a

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 Secretario Judicial.

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 (art. 8 LECiv.).

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 Secretario judicial en toda clase de procesos y la del artículo 24 de la LECiv 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 CNY 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 (art.284.2 LOPJ). Pero, en los supuestos en que la minusvalía se materializa en dificultad para el des-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

plazamiento 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 LECiv., 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 comparecencias 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 comparecencias 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.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 cual, 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 admi-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

nistrativos 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 Secretario Judicial 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 CNY 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 vulnerabilidad. 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 ju-

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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. Mas si 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.

5.- 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 LECiv para quienes no conozcan el castellano o la lengua 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 solicitan.

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 actua-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

ción 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 debe 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 LECiv. (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.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

–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 “representación procesal” al analizar el ejercicio de acciones judiciales en materia de extranjería en el seno de la jurisdicción contencioso-adminis-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

trativa. 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 LECiv. 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 art. 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:

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 LOEXtranjería, 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 2393/2004) en los siguientes artículos:

–Art. 120.4, incardinado en el capítulo dedicado a las “normas comunes del procedimiento sancionador”.

–En el artículo 156.6, relativo al “retorno”.

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:

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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 desestimatoriamente 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 encuentra 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 LECiv. son aplicables supletoriamente a los procesos contencioso-administrativos ante órganos unipersonales. Esas normas están integradas por los artículos 23 a 25 de la LECiv, 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 LOExtranjería 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 (art. 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:

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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.

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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 asistencia 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 dimanen 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.

ÁMBITO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

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 LECiv 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 última 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

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

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 LECiv en estos casos, mediante la modificación de este precepto o mediante la del artículo 65 de la LOEX.

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

José Manuel López García de la Serrana
Magistrado Tribunal Supremo. Sala IV.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos derivados de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad y de las Reglas de Brasilia en el derecho laboral español.

En otro lugar de esta guía se han estudiado la capacidad jurídica y la capacidad de obrar de los discapacitados, así como su capacidad procesal o de ser parte en procesos seguidos a su instancia ante los Juzgados y Tribunales en defensa de sus derechos, incluida su intervención en el proceso laboral. Con ello se ha dado respuesta parcial a lo requerido por el Capítulo II de las Reglas de Brasilia sobre el efectivo acceso a la Justicia de las personas en situación de vulnerabilidad. Ese efectivo acceso se logra dándoles lo que allí se llama “Cultura Jurídica”, cultura cuya obtención requiere informarles de los procedimientos judiciales para ejercer y garantizar sus derechos, pero, también, facilitarles el conocimiento a esos derechos. A informarles y facilitarles el conocimiento de sus derechos laborales, del contenido esencial de su derecho al trabajo se destina este Capítulo de la Guía.

1. La igualdad de oportunidades y la discriminación positiva.

Conforme a lo previsto en el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), el Gobierno deberá promover oportunidades de empleo para las personas con discapacidad (art. 3); de manera que las medidas positivas que se establezcan al objeto de lograr la igualdad efectiva de oportunidades no podrán considerarse discriminatorias respecto de los trabajadores no discapacitados (art. 4).

Por su parte, el art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra, como uno de sus principios generales, la igualdad de oportunidades. De acuerdo a su art. 27.1, “*los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con los demás; ello incluye*

 GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: Alentar las oportunidades de empleo (apartado e) y Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción positiva, incentivos y otras medidas” (apartado h).

En la misma línea se pronuncia nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, el art. 3.1 LISMI (Ley Integración Social Minusválidos, Ley 13/1982 de 7 abril) configura, como una obligación del Estado, la integración laboral de las personas con discapacidad, siendo ésta una de las finalidades primordiales de la política de empleo (art. 37.1). En su virtud, el art. 26 Ley 56/2003, Ley Básica de Empleo, impone al Gobierno y a las Comunidades Autónomas la obligación de adoptar programas específicos destinados a fomentar el empleo de personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, “especialmente jóvenes, mujeres, parados de larga duración mayores de 45 años, discapacitados e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería.” Y el propio ET, en su art. 17, prevé la posibilidad de que el Gobierno adopte medidas de acción positiva para fomentar el empleo de grupos de trabajadores que encuentren especiales dificultades para acceder al empleo.

No cabe duda de que garantizar el derecho al trabajo a las personas con discapacidad exige la adopción de medidas de acción positiva que intenten paliar la reticencia empresarial a incorporar a su plantilla este colectivo de profesionales. En definitiva, el principio de igualdad de trato no ha de impedir que se adopten medidas específicas destinadas a compensar las desventajas ocasionadas por motivo de la discapacidad (art. 37 bis LISMI).

2. Medidas que le favorecen en nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestra legislación prevé varias medidas al objeto de favorecer la incorporación de las personas con discapacidad al mercado de trabajo. Vamos a analizarlas con detenimiento.

a) Reserva de puestos de trabajo:

De acuerdo a lo previsto en el art. 38 Ley 13/1982, en la redacción dada por la Adicional 38 de la Ley 24/2001, las empresas públicas y privadas que tengan a 50 o más trabajadores en plantilla están obligadas a que, de entre ellos, al menos el 2% sean trabajadores con discapacidad. El

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

cómputo de trabajadores se llevará a cabo sobre la plantilla total de la empresa, con independencia del número de centros de trabajo y cualquiera que sea la forma de contratación que vincule a los trabajadores con la misma (ya sean indefinidos o temporales, a jornada completa o a tiempo parcial).

La DA 1ª RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo de la cuota de reserva, ha establecido unas reglas a los efectos del cómputo del 2%:

a) En primer lugar, al objeto de cuantificar el número de trabajadores con discapacidad que han de formar parte de la plantilla, el porcentaje exigido por el legislador se aplicará sobre el promedio de trabajadores empleados durante un determinado período de tiempo: los 12 meses inmediatamente anteriores.

b) En segundo lugar, los trabajadores temporales con contrato superior a un año, se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

c) Finalmente, los trabajadores con contrato inferior a un año, se computarán según el número de días trabajados en el período de referencia; en el bien entendido de que cada 200 días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más. No obstante, el propio precepto establece un límite: Cuando el cociente que resulte de dividir por 200 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.

No obstante, esta obligación puede eludirse de forma excepcional recurriendo al establecimiento de medidas alternativas fijadas reglamentariamente. Dichas medidas, aun cuando eximen –o dulcifican– el cumplimiento de la cuota de reserva, promueven igualmente el empleo de las personas con discapacidad, bien de forma directa (mediante la contratación de profesionales autónomos o la externalización de un servicio que se encomienda a un centro especial de empleo), bien indirectamente (patrocinando acciones de inserción laboral).

La cuota de reserva debe tenerse presente igualmente en los casos de despido colectivo. En estos supuestos las extinciones contractuales deben respetar la cuota de reserva a favor de los discapacitados. De no hacerlo, la Autoridad Laboral no debe aprobar el expediente de regulación de empleo, según sentencia TS (3ª) de 4 de febrero de 2002.

La legislación española es, menos tuitiva que la existente en Bulgaria, Alemania, Francia y otros países obligan a reservar mayor porcentaje de puestos de trabajo (el 5 y el 6 por 100 en empresas de 20 empleados).

Por último, hemos de tener en cuenta que la ley sólo impone esta obligación a las empresas que cuenten con, al menos, 50 trabajadores en plantilla y no podemos perder de vista que el tejido empresarial español está constituido de forma mayoritaria por pequeñas empresas. De hecho, según

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

los datos ofrecidos por el Ministerio de Trabajo, en abril de 2008 sólo un 2,27% de las empresas españolas tenían 50 o más trabajadores en plantilla.

b) Modalidades de contratación:

1.- Modalidades específicas de contratación:

Nuestro Ordenamiento Jurídico prevé modalidades de contratación específicas para los trabajadores con discapacidad: El contrato para el fomento de la contratación indefinida y el contrato para el fomento del empleo.

1.1 El contrato para el fomento de la contratación indefinida: Una de las medidas para fomentar el empleo estable de las personas con discapacidad es el contrato para el fomento de la contratación indefinida. Este contrato, que tiene su origen en el Acuerdo Interconfederal por la Estabilidad en el Empleo y que actualmente se encuentra regulado en la DA 1ª de la Ley 12/2001 en la redacción dada por el artículo 3º de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se caracteriza por abaratar los costes del despido como estímulo a la contratación.

En atención a su propia finalidad, el contrato para el fomento de la contratación indefinida sólo puede concertarse con desempleados que encuentren especiales dificultades para acceder al mercado de trabajo (mujeres en sectores en los que se encuentren subrepresentadas, jóvenes entre dieciséis y treinta años, personas con discapacidad, ...) o con trabajadores que estén vinculados a la empresa mediante un contrato temporal, por cuanto tienen altas posibilidades de ser expulsados del mercado de trabajo. En este sentido, la DA 1ª Ley 12/2001 prevé, como uno de los colectivos con los que se puede suscribir este tipo de contrato, el de las personas con discapacidad. La rebaja del coste del despido opera de esta manera como estímulo a la contratación de trabajadores con discapacidad.

Conviene por último señalar que esta modalidad contractual está prevista para la contratación de trabajadores discapacitados y no para la de trabajadores a los que se les ha reconocido sin más una incapacidad permanente.

1.2 Contrato para el fomento del empleo:

Conforme a la inicial redacción del art. 15 ET, en relación con el art. 17 del mismo cuerpo legal, se permitía que el Gobierno previera modalidades contractuales de duración determinada, como medida de fomento del empleo de determinados colectivos con dificultades de incorporación al mercado laboral. Con fundamento en este precepto, el art. 44 de la Ley 42/1994 introdujo el contrato de fomento de empleo para trabajadores minusválidos.

Esta modalidad contractual se encuentra regulada en la actualidad en la DA.1ª Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

y del empleo. Dicho contrato podrá suscribirse con alguno de los siguientes colectivos: a) trabajadores con discapacidad (valorada en un grado igual o superior al 33%), b) perceptores de una pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del sistema de seguridad social; y c) pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio. Para poder celebrar este contrato basta con que el trabajador se encuentre desempleado e inscrito en la oficina de empleo; no siendo necesario, por tanto, que sea perceptor del subsidio por desempleo. La empresa deberá contratar al trabajador a través de la Oficina de empleo y deberá formalizar la relación laboral por escrito y en el modelo oficial.

La peculiaridad de este contrato es su duración temporal aun cuando no concorra causa alguna que justifique la necesidad limitada en el tiempo de la prestación. De hecho, es el único supuesto de contrato temporal para el fomento del empleo que subsiste en el ordenamiento laboral después de la reforma de 1997. Según lo previsto por el legislador, la duración mínima de este contrato será de 12 meses y la máxima de 3 años. Cuando se concierte por un plazo inferior al máximo legal, podrá prorrogarse por períodos no inferiores a la duración mínima del contrato. Al término del mismo, el trabajador tendrá derecho a percibir una compensación económica de 12 días de salario por año de servicio.

Por el contrario, el contrato para el fomento del empleo constituye un contrato temporal acausal que no requiere para su celebración de la existencia de una razón que evidencie la necesidad de limitarlo en el tiempo. Las empresas podrán acudir al mismo *“para la realización de sus actividades, cualquiera que sea la naturaleza de las mismas.”* (DA 1ª Ley 43/2006). Este tipo de contrato, exclusivamente previsto para los trabajadores con discapacidad, es admisible en la medida en que puede ser la entrada que permita superar las tradicionales barreras y opiniones erróneas con respecto a la calidad de la prestación de trabajo del colectivo de discapacitados.

2.- Modalidades contractuales con particularidades

2.1 El contrato de trabajo para la formación:

El contrato para la formación se encuentra regulado en el art. 11.2 ET en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre y en el RD 488/1998, siempre que no se oponga a lo dispuesto en la Ley. Su objeto consiste en que el trabajador adquiera la formación (teórica y práctica) necesaria para el desempeño de un oficio. Supone una modalidad contractual que reviste determinadas particularidades si se celebra con trabajadores con discapacidad:

En primer lugar, con respecto al colectivo que puede ser contratado: El contrato para la formación puede suscribirse, con carácter general, con

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

trabajadores mayores de 16 años y menores de 21. No obstante, este límite de edad no opera en el caso de trabajadores discapacitados; pudiendo ser contratados con independencia de sus años.

La duración del contrato para la formación no podrá ser inferior a seis meses, ni superior a dos años. Dicha duración máxima puede prolongarse hasta los cuatro años si se suscribe con un trabajador con discapacidad.

Finalmente, la suscripción de un contrato para la formación con un trabajador con discapacidad da derecho a la empresa a beneficiarse de la ayuda prevista en la DA 2ª 3) ET: una bonificación del 50% de la cuota empresarial a la Seguridad Social. La bonificación puede ser del 100 x 100 cuando se trate de contratos que encajen en el artículo 11 de la Ley 35/2010, esto es los celebrados entre el 19-9-2010 y el 31-12-2011, así como los celebrados antes que se prorroguen en ese periodo.

El contrato para la formación es un contrato temporal cuyas condiciones de trabajo son sumamente precarias: En primer lugar, es un contrato de carácter temporal que no da derecho, a su extinción, a indemnización alguna. En segundo lugar, la retribución del trabajador será la pactada en el convenio colectivo, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo (art. 11.2. h) ET) Transcurrido el primer año el salario será el que establezca el convenio colectivo o el mínimo interprofesional sin que proceda reducción alguna por el tiempo dedicado a la formación teórica. Adviértase que la concreción del salario se deja en manos de la negociación colectiva, fijando un límite el legislador para el supuesto de que el convenio no regulara ese extremo, lo que ocurre con harta frecuencia.

2.2 El contrato de trabajo en prácticas

El contrato en prácticas no constituye una modalidad específica para la contratación de trabajadores con discapacidad, pero al igual que ocurre con el contrato para la formación, reviste determinadas particularidades cuando se contrata con este colectivo específico. En primer lugar, se trata de un contrato que puede concertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o de títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cinco años siguientes a la terminación de los estudios al objeto de que el trabajador pueda adquirir la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados. Ahora bien, dicho período se amplía de cinco a siete años si el contrato en prácticas se concierta con un trabajador con discapacidad (art. 11-1 del E.T. en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre. La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses, ni superior al año. Durante la misma, el salario a percibir será el que marque el Convenio Colectivo en cuantía que no se puede reducir más del 40 por ciento du-

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

rante el primer año, ni más del 25 por ciento durante el segundo, de aquella que corresponda a trabajadores que desempeñen el mismo o similar puesto de trabajo.

Por otro lado, el ET, en su DA 2ª, también prevé una ayuda económica para las empresas que contraten en prácticas trabajadores con discapacidad. Concretamente, tendrán derecho a una bonificación del 50% sobre la cuota empresarial por contingencias comunes.

2.3 El contrato de interinidad:

El contrato de interinidad celebrado con un trabajador discapacitado para sustituir a otro trabajador, también discapacitado, en situación de incapacidad temporal da derecho a la empresa a una bonificación del 100% de la cuota patronal durante la vigencia del contrato.

d) Adopción por el empresario de medidas que favorezcan el empleo de los discapacitados. “Los ajustes razonables”.

La Directiva 2000/78/CE acuñó el término “ajuste razonable” al objeto de favorecer la igualdad real de las personas con discapacidad. Su art. 5 prevé la obligación del empresario de realizar “ajustes razonables”, es decir –en palabras de la propia directiva– de adoptar las medidas adecuadas para permitir a la persona con discapacidad acceder al empleo, progresar profesionalmente o recibir formación, salvo que la adopción de tales medidas suponga una carga excesiva para el empresario; entendiéndose al respecto, por carga excesiva, aquella que no es paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado en relación con la integración de las personas con discapacidad. El art. 2 de la Convención define como ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio de todos los derechos o libertades fundamentales, en igualdad de condiciones que las demás.

La Ley 62/2003 modificó la Ley 13/1982 para incorporar en un nuevo artículo, el art. 37 bis, conforme al cual: *“Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.”

e) Incentivos económicos:

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

Otro de los mecanismos de fomento del empleo de las personas con discapacidad es el establecimiento de incentivos económicos como subvenciones, deducciones fiscales y bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social:

1) *Subvenciones:*

1.- Subvenciones por contratación: El RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, prevé una subvención de 3.907 € por cada contrato celebrado con trabajadores con discapacidad, siempre que se cumplan determinados requisitos (art. 7.1), cuyo estudio escapa a un trabajo de este tipo

2.- Subvención por adaptación del puesto de trabajo: Se prevé igualmente una subvención con la finalidad de adaptar el puesto de trabajo y dotarlo de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes de trabajo o para eliminar barreras u obstáculos que dificulten el trabajo de la persona con discapacidad.

3.- Subvención por conversión en indefinido: Conforme a lo previsto en la DA 1ª.6 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, la transformación en indefinido del contrato para el fomento del empleo, también da derecho a la obtención de la subvenciones previstas en el RD 1451/1983.

2) *Deducciones fiscales:*

El RD 4/2005 prevé una deducción de la cuota íntegra del impuesto de sociedades por importe de 6.000 € por cada persona con discapacidad contratada en el período impositivo.

3) *Bonificaciones y reducciones en las cuotas a la Seguridad Social:*

a) Así, conforme a lo previsto en el art. 2.3 RD 1451/1983, cuando la empresa readmita, tras su recuperación, a un trabajador al que se le había reconocido una incapacidad permanente, tendrá derecho a una reducción del 50% de la cuota patronal a la Seguridad Social por contingencias comunes durante el plazo de dos años.

b) Por su parte, según la DA 9ª Ley 45/2002, los contratos de interinidad que se celebren con personas minusválidas desempleadas, para sustituir a trabajadores, también minusválidos, que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal durante el período que persista dicha situación, darán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social (incluidas las cuotas por contingencias profesionales y las cuotas de recaudación conjunta).

c) Ya hemos visto también cómo la DA 2ª ET prevé una bonificación del 50% de la cuota empresarial en el caso de que la empresa suscriba un contrato formativo (en prácticas o para la formación) con un trabajador con discapacidad. La bonificación puede ser del 100 x 100 en los supuestos del artículo 11 de la Ley 35/2010.

d) Finalmente, la Ley 43/2006, por la que establece el programa para el fomento del empleo, regula bonificaciones específicas por la contrata-

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

ción y el mantenimiento del empleo de este concreto colectivo de trabajadores y confiere un tratamiento claramente privilegiado a los trabajadores con discapacidad. En primer lugar, por cuanto prevé bonificaciones de cuantía superior al resto. En segundo lugar, en la medida en que incentiva su contratación tanto indefinida como temporal (cuando la regla general es el fomento, en exclusiva, de la contratación indefinida). Finalmente, porque se reducen de forma sustancial los supuestos de exclusión.

3. Medidas en el acceso a empleos públicos.

El art. 27.1.g) de la convención impone a los Estados Partes emplear a personas con discapacidad en el Sector Público. Pues bien, el art. 38 LISMI impone a las empresas, tanto privadas como públicas, que tengan 50 o más trabajadores en plantilla a que el 2% sean personas con discapacidad.

Al objeto de cumplir progresivamente esta obligación, la DA. 19ª Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, estableció la obligación de la Administración Pública de reservar, en las ofertas de empleo público, un cupo no inferior al 3% de las vacantes ofertadas, para ser cubiertas con personas con discapacidad de grado igual o superior al 33%, siempre que, obviamente, superaran las pruebas selectivas y acreditaran la compatibilidad en el desempeño de las tareas y funciones correspondientes. La Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados, amplió el porcentaje del cupo de reserva en las ofertas de empleo público del 3 al 5%; redacción que se ha mantenido en el art. 59 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público.

Conviene destacar que esta obligación se ha hecho además extensiva a los procesos de promoción interna y a las convocatorias de personal temporal (arts. 5 y 6 RD 2271/2004, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad).

Si las plazas reservadas y efectivamente cubiertas por personas con discapacidad no alcanzaran el 3% de las convocadas, las plazas no cubiertas se acumularían al cupo del 5% en la oferta de empleo siguiente, con un límite máximo de un 10% (art. 3.2 RD 2271/2004).

Al margen de lo anterior, hemos de tener en cuenta que, aunque el aspirante con discapacidad se hubiera presentado por el sistema de cupo, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general, cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que haya superado el ejercicio correspondiente; b) que no obtuviera plaza dentro del cupo para personas con discapacidad; y c) que acredite una puntuación superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general (art. 3.2 RD 2271/2004).

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

El apartado 2 del art. 3.1 RD 2271/2004, reconoce además la obligación de la Administración de establecer *“las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.”*

Por otro lado, la OM 17-12-2001 establece criterios de preferencia en la adjudicación de contratos sobre la base de la integración de las personas con discapacidad en las plantillas de las empresas licitadoras.

No obstante todo lo anterior, en el período comprendido entre 1985 y 1999, las plazas cubiertas por personas con discapacidad en la Administración General del Estado tan sólo ha supuesto el 0,77% en el caso de personal funcionario y el 1,42% en el caso de personal laboral. Por ello habría que:

1ª.- Promover la formación y facilitar el acceso a las pruebas selectivas correspondientes (del mismo modo que actualmente se disponen ayudas económicas para preparar las pruebas selectivas a jueces y magistrado, fiscales, abogados del Estado, etc).

2ª.- Adaptar las pruebas de acceso al empleo público a cada tipo de discapacidad.

3ª.- Desarrollar adecuadamente la dinámica de la acreditación de la discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, que debe llevarse a cabo de oficio por el órgano convocante con carácter previo al proceso selectivo.

De acuerdo a lo establecido en el art. 37.1 de la LISMI, es una finalidad primordial de la política de empleo de los trabajadores con discapacidad su integración en el mercado ordinario de trabajo *“o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido”*.

4. Los Centros Especiales de Empleo:

El trabajador con discapacidad que, por razón de la naturaleza o de las consecuencias de su minusvalía, no pueda ejercer una actividad laboral en condiciones habituales, deberá ser empleado en un Centro Especial de Empleo (art. 41 LISMI). El propio legislador define los Centros Especiales de Empleo como aquellos cuyo objeto principal es realizar un trabajo productivo, pero con la finalidad de asegurar un empleo a los trabajadores minusválidos y de prestar los servicios de ajuste personal y social que requieran sus empleados, al objeto de integrar al mayor número posible, en el régimen de trabajo normal (art. 42.1 LISMI y art. RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se regula los Centros Especiales de Empleo).

La composición de la plantilla de un Centro Especial de Empleo obedece a un doble propósito. Habrá así profesionales que asumirán los ser-

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

vicios de “*ajuste personal y social*” (mediante los cuales se procura favorecer la integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo) y profesionales que se encuentren adscritos al proceso productivo. Pues bien, de entre estos últimos, el art. 42.2 LISMI exige que el 70%, al menos, esté cubierto por trabajadores minusválidos.

– Subvenciones: La Orden 16–10–1998 establece una serie de ayudas al objeto de favorecer la integración de las personas con discapacidad en los centros especiales de empleo

– Bonificaciones: La Ley 43/2006, que prevé el Programa de empleo de carácter general, regula unas bonificaciones específicas –más beneficiosas– en el caso de que la contratación de trabajadores con discapacidad se lleve a cabo por un Centro Especial de Empleo. Conforme a lo previsto en el art. 2.3 de la norma citada, la bonificación ascenderá al 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social, incluyendo tanto las correspondientes a las contingencias comunes, como a las contingencias profesionales y a las cuotas de recaudación conjunta.

La relación laboral de carácter especial entre el trabajador con discapacidad y el centro especial de empleo.

El trabajador minusválido que preste servicios en un centro especial de empleo estará vinculado con el empresario a través de una relación laboral de carácter especial regulada en el RD 1368/1985, de 17 de julio. Este específico régimen jurídico sólo resultará de aplicación cuando se den ambos requisitos de forma simultánea: a) que el trabajador sea un empleado con discapacidad; b) que la empresa sea un centro especial de empleo. Por tanto, quedan excluidos del ámbito de aplicación del mencionado precepto tanto los trabajadores no minusválidos que presten servicios en tales centros, como los empleados con discapacidad que trabajen para otro tipo de empresas (art. 1.2 RD 1368/1985).

No obstante, conviene sintetizar las peculiaridades de este régimen especial:

a) Forma del contrato de trabajo: Conforme a lo establecido en el RD 1368/1985, el contrato de trabajo deberá formalizarse por escrito y en el modelo oficial.

b) Modalidades contractuales: Todas las previstas por el Estatuto de los Trabajadores.

c) El período de adaptación: cuya finalidad es facilitar la progresiva aclimatación del la persona con discapacidad al entorno laboral y a las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo. Tendrá, según informa el propio RD 1368/1985, el carácter de período de prueba y su duración será la que establezca el convenio colectivo de aplicación sin que, en ningún caso, pueda exceder de seis meses (art. 10.2 RD).

d) El contrato a bajo rendimiento: regulado en el art. 12.c) RD 1368/1985 y que, no obstante su denominación, no constituye una mo-

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

alidad contractual específica, sino un pacto salarial dentro del propio contrato de trabajo. Conforme reza el precepto, podrá celebrarse este acuerdo cuando, con motivo de las circunstancias personales del trabajador, su rendimiento laboral sea inferior al normal en un 25%; circunstancia que ha de ser constatada por el equipo multiprofesional correspondiente. Ahora bien, el precepto establece un límite a la reducción del salario por cuanto éste no podrá exceder de un 25% del mismo.

e) Con respecto al tiempo de trabajo, el art. 13 a) RD 1368/1985 prohíbe que los trabajadores con discapacidad realicen horas extraordinarias (salvo las que fueran necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios).

Por otro lado, el art. 13.b) añade, a los permisos retribuidos previstos en el art. 37.3 ET, dos nuevos supuestos que habilitan al trabajador a faltar a su puesto de trabajo, sin perder por ello el derecho a remuneración: a) asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales: b) participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional. No obstante lo anterior, el propio precepto establece un límite. Así el trabajador no podrá ausentarse por tal motivo más de diez días por semestre.

f) Con respecto a la extinción, la regla general es la remisión al régimen común u ordinario, en la medida en que, conforme a lo previsto en el art. 16 RD 1368/1985, *“le será de aplicación lo establecido en la sección cuarta del capítulo III del título I del Estatuto de los Trabajadores”*. Ahora bien, el precepto prevé una regulación especial en el caso de la extinción del contrato por circunstancias objetivas. Así, por ejemplo, la ineptitud del trabajador ha de ser constatada por el equipo multiprofesional, lo que constituye un claro medio de control *ex ante* de la ausencia de arbitrariedad empresarial, que se separa del régimen común en el que el control se caracteriza por ser realizado con posterioridad por parte del juez de lo social.

Con respecto a la extinción del contrato por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, el régimen especial aumenta un mes el tiempo de espera que ha de transcurrir entre el momento de introducción de los cambios y la fecha de la posible extinción. Serán, por tanto, tres meses y no dos, tal y como prevé el régimen común o general establecido en el art. 52.b) ET.

5. Los enclaves laborales:

Al objeto de favorecer el tránsito desde los Centros Especiales de empleo a las empresas del mercado de trabajo ordinario, se crearon los enclaves laborales. El RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de que las empresas del mer-

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

cado ordinario de trabajo (empresas colaboradoras) celebren un contrato con un centro especial de empleo para la realización de obras y servicios correspondientes a su actividad. Con ocasión del mismo, los trabajadores del centro especial de empleo se desplazarán, con carácter temporal, al centro de trabajo de aquélla. De acuerdo a lo expuesto, se entiende por enclave el conjunto de trabajadores con discapacidad que, procedentes de un centro especial de empleo, son desplazados a una empresa.

La finalidad del enclave no es otra que favorecer el tránsito de los trabajadores con discapacidad al mercado ordinario de trabajo. ¿Qué es lo que diferencia por tanto el enclave laboral de la celebración de cualquier otro contrato de prestación de servicios con un centro especial de empleo? Las diferencias son dos: En primer lugar, en el enclave laboral se externaliza la prestación de un servicio que guarda relación directa con la actividad normal de la empresa. En segundo lugar, la actividad ha de ser ejecutada en su mismo centro de trabajo. Forma así parte de la propia definición de la figura el que los trabajadores de la contrata presten servicios en los locales de la empresa principal (*un grupo que se desplaza*, reza el art. 1.2 RD 290/2004).

6. El empleo con apoyo.

Según lo previsto en el art. 37 LISMI, es finalidad primordial de la política de empleo la integración de los trabajadores con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo. Partiendo de la diversidad del colectivo objeto de estudio, el RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo, prevé la adopción de medidas específicas para favorecer la integración, en el mercado de trabajo ordinario, de las personas con discapacidad con mayores dificultades de acceso al mercado laboral. El empleo con apoyo es definido por el propio legislador como el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento personalizado que preparadores laborales especializados prestan a personas con discapacidad con especiales dificultades de integración, en el mercado ordinario de trabajo, al objeto de facilitar su adaptación laboral y social (art. 2.1 RD 870/2007).

7. La accesibilidad al puesto de trabajo.

Conforme establece el art. 9 de la Convención, *“a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y a otros servicios e*

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.”

De acuerdo a lo previsto en el art. 37 bis Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para adaptar el puesto de trabajo, en función de las necesidades de cada situación concreta, *“salvo que esas medidas supongan una carga excesiva”* para la empresa. A este respecto, la propia ley establece criterios para concretar cuándo la carga se excesiva. Para ello se valorará *“si el coste es paliado en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros o de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización de la empresa.”*

Por otro lado, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales califica a determinados empleados como trabajadores especialmente sensibles (como los menores o las mujeres embarazadas) e impone al empresario la adopción de obligaciones específicas. El propio art. 25 LPRL consagra el principio de adaptación del trabajo a la persona, al disponer: *“el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.”* Y es que el legislador sabe que el riesgo deriva del puesto de trabajo y de las condiciones del trabajador.

El art. 12 RD 1451/1983 prevé una subvención con cargo al Servicio Público Estatal destinada a la adaptación del puesto de trabajo y a la eliminación de barreras que impidan o dificulten el mismo. El importe de esta subvención asciende a 900 € (Orden 13-04-1994) y su concesión se condiciona a un informe favorable de la Inspección de Trabajo.

8. La promoción del autoempleo.

El art. 27.1.f) de la Convención prevé la obligación de los Estados Partes de salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, promoviendo oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias.

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

El Ordenamiento Jurídico español prevé una serie de medidas al objeto de fomentar el autoempleo de las personas con discapacidad. En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la contratación de trabajadores autónomos con discapacidad puede constituir una medida alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva, de acuerdo a lo previsto en el RD 364/2005.

En segundo lugar, se prevén incentivos económicos como bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social o Subvenciones.

9. No discriminación en el empleo.

A la vez que se toman medidas positivas para favorecer el trabajo de los discapacitados, sin que ello se considere discriminatorio, se establece la prohibición de discriminar negativamente a una persona por razón de su discapacidad, prohibición que merece un análisis detallado.

Según lo previsto en el art. 27.1.a) de la Convención, los Estados partes prohibirán la discriminación por motivos de discapacidad y especialmente con respecto a las cuestiones de selección, contratación y empleo, continuidad en el empleo, la promoción profesional y condiciones de trabajo seguras y saludables. Por su parte, el art. 27.1.b) impone a los estados la obligación de proteger al trabajador con discapacidad en igualdad de condiciones, oportunidades y remuneración y especialmente frente al acoso y a la reparación de los agravios sufridos.

En el ámbito laboral, el ordenamiento jurídico español instrumenta la prohibición de discriminación con las siguientes disposiciones:

A. El art. 4.2.e) ET reconoce, entre el elenco de derechos del trabajador, la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por discapacidad. De hecho, una de las justas causas de despido disciplinario es, precisamente, el acoso por razón de discapacidad (art. 54.2.g ET). Por su parte, el art. 17 del citado cuerpo legal entiende nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de discapacidad.

Como arma frente a ese trato peyorativo, el afectado puede accionar para la tutela de sus derechos fundamentales por la vía del artículo 181 de la L.P.L., donde se regula un procedimiento especial y sumario de preferente tramitación.

B. Igualdad de remuneración por trabajo de igual valor:

Según lo previsto en el art. 27.1.b) de la Convención, los Estados Partes protegerán los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular, a igualdad de oportunidades y de remuneración por

GUÍA DE BUENAS PRÁCTICAS SOBRE EL ACCESO Y TUTELA...

trabajo de igual valor. Y según reza el apartado e) de dicho artículo, los Estados deberán asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones que los demás.

Nuestro Ordenamiento Jurídico consagra este principio de igual remuneración por trabajo de igual valor en el art. 28 ET. En su virtud, *“el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial”*

C. Conviene tener en cuenta, a este respecto, el especial régimen previsto para determinados supuestos.

Uno de ellos es el de la incapacidad permanente. Como sabemos, la declaración de invalidez permanente es causa de extinción del contrato de trabajo conforme a lo expuesto en el art. 49.1.e) ET. No obstante lo anterior, en el caso de que al trabajador se le hubiera reconocido una incapacidad permanente en el grado de total, cabría que la empresa no se acogiera a esta causa extintiva y le encomendara funciones compatibles con su capacidad residual. En tal caso, y según lo establecido en el art. 24.3 Orden de 15 de abril de 1969, si la invalidez afectara a la capacidad exigida para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, el empleado *“podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión”*.

En caso de incapacidad permanente parcial, esto es cuando por la discapacidad el afectado ha visto, disminuido su rendimiento habitual en un 33 por 100 o más, cabrá una reducción salarial de hasta el 25%, siempre que no sea viable un cambio de puesto de trabajo (art. 1 R.D. 1451/1983).

Mantenimiento del empleo en caso de discapacidad sobrevenida:

El art. 27.1 de la convención exige a los gobiernos que salvaguarden el derecho al trabajo, incluso, a las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo. Por su parte, en el apartado k) de este mismo artículo se impone a los Estados la obligación de promover el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad.

La convención requiere la adopción de medidas para garantizar el mantenimiento del empleo de aquellas personas que adquieran una discapacidad durante el desarrollo de la relación laboral. De ahí que sea necesario prever incentivos económicos en tales casos ya que la ineptitud sobrevenida es causa de extinción del contrato de trabajo ex art. 52.a) ET.

Así mismo, la incapacidad permanente (en sus grados de total, absoluta y gran invalidez) es igualmente causa de extinción del contrato de trabajo. Sin perjuicio de la posibilidad de revisar esa declaración y de los

ÁMBITO JURISDICCIONAL SOCIAL

efectos de esa revisión si se acuerda en dos años, cuestión que no se aborda por lo limitado de este trabajo, aunque conviene reseñar que la ley en ese tiempo considera que el contrato ha estado suspendido.

